



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

RESOLUCIÓN NÚMERO - 12937 DE 2011
(14 MAR 2011)

Radicación No. 09-120468

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 1, y en los numerales 3 y 5 del artículo 8 del Decreto 1687 de 2010, y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas *"velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica."*

SEGUNDO: Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio *"velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales (...)".*

TERCERO: Que los numerales 3° y 5° del artículo 8 del Decreto 3523 de 2009 modificado por el Decreto 1687 de 2010, respectivamente, establecen como funciones del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia *"iniciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares acerca de infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia",* así como *"tramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia."*

CUARTO: Que mediante comunicación No. 09-120468-00 del 27 de octubre de 2009¹, la empresa ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P, en adelante ECONSA, presentó queja en contra de la empresa ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., en adelante ELECTRICARIBE, en la cual expuso los siguientes hechos:

- Que ha solicitado reiteradamente a ELECTRICARIBE, como Operador de Red de la ciudad de Barranquilla, sin obtener respuesta, el cumplimiento de la Resolución CREG No. 097 de 2008, que establece en cabeza del operador de red, la obligación de remitirle al comercializador un listado de los activos de nivel de tensión 1 que sean de propiedad de los usuarios, con el objeto de descontarle a aquellos del Cargo por Uso del Nivel de Tensión 1, el Cargo Máximo del Nivel de Tensión 1, por concepto de inversión dentro de la fórmula del cargo máximo que remunera la distribución del nivel de tensión a los usuarios que sean propietarios de dichos activos.
- ECONSA manifiesta que con el incumplimiento de lo dispuesto en la mencionada resolución, se configura una violación de dicha norma por parte de ELECTRICARIBE, lo

¹ Documento obrante en el Cuaderno 1 del expediente, folios 1 a 4.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

cual genera una ventaja competitiva, por cuanto ELECTRICARIBE es competidor de ECONSA en el mercado de la comercialización de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla.

- Así mismo, ECONSA manifiesta que el incumplimiento en el que esta incurriendo ELECTRICARIBE trae como consecuencia la imposibilidad de efectuar el descuento en la factura a los usuarios propietarios de activos.

QUINTO: Que mediante comunicación No. 10-003488-0 del 15 de enero de 2010², acumulada al expediente, ECONSA amplió la queja presentada anteriormente ante la Superintendencia, en la cual señaló:

- Que ELECTRICARIBE ha emitido diversas respuestas, en las cuales niega o desconoce la existencia de la presunta obligación regulatoria incumplida, o señala que la obligación de remisión del listado de usuarios propietarios de activos asociados al nivel de tensión 1 se puede entender cumplida con el envío del detalle de la factura que remiten a ECONSA por concepto de cobros de cargos por uso del Sistema de distribución local (SDL), pues de allí se puede inferir la información requerida para efectuar el descuento regulatorio.
- Que dichas respuestas denotan la evidente negativa de ELECTRICARIBE a cumplir con la obligación contenida en la Resolución CREG 097 de 2008³, puesto que sus respuestas se basan en interpretaciones acomodadas e inadecuadas de la regulación de la CREG.
- Que el incumplimiento regulatorio de ELECTRICARIBE ha sido reiterado, incluso desde la entrada en vigencia de la Resolución 082 de 2002, que también contenía la obligación de envío mensual del listado al que se ha hecho mención, con el fin de reconocerles a los usuarios un descuento en el valor cobrado por distribución de energía, por la propiedad total o parcial de activos asociados con el nivel de tensión 1. Que como consecuencia de ello, ECONSA ha enviado desde entonces múltiples comunicaciones a ELECTRICARIBE reiterando las solicitudes antes mencionadas, así como, solicitudes de conceptos a la CREG y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para que en su calidad de entes de regulación, control y vigilancia se pronuncien sobre la aplicación de estas resoluciones.

SEXTO: Que en desarrollo de las facultades conferidas a esta Entidad por los numerales 37⁴ y 38⁵ del artículo 1 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, esta Delegatura requirió información a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), a la sociedad ELECTRICARIBE y a ECONSA mediante las siguientes comunicaciones:

- Comunicación con radicado No. 09-120468-1 del 19 de enero de 2010 dirigida a la sociedad ELECTRICARIBE.⁶

² Documento obrante en el Cuaderno 1 del expediente, folios 9 a 35.

³ Resolución CREG 097 de 2008, Anexo General, capítulo 6, numeral 6.6.

⁴ "Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan."

⁵ "Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones."

⁶ Documento obrante en los folios No. 39 y 40 del Cuaderno 1 del expediente.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

- Comunicación con radicado No. 09-120468-2 del 19 de enero de 2010 dirigida a la sociedad ECONSA.⁷
- Comunicación con radicado No. 09-120468-6 del 18 de febrero de 2010 dirigida a la sociedad ELECTRICARIBE.⁸
- Comunicación con radicado No. 09-120468-16 del 25 de mayo de 2010, dirigida a la CREG.⁹

SÉPTIMO: Así mismo, en desarrollo de las facultades contenidas en el numeral 37 del artículo 1 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 1 del Decreto 1687, la Delegatura efectuó la práctica de una visita administrativa a las instalaciones de la sociedad ELECTRICARIBE, en la ciudad de Barranquilla, contenidas en el acta del 7 de julio de 2010¹⁰. Dentro de esta visita administrativa se requirió información y se practicó el testimonio del señor Fermín Hernando de la Hoz Torrente, Asesor de la Gerencia Legal de servicios jurídicos de ELECTRICARIBE, practicado durante la visita administrativa del 7 de julio de 2010.¹¹

OCTAVO: Que dando cumplimiento con las funciones asignadas a esta Superintendencia en el numeral 39 del artículo del Decreto 3523 de 2009, consagradas actualmente en el numeral 40 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, se practicaron las siguientes diligencias de testimonio:

- Diligencia de testimonio de Salim Radi Pulido, representante legal de ECONSA, practicada el día 4 del mes de junio de 2010.¹²
- Diligencia de testimonio de Álvaro Capacho Torres, en calidad de cliente de ELECTRICARIBE y de administrador del Edificio Campiña Real de la ciudad de Barranquilla, practicada el 27 de agosto de 2010,¹³ en la cual se le requirió una información.

NOVENO: Que de la información recopilada por esta Entidad en desarrollo de la presente actuación administrativa y del análisis de la misma, esta Delegatura encuentra pertinente describir el mercado relacionado con los hechos objeto de la queja:

9.1 LA ENERGÍA ELÉCTRICA EN COLOMBIA

La energía eléctrica¹⁴ corresponde a una de las alternativas energéticas con mayor demanda en Colombia por su fácil acceso y uso para llevar a cabo la mayoría de

⁷ Documento obrante en los folios No. 41 y 42 del Cuaderno 1 del expediente.

⁸ Documento obrante en los folios No. 58 y 59 del Cuaderno 1 del expediente.

⁹ Documento obrante en los folios No. 472 y 473 del Cuaderno 3 del expediente.

¹⁰ Documento obrante en el folio 235 del Cuaderno 2 del expediente.

¹¹ Documento obrante en los folios 262 a 266 del Cuaderno 2 del expediente.

¹² Documento obrante en el folio 476 del Cuaderno 3 del expediente.

¹³ Documento obrante en el folio 644 del Cuaderno 3 del expediente.

¹⁴ La energía eléctrica es el movimiento de electrones con una fuerza determinada, la cual se manifiesta en las formas de corriente eléctrica y voltaje. La corriente eléctrica es el movimiento de electrones en grandes cantidades y el voltaje es la fuerza que empuja a esos electrones en una dirección deseada.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

actividades de los sectores productivos,¹⁵ toda vez que, ésta puede transformarse en energía térmica, mecánica y luminosa, para ser utilizada en el funcionamiento y/o movimiento de aparatos como electrodomésticos, motores o el suministro de iluminación. La energía eléctrica se mide dependiendo del trabajo que hace durante un tiempo determinado y su unidad de medida son los kilovatios-hora kWh.¹⁶

Ahora bien, cabe destacar que desde la expedición de la Ley 142 de 1992, se llevaron a cabo procesos de desregularización y liberalización del sector eléctrico colombiano, por cuanto el suministro de energía eléctrica dejó de ser un monopolio del Estado para pasar a la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad por parte de agentes privados en un ambiente de mercado y libre competencia que atendiera la creciente demanda de dicho producto.

9.2 CADENA PRODUCTIVA DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA EN COLOMBIA

En el proceso de suministro de energía eléctrica al usuario final interactúan diferentes agentes económicos, por un lado, está el **generador** quien produce la electricidad a través de diferentes métodos como el eólico, el hidráulico y el geotérmico, entre otros. Por su parte, el **transmisor** es quien opera y transporta la energía eléctrica desde las centrales de generación hasta los grandes centros de consumo (entrada a las regiones, ciudades o entrega a grandes consumidores) a través del Sistema de Transmisión Nacional (STN)¹⁷ con tensiones iguales o mayores a 220 kv; el siguiente agente en la cadena es el **distribuidor** quien se encarga de operar y transportar la energía eléctrica en un SDR o un SDL¹⁸, mediante los cuales distribuye la energía desde el punto donde el STN la entrega hasta el punto de entrada de las instalaciones del consumidor final, incluida su conexión y medición. Por último, se encuentra el **comercializador** cuya actividad comprende la compra¹⁹ de energía eléctrica a los generadores y su posterior venta a los usuarios finales regulados²⁰ o no regulados²¹. Éste servicio incluye la facturación, medición y en general la atención que requiere el usuario final de la energía eléctrica. El siguiente esquema ilustra la estructura de la cadena productiva de la energía eléctrica:

¹⁵ Véase: Unidad de Planeación Minero Energética. Balance Energético 2009. En: http://www.upme.gov.co/GeneradorConsultas/Consulta_Balance.aspx?IdModulo=3. Fecha de consulta: 8 de Febrero de 2011.

¹⁶ Un kWh es el trabajo que se hace (movimiento de una cantidad de electrones con una fuerza determinada) durante una hora.

¹⁷ Res CREG 82/2002. Art. 1. Definiciones.. El STN es el sistema interconectado de transmisión de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas, con sus correspondientes módulos de conexión, que operan a tensiones iguales o superiores a 220 kV.

¹⁸ Los sistemas de Transmisión Regional y/o Distribución Local se clasifican por niveles, en función de la tensión nominal de operación, según la siguiente definición: Nivel I: Sistemas con tensión nominal menor a 1 kV, Nivel II: Sistemas con tensión nominal mayor o igual a 1 kV y menor de 30 kV, Nivel III: Sistemas con tensión nominal mayor o igual a 30 kV y menor de 62 kV y Nivel IV: Sistemas con tensión nominal mayor o igual a 62 kV.

