



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Radicación 01026543

RESOLUCIÓN NÚMERO 29843 DE 2003
(22 OCT. 2003)

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en ejercicio de sus atribuciones legales y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante radicación 01026543 de fecha 04 de abril de 2001, la sociedad Energía Confiable S.A. E.S.P., presentó acción en contra la sociedad Electricaribe S.A. E.S.P., identificada con Nit. 000802007670, por la presunta incursión en el acto de competencia desleal descrito en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996.

SEGUNDO: Que en el desarrollo del presente proceso, se presentaron los siguientes:

Antecedentes

La sociedad Energía Confiable S.A. E.S.P., por medio de apoderado debidamente constituido, instauró acción de competencia desleal en contra la sociedad Electricaribe S.A. E.S.P., fundándose en la presunta infracción al artículo 18 de la Ley 256 de 1996, relativo a violación de normas.

Las pretensiones de la parte accionante son las siguientes:

1. "Que la conducta denunciada constituye un acto de competencia desleal.
2. "En consecuencia, ordene a la sociedad denunciada abstenerse de competir sin violar las normas tarifarias consagradas en el artículo 98 numeral 1 de la Ley 142 de 1994."

El accionante explica la pertinencia de las pretensiones refiriendo los siguientes:

Hechos

1. Que la sociedad Energía Confiable S.A. E.S.P., de manera independiente desarrolla la comercialización de energía eléctrica; por lo tanto, es participante del mercado de energía eléctrica colombiana.
2. Que Electricaribe S.A. E.S.P. desarrolla la comercialización de energía, por tal razón es participante del mercado de energía eléctrica.
3. Que Electricaribe S.A. E.S.P., actuando con posición de dominio, presta servicios de comercialización en el mercado de usuarios regulados y en el de los no regulados, lo que implica que las tarifas en el primer mercado están sujetas a una mayor regulación que las del segundo.

4. Que de acuerdo con las pruebas, "la sociedad Electricaribe vendió energía eléctrica a los usuarios no regulados por debajo de sus costos operacionales (lo cual está prohibido) facturando las "restricciones" en un menor valor. Ante lo cual, se puede apreciar cómo ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. no viene cumpliendo con los parámetros de la regulación, puesto que, ha llegado a facturar un Om,t inferior al que debería cobrar."

5. *"Por lo anterior, la sociedad denunciada ha venido obteniendo, una significativa ventaja, dentro del mercado de los usuarios no regulados, en el desarrollo de su actividad de comercialización, incumpliendo las normas tarifarias de la ley de servicios públicos domiciliarios, al dar a sus clientes tarifas inferiores por sustracción de costos operacionales."*

De la demanda se corrió traslado a la accionada, Electricaribe S.A. E.S.P., quien por medio de memorial (folios 72 a 95) se opuso a las pretensiones y a algunos hechos expuestos por el accionante, así:

Afirma la accionada que no cometió el acto de competencia desleal denunciado por el actor, por lo siguiente:

1. Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994, existen grandes diferencias entre usuarios regulados y no regulados del mercado eléctrico. Una de esas diferencias sustanciales radica en que para los regulados las compras de energía están sujetas a las tarifas señaladas en las Resoluciones 031 y 244 de 1997, expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, mientras que para los no regulados las compras de energía tienen libertad de precios, de acuerdo con el artículo 42 de la ley mencionada.

2. Que el suministro de energía para los usuarios no regulados es producto de la celebración de un contrato bilateral, consensual, en donde las partes se ponen de acuerdo en la cantidad de energía que se va a suministrar y el precio de la misma, lo cual se pacta libremente.

3. Que mediante Resolución 031 de 1997, la CREG fijó la fórmula para calcular los costos adicionales del mercado mayorista (Om,t) regulado, sin que ello implicara que necesariamente, el precio de la energía en el mercado no regulado se afectara en igual proporción al del mercado regulado, como lo pretende el denunciante, dada la libertad de precios con respecto a los usuarios no regulados.

