

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 3694 DE
2013 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso ESAB
PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Investigados:
**EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS
(EBSA ESP)**

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. AVERIGUACIÓN PRELIMINAR	3
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	3
4. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	17
5. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	20

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN No. 3694 DE 2013 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Prácticas comerciales restrictivas

Investigados:

EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS (EBSA ESP)

1. Introducción

La presente investigación se abrió como consecuencia de una queja presentada el 23 de diciembre de 2010, en conjunto por varios importadores de medidores, laboratorios de calibración y distribuidores de medidores en contra de EBSA, por presunto abuso de su posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica. La vocería de la queja presentada fue asumida por: (1) SERVIMETERS S.A., laboratorio de calibración de medidores; (ii) SAMAJADI LTDA., empresa importadora de medidores; y (iii) CIF INGENIERÍA S.A., empresa distribuidora de medidores.

Que mediante Resolución No. 8254 del 24 de febrero de 20123 (en adelante, "Resolución de Apertura"), el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante, "Delegado") ordenó abrir investigación para determinar si la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS –EBSA ESP– (en adelante, "EBSA" o "investigada")

2. Conductas imputadas

La EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS –EBSA ESP– (en adelante, "EBSA" o "investigada") infringió lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y, con ello, abusó de su posición de dominio en el mercado.

Asimismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si el señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ (en adelante, junto con EBSA, "investigadas"), gerente general de la empresa investigada, incurrió en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

3. Consideraciones de la Delegatura

Respecto de la infracción del numeral 3 de artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, la Resolución de Apertura señaló que el objeto de la investigación era determinar si la EBSA,

al subordinar el registro de la información de un medidor a una tarifa, estaría abusando de su posición de dominio en el mercado de comercialización de energía eléctrica para fortalecer su poder en el mercado de calibración de medidores de energía en Boyacá y parte de Santander.

Respecto de la infracción al numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se indicó que la investigación examinaría la relación entre los mercados de comercialización de energía eléctrica y calibración de medidores de energía, la participación de la EBSA en ambos mercados, el interés económico de EBSA en el mercado de calibración de medidores, y si el cobro de la homologación de la información de los medidores de energía podría generar una ventaja competitiva en precios para su laboratorio, para determinar si la EBSA, con la implementación de la conducta, estaría obstruyendo el acceso al mercado de calibración de medidores de energía.

Finalmente, se decidió abrir investigación en contra del señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, en su calidad de gerente general de la EBSA, con el fin de determinar si en desarrollo de las funciones de su cargo pudo haber infringido las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

La Delegatura realizó una descripción del mercado de energía eléctrica en Colombia y la participación de la EBSA en el mismo. Indicó que en la cadena de energía eléctrica interactúan los siguientes agentes: (i) **generador**, quien produce la electricidad a través de diferentes fuentes (i.e. hidráulica, térmica, eólica); (ii) **transmisor**, quien transporta la energía a través del Sistema de Transmisión Nacional (STN); y (iii) **distribuidor y comercializador**, quien distribuye la energía a través de una red secundaria hasta el usuario final, energía que se adquiere en el mercado mayorista⁷ y que el distribuidor y comercializador mide, factura y cobra al usuario final.

Señaló que con la expedición de la Ley 142 de 1994 se liberalizó el sector eléctrico colombiano y se dio entrada a agentes privados, en un ambiente de mercado y libre competencia que atendiera la demanda de dicho servicio.

De acuerdo con el análisis realizado, se concluyó en el Informe Motivado que la EBSA ostenta posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento de Boyacá.

Posteriormente, el Informe Motivado explicó en qué consiste el mercado de calibración de medidores de energía eléctrica y la homologación de la información de dichos medidores. Señaló que la actividad de calibración de medidores se refiere a la inspección del debido funcionamiento del medidor y que dicha actividad se encuentra regulada, toda vez que las empresas que la desarrollan deben estar acreditadas por el Organismo Nacional de

Acreditación de Colombia (en adelante, "ONAC"), tanto para prestar el servicio de calibración como para expedir los certificados de conformidad que deben ser presentados por el usuario ante el comercializador de energía para que éste realice la correspondiente conexión del servicio.

Respecto de la homologación de la información de los medidores de energía eléctrica, afirmó la Delegatura que, teniendo en cuenta la libertad que tiene el usuario para suministrar el medidor a la empresa comercializadora, ésta última debe llevar un registro de la información que lo describa⁸, con el fin de tener una relación de los medidores que funcionan en la zona donde la empresa opera.