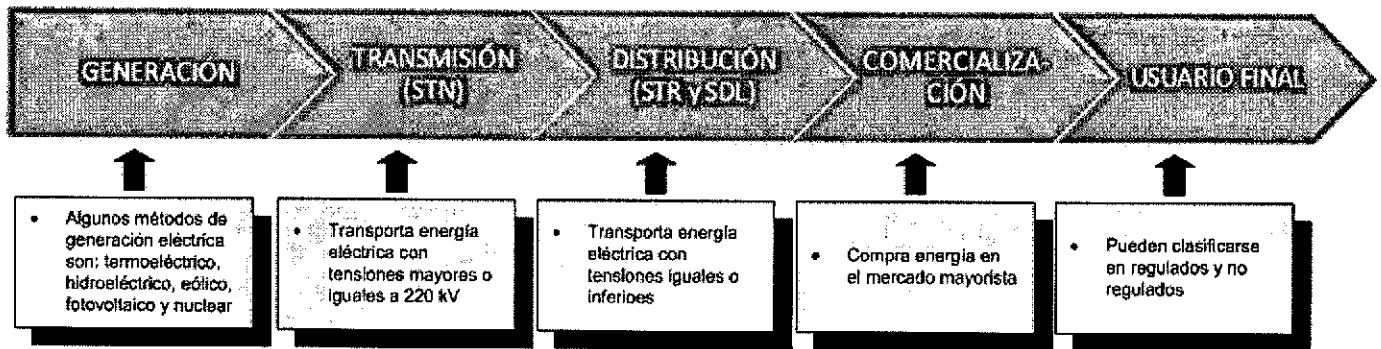
¹⁹ Las transacciones de energía en el mercado mayorista se realizan a través de la bolsa o en contratos bilaterales.

²⁰ Persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

²¹ Persona natural o jurídica, con una demanda máxima superior a 2 Mw por instalación legalizada, cuyas compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá revisar dicho nivel, mediante resolución motivada.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

Diagrama 1. Cadena Productiva de la Energía Eléctrica en Colombia



Fuente: SIC a partir de la información contenida en el Expediente 09-120468.

9.3 ESTRUCTURA DEL MERCADO DE DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN LA COSTA ATLÁNTICA

De conformidad con la queja presentada, el mercado presuntamente afectado corresponde al de comercialización de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla. El análisis como primera medida, se centrará en la actividad de distribución y comercialización del operador de red del área de interés, a saber, la Costa Atlántica, quién se encuentra integrado verticalmente, desarrollando así las dos actividades en la ciudad de Barranquilla.

La Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., en adelante ELECTRICARIBE, es una empresa de carácter privado prestadora de los servicios públicos de distribución y comercialización de energía eléctrica en siete departamentos de la Costa Atlántica colombiana, a saber, Atlántico, Guajira, Magdalena, Cesar, Bolívar, Córdoba y Sucre.²² En este sentido, esta empresa participa en los dos últimos eslabones de la cadena productiva de la energía eléctrica, toda vez que actúa como único Operador de Red en los siete departamentos, ostentando el carácter de monopolio legal en la actividad de distribución de energía eléctrica, mientras desarrolla su papel de comercializador, para la misma área de influencia (léase los siete departamentos de la costa atlántica), bajo el esquema competitivo dispuesto por la CREG para esta actividad.²³

Ahora bien, ELECTRICARIBE dispone de más de 25.000 kilómetros de redes de alta tensión y media tensión y 25 subestaciones distribuidas en los siete departamentos mencionados²⁴, para atender la demanda de energía eléctrica en los mercados regulado, no regulado y en otros sectores. A diciembre de 2009, la empresa suministraba el servicio a un total de 1.729.336 clientes, alcanzando un total de 9.287 Gw/h de energía distribuida para el mismo año.²⁵

²² Véase: Electrificadora el Caribe S.A. E.S.P. Informe de Resultados 2009. En: <http://www.co.electricaribe.unionfenosa.com/LinkClick.aspx?fileticket=r35CDjLKyxg%3d&tabid=515&language=es-ES> Fecha de consulta: 17 de Septiembre de 2010. El único departamento del Caribe al que no suministra el servicio es San Andrés y Providencia.

²³ Ley 143 de 1994, parágrafo del artículo 7 y artículo 74.

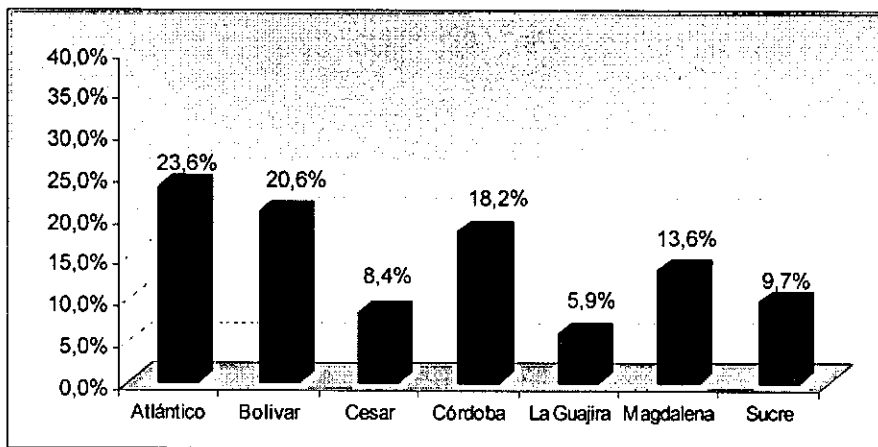
²⁴ Véase: Electrificadora el Caribe S.A. E.S.P. En: <http://www.co.electricaribe.unionfenosa.com/Nosotros/Conócenos/tabid/303/language/es-CO/Default.aspx> Fecha de consulta: 17 de Septiembre de 2010.

²⁵ Ibidem.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

Con respecto al número de suscriptores por departamento, para el año 2009, el departamento del Atlántico presentaba la mayor participación en el mercado atendido por ELECTRICARIBE, esto es, 23,6%, seguido en orden de importancia por los departamentos de Bolívar y Córdoba cuya participación ascendió a 20,6% y 18,2%, respectivamente.²⁶

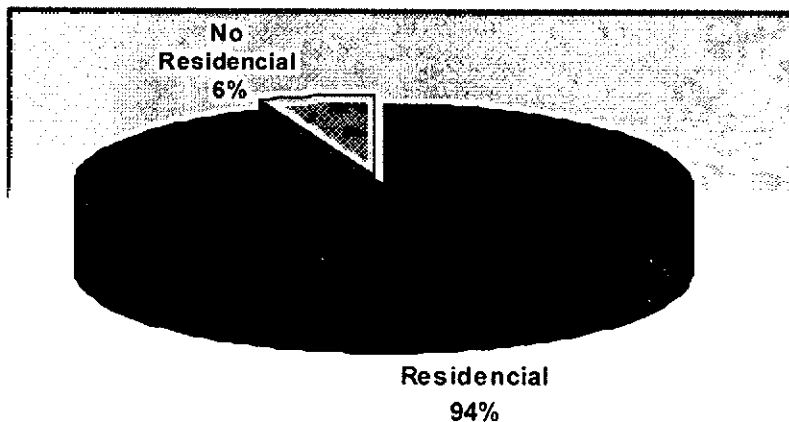
Gráfica 3. Suscriptores de ELECTRICARIBE por departamento (2009)



Fuente: Construcción SIC con base en el Sistema de Información de Servicios Públicos. Energía Consulta de Información. Página web. http://reportes.sui.gov.co/fabricaReportes/frameSet.jsp?idreporte=ele_com_096
Fecha de consulta: 17 de Septiembre de 2010.

Con relación a la prestación del servicio por categoría de usuario, se encontró que para el mismo año de análisis, dentro del total de consumidores residenciales, que corresponden al 94% del total de demandantes de energía eléctrica atendidos por ELECTRICARIBE, los estratos socioeconómicos de mayor importancia fueron el 1 y 2, que sumados constituyeron el 80% del total de usuarios, mientras en la categoría no residencial, los establecimientos comerciales fueron los de mayor relevancia con un 86,5% de participación.²⁷ (Ver Gráficas 4 y 5)

Gráfica 4. Suscriptores de ELECTRICARIBE por categoría residencial y no residencial (2009)



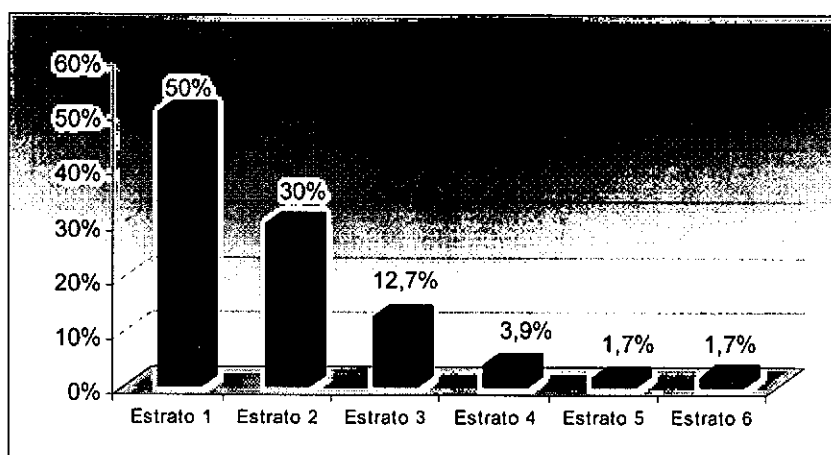
²⁶ Véase: Sistema de Información de Servicios Públicos. Energía Consulta de Información. En: http://reportes.sui.gov.co/fabricaReportes/frameSet.jsp?idreporte=ele_com_096 Fecha de consulta: 17 de Septiembre de 2010.

²⁷ Ibidem.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

Fuente: Construcción SIC con base en el Sistema de Información de Servicios Públicos. Energía Consulta de Información. Página web. http://reportes.sui.gov.co/fabricaReportes/frameSet.jsp?idreporte=ele_com_096
Fecha de consulta: 17 de Septiembre de 2010.

Gráfica 5. Suscriptores de ELECTRICARIBE por estrato socioeconómico - usuarios residenciales - (2009)



Fuente: Construcción SIC con base en el Sistema de Información de Servicios Públicos. Energía Consulta de Información. Página web. http://reportes.sui.gov.co/fabricaReportes/frameSet.jsp?idreporte=ele_com_096
Fecha de consulta: 17 de Septiembre de 2010.

9.3.1 MERCADO PRESUNTAMENTE AFECTADO: COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN BARRANQUILLA

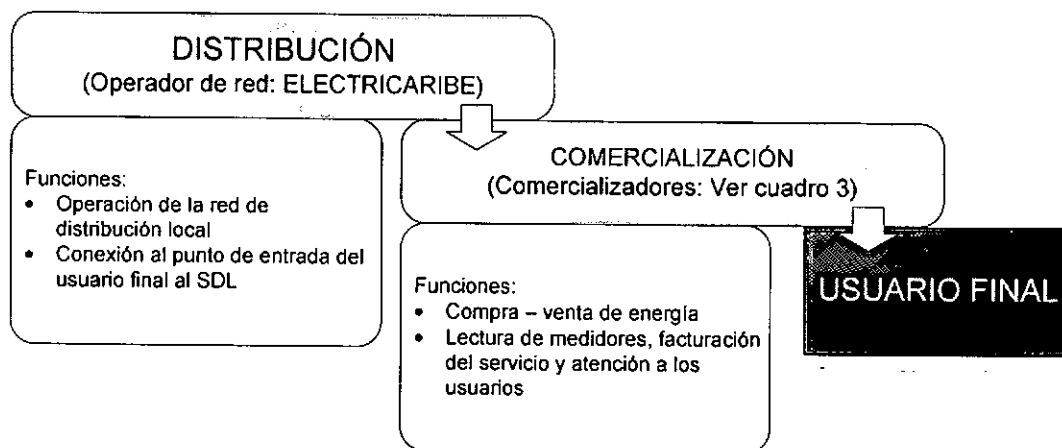
De conformidad con el marco general del funcionamiento de la cadena productiva de energía eléctrica en Colombia, la actividad de los comercializadores de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla comprende la compra de la misma a los generadores y, su posterior, venta a los usuarios finales, incluyendo la medición, facturación y, en general, la atención que requiere el usuario final del servicio de energía eléctrica.