4. Que considerando que la acusación de Energía Confiable S.A. E.S.P. se refiere al mercado de usuarios no regulados, y que por costo operacional se entiende la suma de dinero dedicada a la obtención de bienes, productos e insumos que requiere una empresa para el desarrollo de la actividad de comercialización de energía, Electricaribe pacta libremente con sus clientes el precio de la energía que se va a vender, y el margen de ganancia o utilidad que ofrecen estos contratos cubre todo el costo operacional que implica la prestación de dicho servicio, lo cual implica que no se está violando lo señalado en el artículo 98.1 de la Ley 142 de 1994.

5. Que en ningún momento el Sistema de Intercambio Comercial (SIC) fija el valor kwh de las restricciones que las empresas comercializadoras deban cobrar a sus clientes, sean estos regulados o no regulados. El SIC asigna a cada comercializadora un valor global de restricciones, que la comercializadora distribuye entre sus clientes. Para los clientes regulados, la distribución se hace de conformidad con la fórmula establecida en la Resolución 031 de 1997. Para los usuarios no regulados, la distribución de las restricciones es objeto de acuerdo entre las partes.

6. Que el competidor no puede señalar a Electricaribe S.A. E.S.P. las políticas para fijar los precios de la venta de energía en el mercado no regulado, tomando como instrumento la denuncia que motiva esta investigación. Es un hecho notorio que esta conducta atenta contra lo señalado en el artículo 43 de la Ley 143 de 1994.

7. Finalmente, manifiesta el accionado que por lo menos desde la expedición de la Ley 689 de 2001 (artículo 13), la entidad competente para investigar y sancionar las conductas comerciales de las empresas de servicios públicos domiciliarios constitutivas de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Refuerza esta tesis el hecho de que en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 se enumeran las conductas consideradas como restricciones indebidas a la competencia, dentro de las que se encuentra el cobro de tarifas por debajo de los costos operaciones del servicio, la misma que se le endilga a Electricaribe S.A. E.S.P.

Por lo anterior, juzga el sujeto pasivo de esta acción que los actos administrativos que dan origen a la misma deben ser revocados, por haber sido expedido sin competencia y violando el debido proceso.

Agotada la etapa conciliatoria sin lograr acuerdo entre las partes, el Despacho procedió a abrir a pruebas el proceso. Las pruebas decretadas y practicadas fueron: la documental, conformada por algunos de los documentos aportados por el accionante, los aportados por la accionada y la respuesta a los oficios enviados por Electricaribe S.A. E.S.P. a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión Reguladora de Energía y Gas, y el interrogatorio de parte del señor Salim Radi Pulido, representante legal de Energía Confiable S.A. E.P.S.

Rendido el informe motivado por parte de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, de él se corrió traslado a las partes para que emitieran sus alegaciones. Durante este término, el actor, Energía Confiable S.A. E.S.P., las presentó por fuera del término señalado por la delegatura, y el accionado, Electricaribe S.A. E.S.P., a través de su apoderado, las presentó de la siguiente manera:

Alegatos de la sociedad accionada:

Los alegatos de conclusión presentados por Electricaribe S.A. E.S.P., a través de su apoderado, se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- Comparte los argumentos expuestos por la Delegatura para la Promoción de la Competencia en el informe motivado, por cuanto los usuarios no regulados del mercado de servicios de energía eléctrica, de acuerdo con las disposiciones jurídicas expedidas por la CREG, se encuentran bajo el régimen de libertad de tarifas, razón por la cual las empresas prestadoras de este servicio pueden pactar con este tipo de consumidores, las condiciones de venta, siempre y cuando el precio acordado no sea por debajo de los costos operacionales.
- Teniendo en cuenta lo anterior, considera la accionada que la parte demandante pretendía que Electricaribe S.A. E.S.P. incluyera en los contratos de venta de energía eléctrica que celebraba con los usuarios no regulados, el precio publicado por el SIC para algunos elementos del componente Om.t. para los usuarios regulados, lo cual resultaría contrario a la normatividad que regula los dos tipos de usuarios.
- La existencia de dos tipos de usuarios en el mercado de servicios de energía eléctrica, con el fin de no estandarizar la oferta o la demanda, sino que por el contrario, con la intención de crear los mecanismos necesarios para que exista una verdadera competencia entre las empresas prestadoras de estos servicios, lo cual conlleva que se ofrezcan mejores servicios y productos en beneficio de los consumidores.
- "Las pretensiones de la demanda, en este sentido, no solo son incongruentes con las particularidades del sector eléctrico, sino además, con las generales de la competencia que repudian la obtención de ventajas mediante el quebramiento de normas, o de manera similar, mediante la interposición de demandas como la que ocupa la atención del despacho..."
- Afirma la parte accionada que no existen pruebas que demuestren los hechos demandados por la accionante, sino que por el contrario, obran afirmaciones sin fundamento alguno.

- Finalmente, señala que, "[c]on fundamento en todo lo anterior, y lo que expone de manera clara el informe, solicito al señor Delegado ratificar el informe."

TERCERO: Que habiéndose agotado las diferentes instancias procesales, y no presentándose nulidades que impidan el proferimiento de un fallo, procede el Despacho a decidir el presente proceso en los siguientes términos:

1. Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

En primer lugar se analizará si es competente la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer y decidir acciones por competencia desleal como la instaurada por la sociedad Energía Confiable S.A E.S.P.

Es cierto que en virtud del artículo 13 de la Ley 689 de 2001, por medio del cual se modificó el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, se le confirió a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios **facultades administrativas** para adelantar investigaciones por competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas de la competencia, en contra de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas

Sin embargo, fue a través de los artículos 143, 144, 147 y 148 de la Ley 446 de 1998, que el legislador le otorgó expresamente a la Superintendencia de Industria y Comercio, a prevención de los Jueces de la República, competencia para conocer de las acciones jurisdiccionales que en desarrollo del artículo 20 de la Ley 256 de 1996 le fueran presentadas.

Teniendo en cuenta que el proceso que se adelanta se origina en una acción por competencia desleal, esta Superintendencia se encuentra ejerciendo facultades jurisdiccionales, que no administrativas, el conocimiento de esta acción le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio (o a los Jueces Civiles del Circuito) y no a la de Servicios Públicos Domiciliarios, observando que el procedimiento previsto para adelantar este tipo de acciones por parte de esta Superintendencia es el establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, por disposición del artículo 144 de la Ley 446 de 1998.

En consecuencia, no le asiste razón a la parte accionada al alegar la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para adelantar el presente proceso.

2. Legitimación

Se analizará si existe legitimación activa por parte de Energía Confiable S.A. E.S.P., para obtener las declaratorias que plantea en sus pretensiones contra Electricaribe S.A. E.S.P., y si ésta se encuentra legitimada en la causa para que le sean reclamadas dichas pretensiones. De llegarse a una respuesta negativa frente a cualquiera de los supuestos arriba citados, el análisis concreto de las actuaciones cuestionadas no será necesario, pues los supuestos básicos para un fallo favorable habrán desaparecido y las pretensiones deberán ser declaradas infundadas.

2.1. Legitimación Activa.

En cuanto a la legitimación activa, las normas que resultan relevantes al presente proceso son el artículo 21 de la Ley 256 de 1.996, en armonía con el artículo 3º del mismo ordenamiento.

Así las cosas, el artículo 21 de la ley 256 de 1996, establece que "*cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley*", y por su parte el artículo 3º del mismo ordenamiento determina que dicha ley "*se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado*",

sin que pueda supeditarse su aplicación a "la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal."

En el presente proceso, la sociedad Energía Confiable S.A. E.S.P. participa en el mercado colombiano de servicios de energía eléctrica. Adicionalmente, la demandante se encuentra en relación de competencia con la demandada.