SOBRE LA VIOLACIÓN DE LO DISPUESTO EN EL NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 2153 DE 1992

La Delegatura definió la comercialización de energía como la actividad consistente en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no regulados, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994. Puntualizó que la finalidad del registro de la información del medidor de energía eléctrica es que el prestador del servicio tenga la información y trazabilidad necesaria del equipo de medida del consumo del usuario, así como la posibilidad de verificar que dicho usuario cumple con las normas sobre equipos de medidas dispuestas por la regulación para cada tipo de usuario. Señaló además algunas disposiciones de la Resolución CREG No. 070 de 1998 sobre distribución de energía eléctrica.

En su análisis, la Delegatura consideró que la homologación de la información de los medidores de energía no es un servicio que presta la EBSA a los usuarios, sino el cumplimiento de un deber reglamentario que hace parte del servicio general de comercialización de energía.

De otra parte, la Delegatura indicó que, de acuerdo con los principios de suficiencia financiera y los lineamientos sobre los cargos que se pueden incluir en las fórmulas tarifarias señalados en la Ley 142 de 1994⁹, así como la estructura de costos de la EBSA por calibración y homologación de un medidor (en la que la homologación representa mayores costos que la calibración), la EBSA no estaría cumpliendo el principio de eficiencia señalado en la Ley 142 de 1994. Al respecto, concluyó lo siguiente:

"La Delegatura concluye que si la homologación es más costosa que la calibración, la EBSA no estaría cumpliendo con el principio de eficiencia, y si la homologación supera en un 1000% la recuperación de costos, la EBSA estaría extrayendo beneficios no justificados legalmente, aprovechando su posición dominante, sin responder ajustadamente al criterio de suficiencia financiera".

Sobre los supuestos que permiten la configuración de la conducta, indicó que la EBSA condiciona el registro de la información del medidor de energía, requisito para la prestación del servicio de energía (producto vinculante), al pago de una tarifa por la homologación de la información del medidor de energía en su base de datos (producto vinculado), como una obligación adicional que por su naturaleza no constituye el objeto del negocio (el cual es la conexión para la prestación del servicio de energía eléctrica).

Señaló que la EBSA tiene posición de dominio en la oferta del producto vinculante y que el pago por la homologación de la información de los medidores no guarda relación alguna con la posibilidad de acceder al servicio de energía eléctrica. Finalmente indicó que, en cumplimiento de la Resolución CREG No. 070 de 1998, el medidor debe registrarse para obtener el servicio de energía eléctrica, registro que se incluye dentro del cargo de comercialización, razón por la que, a menos que la calibración del medidor sea realizada directamente por el laboratorio de la EBSA, ésta obliga a pagar la tarifa de homologación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura concluyó que subordinar la homologación de la información de un medidor al pago de una tarifa es una medida que apunta a convertir a los usuarios que no quieren calibrar sus medidores en el laboratorio de la EBSA en "clientes forzosos", pues la homologación del medidor los obliga a remunerar a la EBSA el equivalente al 61% de su tarifa de calibración.

Con base en la entrada en vigencia del Acto de Gerencia No. 092 de 2010 y teniendo en cuenta la tarifa cobrada por la EBSA durante el tiempo de ejecución de la conducta, años 2010, 2011 y 2012, la Delegatura estimó el beneficio obtenido por la EBSA en \$149.585.820.

Al demostrar la subordinación alegada, así como la existencia de beneficios derivados del cobro de la homologación, la Delegatura concluyó que se infringió el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, y en consecuencia recomendó sancionar a la EBSA

SOBRE LA VIOLACIÓN DE LO DISPUESTO EN EL NUMERAL 6 DEL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 2153 DE 1992

La Delegatura señaló, con base en la doctrina de los mercados complementarios, que los elementos que determinan una situación de abuso de posición de dominio en la que los efectos se producen no en el mercado en el cual se produce el abuso sino en un mercado conexo, se resumen en: (i) la existencia de un mercado determinado, en el cual un agente tenga posición de dominio; (ii) la existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y consecuencial con el mercado dominado; y (iii) el agente que tiene la posición de dominio debe usar ese poder con el fin de obtener una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto de aquél en el cual posee dicho dominio.