La energía eléctrica comprada por los comercializadores es transportada a través del STN, y propiamente en la ciudad de Barranquilla, es recibida del STN por el operador de la red de distribución local (ELECTRICARIBE), que la conduce hasta el punto de entrada del usuario final. (Ver Diagrama 2)

En este orden de ideas, la relación entre ELECTRICARIBE y los comercializadores de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla se desarrolla en 2 escenarios, a saber, uno directo en la que compiten por lo usuarios de energía eléctrica en la actividad de comercialización, y otro indirecto cuando ELECTRICARIBE en calidad de Operador de Red o distribuidor emite la factura correspondiente a los comercializadores por el uso de su SDL.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

Diagrama 2. Proceso de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica en Barranquilla



Fuente: SIC a partir de la información contenida en el Expediente 09-120468.

Ahora bien, de conformidad con la información reportada por el Sistema Único de Información de Servicios Públicos S.U.I.²⁸, en el mercado de comercialización de energía eléctrica de la ciudad de Barranquilla en el año 2009 participaban 14 empresas comercializadoras de electricidad, las cuales se relacionan a continuación:

Cuadro 3. Empresas comercializadoras de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla (2009)

Comercializar S.A. E.S.P.
Electricaribe mipymes de energía S.A. E.S.P.
Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.
Electrificadora del Huila S.A. E.S.P.
EMGESA S.A. E.S.P.
Empresas municipales de Cali E.I.C.E E.S.P.
Empresas públicas de Medellín E.S.P.
Energía confiable S.A. E.S.P.
Energía empresarial de la costa S.A. E.S.P.
Energía social de la costa S.A. E.S.P.
Enertotal S.A. E.S.P.
Generadora y comercializadora de Energía del caribe S.A E.S.P
ISAGEN S.A. E.S.P.
Transacciones de energía S.A. E.S.P.

Fuente: Construcción SIC con base en el Sistema de Información de Servicios Públicos. Energía Consulta de Información. Página web. http://reportes.sui.gov.co/fabricaReportes/frameSet.jsp?idreporte=ele_com_096. Fecha de consulta: 17 de Septiembre de 2010.

En el año 2009, las 14 comercializadoras suministraban el servicio a un total de 273.860 usuarios, de los cuales el 91,5% correspondían a usuarios residenciales, esto es 250.447 consumidores que eran atendidos por 4 de las 14 comercializadoras, en el Cuadro 4 se

²⁸ Véase: Sistema de Información de Servicios Públicos. Energía Consulta de Información. En: http://reportes.sui.gov.co/fabricaReportes/frameSet.jsp?idreporte=ele_com_096. Fecha de consulta: 17 de Septiembre de 2010.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

relaciona la participación, en términos de suscriptores, de las empresas comercializadoras que suministraban el servicio al sector residencial.²⁹

Cuadro 4. Suscriptores residenciales por empresa comercializadora de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla (2009)

Empresa comercializadora	No. de usuarios	Participación
Electricaribe mipymes de energía S.A. E.S.P	12.627	5%
Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P.	211.806	84,6%
Energía confiable S.A. E.S.P.	6.617	2,6%
Energía social de la costa S.A. E.S.P.	19.397	7,7%
TOTAL	250.447	100%

Fuente: Construcción SIC con base en el Sistema de Información de Servicios Públicos. Energía Consulta de Información. Página web. http://reportes.sui.gov.co/fabricaReportes/frameSet.jsp?idreporte=ele_com_096.
Fecha de consulta: 17 de Septiembre de 2010.

Como se puede apreciar en el Cuadro anterior, el 84,6% de los demandantes residenciales de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla eran atendidos por la empresa ELECTRICARIBE.

Por su parte, el total de usuarios no residenciales del servicio de energía eléctrica de la ciudad de Barranquilla ascendía en 2009 a 23.417, de los cuales la mayor participación era reportada por el sector comercial, esto es el 91,6%, los cuales eran atendidos por la totalidad de las empresas comercializadoras relacionadas en el Cuadro 3.³⁰

Cabe resaltar que para el caso no residencial nuevamente la empresa ELECTRICARIBE contaba con mayor cantidad de suscriptores, esto es 20.663 usuarios de un total de 23.417 para el sector, esto es un 88,2% de participación.³¹

Ahora bien, es importante destacar que de conformidad con los certificados de cámara de comercio de las empresas comercializadoras de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla, se encontró que la empresa ELECTRICARIBE es controlada por la compañía UNION FENOSA INTERNACIONAL S.A. de origen Español³², que también controla las comercializadoras ELECTRICARIBE MIPYMES DE ENERGÍA S.A. E.S.P.³³, ENERGÍA EMPRESARIAL DE LA COSTA S.A. E.S.P.³⁴ y ENERGÍA SOCIAL DE LA COSTA S.A. E.S.P.³⁵, conformando así un grupo empresarial en el que cada compañía si bien constituye una persona jurídica independiente, su objeto social se orienta a maximizar los beneficios del grupo o empresa a la que pertenece, en este caso UNION FENOSA INTERNACIONAL S.A., y en este sentido no hay competencia entre aquellas en el mercado de comercialización de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Véase: Registro Único Empresarial. Certificado de Cámara de Comercio. En: http://64.76.190.67/RUE_WebSite/consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=03&matricula=0000260034 Fecha de consulta: 20 de Septiembre de 2010.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

En este orden de ideas, siendo cuatro de las catorce empresas comercializadoras, integrantes del Grupo Empresarial al que pertenece ELECTRICARIBE, se encuentra que en suma para el año 2009 ostentaban el 96,7% del total de suscriptores al servicio de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla, esto es, 264.858 de un total de 273.860 en la ciudad, dejando en las empresas comercializadoras independientes, a saber, ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P. un 3,2% de los demandantes y en otros proveedores el 0,1% restante, correspondiente a 118 usuarios.³⁶

Por otro lado, de conformidad con la queja presentada, el mercado presuntamente afectado corresponde al de comercialización de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla a usuarios regulados cuyos activos de conexión son de nivel de tensión 1, por lo tanto, esta Delegatura considera pertinente dedicar el siguiente numeral a la descripción del tema de los cargos por uso de los sistemas de distribución para dicho nivel de tensión.

9.4 TARIFAS DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN COLOMBIA Y REGULACIÓN

El mercado de la energía eléctrica en Colombia tiene 2 facetas a saber, en la primera se han señalado algunos monopolios legales para las actividades de Transmisión y Distribución de energía, y respecto a la generación y comercialización se consagró la libre competencia, por la cual incluso deberán propender las autoridades del sector.

9.4.1 LIBERTAD REGULADA Y DE LIBERTAD VIGILADA

De conformidad con numeral 1 del artículo 88 de la Ley 142 de 1994:

"Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales [...] De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada."

Los numerales 10 y 11 del artículo 14 de la misma Ley definen libertad regulada y libertad vigilada como sigue:

"Libertad Regulada: Régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor."

"Libertad vigilada. Régimen de tarifas mediante el cual las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar libremente las tarifas de venta a medianos y pequeños consumidores, con la obligación de informar por escrito a las comisiones de regulación, sobre las decisiones tomadas sobre esta materia."

³⁶ Véase: Sistema de Información de Servicios Públicos. Energía Consulta de Información. En: http://reportes.sui.gov.co/fabricaReportes/frameSet.jsp?idreporte=ele_com_096. Fecha de consulta: 17 de Septiembre de 2010.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

Ahora bien, tanto la Resolución 082 de 2002, como la Resolución 097 de 2008³⁷ señalaron que el régimen aplicado actualmente para las actividades de Distribución y comercialización en el mercado regulado es el de libertad regulada.

9.4.2 CARGOS POR DISTRIBUCIÓN Y NIVELES DE TENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE LIBERTAD REGULADA

La Ley 142 de 1994 atribuyó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en adelante CREG, la facultad de establecer las formulas para la fijación de las tarifas del servicio público domiciliario de energía eléctrica en Colombia, en tal virtud la CREG, mediante la Resolución 119 de 2007 define la formula tarifaria general, que corresponde a la suma de los costos eficientes de cada una de las actividades de la cadena eléctrica, a saber, generación, transmisión, distribución y comercialización, que deben aplicar los comercializadores de energía eléctrica para el cálculo del costo unitario máximo de prestación del servicio aplicables a los usuarios finales regulados.

Ahora bien, debido a que la CREG propone que se establezcan formulas individuales para el cálculo de cada uno de los cargos que componen el Costo Unitario de Prestación del Servicio, en la Resolución 097 de 2008 la CREG establece los principios generales y la metodología para el establecimiento de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local.

Las formulas establecidas por la Resolución CREG 097 de 2008 para el cálculo de los cargos máximos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local están en función del nivel de tensión de los activos a los cuales se encuentre conectado el usuario final regulado, en tal virtud, la CREG define las formulas para el cálculo de los **Cargos Máximos por uso del SDL**³⁸, correspondientes a los cargos expresados en \$/kWh para los nivel de tensión 3, 2 y 1 que remuneran su uso; y de los **Cargos de los STR**³⁹, que son los cargos expresados en \$/kWh que remuneran los Activos de Uso del Nivel de Tensión 4 de los Operadores de Red.

En este orden de ideas, dado que algunos de los factores determinantes para el cálculo de los cargos de distribución corresponde a los Activos de Conexión a los STR y los SDL, que de acuerdo con la CREG son los bienes que se requieren para que un Operador de Red (OR) se conecte físicamente a un Sistema de Transmisión Regional o a un Sistema de Distribución Local de otro OR. También son Activos de Conexión los utilizados exclusivamente por un usuario final para conectarse a los Niveles de Tensión 4, 3, 2 o 1. Un usuario está conectado al nivel de tensión en el que está instalado su equipo de medida individual.

³⁷ Artículo 2, literal q).

³⁸ Sistema de Distribución Local (SDL). Sistema de transporte de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan a los Niveles de Tensión 3, 2 y 1 dedicados a la prestación del servicio en un Mercado de Comercialización.

³⁹ Sistema de Transmisión Regional (STR). Sistema de transporte de energía eléctrica compuesto por los Activos de Conexión del OR al STN y el conjunto de líneas, equipos y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan en el Nivel de Tensión 4.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

El artículo 1° de la mencionada Resolución establece que Los sistemas de Transmisión Regional y/o Distribución Local se clasifican por niveles, en función de la tensión nominal de operación, según la siguiente definición:

- Nivel 4: Sistemas con tensión nominal mayor o igual a 57,5 kV y menor a 220 kV.
- Nivel 3: Sistemas con tensión nominal mayor o igual a 30 kV y menor de 57,5 kV.
- Nivel 2: Sistemas con tensión nominal mayor o igual a 1 kV y menor de 30 kV.
- Nivel 1: Sistemas con tensión nominal menor a 1 kV.

Ahora bien, esta Delegatura considera pertinente estudiar específicamente los cargos por uso de los sistemas de distribución para el nivel de tensión 1.

La CREG define los Activos del nivel de tensión 1 como los conformados por las redes de transporte que operan a tensiones menores de 1 kV y los transformadores con voltaje secundario menor a 1 kV que las alimentan, incluyendo las protecciones y equipos de maniobra asociados, sin incluir los que hacen parte de instalaciones internas. Estos activos son considerados activos de uso.