En consecuencia, la prestación de servicios de energía eléctrica que realiza Energía Confiable S.A. E.S.P. como actividad económica, generan que ésta participe en el mercado y que esté legitimada para reclamar de terceros y, en particular de Electricaribe S.A. E.S.P. las pretensiones que se debaten en este proceso.

2.2. Legitimación Pasiva.

De conformidad con el inciso primero del artículo 22 de la Ley 256 de 1996, "[l]as acciones previstas en el artículo 20, procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal". En el presente caso se tiene que independientemente del análisis sobre lealtad o deslealtad de las conductas, los hechos relevantes en los que se fundamentan las pretensiones de la actora, han sido atribuido por la demandante a la sociedad Electricaribe S.A. E.S.P.

No cabe duda que la sociedad Electricaribe S.A. E.S.P., participa en el mercado, como lo demuestra el certificado de existencia y representación que obra en el expediente y que a dicha sociedad le es atribuida la responsabilidad del acto de competencia desleal por parte de la demandante. En consecuencia, la sociedad Electricaribe S.A. E.S.P. está llamada a responder por el acto que se le atribuye, por lo cual, independientemente de que dicho acto sea calificado o no como de competencia desleal, Electricaribe S.A. E.S.P. está legitimada para concurrir como accionada al proceso.

3. Supuestos generales de la Ley 256 de 1996

Para que una conducta pueda ser considerada desleal a la luz de los artículos 7 a 19 de la Ley 256 de 1996, es necesario comprobar que la situación que se examina, se haya desarrollado o produzca sus efectos en determinado ámbito objetivo, subjetivo y territorial.

3.1. Ámbito objetivo de aplicación

El artículo 2 de la Ley 256 de 1996, establece el ámbito objetivo de aplicación, disponiendo que "[l]os comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero".

En el presente caso, los comportamientos o conductas que se investigan son idóneos para que Electricaribe S.A. E.S.P., mantenga o aumente su participación en el mercado, por lo cual opera la presunción contenida en el artículo 2 de la Ley 256 de 1996, la cual no fue desvirtuada por la demandada.

3.2. Ámbito subjetivo de aplicación

El artículo 3 de la Ley 256 de 1996 establece: "Ámbito subjetivo de aplicación. Esta ley se le aplicará tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado. La aplicación de la ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal."

En el presente proceso, tanto Energía Confiable S.A. E.S.P., como Electricaribe S.A. E.S.P., participan en el mercado de servicios de energía eléctrica, manteniendo entre sí una relación de competencia.

En consecuencia, el requisito de participación en el mercado exigido por el artículo 3° de la Ley 256 de 1996 se cumple.

3.3 Ambito territorial de aplicación

La Ley 256 de 1996, dispone en el artículo 4° lo siguiente: "*Esta ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.*"

Los hechos que acá se debaten tuvieron ocurrencia en el mercado colombiano, siendo éste el territorio en el cual se han generado sus efectos principales.

4. Análisis de lealtad de la conducta de Electricaribe S.A. E.S.P.

Estando acreditados los supuestos sobre legitimidad en la causa por activa y pasiva, y encontrándose establecido que los hechos objeto del proceso reúnen las condiciones generales para ser considerados como actos de competencia, corresponde analizar si los mismos son calificables como desleales, y en consecuencia, si son susceptibles de ser reprimidos como de competencia desleal.

4.1. Consideraciones Generales

La Ley 256 de 1996 es una disposición que se aplica en forma general a todo el mercado y que busca que quienes en éste participan, sean o no comerciantes, se abstengan en emplear en sus actos competitivos, medios o mecanismos que puedan ser calificados como desleales.