Posteriormente, la Delegatura pasó a probar el tercero de estos elementos y concluyó que la investigada concurre en el mercado de calibración de medidores de energía, dado que ofrece este servicio a terceros, y que con la ejecución de la conducta anticompetitiva, la EBSA adquiere una ventaja competitiva en precios, incluyendo el sobrecosto que debe asumir el usuario que decida calibrar los medidores de energía en otros laboratorios.

Con fundamento en la existencia de esta ventaja competitiva, la Delegatura concluyó que la EBSA abusó de su posición de dominio obstaculizando el acceso de terceros al mercado de calibración de medidores de energía, por lo cual incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

La delimitación del mercado geográfico adolece de falta de elementos ciertos

Las investigadas manifestaron que la conclusión a la que llegó la Delegatura respecto de la supuesta posición dominante de la EBSA no es consistente con la segmentación del mercado relevante sobre el cual se ordenó adelantar la investigación, razón por la que se distorsionan los resultados de la valoración efectuada. Afirmaron que el mercado geográfico que se definió en la Resolución de Apertura comprendía el departamento de Boyacá y parte del departamento de Santander, mientras que en el Informe Motivado, éste se delimitó exclusivamente al departamento de Boyacá.

Según las investigadas, la definición del mercado relevante a partir de la delimitación política de *un* departamento es arbitraria, ya que no tiene en cuenta el área real de influencia de la EBSA y las áreas donde las condiciones de competencia son homogéneas, dejando de incluir los municipios de Cundinamarca y Santander en los cuales la EBSA tiene cobertura. Adicionalmente, manifestaron que la EBSA tiene capacidad legal, técnica y logística para prestar los servicios de comercialización de energía a cualquier usuario no regulado que se encuentre en el territorio nacional.

Las investigadas concluyeron que la segmentación de mercado geográfico con base en la cual se le atribuye a la EBSA un poder de mercado, es restrictiva y desprovista de soporte técnico y, por ende, errada. Lo anterior lleva a cuestionar las conclusiones del Informe Motivado ya que no se tuvieron en cuenta los comercializadores de otros departamentos que ejercen presión competitiva sobre la EBSA.

Definición del mercado relevante

Mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica

a) Mercado de producto

Actividades que realiza la EBSA

Según consta en el certificado de existencia y representación legal de la EBSA, su objeto social principal, entre otros, es la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica y sus actividades complementarias de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica²³. Toda vez que la EBSA fue constituida el 9 de febrero de 1955, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 143 de 1994, está integrada verticalmente y tiene la facultad de llevar a cabo todas las actividades de la cadena de energía²⁴.

Según la información allegada a la investigación, el 99% de los ingresos de la EBSA provienen de las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica²⁵. La EBSA presta sus servicios en 123 municipios de Boyacá y 2 municipios de Santander.

? El servicio de energía eléctrica

Tal y como se analizó en el Informe Motivado, a partir de la expedición de la Ley 142 de 1994 se permitió la participación de empresas privadas para la prestación de las diferentes actividades de la cadena productiva de la energía eléctrica. También se determinó que las actividades de la cadena se desintegraran verticalmente, y que sobre ese eje debían operar las nuevas empresas de servicios públicos que se constituyeran para prestar el servicio público domiciliario de energía eléctrica. De igual forma, se trazaron objetivos de promoción de competencia en los sectores de la cadena en donde por su naturaleza esto fuera posible (generación y comercialización) y objetivos de regulación en las actividades que por su condición de monopolio natural así lo requieran (transmisión y distribución).

La cadena de producción de energía eléctrica se compone de: generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización²⁷ y sus agentes se encargan de producir, transportar y suministrar la energía eléctrica a los usuarios finales, respectivamente.

Comercialización de energía eléctrica

La comercialización es una actividad que opera en libre competencia, en la que existen múltiples agentes en el mercado que pueden ofrecer sus servicios a los usuarios finales. De acuerdo con lo señalado anteriormente, la comercialización consiste en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no regulados.

Cabe aclarar que los usuarios regulados son las personas naturales o jurídicas cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la CREG, mientras que los usuarios no regulados son aquellos que tienen una demanda máxima de energía superior a 2 Mw por instalación legalizada, cuyas compras de electricidad se realizan a precios

acordados libremente³¹. Según lo anterior, los usuarios regulados corresponden a la mayoría de usuarios comerciales, algunos industriales, oficiales y los residenciales, clasificados por estratos socioeconómicos, que no superan la demanda máxima establecida; mientras que los usuarios no regulados son aquellos industriales y comerciales que en sus procesos productivos utilizan intensivamente la energía eléctrica, como es el caso de las grandes industrias.