En el capítulo 6, sección 6.6 del anexo de la Resolución 097 de 2008 la CREG establece los Cargos por Uso por Nivel de Tensión, para el caso del nivel de tensión 1 se determinan de acuerdo con la siguiente expresión:

$$Dt_{j,1,m,k} = \frac{CD_{4,R,m,k}}{1 - PR_{1,j}} + \frac{CD_{j,2,m,k}}{1 - PR_{(1-2),j}} + CDI_{j,1,m,k} + CDM_{j,1,m,k} + \Delta Dt_{j,n,m}$$

donde,

- $Dt_{j,1,m,k}$: Cargo por Uso del Nivel de Tensión 1 (\$/kWh), del OR j, para el mes m en el año k.
- $CD_{4,R,m,k}$: Cargo del Nivel de Tensión 4 (\$/kWh), del STR R, para el mes m en el año k.
- $CD_{j,2,m,k}$: Cargo Máximo del Nivel de Tensión 2, correspondiente al mes m del año k, del OR j.
- $CDI_{j,1,m}$: Cargo Máximo del Nivel de Tensión 1, por concepto de Inversión, del OR j en el mes m.
- $CDM_{j,1,m}$: Cargo Máximo del Nivel de Tensión 1, por concepto de AOM⁴⁰, para redes del Nivel de Tensión 1, del OR j, en el mes m.
- $PR_{1,j}$: Factor para referir las medidas de energía del Nivel de Tensión 1 al STN, en el sistema del OR j.
- $PR_{(1-2),j}$: Factor para referir las medidas de energía del Nivel de Tensión 1 al Nivel de Tensión 2, del OR j.
- $\Delta Dt_{j,n,m}$: Incentivo por Variación Trimestral de la Calidad para el OR j durante el mes m, aplicable al Cargo por Uso del nivel de tensión n, en \$/kWh.

La CREG destaca que en caso de que la totalidad o fracción de los Activos de Nivel de Tensión 1 sean de propiedad del usuario o de la copropiedad donde está el predio del usuario, el comercializador deberá descontar, del Cargo por Uso del Nivel de Tensión 1, el Cargo Máximo del Nivel de Tensión 1, por concepto de Inversión ($CDI_{j,1,m}$), en la fracción que corresponda.

Así mismo, lo manifiesta la CREG en el inciso g. del artículo 2 de la misma Resolución:

⁴⁰ AOM. Valor de los gastos de administración, operación y mantenimiento correspondientes a la actividad de distribución de energía eléctrica en los STR y SDL, incluyendo los activos de Nivel de Tensión 1.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

"Los usuarios que sean propietarios de Activos del Nivel de Tensión 1, o que pertenezcan a una propiedad horizontal propietaria de dichos activos, pagarán cargos de este nivel de tensión, descontando la parte del cargo que corresponda a la inversión."

DÉCIMO: Que una vez analizada la información recopilada en desarrollo de la presente actuación administrativa, esta Delegatura procede analizar si la conducta adelantada por la sociedad ELECTRICARIBE S.A. E.S.P, podría estar violando el régimen de leal competencia consagrado en la Ley 256 de 1996.

10.1 COMPETENCIA DE LA SIC

La Ley 142 de 1994, por la cual se estableció el régimen de servicios públicos domiciliarios, crea para este sector de la economía un régimen especial de competencia y concreta la intervención del Estado dentro de ese marco. Es así como determina, dentro de los fines de dicha intervención, la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante.

El mercado de los servicios públicos, en cuanto a la prestación de los mismos, se encuentra liberalizado y es por ello que dentro del mismo pueden haber infracciones legales que atenten contra la libre competencia.

Las competencias atribuidas a esta Superintendencia, en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, para ciertos sectores económicos, eran de naturaleza residual, es decir, que se radicaban en cabeza de la Entidad siempre y cuando no le hubieren sido atribuidas a otra autoridad, y existieran regímenes específicos.

Uno de estos sectores era el de los servicios Públicos Domiciliarios, ya que la normatividad vigente le atribuía las funciones de protección de la competencia dentro de dicho sector a la Superintendencia de Servicios Públicos, como entidad de Inspección, Vigilancia y Control.⁴¹

La Ley 1340 de 2009, complementa las competencias de este Despacho al atribuirle la protección de la Competencia frente a todo aquel que desarrolle cualquier actividad económica, independientemente de su naturaleza jurídica, extendiendo el régimen general de Protección de la competencia a sectores económicos que antes de su vigencia no estaban sujetos a su inspección, vigilancia y control.⁴²

10.2 CONSIDERACIONES GENERALES

La Corte Constitucional, refiriéndose al ejercicio de las facultades administrativas atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio, específicamente en cuanto al régimen de competencia desleal, señaló:

⁴¹ El artículo 79 de la Ley 142 de 1994, consagra las funciones de la Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios. En el numeral 32, derogado por la Ley 1340 de 2009, establecía: "Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994." (derogado por la 1340)

⁴² Artículo 6, ley 1340 de 2009: "Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento sobre las disposiciones sobre competencia desleal.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

"Es así como la preservación de un mercado transparente, y por ende la prevención y represión de la competencia desleal, constituyen objetivos que se relacionan íntimamente con el interés general. Lo anterior se desprende, además, de la interpretación misma de la Ley 256 de 1996, que consagra algunas definiciones relevantes: en primer lugar, establece que su objeto es el de proteger la "libre y leal competencia económica" mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, "en beneficio de todos los que participen en el mercado". Además, de conformidad con su artículo 6, ella "deberá interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada libres dentro de los límites del bien común, y competencia económica y libre y leal pero responsable"⁴³.

De allí que mediante el ejercicio de las facultades administrativas, corresponda a esta Superintendencia reprender e incluso prevenir los comportamientos desleales, porque con ello está comprometido el interés general del Estado Social de Derecho.

En este orden de ideas, lo que se persigue con las actuaciones de competencia desleal en facultades administrativas que adelanta esta Entidad, es asegurar la libre y leal competencia, que comprende la libertad de la iniciativa privada y de las actividades económicas, consagradas como un derecho en el artículo 333 la Constitución Política. Para cumplir con esa finalidad, se deberán reprochar y castigar aquellas conductas que atenten contra la lealtad y la buena fe dentro del mercado nacional, puesto que la consagración constitucional de dichos derechos implica cargas inherentes a estos, que se desprenden de los principios, postulados y fines propios de la Carta, como son la observancia de los límites del bien común⁴⁴, de la buena fe, de la función social, entre otros, en el ejercicio de los mismos.⁴⁵

10.2 APLICACIÓN DE LA LEY 256 DE 1996

10.2.1 ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

El artículo 2 de la Ley 256 de 1996 establece el ámbito objetivo de aplicación en los siguientes términos:

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C 649 de 2001.

⁴⁴ La Corte Constitucional ha señalado que el bien común se garantiza en la represión y prevención de las conductas desleales; "(...) La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores". Corte Constitucional, Sentencia C- 535 de 1997.

⁴⁵ "Sin embargo, como ocurre con todos los derechos, éste no tiene un carácter absoluto, pues es la propia Constitución la que sienta criterios de limitación cuando establece que su ejercicio "supone responsabilidades" dentro de "los límites del bien común", que son los mismos límites de la libre actividad económica y de la iniciativa privada. De manera que ni desde el punto de vista mercantil, ni mucho menos del jurídico, es posible concebir una competencia omnimoda o ilimitada, donde solamente rija la salvaje y desenfrenada lucha por el mercado, porque en el marco del Estado Social de Derecho, este derecho, como todos los otros, sólo tiene sentido si se entiende bajo la pauta interpretativa de un principio de igualdad de los competidores frente a la ley, conforme al cual se asegura el respeto a la competencia misma, pero se proscribe todo acto que menoscabe el derecho." Corte Suprema de Justicia, sentencia de 19 de noviembre de 1999, expediente 5091.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

“Los 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 este, 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.”

Para poder entender el ámbito objetivo de aplicación, es necesario remitirnos a la definición del mercado realizada anteriormente, de la cual se puede concluir que ELECTRICARIBE actúa como agente del mercado de la energía eléctrica en el Departamento del Atlántico, más concretamente en la ciudad de Barranquilla, en donde tiene 2 roles a saber: en lo que respecta a la distribución, administra y realiza el mantenimiento del Sistema de Distribución Local (SDL), y transporta la energía eléctrica, teniendo por estas actividades derecho a una remuneración, dentro del régimen de libertad vigilada establecido para este sector⁴⁶ y; respecto de la comercialización es uno de los agentes del mercado de energía eléctrica, en donde actúa como competidor directo de ECONSA, en la ciudad de Barranquilla.

Teniendo en cuenta esa doble calidad, es claro que ELECTRICARIBE actúa en el mercado de Energía Eléctrica, específicamente en la ciudad de Barranquilla, en donde participa en dos actividades integradas verticalmente. Así se puede observar en el objeto social contenido en el certificado de existencia y representación legal de ELECTRICARIBE y así lo han reconocido ECONSA Y ELECTRICARIBE, quienes en varios documentos obrantes en el expediente han señalado que ELECTRICARIBE es el único Operador de red (OR) en la ciudad de Barranquilla, que es a su vez el comercializador con mayor porción del mercado de Barranquilla, siendo por ende competidor de ECONSA.⁴⁷

Por su parte ECONSA, como consta en su certificado de existencia y representación legal, es una sociedad constituida exclusivamente como comercializadora de energía eléctrica, acorde con lo dispuesto en la Ley 143 de 1994, quien desarrolla su objeto social en varios municipios de la costa Atlántica, principalmente en la ciudad de Barranquilla.

Siendo un fin de los agentes del mercado la obtención de clientes y, por ende, el desarrollo de su actividad en búsqueda de aumentar sus porciones del mercado, no será ello diferente entre 2 empresas, una distribuidora y comercializadora y la otra solamente comercializadora de energía eléctrica, motivo por el cual no se requieren mayores razonamientos para dar por sentado que la actividad que estas sociedades desarrollen en un mercado tienen fines concurrenciales, y que en el presente caso el mercado señalado es el de la ciudad de Barranquilla.

10.2.2 ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

El artículo 3° de la Ley 256 de 1996 establece:

⁴⁶ La Ley 142 de 1994, en su artículo 14, numeral 14.10, define la libertad regulada así: “Libertad regulada. Régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor.” La CREG, mediante las Resoluciones 082 de 2002 y 097 de 2008, fija los principios generales y la metodología para el establecimiento de los cargos por uso, en donde establece las formulas tarifarias que determinaran los cargos máximos que podrán cobrarse a los usuarios del servicio público de energía eléctrica. Así mismo, aprueba los cargos anuales que las empresas establecen para sus clientes.

⁴⁷ A manera de ejemplo, algunos de los documentos donde las sociedades señalan dicha situación, se pueden encontrar en los siguientes folios del expediente: 1,9, 44, 64,65, del cuaderno 1y 262 a 266, 270, 271, 315,316 del cuaderno 2.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

"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."

Con la información que reposa en el expediente se ha podido establecer las partes son agentes del mismo mercado y que, además, son competidores en el eslabón de la comercialización de energía eléctrica, por lo tanto, se tiene por cumplido este presupuesto.

10.2.3 ÁMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN

Acorde con el artículo 4º de la Ley 256 de 1996, "esta Ley se le aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano". Las conductas objeto de denuncia han sido desplegadas en el mercado Colombiano.