En tal sentido, la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela, ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino solamente la utilización de medios indebidos para competir, los cuales, precisamente por ser indebidos, distorsionan la realidad del mercado, pueden causar perjuicio injustificado a quienes los sufren y rompen la igualdad de quienes compiten lealmente en el comercio, al generar frente a estos últimos, un desequilibrio que sólo se rompería si los competidores leales se vieran obligados también a emplear métodos desleales, lo cual resultaría igualmente reprochable, generándose un caos total en el mercado y exponiéndose al consumidor a las consecuencias nefastas que tal realidad comercial traería.

Lo anterior explica las razones por las cuales el legislador dispuso en el artículo 1° de la Ley 256 de 1996, que dicha regulación se aplicará sin perjuicio de otras formas de protección, pues independientemente que el acto desleal infrinja otro ordenamiento, la Ley 256 de 1996 no sanciona el comportamiento por infringir el otro ordenamiento, sino por ser desleal y por los efectos nocivos que el actuar indebido genera para los afectados directos por el acto y consecuencialmente para los consumidores.

En este orden de ideas, el bien jurídico y el valor supremo que tutela la Ley 256 de 1996, es la lealtad empleada en los medios para competir, lealtad cuya noción y fundamento se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 7° de la propia regulación y en los desarrollos que de dicho inciso se hace en las normas subsiguientes del capítulo segundo de la Ley 256 de 1.996.

El inciso primero del artículo 7° de la Ley 256 establece lo siguiente: "*Prohibición general. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.*"

La noción de lealtad arriba citada encuentra su fuente en la obligación que tienen los participantes en el mercado de respetar en sus actuaciones la buena fe comercial, por lo cual incurrir en competencia desleal, quienes en sus actuaciones violan dicho deber. Esta interpretación, acorde con el contenido ético que envuelve el concepto de deslealtad, permite concluir, como lo hizo la Sala de Casación Civil de la

Corte Suprema de Justicia en el año de 1.958¹, que actuar lealmente es obrar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas prácticas mercantiles.

Finalmente, al contener el inciso primero del artículo 7° de la Ley 256 de 1996 una prohibición general, ésta irradia y le da sentido a las conductas subsiguientes que la desarrollan, las cuales establecen a título enunciativo algunos actos que el legislador ha considerado que son desleales, por ser conductas opuestas a la manera corriente de quienes obran honestamente en el mercado.

4.2. Análisis de lealtad en el caso concreto.

El artículo 18 de la Ley 256 de 1996 dispone lo siguiente:

"Artículo 18. Violación de normas. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

La competencia desleal no sanciona el hecho violatorio de la ley, sino la adquisición de una ventaja competitiva significativa dentro del mercado por la violación de una norma jurídica.

De lo anterior, se concluye que para que una conducta sea considerada desleal, se requiere que se cumplan los siguientes requisitos:

- La infracción a una norma jurídica diferente a la Ley 256 de 1996.
- que como consecuencia de la infracción, se obtenga una ventaja competitiva.
- Que la ventaja competitiva sea significativa.

En el presente proceso, la norma que en consideración de la demandante infringió Electricaribe S.A. E.S.P. es el numeral 1 del artículo 98 de la ley 42 de 1994, la cual señala:

"Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación."

Definición de usuarios regulados y de usuarios no regulados y de otros conceptos.

Para el entendimiento de los hechos en mención y poder establecer si Electricaribe S.A. E.S.P. incurrió en el acto de competencia desleal demandado, se hace necesario tener en cuenta las siguientes definiciones:

Usuarios regulados: De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 143 de 1994, es la persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a **tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.**

Usuarios no regulados: Para todos los efectos regulatorios, es una persona natural o jurídica con una demanda máxima superior a un valor en MW o a un consumo mensual mínimo de energía en MWh, definidos por la Comisión, por instalación legalizada, a partir de la cual no utiliza redes públicas de transporte de energía eléctrica y la utiliza en un mismo predio o en predios contiguos. Sus compras de electricidad se realizan a **precios acordados libremente entre el comprador y el vendedor.** Este concepto fue desarrollado por el artículo 1 de la Resolución 131 de 1998.