En el caso de los usuarios regulados, a cargo del comercializador también está la medición, facturación y cobro del consumo de energía, de acuerdo con los parámetros establecidos en la regulación vigente.

En este punto es importante aclarar que, de acuerdo con los datos obrantes en el expediente, la totalidad de usuarios regulados fue atendida por la EBSA, mientras que los usuarios no regulados, dado que pueden negociar libremente con cualquier comercializador la energía que compren, fueron atendidos en su mayoría por comercializadores distintos de la EBSA.

Mercado geográfico

Como se señaló anteriormente, la EBSA presta sus servicios de distribución y comercialización a usuarios regulados en 123 municipios de Boyacá y 2 municipios de Santander, lo cual permite concluir a este Despacho que en el presente caso el mercado geográfico para la prestación de dichas actividades a usuarios regulados corresponde a la zona donde la EBSA desarrolla su actividad y no únicamente al departamento de Boyacá como lo señaló la Delegatura en el Informe Motivado.

En este punto este Despacho considera pertinente indicar que si bien la EBSA no distribuye y comercializa energía eléctrica únicamente en el departamento de Boyacá, para este caso la división político administrativa sí constituye en un punto de partida para delimitar el mercado geográfico en el que participa la EBSA.

En cuanto al mercado geográfico para la distribución y comercialización de energía a usuarios no regulados, esta Superintendencia considera que éste es de alcance nacional.

Mercado afectado - mercado del servicio de calibración de medidores de energía eléctrica

Una vez definido el mercado relevante principal, este Despacho pasa a definir el segundo mercado relevante, que es el mercado afectado por la conducta de las investigadas.

El suministro de energía eléctrica al usuario final requiere del cumplimiento de los requerimientos técnicos que impone la regulación, razón por la que en el mercado de

distribución y comercialización de energía eléctrica se desarrollan actividades complementarias a las del suministro. Tales actividades configuran mercados distintos y conexos a los que conforman la cadena básica del sector, como es el caso de la actividad de calibración de medidores de energía eléctrica que se presta en todo el territorio nacional, independientemente de la zona geográfica donde se instale el medidor, como se pasa a explicar.

En el presente caso, la EBSA concurre en el mercado de calibración de medidores de energía porque ofrece este servicio a terceros a través de su propio laboratorio de calibración.

Determinación de la posición de dominio

Para determinar la posición de dominio en un mercado relevante se debe analizar, en esencia, la estructura de competencia en el mercado, lo cual incluye un análisis de cuotas de mercado y niveles de concentración, las características de la demanda, los competidores, la existencia de barreras a la entrada, así como otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado. En concreto, lo que se quiere determinar al analizar si una empresa tiene posición dominante es si dicho ente económico tiene la capacidad para establecer, de forma unilateral, las condiciones de un mercado.

a) Cuota de participación de la EBSA en la distribución y comercialización de energía y características de la demanda

i) Distribución de energía eléctrica

Como se mencionó en el literal a) del numeral 7.3.1.1, la actividad de distribución de energía eléctrica es considerada un monopolio natural, por lo que es más eficiente que la prestación del servicio sea hecha por un solo agente.

Según la información que obra en el expediente, la EBSA es la única empresa prestadora del servicio de distribución de energía en los 123 municipios del departamento de Boyacá y 2 municipios del departamento de Santander⁴³, por lo que su cuota de participación en esta actividad es del 100% en Boyacá.

ii) Comercialización de energía eléctrica

Como ya se señaló, a diferencia de la distribución de energía eléctrica, la actividad de comercialización se desarrolla en libre competencia. Sin embargo, de acuerdo con lo señalado por la EBSA, dicha empresa se constituye en la única prestadora de servicios de comercialización de energía a usuarios regulados en los 123 municipios del departamento de Boyacá y 2 municipios del departamento de Santander⁴⁴, con lo cual opera en las

condiciones de un monopolio.

Vale la pena indicar que no ocurre lo mismo en el mercado no regulado, toda vez que los usuarios pueden ser atendidos por comercializadores distintos de la EBSA, como en efecto ocurre.

Ejemplo de lo anterior, es el del Departamento de Cundinamarca en 2007, cuyo comercializador para los usuarios regulados era la Empresa de Energía de Cundinamarca. En su momento, esta Superintendencia analizó el caso y pudo comprobar que en el departamento de Cundinamarca el número de usuarios no regulados ascendió a 72, de los cuales, el 62.50% fue atendido por la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P., mientras que el 37.5% restante fue atendido por otras 9 empresas que participaban en el mercado.