10.3 SOBRE LA PRESUNTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 256 DE 1996⁴⁸

La violación de normas ha sido entendida como conducta constitutiva de competencia desleal, en tanto que la norma que se infrinja deba ser cumplida por las partes en el desempeño de la actividad que realicen, que como consecuencia de la violación normativa una de las partes adquiera una ventaja o provecho competitivo que en condiciones normales de mercado no habría logrado y que sea significativa.⁴⁹

10.3.1 NORMATIVIDAD PRESUNTAMENTE VIOLADA

La Ley 142 de 1994, que establece el régimen general de los servicios públicos, en su artículo 3, numeral 3.3 señala que uno de los instrumentos de la intervención estatal es la regulación de la prestación de los servicios públicos y la definición del régimen tarifario. Esta función, en el sector de energía eléctrica, se encuentra en cabeza de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)⁵⁰. Dando cumplimiento con este mandato legal, dicha entidad ha emitido las Resoluciones 082 de 2002 y 097 de 2008, en las cuales ha fijado principios generales y la metodología para el establecimiento de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local, que son aquellos cargos que reconocen las actividades de Transmisión y Distribución de energía eléctrica, entre otros factores como la operación, administración y mantenimiento de las redes y que van incluidos en las facturas que le son cobradas al usuario final.

⁴⁸ "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".

⁴⁹ Así lo ha entendido esta Superintendencia, un ejemplo de ello, son las Sentencias 9 del 29 de junio de 2010 (Orbitel S.A. E.S.P en contra de Mundiweb E.U.) y 1 del 12 de enero de 2011 (Quala S.A. en contra de Nestle de Colombia S.A.), emitidas por esta Superintendencia en ejercicio de facultades jurisdiccionales.

⁵⁰ Ley 142 de 1994, artículo 73, numeral 73.11 señala específicamente la facultad de fijación de tarifas como función de las comisiones de regulación de la siguiente manera: "Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre." Y el artículo 74, numeral 74.1, literal d) señala como función especial de la CREG: "fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible (...)."

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

10.3.1.1 RESOLUCIÓN 082 DE 2002

La CREG, en uso de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por las Leyes 142 y 143 de 1994, expidió ésta Resolución con la cual determinó los principios y la metodología para la fijación de los cargos máximos para las actividades de los Sistemas de Distribución Local (SDL), dentro de los cuales señaló unas reglas específicas para el nivel de tensión 1 de la siguiente manera:

ANEXO No 4

ACTUALIZACIÓN, LIQUIDACIÓN Y RECAUDO DE LOS CARGOS DE LOS STR Y DE LOS SDL

(...)

2. ACTUALIZACIÓN, LIQUIDACIÓN Y RECAUDO DE LOS CARGOS MÁXIMOS DE SDL 3. LIQUIDACIÓN Y RECAUDO DE LOS CARGOS MÁXIMOS DEL NIVEL DE TENSIÓN 1

(...)

Liquidación y Recaudo

Los Cargos Máximos del Nivel de Tensión 1, serán liquidados y facturados por el OR a cada uno los Comercializadores que atiendan Usuarios Finales, conectados a su sistema y que no son propietarios de los respectivos Activos de Nivel de Tensión 1.

En el caso de Activos de Nivel de Tensión 1 que no sean propiedad del OR, éste deberá reportar al Comercializador respectivo el listado de Usuarios Finales asociados con dichos Activos. El comercializador dejará de liquidar Cargos Máximos del Nivel de Tensión 1, que remuneran Inversión, a los usuarios respectivos, a partir del mes siguiente a la fecha de recepción de dicha información por parte del OR.

Cuando la propiedad de los Activos de Nivel de Tensión 1 sea compartida con el OR, en el sentido de que un tercero sea propietario del transformador o de la red secundaria, el Operador de Red deberá informar de tal situación al comercializador quien liquidará, a partir del mes siguiente a la recepción de dicha información, el 50% del respectivo cargo Máximo del Nivel de Tensión 1, que remunera Inversión, a los Usuarios Finales respectivos. (Subrayado fuera de texto)

En cualquier caso, los cargos que remuneran gastos de administración, operación y mantenimiento continuarán siendo pagados por los usuarios, y trasladados al OR, teniendo en cuenta que éste último es responsable de dichas actividades sobre la totalidad de activos del Nivel de Tensión 1, independientemente de la propiedad (...)"

Es decir que, desde el año 2002 y mientras estuvo vigente la Resolución 082 de 2002, esto es, hasta la expedición de la Resolución CREG 097 de 2008, la regulación establecía de manera expresa lo siguiente: primero, consagraba para el Operador de Red dos obligaciones referentes a i) al envío oportuno de la información sobre la propiedad de los activos de nivel de tensión ⁵¹ al comercializador que atendiera a los usuarios asociados

⁵¹ Según la Resolución CREG 097 de 2008, los Activos del Nivel de Tensión 1 son "los conformados por las redes de transporte que operan a tensiones menores de 1 kV y los transformadores con voltaje secundario

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

con activos de ese nivel de tensión y ii) la aplicación efectiva del descuento para dichos usuarios en las facturas que les enviaran a los comercializadores, de tal manera que estos pudieran realizar efectivamente el descuento en las facturas emitidas a sus usuarios.

Frente a los comercializadores señalaba la obligación de realizar el descuento en los cargos máximos del SDL relativo a la propiedad de los activos para sus usuarios finales, una vez hubieren sido informados por los Operadores de Red sobre la propiedad de los activos en mención.

Por último, frente a los usuarios finales, la norma les reconocía el derecho de obtener el descuento relativo a la propiedad de esos activos, luego de que el operador de red hubiese cumplido con la obligación de informar al comercializador, para que este procediera a descontar de las facturas de estos el porcentaje a que hubiere lugar.

10.3.1.2 RESOLUCIÓN 097 DE 2008

De la misma manera, la CREG expidió la Resolución 097 de 2008 para establecer los principios generales y la metodología para el establecimiento de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local, reemplazando a la Resolución 082 de 2002.

En el anexo general de ésta Resolución nuevamente se consagran las obligaciones y los derechos señalados en el numeral anterior así:

“ANEXO GENERAL

Capítulo 6. ACTUALIZACIÓN, LIQUIDACIÓN Y RECAUDO DE LOS CARGOS DE LOS STR Y DE LOS SDL

(...)

Recaudo de cargos del Nivel de Tensión 1

En caso de que la totalidad o fracción de los Activos de Nivel de Tensión 1 sean de propiedad del usuario o de la copropiedad donde está el predio del usuario, el comercializador deberá descontar, del Cargo por Uso del Nivel de Tensión 1, el Cargo Máximo del Nivel de Tensión 1, por concepto de Inversión ($CDI_{1,m}$), en la fracción que corresponda. Con este propósito:

- El OR deberá reportar mensualmente al comercializador respectivo el listado de usuarios finales asociados a Activos de Nivel de Tensión 1 que sean de propiedad de los usuarios. El comercializador deberá hacer el respectivo descuento a partir del mes siguiente al de la fecha de recepción de dicha información por parte del OR. (Subrayado fuera de texto)
- Cuando la propiedad de los Activos de Nivel de Tensión 1 sea compartida con el OR, de tal forma que el usuario sea propietario del transformador o de la red secundaria, el comercializador liquidará el 50% del respectivo cargo Máximo. (...)

menor a 1 kV que las alimentan, incluyendo las protecciones y equipos de maniobra asociados, sin incluir los que hacen parte de instalaciones internas. Estos activos son considerados activos de uso”.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

De esta manera, se reiteran las obligaciones a cargo del Operador de Red, de los Comercializadores y los derechos de los usuarios finales.

10.3.2 SOBRE LA PRESUNTA VIOLACIÓN NORMATIVA POR PARTE DE ELECTRICARIBE

Como ya se ha expresado en líneas anteriores, ELECTRICARIBE es el único operador de red de la ciudad de Barranquilla, por lo tanto, se encarga de la planeación de la expansión, de las inversiones y de la operación y mantenimiento de todo o parte del SDL, actividades que se remuneran a través de los Cargos por Uso de los STR's y/o SDL's, definidos según las formulas y metodología establecida en la regulación y aprobados por la CREG, en este sentido los activos del SDL pueden ser de propiedad del operador de red o de terceros.

Además, ELECTRICARIBE presta los servicios de comercialización de energía eléctrica, actividad que tiene integrada de manera vertical con la distribución local y en la cual al parecer ostenta una posición de dominio.

Por su parte, ECONSA es una empresa de servicios públicos dedicada exclusivamente a la comercialización de energía eléctrica y que, por lo tanto, tiene relación directa con los operadores de red que desarrollen su actividad en el mismo mercado geográfico, como lo es ELECTRICARIBE en la ciudad de Barranquilla, quien es al mismo tiempo su competidor directo.

Debido a la actividad de ELECTRICARIBE como operador de red y al monopolio legal que tiene en dicho ramo, será la persona jurídica directamente encargada de darle efectivo cumplimiento al reconocimiento de la propiedad de los activos asociados con el nivel de tensión 1 que sean de propiedad de los usuarios, para, de esta manera, reconocerles directamente el descuento en la factura del SDL que le es enviada a ECONSA para que a su vez esta proceda a reflejar dicho descuento en las facturas de cada usuario final.⁵²

De esta manera, ha entendido ECONSA las disposiciones regulatorias, como se puede evidenciar en diversos documentos obrantes en el expediente, en donde ha señalado:

" (...) La referida obligación emana actualmente de la resolución 097 de 2008 " por la cual se aprueban los principios generales y la metodología para el establecimiento de los cargos por uso de los Sistemas de Transmisión Regional y Distribución Local" que entró en vigencia el 6 de octubre de 2008; desde esa fecha, mensualmente, tal como lo establece el capítulo 6 "actualización, liquidación y recaudo de los cargos de los STR y de los SDL" numeral 6.6 "recaudo de cargos del nivel de tensión 1" del Anexo General de la resolución en comento, ELECTRICARIBE S.A. E.S.P ha debido reportarnos mensualmente el respectivo listado de usuarios finales asociados a Activos de Nivel de Tensión 1 que sean de propiedad de los

⁵² Esto es así debido a que son los comercializadores, en este caso ECONSA, los directos responsables del pago de los cargos por uso del sistema de distribución local (SDL), por lo cual, le cobran ese valor a los usuarios finales en las facturas que les emiten por la prestación del servicio de energía eléctrica. Así fue reconocido por el señor Fermín Hernando de la Hoz Torrente, asesor de la gerencia legal de ELECTRICARIBE, en el testimonio practicado durante la visita administrativa llevada a cabo el 9 de abril de 2010 en las instalaciones de ELECTRICARIBE en la ciudad de Barranquilla. Documento obrante en la carpeta 2, folios 235 a 267 del expediente.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

usuarios, para nosotros proceder hacer el respectivo descuento a partir del mes siguiente al de la fecha de recepción de dicha información por parte de su Empresa.⁵³

"(...) Ahora bien, la autoridad reguladora en la materia, siempre ha entendido y establecido para los operadores de red, la entrega inmediata del listado de usuarios propietarios de activos de nivel de tensión 1 al comercializador respectivo. Tanto en la resolución 082 de 2002, como en la resolución CREG 097 de 2008, se consagra dicha obligación legal, con base en la cual "el comercializador deberá descontar, del Cargo por Uso del Nivel de tensión 1, por concepto de inversión. Es decir, con base en esa información que debe ser legalmente reportada, el comercializador deberá hacer el respectivo descuento a partir del mes siguiente a la fecha de recepción de dicha información por parte del operador de Red."⁵⁴

En virtud de lo señalado, ECONSA considera que ELECTRICARIBE incumplió la Resolución 082 de 2002, desde su entrada en vigencia, hasta su derogatoria por la expedición de la Resolución 097 de 2008 y que también ha incumplido la regulación hoy vigente, en tanto que ambas contienen las mismas obligaciones y derechos para los usuarios ya explicados, lo que motivó la denuncia de dichas conductas de ELECTRICARIBE.

