



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **22935** DE 2012
(**26 ABR 2013**)

Radicación: 11-52811

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA (E)**

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 1, en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, y en la Resolución No. 19992 de abril 22 de 2013,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que “[...] *la libre competencia económica es un derecho de todos [...]*” y “[...] *el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional*”.

SEGUNDO: Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas “[*v*]elar 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*”.

TERCERO: Que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio “[*c*]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales”.

CUARTO: Que el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, establece como funciones del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia “[*f*]ramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia [...]”.

QUINTO: Que por medio de radicado 11-52811 del 29 de abril de 2011, la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (en adelante “CREG”) trasladó un escrito de la sociedad EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. E.S.P. (en adelante “EPSA”) que enunciaba unos hechos que se resumen de la siguiente manera¹:

- Sostiene que un comercializador presentó una oferta de precio de venta a un cliente no regulado en el mercado de EPSA, en donde la componente sujeta a competencia, esto es, generación y comercialización, se cobraría a un costo variable más una prima que no haría parte de la base para liquidar la contribución de solidaridad del 20% para usuarios industriales y comerciales.

¹ Folios 4 a 7 del Cuaderno 1.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- En consecuencia, EPSA manifestó que el comercializador presuntamente pretendía exonerar al cliente del pago de la contribución de solidaridad sobre parte del costo de la energía eléctrica.
- Así, la quejosa se refirió al artículo 8 de la Resolución CREG 054 de 1994 que establece:

"Artículo 8. Obligación de recaudar la contribución de solidaridad. Los comercializadores de energía, al cobrar las tarifas que estaban en vigencia cuando se promulgó la Ley 142 de 1994, distinguirán en las facturas de los usuarios de los estratos 4, 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales, entre el valor que corresponde al servicio, y el factor que para cada uno de esos comercializadores fijará esta Comisión, sin exceder del 20% del valor del servicio, destinado a dar subsidios, según las normas legales que rigen la materia".

- De acuerdo con lo anterior, en criterio de EPSA, el factor de contribución del artículo relacionado en el artículo 89 de la Ley 143 de 1994 debe aplicarse al valor del servicio y no solo sobre algunos de los factores que componen dicho servicio. De igual forma resaltó que de conformidad con el artículo 5 de la Ley 286 de 1996, los usuarios no regulados deben pagar la contribución de solidaridad.
- EPSA se remitió a la providencia C-086 de 1998 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se señalaron los elementos de la contribución de solidaridad en los siguientes términos:

- Los usuarios de los sectores industriales y comerciales, y los de los estratos 5 y 6, se constituyen en los sujetos pasivos.
- Las empresas que prestan el servicio público son los agentes recaudadores.
- El hecho gravable lo determina el ser usuario de los servicios públicos que prestan las empresas correspondientes.
- La base gravable la constituye el valor del consumo que está obligado a sufragar el usuario.
- El monto del impuesto, si bien no está determinado directamente por la ley, si es determinable, pues se establece que no podrá ser mayor al 20% del valor del servicio prestado. Para el efecto, se delega en las comisiones de regulación correspondientes, la fijación dentro de este límite, del porcentaje que se debe cobrar".

- En atención de la motivación presentada, EPSA se indagó si la presunta oferta presentada por el comercializador tendría la potencialidad de convertirse en un elemento negativo como factor de competencia en el mercado.

5.1. De acuerdo con lo señalado en el escrito que fuera trasladado por la CREG, ésta a envió a EPSA el requerimiento de información No. 11-52811-4 del 13 de junio de 2011 con el objeto de que se ampliara la queja presentada, esto es, indagando respecto de la existencia de una presunta conducta restrictiva de la competencia por parte de algún comercializador de energía eléctrica.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

5.2. Por medio de radicado No. 11-52811-7 del 1 de julio de 2011, la sociedad EPSA señaló que la propuesta mencionada en su comunicación a la CREG fue presentada por el comercializador VATIA S.A. ESP (en adelante VATIA) a un cliente potencial en el mercado de comercialización de EPSA.

5.3. A través de radicado No. 11-090871 del 21 de julio de 2011, CODENSA presentó queja en contra de VATIA, señalando que éste comercializador calcula una contribución de solidaridad reducida en atención a que presuntamente utiliza un costo de compras de energía significativamente menor que el precio promedio por Kwh en la bolsa de energía del mes y a que presuntamente el cargo por comercialización aplicado es de cero pesos.

SEXTO: Que con fundamento en las denuncias presentadas por EPSA y CODENSA, el Delegado para la Protección de la Competencia impartió la instrucción para iniciar una averiguación preliminar mediante memorando con radicado No. 11-52811-9 del 26 de octubre de 2011², con el propósito de establecer si existía evidencia que determinara la necesidad de abrir una investigación en contra de VATIA por presuntas prácticas restrictivas de la competencia. En particular, establecer si supuestamente se estarían presentando las siguientes conductas:

- Aplicación de un cobro de cero pesos por concepto de comercialización en las tarifas que VATIA ofrece a sus usuarios.
- Reducción del cálculo de la contribución de solidaridad que aplica VATIA en atención a que no se estaría computando sobre la totalidad del costo de prestación del servicio, incluyendo un concepto denominado prima de disponibilidad.
- Ejecución de una práctica anticompetitiva con fundamento en las conductas descritas anteriormente, que supondría una desviación de la clientela que estaría afectando al mercado.