Mercado competitivo: La misma norma de la CREG lo define como el conjunto de generadores y comercializadores en cuanto compran y venden energía eléctrica entre ellos. Forman parte de él,

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Doctor Arturo Valencia Zea. Bogotá, junio 23 de 1958.

igualmente, los usuarios no regulados y quienes les proveen energía eléctrica. (artículo 1 de la Resolución 131 de 1998).

De las anteriores definiciones se colige que para los usuarios regulados las tarifas son adoptadas por las empresas prestadoras del servicio público domiciliario de energía eléctrica, con base en la metodología establecida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mientras que para los usuarios no regulados, el precio de las tarifas es acordado de común acuerdo entre la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica y los usuarios.

Análisis de la norma presuntamente violada, artículo 98 de la Ley 142 de 1994

Señala la parte accionante que Electricaribe S.A. E.S.P., vendió energía eléctrica a los usuarios no regulados, por debajo de sus costos operacionales, facturando las "restricciones" en un menor valor, ante lo cual se puede apreciar que Electricaribe S.A. E.S.P. no viene cumpliendo con los parámetros de la regulación, puesto que ha llegado a facturar un Om.t. inferior al que debería cobrar.²

En este sentido, afirma el accionante que con dicha actuación, la demandada vulneró el numeral 1 del artículo 98 de la ley 142 de 1994.

En este orden de ideas, para establecer si Electricaribe S.A. E.S.P. vendió energía eléctrica por debajo de los costos operacionales, se hace necesario definir y analizar el concepto de costos operacionales y determinar sus componentes.

› Costo operacional del servicio de energía eléctrica

En consulta realizada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios con respecto al tema en mención, mediante concepto 01026543 de agosto 6 de 2002, dicha Entidad manifestó lo siguiente:

1.b. ¿Cuáles son las variables que componen el esquema tarifario a las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica en el mercado no regulado?

"Para una mayor ilustración al esquema tarifario aplicable a las empresas prestadoras del servicio de energía eléctrica en el mercado no regulado, a continuación se explican las diferencias primordiales entre el mercado regulado y no regulado:

"Las normas regulatorias aplicables para la atención de usuarios no regulados, difieren de las normas aplicables a los usuarios regulados y responden a características particulares de estos mercados. Mientras el punto de equilibrio financiero del negocio de comercialización en el mercado no regulado, depende del volumen de KWh, el punto de equilibrio del negocio de comercialización en el mercado regulado, es función básicamente del número de usuarios cubiertos.

"Explicado esto, de manera genérica la cadena de costos o variables implícita en la prestación del servicio de energía eléctrica a un usuario no regulado es la siguiente:

"CU = Generación + Transmisión + Distribución + Comercialización

"Los componentes de la cadena de costos de prestación del servicio para la atención de usuarios en los dos mercados son idénticos, no así el manejo que puede aplicar el comercializador a cada uno de los componentes, manejo que

² Demanda, capítulo de hechos numeral 4.

dependerá del mercado en el cual actúe". (subrayas fuera de texto)

1. c. ¿Cuáles son los cargos que componen los costos operacionales de las empresas prestadoras de servicio de energía eléctrica del mercado no regulado, cuáles de ellos son variables y cuál es su comportamiento e incidencia en el valor de la tarifa?

"Entendiendo como "costos operacionales" los que hacen referencia a los cargos por uso del Sistema de Distribución Local, la metodología establecida para calcular los Cargos por Uso de los STR's o SDL's, está contenida en la resolución CREG – 099 de 1997. A continuación se resumen los aspectos relevantes de estos Cargos:

"Los Cargos remuneran a costos de reposición, la infraestructura eléctrica necesaria para llevar el suministro desde la salida del Sistema de Transmisión Nacional (STN), hasta el punto de entrega al usuario. Incluyen los costos de conexión del sistema del transportador al STN, pero no incluyen los costos de conexión del usuario al respectivo sistema.