Acorde con lo señalado por ECONSA, tanto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como la Comisión de Regulación de Energía y Gas han emitido los conceptos que a continuación se relacionan:

En primer lugar, dando respuesta a un derecho de petición del representante legal de ECONSA, la CREG expidió el Concepto de la CREG, de radicado S-2003-002873, que indica:

"(...)

Al respecto, es importante indicar que la Resolución CREG 082 de 2002 dispone que la entrega del listado de usuarios propietarios de activos de Nivel de Tensión 1 al comercializador respectivo, es inmediato.

Así mismo, se considera que no se requiere de un procedimiento para que en la factura que el OR le emite al comercializador, se detalle el descuento que el comercializador trasladará a los usuarios dueños de esos activos, correspondiente al cargo que remunera inversión. El Operador de Red es quien informa al comercializador (sic) cuáles usuarios son dueños de activos de Nivel de Tensión 1, y por lo tanto la factura que este emita, deberá considerar dicha condición en los términos previstos en la Resolución CREG 082 de 2002. (...)"

En segundo lugar, la CREG mediante oficio con radicación S-2004-000341 del 11 de febrero de 2004, resolvió una serie de inquietudes sobre aspectos relacionados con las disposiciones contenidas en la Resolución CREG 082 de 2002, esta entidad expresó:

"(...)

de esta normatividad se deducen las siguientes las siguientes reglas, pertinentes para resolver la pregunta análisis:

⁵³ Aparte de una comunicación de ECONSA dirigida a esta Superintendencia, obrante la carpeta 1, folios 9 a 36 del expediente.

⁵⁴ Aparte de una ampliación de respuesta de ECONSA a un requerimiento de información, obrante en la carpeta 1, folios 62 a 233 del expediente.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

1. en la liquidación de los cargos máximos del nivel de tensión 1, no se debe incluir el valor de la inversión correspondiente a los activos de este nivel, cuando sean de propiedad de los usuarios finales. El comercializador debe dejar de liquidar ese valor, a los usuarios finales propietarios de dichos activos, a partir del mes siguiente a la fecha en que reciba la relación de usuarios asociados con tales activos que le debe enviar el OR.

(...)

El Operador de Red está obligado a remitir la información, a partir de la fecha en que hayan quedado en firme los cargos que le aprobó la CREG con base en la metodología prevista en la Resolución 082 de 2002.

En cuanto a la propiedad, el Código Civil, artículo 762, establece una presunción en virtud de la cual se reputa dueño de una cosa determinada a quien sea poseedor de la misma, en tanto otra persona no justifique ser dueño (...)

Vale la pena precisar que, jurídicamente, presunciones como las señaladas en esta norma, relevan de la carga de la prueba y, solo mientras otra persona no justifique serlo, el poseedor no está obligado a demostrar la propiedad.

Reiteramos que el OR debe remitir al comercializador la relación de usuarios asociados con los activos de nivel de tensión 1 que no son de su propiedad, y el comercializador está obligado a aplicar a los Usuarios Finales el procedimiento señalado, a partir del mes siguiente a la fecha de recepción de dicha información."

En el mismo sentido y ante solicitud de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la CREG emitió el Concepto 43040 de 2004 en los siguientes términos:

"El usuario final tiene derecho a que el comercializador no le liquide cargos por el valor de la inversión de los activos de su propiedad, en el nivel de tensión 1, a partir de que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que hayan sido aprobados por parte de la Comisión y estén en firme, los cargos por uso para el Operador de Red correspondiente y,
- Que el comercializador haya sido informado por parte del Operador de Red sobre los usuarios finales asociados con los activos de propiedad de estos últimos.

(...)

" Conforme lo expuesto se concluye:

Una vez el Operador de Red ha reconocido que un activo de distribución no es de su propiedad, debe reportar inmediatamente esta situación al Comercializador que atiende al respectivo usuarios; y éste comercializador debe dejar de liquidar cargos máximos del Nivel de Tensión 1m que remuneren inversión, a partir del mes siguiente a la fecha en que reciba la relación de usuarios finales que le debe enviar el OR.

La verificación de la propiedad de los activos de distribución es un asunto que corresponde al OR y no al Comercializador. Para efectos de definir la propiedad de los activos se debe tener en cuenta la disposición contenida en el artículo 762 del Código Civil, según la cual se reputa dueño de una cosa determinada a quien sea poseedor de la misma, en tanto otra persona no justifique ser el dueño. Jurídicamente presunciones como la indicada, relevan de la carga de la prueba al usuario poseedor de activos, y solo mientras el OR no justifique ser el propietario de estos activos, en nuestra opinión, está obligado a reportar al Comercializador todos aquellos en relación con los cuales no justifique ser el dueño."

De conformidad con lo anterior, estos pronunciamientos fueron realizados en vigencia de la Resolución 082 de 2002, con el propósito de explicar el alcance de la norma, la cual, como se ha señalado, consagró en la regulación la obligación de reporte de activos asociados a

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

niveles de tensión 1 que no fueran de su propiedad, con el objeto de que se dejará de cobrar el concepto de inversión en los cargos del SDL, descuento que se vería reflejado en un primer momento en la factura que el OR le emite a el comercializador, y posteriormente en la factura que estos últimos le emitan a los usuarios finales, en donde ya debe estar realizado el descuento dentro del mes siguiente a la recepción del listado.

Ahora bien, esta Delegatura considera que lo dispuesto en la Resolución 082 de 2002 y en los pronunciamientos efectuados por parte de la autoridad de regulación, cobran vigencia en el presente caso en tanto que, ELECTRICARIBE presuntamente habría incumplido la reglamentación en comento.

En el mismo sentido, la Resolución 097 de 2008, que entró en vigencia el 6 de octubre de ese año, mantuvo vigentes en el Capítulo 6, numeral 6.6 del ANEXO GENERAL las obligaciones que habían sido creadas por la Resolución 082 de 2002. No obstante lo anterior, ELECTRICARIBE continuó presuntamente incumpliendo con la regulación de la CREG, en ese respecto, frente a ECONSA, en tanto que: (i) Habría omitido el envío del listado de usuarios propietarios de activos asociados con el nivel de tensión 1 que no fueran de su propiedad, incluso pese a las reiteradas solicitudes de ECONSA⁵⁵ (ii) habría creado para los usuarios que pretendieran obtener el descuento, un procedimiento de "verificación de propiedad de activos"⁵⁶ que no está consagrado en la regulación y que podría contrariar la presunción de propiedad consagrada en el artículo 762 de Código Civil, (iii) habría afectado los derechos de sus usuarios finales y de los de ECONSA, puesto que no estaría reconociéndoles el descuento que regulatoriamente se encuentra establecido y que por ende no tendría jurídicamente derecho a cobrar y, por último, (iv) habría realizado conductas discriminatorias frente a los usuarios de ECONSA, en tanto que, presuntamente habría entrabado la verificación de la propiedad de los activos y habría ofrecido descuentos retroactivos para los usuarios propios con el objeto de evitar el traslado de usuarios propios a ECONSA.⁵⁷

Con respecto de la regulación vigente presuntamente infringida, y su relación con lo anterior, la CREG, dando respuesta⁵⁸ al requerimiento de información de ésta Delegatura radicada con el número 09-120468-16 señaló:

"(...)

Según el sentido general de las expresiones contenidas en el texto transcrito, como lo manda el artículo 29 del Código Civil, entendemos que el deber del OR consiste en enumerar, preferiblemente en forma de columna, los usuarios finales asociados a Activos de Nivel de Tensión 1 que sean de propiedad de los usuarios, y comunicar o transmitir dicha enumeración al respectivo comercializador.

⁵⁵ Situación que se puede evidenciar en los continuos requerimientos de envío del listado establecido en la regulación por parte de ECONSA a ELECTRICARIBE, que han sido aportados por ECONSA en los anexos de las ampliaciones de queja, así como en los anexos de la respuesta de ELECTRICARIBE a un requerimiento de información enviado por esta Delegatura.

⁵⁶ Este procedimiento es reconocido por el señor Fermín Torrente de la Hoz, Asesor de la Gerencia Legal de ELECTRICARIBE, en diligencia de testimonio practicada durante la visita administrativa realizada a las instalaciones de esa sociedad el 9 de abril de 2010. Así mismo está ha sido señalado por ELECTRICARIBE en comunicaciones enviadas a usuarios propios y a ECONSA.

⁵⁷ Lo anterior obra en el expediente en el testimonio de Álvaro Capacho, usuario de ELECTRICARIBE, así como en las negaciones de reconocimiento de propiedad anexadas por ECONSA, a usuarios suyos.

⁵⁸ Documento obrante en el cuaderno 3, folios 528 a 533 del expediente.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

Para tal efecto, entendemos que el OR debe, previamente, identificar cuáles activos de Nivel de Tensión 1 no son de su propiedad sino de los usuarios, así como los usuarios finales asociados a dichos activos.

(...)

Coherentemente con lo anterior, la CREG aprueba cargos para la remuneración de la actividad de Distribución a los Operadores de Red independientemente de la propiedad de la red que le reportan, pues dichos cargos remuneran directamente la actividad de distribución, con independencia de quién tenga el derecho real de dominio sobre los activos.

(...)

En el oficio S-2004-0003040, mediante el cuál dimos respuesta a las inquietudes planteadas en la comunicación E-2004-006156, se expuso lo siguiente:

- 1. Una vez el OR ha reconocido que un activo de conexión no es de su propiedad, debe reportar inmediatamente esta situación al Comercializador que atiende al respectivo usuario; y éste comercializador debe dejar de liquidar cargos máximos del Nivel de Tensión 1, que remuneran inversión, a partir del mes siguiente a la fecha en que reciba la relación de usuarios finales que le debe enviar el OR.*

(...)

Como expusimos en el concepto transcrito, entendemos que el artículo 762 del Código Civil contiene una presunción a favor de poseedor que lo releva de la carga de la prueba de la propiedad. Por tal razón concluimos que el usuario que detenta la posesión de los activos del Nivel de Tensión 1, en virtud de la mencionada presunción, esta relevado de la carga de la prueba de la propiedad frente al OR y si este último pretende disputársela, debe justificar, esto es, es el OR quien debe probar el dominio.

(...)

Por estas razones, entendemos que un OR no puede exigir al usuario que detenta la posesión de los activos de Nivel de Tensión 1, la realización de procedimientos que desconozcan a la presunción de propiedad establecida en el Artículo 762 del Código Civil, por que podría estar desconociéndole el derecho fundamental de posesión, como lo calificó la Corte Constitucional, y obligándolo a asumir a carga de la prueba de la propiedad que no le corresponde según esta norma (...)"

Del anterior pronunciamiento de la CREG se puede entender en primera medida, que la Resolución 097 de 2008, consagró las mismas obligaciones antedichas, y modificó en algunas partes la metodología tarifaria anterior y que además realizó aclaraciones sobre la manera como se debe cumplir con la regulación vigente.

Por su parte, ELECTRICARIBE, en respuesta a las reclamaciones y requerimientos de ECONSA, ha señalado de manera reiterada que han cumplido efectivamente con la obligación de remisión del listado contenido en la regulación puesto que envían a ECONSA la factura del SDL de manera detallada, pudiéndose determinar cuales son los usuarios que tienen a ese momento el descuento por la propiedad de los activos de conexión asociados con el nivel de tensión 1.

De igual forma, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente se determinó que existe un procedimiento denominado "verificación de propiedad de activos" en el cual ELECTRICARIBE requiere cierta documentación a los usuarios, para que previa decisión

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

por parte de esa empresa, se proceda a realizar el reconocimiento de la propiedad de los activos con el fin de descontar la inversión del cargo por distribución y que dicho procedimiento sólo es realizado, una vez los usuarios presentan solicitudes frente a ese respecto a ELECTRICARIBE.