En el mismo sentido, según lo señalado en el Informe de Gestión de la EBSA del año 2010 *"los clientes finales fueron atendidos por Comercializar, Enermont, Gecelca, Isagen, Energía de Cundinamarca, Dichel, Empresas Públicas de Medellín, Emgesa, Energía Empresarial de la Costa, Genercauca (Vatia), Enertotal, Termotasajero y EBSA Comercializador, para un total de 1.518,4 GWh transportados."*⁴⁵. Así, se evidencia que en la zona de influencia de la EBSA, el mercado no regulado fue atendido por otros comercializadores además de la EBSA.

Finalmente, cabe resaltar que por la naturaleza del presente caso este Despacho considera, independientemente del consumo realizado por tipo de usuario (regulado o no regulado), que resulta relevante conocer el número de usuarios regulados y no regulados que atiende la EBSA. Lo anterior, toda vez que la queja está relacionada con los medidores de energía que son instalados en los predios de los usuarios. Así, se observa que del total de usuarios atendidos por la EBSA durante el año 2011, los usuarios no regulados representaron tan solo el 0,02%⁴⁶.

b) Barreras de entrada

Esta Superintendencia ha señalado en oportunidades anteriores que las barreras a la entrada consisten en todos aquellos factores que impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos. Tales barreras deben ser analizadas para determinar si una empresa tiene posición de dominio en un mercado determinado, toda vez que, además de otorgarle a las empresas establecidas ventajas sobre los potenciales entrantes, determinan la rapidez con la que el mercado podrá responder ante eventuales aumentos de precios o restricciones de oferta por parte de las empresas incumbentes.

Algunas de las barreras a la entrada que se presentan con mayor frecuencia, y que son

relevantes para el presente análisis, son: (i) barreras legales; (ii) costos hundidos; (iii) escala de entrada; (iv) identidad de marca; (v) requerimientos tecnológicos e inversión en capital; (vi) costos de transporte; (vii) acceso a fuentes de abastecimiento.

En cuanto a las barreras legales presentes en el mercado de distribución de energía eléctrica, es importante señalar que la actividad de distribución de energía eléctrica debe operar a través de una sola red de distribución por mercado, es decir, como monopolio natural, porque dados los altos costos de infraestructura de redes, es más eficiente que la prestación del servicio sea realizada por un solo agente. Las disposiciones legales asociadas a este hecho económico se constituyen, por sí mismas, en una barrera a la entrada para un nuevo competidor.

De otra parte, las barreras económicas de acceso al mercado están dadas por los costos hundidos y requerimientos tecnológicos e inversión en capital. De acuerdo con lo señalado en la Resolución de Apertura, la inversión base necesaria para la adquisición de los activos y el montaje de las redes de energía eléctrica asciende a altas sumas de dinero recuperables sólo a largo plazo.

Ahora bien, en lo que se refiere al mercado de comercialización de energía eléctrica, se desprende de la descripción realizada anteriormente, que la EBSA se convierte en monopolista al ser el único agente que comercializa energía. No obstante lo anterior, como ya se señaló, para determinar la posición de dominio no basta con calcular las cuotas de participación en el mercado y los niveles de concentración, se deben analizar también otros factores que le permitan a la empresa actuar independientemente en el mercado como las características de la demanda y las barreras a la entrada.

Así, en cuanto a las características de la demanda y las condiciones de mercado, se recuerda que, según lo señalado arriba, existen dos tipos de usuarios, los regulados y los no regulados. Como ya se indicó, los usuarios no regulados son los únicos que pueden negociar las condiciones de la prestación del servicio con el comercializador, mientras que los usuarios regulados están sujetos a las condiciones establecidas en el contrato de condiciones uniformes y a la regulación emitida por la CREG.

Finalmente, respecto de las condiciones de entrada al mercado de comercialización de energía eléctrica, vale la pena señalar que para prestar dicha actividad se deben cumplir las condiciones establecidas en la Resolución CREG No. 156 de 2011, a través de la cual se adoptó el Reglamento de Comercialización, que contiene el conjunto de disposiciones que regulan los derechos y obligaciones de los agentes que realizan la actividad de Comercialización de energía eléctrica.