"Los Cargos por Uso de los STR y/o SDL'S, se establecen de tal forma que los usuarios finales de las redes pagan un cargo único por su uso al comercializador que los atiende, independientemente del número de propietarios de las redes.

"Los Cargos por Uso de los STR's y/o SDL's se liquidarán a los usuarios no regulados a través del correspondiente comercializador, mediante los cargos monomios horarios (\$KWh) aprobados para el respectivo Nivel de Tensión, los cuales serán aplicados al consumo horario registrado en el medidor ubicado en la frontera comercial. Estos cargos varían conforme a la franja horaria establecida e inciden proporcionalmente en la tarifa de acuerdo con las variaciones mencionadas".

De igual manera, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, mediante concepto rendido a esta Superintendencia en octubre 23 de 2002, obrante en el expediente, dio respuesta a la consulta sobre el componente tarifario Om,t –correspondiente a los costos adicionales del mercado mayorista:-

¿Es posible para un comercializador de energía no cobrar el factor Om,t a un usuario no regulado?

"Se debe aclarar que el factor Om,t es una de las variables incluidas en el cálculo del Costo Unitario de Prestación de Servicio de que trata la Resolución CREG 031/97, cuya finalidad se encuentra encaminada al cálculo de las tarifas aplicables a usuarios regulados. El factor mencionado, corresponde a los costos adicionales del mercado mayorista que no se incluyen en los otros rubros, tal como las contribuciones que deben pagarse a la CREG y a la SSPD, los costos asignados a los comercializadores por restricciones en las redes y servicio de regulación secundaria de frecuencia y la utilización de otros servicios como son el Centro Nacional de Despacho y los del Administrador del Sistema Intercambios Comerciales.

"En conclusión, los valores contemplados en el Om,t, como parte de los costos en que un comercializador incurre para la prestación del servicio, se deben reflejar en los valores cobrados a todos los usuarios del servicio. Para los usuarios regulados se debe efectuar mediante la metodología establecida en la Resolución CREG 031 de 1997 y para los usuarios no regulados, conforme a los acuerdos de precios pactados". (subrayas fuera de texto)

Los anteriores conceptos llevan a concluir al Despacho que los costos operacionales corresponden a aquellos en que incurre el comercializador a lo largo de la cadena de costos de prestación del servicio energía eléctrica –por generación, transmisión, distribución y comercialización–, entre los que se incluyen aquellos adicionales por concepto de: a) contribuciones obligatorias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la Comisión de Regulación de Energía y Gas –artículos 3 y 85 de la Ley 142 de 1994–, b) remuneraciones al agente del Centro Nacional de Despacho, a los Centros Regionales de Despacho y al administrador del Sistema de Intercambio Comercial, y c) restricciones en la operación del Sistema Interconectado Nacional SIN.³

Así, la violación del numeral 1 del artículo 98 de la Ley 142 de 1994, que prohíbe a quienes presten los servicios públicos, dar a los clientes de un mercado competitivo o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, ocurriría de comprobarse que las tarifas cobradas por el comercializador de energía, en nuestro caso Electricaribe S.A. E.S.P., son inferiores a la cantidad que resulta de la sumatoria de todos los factores que conforman los costos operacionales en que incurre por la prestación del servicio de energía.

A través de las etapas procesales el Despacho observa que la actividad probatoria de quien instauró la acción, Energía Confiable S.A. E.S.P., se limitó a probar que Electricaribe S.A. E.S.P. cobró a sus usuarios no regulados por concepto de costos adicionales o componente Om,t, especialmente por concepto de restricciones, una suma inferior a la establecida en la ley como Om, t para el cubrimiento de estos costos, utilizando para hacer los cálculos que lo llevan a tal conclusión, las fórmulas establecidas en la Resolución 031 de 1997 de la CREG.