Estos argumentos fueron igualmente puestos en conocimiento de esta Superintendencia, durante el testimonio del señor Fermín de la Hoz Torrente, Asesor de la Gerencia Legal de ELECTRICARIBE, practicado durante la visita administrativa realizada el 9 de abril de 2010 en las instalaciones de esa sociedad en la ciudad de Barranquilla. En dicho testimonio, frente a lo preguntado por los funcionarios que practicaron la Visita, el señor Fermín de la Hoz respondió:

Pregunta: Informe qué debe hacer un Operador de Red para permitir que un comercializador pueda descontar del Cargo por Uso de nivel de Tensión 1, el cargo máximo del Nivel de Tensión 1, por concepto de inversión, en los casos en que la totalidad o fracción de los activos de nivel de tensión 1, sean de propiedad del usuario o de la copropiedad donde está el predio del usuario?

Respuesta: El operador de red atendiendo lo dispuesto en la resolución vigente, debe reconocer la propiedad del activo correspondiente, previa acreditación de este derecho. Una vez efectuado el reconocimiento de esta propiedad, en la factura que se remite al comercializador se debe ver reflejado un menor valor a pagar en el cargo de distribución de la frontera comercial a donde se encuentra vinculado el usuario favorecido con el mismo. Actualmente la resolución CREG 097 de 2008 señala que el operador de red debe informarle mensualmente al comercializador aquellos usuarios a los que se le ha reconocido la propiedad de los activos, obligación que en el caso de ELECTRICARIBE se cumple al momento en que se le remite a los comercializadores el detalle de la facturación de los cargos por uso del sistema de distribución local.

Pregunta: en el caso particular de ELECTRICARIBE como Operador de Red, informe como está cumpliendo con la obligación de enviar mensualmente a los comercializadores los listados de usuarios finales asociados con el nivel de tensión 1 que sean propietarios de los activos de nivel de tensión 1?

Respuesta: Tal como lo mencioné en la respuesta anterior, ELECTRICARIBE remite mensualmente a los distintos comercializadores el detalle de la facturación de los cargos por uso del sistema de distribución local, en donde se identifica claramente aquellos usuarios que tienen reconocimiento de la propiedad de activos. Es pertinente señalar que los comercializadores conocen perfectamente cuales son los usuarios que están beneficiados con este reconocimiento; así mismo, por el conocimiento que ellos tienen en estos temas eléctricos, pueden distinguir fácilmente en el detalle de la facturación de los cargos por uso del SDL remitida por ELECTRICARIBE, los usuarios a quienes se les ha reconocido la propiedad de sus activos.

De lo manifestado por el señor Fermín de la Hoz Torrente, esta Delegatura considera que ELECTRICARIBE al parecer estaría incurriendo en contradicciones respecto de las obligaciones emanadas del Anexo General de la Resolución 097 de 2008, acorde con la interpretación que ha sido expuesta por la CREG, como entidad competente y especializada en el sector de energía eléctrica. Por cuanto, ELECTRICARIBE, al estar interpretando la regulación de la manera que lo favorece, estaría presuntamente incurriendo en una violación normativa que podría configurarse como una conducta enmarcada en los actos constitutivos de competencia desleal en el mercado de la comercialización de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

En ese sentido, la interpretación corriente de las palabras de la Resolución, y de lo expresamente expresado por la CREG, hace que esta Delegatura considere que en principio la obligación de los Operadores de Red no se cumple mediante el envío de la facturación detallada al comercializador, en donde se evidencie la existencia de sólo aquellos usuarios que efectivamente han surtido el proceso creado para el reconocimiento de la propiedad de los usuarios sobre activos asociados con el nivel de tensión 1 por parte de ELECTRICARIBE, de acuerdo con su particular interpretación de la norma, por cuanto estaría contrariando lo que se evidencia normalmente en el desarrollo empresarial, en donde las sociedades conocen por su organización financiera y contable, cuales son sus activos, lo que a todas luces es un indicativo de la labor que ELECTRICARIBE tendría que realizar al reportar los activos de los cuales no sea titular y, por lo cuales, no debería cobrar el rubro de inversión que remunera el derecho real de dominio de aquellos.

La violación de norma que presuntamente está realizando ELECTRICARIBE, afectaría a la generalidad de los comercializadores de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla, pues generaría una ventaja significativa que no tendría frente a estos en condiciones normales de mercado, es decir, dando cumplimiento con la regulación vigente, pues no podría diferenciar la cuantía de las tarifas que son cobradas en las facturas enviadas a los usuarios finales en el porcentaje a que tienen descuento aquellos al ser dueños de los activos asociados con el nivel de tensión 1.

De esta manera, frente a la imposibilidad que tienen los comercializadores de efectuar los descuentos regulatorios a los usuarios, por la omisión del envío del listado por parte del Operador de Red y, por consiguiente, por el cobro de unas sumas que no tienen consonancia con la realidad, afectarían las tarifas frente a usuarios finales, como se puede evidenciar en las facturas del SDL que han sido anexadas tanto por ECONSA como por ELECTRICARIBE⁵⁹, en donde es claro el impacto en aproximadamente un treinta (30) por ciento sobre el valor del Kilovatio/hora para el nivel de tensión referido.

Por lo anteriormente expuesto, esta Delegatura considera que la presunta violación normativa de ELECTRICARIBE sería significativa para el mercado por cuanto el valor de las tarifas de energía eléctrica cobradas por la misma, podría generar una conservación de la clientela actual o un aumento en el número de usuarios.

10.4 SOBRE LA PRESUNTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 7 DE LA LEY 256 DE 1996⁶⁰

Según lo establecido en la Ley 256 de 1996, las conductas de los participantes en el mercado colombiano deben regirse por el principio de la buena fe comercial, que es entendido como la convicción, predicada de quien interviene en el mercado, "de estar

⁵⁹ Documentos obrantes en la carpeta 2, folios 351 a 430 del expediente y carpeta 3, folios 318 a 338 del expediente.

⁶⁰ "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."

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado."

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

*actuando honestamente, con honradez y lealtad en el desarrollo y cumplimiento de los negocios*⁶¹, o, como lo ha establecido este Despacho en pretérita oportunidad, como *"la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones"*⁶², que les permite obrar con la *"conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley, e implica ajustar totalmente la conducta a las pautas del ordenamiento jurídico"*⁶³

Siendo esto así, las relaciones entre ELECTRICARIBE y ENERGÍA CONFIABLE deben desarrollarse dentro del marco de la buena fe, tanto en la relación de Operación de Red-Comercializador, como en la que surge del segmento de la comercialización de energía eléctrica. Por tanto, en virtud de dicho principio, se debe exigir una conducta de sana competencia, sin que los intereses de ELECTRICARIBE afecten el correcto y normal desempeño de su rol como Operador de Red, eslabon del mercado en el que tiene una evidente y reconocida posición de dominio derivada del monopolio que normativamente se ha creado en ese segmento.

Analizando entonces de manera concreta la evidencia que obra en el expediente, esta Delegatura considera que ELECTRICARIBE, podría estar actuando de manera indebida, es decir contrariando el principio de la buena fe en el mercado, con el fin de mantener y acrecentar su participación en el mismo, al estar presuntamente invirtiendo la carga de la prueba⁶⁴ para los usuarios que tengan derecho a un descuento reconocido por la regulación de la CREG para quienes sean propietarios de los activos asociados con el nivel de tensión 1. Así lo señaló, bajo la gravedad del juramento, el señor SALIM RADI PULIDO, representante legal de ECONSA, en diligencia de testimonio del 4 de junio de 2010:

(...)

Pregunta: Y entonces ¿sin ese listado no hay otra forma de hacerlo?

Respuesta: : No hay otra forma, hacer que él mande el listado pero no lo han mandado entonces lo que hacemos es que individualmente le decimos bueno aquí están, por que hay conceptos que dicen que la propiedad del activo es de quien la tiene y la obligación de demostrar que el activo es del operador de red es del operador de red, ellos voltearon 180 grados eso, la carga de la prueba la tenía que hacer era el usuario y entonces en eso compraron tiempo, o sea cualquier cantidad de años, eso es cualquier cantidad de plata, cobrar 30 pesos mas por Kilovatio/hora en tantos kilovatios /hora es cualquier cantidad de plata.

Este actuar de ELECTRICARIBE tiene un impacto directo en la concurrencia del mercado, pues afecta la elección de los usuarios finales del servicio de energía eléctrica, quienes obrando con lógica y comportamiento racional de consumidores, preferirían suscribir sus contratos, o desistir de sus intenciones de cambio de prestador del servicio, con aquella persona jurídica que les garantizara en debida forma el respeto de los derechos que tienen como usuarios y que si tendría la capacidad de reconocerles el descuento. Adicionalmente,

⁶¹ Narváez G., José Ignacio. "Introducción al Derecho Mercantil". Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 1995. pág. 252.

⁶² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 17.710 de 2005.

⁶³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 3-IP-99, citado en la sentencia No. 006 de junio 15 de 2007, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁶⁴ Se reitera que el artículo 762 del Código Civil señala una presunción de propiedad, la cual ha sido señalada incluso por la CREG en varios conceptos emitidos y que reposan en el expediente. A manera de ejemplo se señalan los siguientes: Concepto 0043040 de 2004 y Concepto 008278 de 2004 de la CREG.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

ELECTRICARIBE estaría generando con su comportamiento una discriminación para los usuarios de ECONSA, pues les estaría obstaculizando de manera indebida el reconocimiento del descuento referido. Prueba de ello es el testimonio del señor ALVARO CAPACHO TORRES, usuario de ELECTRICARIBE quien en diligencia de testimonio rendida el día 27 de agosto de 2010 afirmó:

(...)

Pregunta: Usted en su calidad de administrador, cual es la incidencia o la relación que tiene usted con los habitantes del edificio frente a la escogencia de algún prestador de servicios públicos?

Respuesta: En una convocatoria de asamblea del año 2009 se planteo por algunos propietarios que tenían el conocimiento de otra comercializadora como energía confiable, me plantearon llamarlos para que nos cotizara o nos hablara sobre los servicios que ellos prestan, se hizo así, confirme yo algunas referencias y algunos amigos que tienen el servicio de energía confiable me lo recomendaron, que el servicio era bueno, y procedí a llamar a energía confiable para que la niña encargada de diligenciar el cambio de comercializadora lo hiciera.

Nos explico en una reunión, ella fue, de copropietarios, en una asamblea general de copropietarios explico los beneficios, explico el sistema de trabajo, me llamo la atención, dijo listo, me dijo no es obligación que el 100% estén afiliados, con un porcentaje que ellos miran mas o menos se puede aplicar a los que quieran, le dije listo, empezamos a hacer las vueltas, se le reunió la documentación y se le paso a la niña para que empezara el tramite de cambio de comercializadora.

(...)

Pregunta: una vez ustedes inician esos trámites a los que usted hace mención, para a hacer el cambio de comercializador, que encuentran en ELECTRICARIBE? Como son recibidas las solicitudes o como son los procedimientos que ELECTRICARIBE les exige a ustedes para realizar los cambios?