Así, este Despacho concluye que la EBSA tiene posición de dominio en los mercados de

distribución y comercialización de energía eléctrica.

c) Determinación legal de la posición dominante de una empresa de servicios públicos

De acuerdo con el numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, a través de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, la posición dominante es definida como *"la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado"* (negrilla fuera de texto).

Aunque este hecho ha sido reconocido por las investigadas⁴⁷, cabe mencionar que esta Superintendencia ha señalado en casos anteriores⁴⁸ que la determinación de la posición dominante en la prestación de servicios públicos domiciliarios debe realizarse según lo señalado en la Ley 142 de 1994, teniendo en cuenta que el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que *"[e]n caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico"*.

Así, de acuerdo con el literal a) del presente numeral, en el que se concluyó que la EBSA se comporta como monopolista en las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica (a usuarios regulados) en los municipios de Boyacá y Santander donde desarrolla dichas actividades, es posible determinar que la empresa tiene posición de dominio en dicho mercado.

Sobre la subordinación de la prestación del servicio de energía eléctrica a los usuarios finales por parte de la EBSA al cobro de la homologación de la información de los medidores que deben hacer los distribuidores e importadores en el laboratorio de la EBSA

En este acápite se analiza la existencia o inexistencia de subordinación de la prestación del servicio de energía eléctrica al cobro de la homologación de la información de los medidores que impuso la EBSA a partir de noviembre de 2010, y se concluye que no existió la subordinación alegada por la Delegatura, como se pasa a explicar.

En relación con el cargo endilgado a la EBSA por incurrir en la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en la resolución de apertura la Delegatura manifestó lo siguiente:

"En relación con los distribuidores y, en general, con los compradores de medidores de energía, la EBSA condiciona la homologación de la información del medidor y su inclusión en el registro, requisito para que pueda entrar en funcionamiento en su zona de operación, al pago de una

tarifa".

(...)

"De esta forma se busca determinar si la homologación de la información del medidor constituye un servicio que hace parte del proceso integral de conexión, o constituye un servicio de conexión o un servicio complementario, por lo cual, algún régimen tarifario sea susceptible de ser aplicado; o si es un deber que tiene la empresa distribuidora como principal beneficiaria de la información.

Con base en esto se determinará si constituye una obligación adicional, que no se corresponde con la naturaleza esencial del servicio que presta la EBSA, configurándose un cobro explicativo, del cual se reportarla un provecho fraudulento. Esta imputación se hace sin tener en cuenta los mercados conexos afectados"⁷⁷.

Dado que la EBSA empezó a cobrar por registrar la información de los medidores de energía eléctrica que no se calibraban en su laboratorio, pero que los importadores y/o distribuidores de medidores iban a poner en venta en el mercado relevante de distribución y comercialización de la EBSA, la Delegatura buscaba determinar si la homologación de la información de los medidores de energía se puede entender como un servicio complementario al de conexión por el que puede cobrar una tarifa, o si es un deber inherente a la EBSA por la naturaleza de sus funciones, por la cual no debe cobrar.

Sobre la obstrucción de acceso al mercado de calibración de medidores por parte de la EBSA al establecer un cobro por la homologación de la información de los medidores de energía

En consonancia con gran parte del análisis del Informe Motivado y la recomendación de la Delegatura, este Despacho considera que la EBSA incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, como se analiza a continuación.

Tal como se pudo determinar durante la investigación, el mercado de calibración de medidores de energía eléctrica es conexo al mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica.

La EBSA tiene participación en los dos mercados, y en el de distribución y comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados ostenta posición de dominio. Por el contrario, en el mercado de calibración de medidores nuevos tiene una participación minoritaria, dado que éste es un mercado nacional en el que puede participar cualquier laboratorio y/o empresa de servicios públicos que esté debidamente acreditada por la SIC o la ONAC para la actividad de calibración.

Con base en estos hechos, en la Resolución de Apertura la Delegatura señaló:

"Teniendo en cuenta lo anterior, esta investigación tendrá por objeto determinar si la EBSA utiliza su posición dominante en el mercado de distribución de energía eléctrica para cobrar la homologación de la información de los medidores de energía v, de este modo, generar una ventaja competitiva en precios para su laboratorio, en el mercado conexo de calibración de medidores.

Esta ventaja competitiva, configuraría una obstrucción para el acceso de otros laboratorios al mercado, dado que, para compensar el costo que deben asumir sus clientes por la homologación de la información de los medidores ante la EBSA, se verían forzados a reducir considerablemente su margen de rentabilidad, lo que, de persistir en el largo plazo, podría suscitar su salida del mercado de Boyacá.