En criterio del Despacho, las fórmulas establecidas en la Resolución 031 de 1997 –“Por la cual se aprueban las fórmulas generales que permiten a los comercializadores de electricidad establecer los costos de prestación del servicio a usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional”– en las que se incluye el factor Om,t, sólo son aplicables al mercado de los usuarios regulados. Por lo tanto, yerra el accionante al calcular los costos operacionales de Electricaribe S.A. E.S.P., para el mercado de usuarios no regulados, basado únicamente en el factor Om,t, previsto sólo en la fórmula para el mercado de los usuarios regulados.

Teniendo en cuenta que: a) de acuerdo con los conceptos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de la Comisión Reguladora de Energía y Gas, las fórmulas contenidas en la Resolución 031 de 1997 sólo son aplicables a usuarios regulados; b) que el régimen tarifario para usuarios no regulados se caracteriza por la libertad en la contratación, lo que hace improcedente la aplicación de las fórmulas mencionadas para el cálculo de sus tarifas (Om,t); c) que siendo clara la norma del numeral 1 del artículo 98 de la Ley 142 de 1994 al prohibir el cobro de tarifas inferiores a los costos operacionales, lo que implica que la prueba de la infracción debe calcularse sobre la base de lo cobrado por el conjunto de elementos componentes de esos costos⁴; d) que el objeto específico de la acusación –el cobro al usuario no regulado de un precio inferior por concepto de restricciones– es tan solo uno de los componentes de los costos operacionales a los que hace referencia el numeral 1 del artículo 98 de la Ley 142 de 1994; y e) que no habiendo prueba de que la sociedad accionada cobrara a sus usuarios no regulados una suma inferior al costo operacional del servicio, esta Superintendencia considera que la sociedad Electricaribe S.A. E.S.P. no incurrió en la conducta prohibida en el numeral 1 del artículo 98 de la ley 142 de 1994, y, por lo tanto, tampoco en actos de competencia desleal por violación de normas, comportamiento previsto en el artículo 18 de la ley 256 de 1996.

³ LEY 142 DE 1994, artículos 167 Y 171

LEY 143 DE 1994, artículos 23 y 32

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG, Resoluciones 063 del 12 de septiembre de 2000 y 157 del 27 de diciembre de 2001.

⁴ CU = Generación + Transmisión + Distribución + Comercialización.

Los alegatos de conclusión presentados por la parte demandante, no se tendrán cuenta por ser extemporáneos, por cuanto los mismos debían ser presentados entre el 12 de agosto al 2 de septiembre de 2003, y éstos fueron allegados el 15 de septiembre de 2003.

Por lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADAS las pretensiones incoadas por Energía Confiable S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese el contenido de la presente decisión personalmente y en su defecto por edicto, al doctor Luis Ferney Moreno Castillo, apoderado de la accionante, Energía Confiable S.A. E.S.P., y al doctor Ángel Castañeda Manrique, apoderado de la accionada, Electricaribe S.A. E.S.P., entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma procede recurso de apelación, interpuesto por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Atlántico, Sala Civil, en el acto de notificación o dentro de los tres (3) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **22 OCT. 2003**

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

NOTIFICACIONES:

Nombre: Luis Ferney Moreno Castillo
C.C. No.: 14.244.185 de Ibagué
T.P. No.: 51.944 del C.S. de la J.
Apoderado de: Energía Confiable S.A. E.S.P.
NIT No.: 000802006121
Dirección: Carrera 3 A – No. 63 - 04
Ciudad: Bogotá, D.C.

Nombre: Ángel Castañeda Manrique
C.C. No.: 80.426.654 de Usaquén
T.P. No.: 87.291 del C.S. de la J.
Apoderado de: Electricaribe S.A. E.S.P.
NIT No.: 000802007670
Dirección: Carrera 11 No. 71 – 40 piso 5.
Ciudad: Bogotá, D.C.

Radicado: 01026543
JJK/agl/wb