Respuesta: Bueno energía confiable me da a mi los parámetros para hacer el cambio, ella me dijo que si yo era dueño de activos por que hay un descuento especial, yo le dije la verdad no tengo ni idea, yo inmediatamente hice un derecho de petición y le dije, ELECTRICARIBE no sabia nada y le dije por favor déme si soy dueño de activos y me dijo que si, voy a donde el funcionario y le digo lo que pasa es que nos pasamos para ENERGÍA CONFIABLE, nosotros somos dueños de esos activos que no sabíamos, entonces allá nos van a dar una mejor tarifa por el precio de no se que, el, la persona encargada del sector de ELECTRICARIBE me dijo mire nosotros le podemos dar los mismos precios, es mas le vamos a dar un retroactivo de un época por que usted es dueño del transformador, entonces dije a bueno chévere, entonces le dije a energía confiable quietitos ahí que aquí me están dando como un incentivo para continuar con ellos pensé yo, y efectivamente ellos me dieron una carta donde me reconocieron que los activos eran del edificio, efectivamente al mes siguiente nos llego la factura en ceros, y dije a no pues chévere por que pues la cosa como que esta buena. Ahí quedo en stand by, a mediados de enero de este año, energía confiable, como yo los deje ahí como dormidos, ellos volvieron a retomar, bueno que paso que no se que, entonces yo le dije la verdad ustedes son buenos, yo se que ustedes son buenos, yo como administrador vi que me estaban dando, entonces aproveche y no los iba a dejar ir, de todas maneras ellos me dijeron nosotros también se los hubiéramos podido dar, dije bueno, mas vale un toma que dos te daré pensé yo como administrador, y volvimos nuevamente a retomar a energía confiable, ellos están empezando nuevamente con la diligencia, creo que ya salio otro inconveniente por que hay unos medidores de energía que ellos nos dieron en alquiler, ELECTRICARIBE me dijo que eso era de nosotros, no se si todavía se haya legalizado eso por que creo que ese medidor ya debe ser de nosotros, no debe ser en

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

alquiler, estoy esperando respuesta de ELECTRICARIBE por que no nos han como solucionado eso."

Ahora, con respecto a la afectación de la libertad de escogencia de los usuarios finales en circunstancias normales del mercado derivada del presunto obrar deprovido de buena fe de ELECTRICARIBE, el representante legal de ECONSA afirmó:

(...)

Pregunta: Doctor Salim, ECONSA ha tenido conocimiento de que ELECTRICARIBE le ofrezca a los usuarios de ECONSA el reconocimiento de la propiedad de una manera ágil si se cambian de comercializador, es decir si se pasan de ECONSA a ELECTRICARIBE?

Respuesta: Si, lo tienen dentro de su portafolio de servicios; por ejemplo ELECTRICARIBE/ELECTROCOSTA ofrece servicio al cliente, ofrece call center, seminarios, atención, pague a todo el mundo, los operadores de red estamos comprometidos con el logro de mejores estándares de calidad, inversiones y las tarifas; hemos diseñado unas tarifas de nivel de tensión 1 de acuerdo a sus necesidades, entonces ellos dicen que diseñan una tarifa en base a lo que la ley le otorga el beneficio entonces dice propiedad de activos del operador de red 240 y del cliente 216, es decir que ellos son conscientes de que si el cliente es dueño de los activos paga menos y lo ofrecen como un paquete de servicios al edificio.

(...)

Pregunta: Pero en términos generales ELECTRICARIBE estaría en condición de ofrecer unas mejores condiciones a sus propios usuarios cuando es comercializador que las que podrían ofrecer los demás comercializadores?

Respuesta: Yo diría que si, o sea que utiliza factores de competencia las cuales no tiene que utilizar factores de competencia.

La presunta desigualdad que se estaría generando frente a los usuarios de ELECTRICARIBE y los de ECONSA, se hace palpable cuando la primera realiza ofrecimiento de reconocimiento del descuento que no ha realizado, de manera retroactiva a usuarios que hayan manifestado la intención de trasladarse de comercializador, lo que acentuaría el quebrantamiento del principio de la buena fe de ELECTRICARIBE, las ventajas competitivas y el aumento o mantenimiento de sus clientes. Sin embargo, y más grave aún sería el hecho de que sólo estaría realizando el citado ofrecimiento a los usuarios que se hayan enterado del descuento, lo que deja ver nuevamente que al parecer omite el descuento regulatorio incluso a sus propios usuarios.

7M Es importante destacar, la no concordancia con la realidad de los argumentos expuestos por ELECTRICARIBE, referidos a la interpretación de la Regulación, como ya se mencionó en el numeral anterior, y como se ve de bulto en el testimonio del señor Fermín de la Hoz Torrente, quien afirmó frente al reconocimiento de la propiedad de los activos:

"(...)

Pregunta: informe como se determina la propiedad de los mismos y quien la determina?

Respuesta: (...) con la expedición de la Resolución 082 de 2002, los usuarios propietarios de los activos tenían la facultad de acreditar dicha propiedad ante el operador de red para que este les reconozca tal derecho en los cargos por uso del SDL, Teniendo en cuenta lo anterior, y dado el título de propiedad otorgado por el mismo Estado en los contratos de transferencia de activos aludidos anteriormente, ELECTRICARIBE exige que los usuarios presenten las facturas que los acreditan a

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

ellos como propietarios de los mismos, para poder así distinguir la propiedad de los activos que el gobierno nacional le entregó a ELECTRICARIBE en los citados contratos de transferencia de activos. Cabe señalar que esta situación fue perfectamente entendida por la CREG a tal punto que expidió una Circular 018 de 2003 de la CREG, en donde se detallaba el procedimiento para que los usuarios acreditaran ante el operador de red la propiedad de esos activos.”

Por el contrario, la Circular 018 de 2003 señala lo siguiente:

“La Dirección Ejecutiva de la Comisión de Regulación de Energía y Gas ha considerado conveniente informar a los usuarios del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica que sean propietarios de activos del Nivel de Tensión 1⁶⁵ sobre el reconocimiento que en su favor hace la Resolución CREG-082 de 2002, con el propósito de que estén en condiciones de reclamarlo, en caso de que la empresa no lo haga oficiosamente. (subrayado fuera de texto)

(...)

5. *Para la efectividad de este reconocimiento, el numeral 3 del Anexo 4 de la Resolución CREG – 082 de 2002, establece que, el respectivo comercializador dejará de liquidar a sus usuarios Cargos Máximos del Nivel de Tensión 1 que remuneran Inversión, a partir del mes siguiente a la fecha en que recibe del operador de red, el listado de Usuarios Finales asociados a los Activos de Nivel de Tensión 1 que no sean propiedad del Operador de Red. La remisión de esta información debe hacerla el Operador de Red inmediatamente quede en firme la resolución por la cual se aprueban por la CREG los cargos calculados con base en la metodología prevista en la Resolución CREG – 082 de 2002.*
6. *Si dentro de la oportunidad a que se refiere el numeral anterior no se dejan de liquidar por el Comercializador Cargos Máximos del Nivel de Tensión 1 que remuneran Inversión a los usuarios que sean propietarios de activos de Nivel de Tensión 1, éstos, con el propósito de que se les haga efectivo dicho reconocimiento, pueden ejercer el derecho a presentar a la Empresa Prestadora del Servicio Público Domiciliario de Energía Eléctrica quejas, reclamos, peticiones y recursos en los términos de los artículos 152 y ss. de la ley 142 de 1994, adjuntando, en lo posible, las pruebas de dicha propiedad.”*

Según lo señalado en esta Circular, que el reconocimiento de la propiedad de los activos es oficioso, que en caso de no realizarse se entendería como situación excepcional, podría reclamarse por los usuarios. En ningún momento permite señalar o establecer un procedimiento de verificación de la propiedad, sino una posible reclamación en caso de que los derechos no sean reconocidos de manera automática, sin que exista ningún requisito o siquiera petición de parte.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, ELECTRICARIBE no estaría obrando de buena fe frente a sus competidores, así como tampoco estaría cumpliendo con la normatividad vigente, lo cual podría permitirle adquirir ventajas competitivas para mantener o acrecentar su número de usuarios en la ciudad de Barranquilla.

⁶⁵ Activos de uso conformados por los transformadores de distribución secundaria con sus protecciones y equipos de maniobra, al igual que por las redes de transporte que operan a tensiones menores de 1 kV (Art. 1 de la Resolución CREG – 082 de 2002)

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

ONCE: De acuerdo con las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra que las conductas desplegadas por ELECTRICARIBE en el mercado de energía eléctrica de la ciudad de Barranquilla, presuntamente estarían siendo constitutivas de competencia desleal.

En mérito de lo anterior, esta Delegatura

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR investigación para determinar si la sociedad **ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. – ELECTRICARIBE-** identificada con NIT 802.007.670-6, incurrió en los actos de competencia desleal contenidos en los artículos 7° Y 18° de la Ley 256 de 1996.

ARTÍCULO SEGUNDO: ABRIR investigación para determinar si el señor **BENJAMÍN ORTIZ PAYARES**, identificado con cédula de ciudadanía No.73.104.525, representante legal de la sociedad **ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. – ELECTRICARIBE-** infringió lo dispuesto artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que establece que estarán sujetas a las sanciones allí contempladas "*[...] 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, [...]*".

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a la sociedad **ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. – ELECTRICARIBE-** a través de su representante legal, el señor **BENJAMÍN ORTIZ PAYARES**, o quien haga sus veces, para que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la misma, solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer dentro de la investigación.

ARTÍCULO CUARTO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a el señor **BENJAMÍN ORTIZ PAYARES**, como persona natural investigada y en su calidad de representante de la **ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. – ELECTRICARIBE-**, entregándole copia de la misma para que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto, solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer dentro de la investigación.

ARTÍCULO QUINTO: COMUNICAR el contenido del presente acto administrativo al representante legal de la sociedad **ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P.**, en su calidad de quejoso dentro del presente trámite.

ARTÍCULO SEXTO: En contra de la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, en los términos del artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, concordante con los artículos 52 y 54 del Decreto 2153 de 1992.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

ARTÍCULO SÉPTIMO: ORDENAR al investigado que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, realice la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación en el mercado afectado, esto es, de la ciudad de Barranquilla:

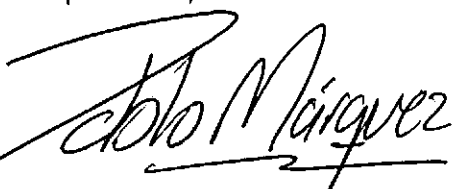
*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, LA **ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. – ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** informa que: Mediante Resolución **12937** expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se abrió investigación en contra **ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. – ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** por la presunta comisión de actos de competencia desleal (artículos 7 y 18 de la Ley 256 de 1996). Según la decisión de la autoridad, se investiga a la empresa por presuntamente realizar actos desleales dentro del mercado de comercialización de energía eléctrica en la ciudad de Barranquilla, Atlántico.*

Por lo tanto, en los términos previstos por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, los competidores, consumidores o, en general, aquél que acredite un interés directo e individual en la presente investigación, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la presente publicación, podrán intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretenda hacer valer al expediente radicado con el número 09-120468, el cual reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio."

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los **14 MAR 2011**

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,


CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

CPME/ESJ/KLV

Notificaciones:

Doctor
BENJAMIN OTIZ PAYARES
Representante Legal
ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P. – ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.
NIT 802.007.670-6
CARRERA 55 No. 72-109 PISO 7
BARRANQUILLA- ATLANTICO

Por la cual se ordena la apertura de una investigación

Doctor

BENJAMIN OTIZ PAYARES

CC. 73.104.525

CARRERA 55 No. 72-109 PISO 7

BARRANQUILLA- ATLANTICO

Comunicaciones:

Doctor

SALIM RADI PULIDO

Representante Legal

ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P

CARRERA 74 No. 56-25

BARRANQUILLA- ATLANTICO