En este sentido, la investigación de la presente imputación examinará, en el marco de la conexidad entre el mercado de distribución de energía eléctrica y el mercado de calibración de medidores de energía, la relación de consecuencialidad entre los mismos, la participación de la EBSA en ambos mercados, y su interés económico en el mercado de calibración de medidores."⁸¹ (Subrayado fuera del texto)

Para sustentar lo anterior, en el Informe Motivado la Delegatura analizó la doctrina de los mercados complementarios para determinar el presunto abuso de posición de dominio que se presentaría en este caso, en el que la EBSA aprovecharía la posición de dominio que ostenta en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica para aumentar su participación en el mercado de calibración de medidores de energía, en el que no tiene una posición dominante.

De acuerdo con la doctrina, y según consta en el Informe Motivado⁸², los elementos que determinan una situación como la descrita son: (i) la existencia de un mercado determinado, en el cual un agente tenga posición de dominio; (ii) la existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y consecuencial con el mercado dominado; y (iii) el agente que tiene la posición de dominio debe usar ese poder con el fin de obtener una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto de aquél en el cual posee dicho dominio.

Dado que los primeros dos elementos han sido suficientemente probados a lo largo de la investigación, este Despacho se concentrará en estudiar los hechos que permiten afirmar la existencia de una ventaja competitiva por parte de la EBSA en el mercado de calibración de medidores como consecuencia del abuso de su posición de dominio en los mercados de distribución y comercialización de energía eléctrica, teniendo en cuenta el análisis y argumentos de la Delegatura, los cuales este Despacho comparte.

La ventaja competitiva que tiene la EBSA por el cobro de la homologación de los medidores configura una obstrucción para el acceso de otros laboratorios de calibración al mercado

En este caso, los agentes son: (i) los importadores y/o distribuidores de medidores, quienes se ven obligados a pagar la homologación si deciden no calibrar los medidores en el laboratorio de calibración de la EBSA; (ii) los laboratorios de calibración de medidores diferentes al de la EBSA, quienes se pueden ver perjudicados por el cobro de la homologación porque la demanda de calibración se podría desplazar al laboratorio de la EBSA, que termina teniendo precios más competitivos por evitar el sobrecosto de la homologación; y (iii) el usuario final, quien se verá afectado con un alza en los precios de los medidores en el evento en que los comercializadores de medidores opten por trasladarles el sobrecosto de la homologación.

Aunque los beneficios por homologación tomados globalmente y en proporción a los ingresos por las actividades de distribución y comercialización de la EBSA resulten marginales, sí llegan a afectar individualmente a los agentes antes mencionados, sobre quienes, un aumento en los costos debido al cobro de la homologación, puede tener efectos negativos considerables, dado que para los importadores y/o distribuidores de medidores y los laboratorios de calibración, los medidores son el insumo principal de su trabajo, y los aumentos injustificados de costos les resultan altamente perjudiciales.

De este modo, y como se mencionó anteriormente, si se suma el sobrecosto por homologación, se concluye fácilmente que el laboratorio de calibración de la EBSA ofrece los precios más competitivos. Este hecho conlleva a que se genere una ventaja competitiva en precios para la EBSA frente a los demás laboratorios de calibración, que obstruye el acceso al mercado a otros laboratorios de calibración, por el hecho de que los importadores y/o distribuidores de medidores que no quieran pagar el sobrecosto de la homologación, necesariamente tendrán que optar por calibrarlos en el laboratorio de calibración de la EBSA. Desde el punto de vista de la racionalidad económica, el comportamiento esperable es que dichos importadores y/o distribuidores acaben por desplazarse al laboratorio de la EBSA, aunque este hecho no ocurra de inmediato, o que terminen por salir del mercado de Boyacá y buscar otros mercados en los que puedan ofrecer sus medidores.

Responsabilidad del señor Roosevelt Mesa Martínez como persona natural investigada, en su calidad de gerente general de la EBSA

De conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para ***"Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se***

refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio".

Respecto de la responsabilidad endilgada al señor Roosevelt Mesa Martínez persona natural investigada, en su calidad de gerente de la EBSA, las investigadas manifestaron lo siguiente:

"Como quiera que de conformidad con lo antes expuesto, la EBSA no es responsable de la infracción de los numerales 3° y 6° del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, no hay lugar a que se configure la responsabilidad personal del señor Roosevelt Mesa Martínez como Representante Legal de la misma, frente a lo normado en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009.

La responsabilidad personal establecida en el artículo 23 (sic) de la Ley 1340 de 2009, parte necesariamente de la responsabilidad de la empresa a que pertenece el funcionario, por infracción a las normas sustanciales del Régimen de Protección de la Competencia. En esa medida, dado que la EBSA no incurrió en las prácticas anticompetitivas que le fueran atribuidas, por substracción de materia el señor Mesa Martínez no pudo haber autorizado, ejecutado, tolerado o permitido tales infracciones. "95.

Este Despacho concuerda con las investigadas que la responsabilidad personal a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 es subsidiaria a la responsabilidad de la empresa que representa. Sin embargo, como se probó durante la investigación y se analizó en los acápites anteriores de la presente resolución, se encontró que la EBSA incurrió en las conductas endilgadas en la resolución de apertura, por lo cual procederá a sancionarla.

Con respecto a los hechos que generan la responsabilidad del señor Roosevelt Mesa, y de acuerdo con el acervo probatorio que reposa en el expediente, este despacho encontró probado que el señor Roosevelt Mesa Martínez autorizó, ejecutó y toleró conductas violatorias de las normas de protección de la competencia, relacionadas específicamente con el cobro de la homologación de la información de los medidores de energía eléctrica, que se desprendieron de la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de noviembre de 2010, arriba citado.

4. Decisión de la Superintendencia

ARTÍCULO PRIMERO: No tener en cuenta como pruebas los documentos anexados por las investigadas al escrito de observaciones al Informe Motivado.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar que la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP, con NIT0891800219-1, no contravino lo

dispuesto en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS - EBSA ESP, con NIT0891800219-1, contravino lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P,EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS - EBSA ESP por la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL PESOS (\$4.754.745.000,00), equivalente a ocho mil sesenta y seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (8.066 SMMLV).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio - Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO QUINTO: Declarar que el señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ en su calidad de gerente general de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS - EBSA ESP, toleró, ejecutó, autorizó y colaboró con las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO SEXTO: Imponer una sanción pecuniaria al señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ en su calidad de gerente general de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS - EBSA ESP por la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$47.160.000,00), equivalente a ochenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (80 SMMLV).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone,

deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio - Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Ordenar a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que, ejecutoriada la presente decisión, realice la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP informa que:

Mediante Resolución _____ expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP, por haber infringido lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 al ejercer un abuso de posición dominante en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica. Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009.

Igualmente se sancionó al señor señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ en su calidad de gerente general de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP por haber ejecutado y tolerado las conductas arriba descritas, incurriendo en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992."

Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación, deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia.

ARTÍCULO OCTAVO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP a través de su representante legal o su apoderado, y al señor ROOSEVELT MESA

MARTÍNEZ o su apoderado, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

ARTÍCULO NOVENO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLIQUESE en la página Web de la Entidad.

5. Análisis y conclusiones

La EBSA ostenta posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de energía en 122 municipios de Boyacá y 4 municipios de Santander, al tener una cuota de mercado del 99,9% en el segmento de usuarios regulados, el cual representa el 99,9% del total de sus usuarios atendidos, lo cual le permitía determinar condiciones de mercado.

Existen altos costos fijos de inversión para ingresar al mercado de distribución y comercialización de energía, por lo cual se crea una estructura particular de economías de escala que conllevan a que sea más eficiente que una sola empresa preste el servicio de distribución, pues es capaz de suplir la totalidad de la demanda a un menor costo total medio que si existieran dos o más empresas compitiendo en ese mercado.

Existen actividades complementarias al suministro de energía eléctrica al consumidor final, entre las que se encuentra la calibración de medidores. Dicha actividad consiste en la verificación del correcto funcionamiento del medidor para conocer con exactitud la cantidad de energía consumida por parte del usuario final. El mercado de calibración de medidores, a diferencia del de suministro de energía eléctrica al consumidor final, es un mercado competitivo, en el que participan o pueden participar varias empresas, siempre y cuando cumplan los requisitos legales pertinentes. La Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, "Delegatura") pudo establecer que la EBSA tiene, en la zona de distribución de energía eléctrica que atiende, la mayor participación en el mercado de calibración de medidores que ingresan al departamento de Boyacá.

Proyectado por: Diego Guarín