SÉPTIMO: Que en desarrollo de esta averiguación, y de conformidad con las facultades conferidas a esta Entidad por el Decreto 1687 de 2010, subrogado por el Decreto 4886 de 2011, se realizaron las siguientes actuaciones:

7.1. Visita de inspección realizada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el día 10 de febrero de 2012³.

7.2. Requerimiento de información con radicado 11-52811-13 del 26 de marzo de 2012 con destino a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios⁴.

7.3. Requerimiento de información con radicado 11-52811-15 del 20 de abril de 2012 con destino a la Comisión de Regulación de Energía y Gas⁵.

7.4. Requerimiento de información con radicado 11-52811-18 del 22 agosto de 2012 con destino a la sociedad EPSA⁶.

² Folio 78.

³ Folios 81-83.

⁴ Folio 84.

⁵ Folio 290.

⁶ Folio 302.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

7.5. Requerimiento de información con radicado 11-52811-19 del 22 de agosto de 2012 con destino a la Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica⁷.

7.6. Requerimiento de información con radicado 11-52811-20 del 22 de agosto de 2012 con destino a la sociedad CODENSA⁸.

7.7. Requerimiento de información con radicado 11-52811-21 del 22 de agosto de 2012 con destino a la sociedad VATIA⁹.

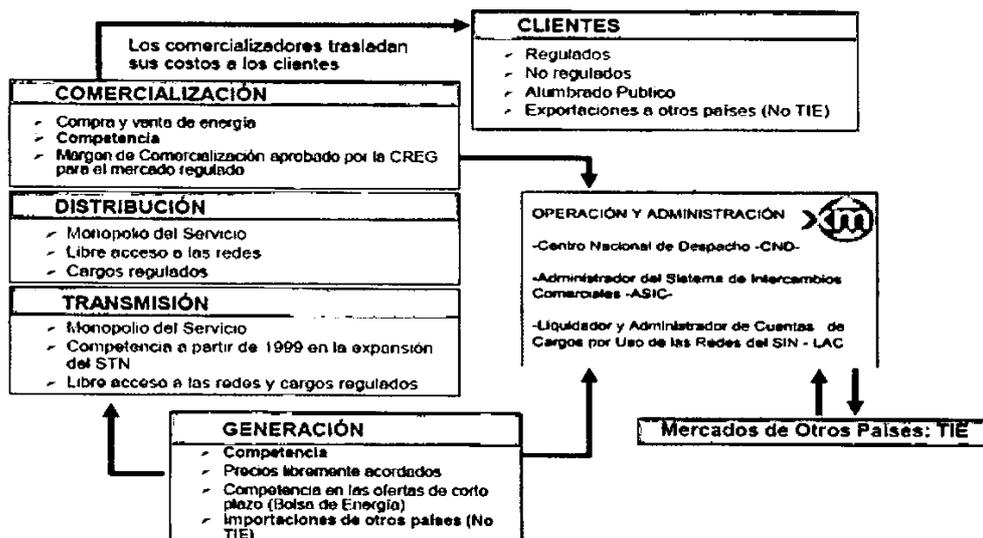
OCTAVO: Que de la información recaudada por esta Entidad en desarrollo de la presente averiguación preliminar y del análisis de la misma, esta Delegatura encuentra pertinente describir el mercado relacionado con los hechos objeto de la queja.

8.1. Estructura del Modelo Operativo del Sector Eléctrico

De acuerdo con la Unidad de Planeación Minero Energética (en adelante "UPME"¹⁰), la reforma al mercado energético implantada a través de las leyes 142 y 143 de 1994, estableció un mercado mayorista de carácter competitivo, en el cual se propende por la eficiencia en la prestación del servicio y la libre entrada a los agentes interesados en participar en él. Al respecto, dicho mercado es denominado Mercado de Energía Mayorista – MEM y las principales operaciones que desarrollan sus agentes son la generación, transmisión, distribución y comercialización de energía.

En primer lugar, es conveniente ilustrar con el siguiente diagrama, la interacción existente entre los diferentes agentes que intervienen en el mercado de energía eléctrica:

**Gráfico No. 1
Estructura del Mercado Energético en Colombia**



Diseño y Fuente: XM.

⁷ Folio 304.

⁸ Folio 306.

⁹ Folio 309.

¹⁰ "Una visión del mercado eléctrico colombiano". Unidad de Planeación minero Energética UPME, Julio 2004.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

A continuación se procede a describir cada una de las actividades relacionadas en la gráfica anterior:

- **GENERACIÓN:** Consiste en la producción de energía eléctrica a través de una planta hidráulica o una unidad térmica conectada al Sistema Interconectado Nacional. Esta actividad puede ser desarrollada en forma exclusiva o combinada con otras actividades del sector.

Los agentes generadores se clasifican en: Generadores, Plantas Menores, Autogeneradores y Cogeneradores.

En relación con los agentes generadores se ha señalado lo siguiente:

"[...] efectúan sus transacciones en el mercado mayorista de electricidad con capacidad igual o superior a 20 MW, las Plantas Menores son unidades de generación con capacidad instalada inferior a 20 MW. Los autogeneradores son personas naturales o jurídicas que al producir su propia energía no usan la red pública y pueden o no, ser los propietarios del sistema de generación. Los cogeneradores, son personas naturales o jurídicas que producen energía para consumo propio utilizando un proceso combinado de energía eléctrica y energía térmica y destinada a procesos industriales o comerciales"¹¹.

- **TRANSMISIÓN:** Consiste en el transporte de bloques de energía por redes de alto nivel de voltaje del Sistema de Transmisión Nacional – STN. Sobre el particular, es importante indicar que se presenta libre acceso a las redes y que los cargos se encuentran regulados.

De igual forma, se resalta que se denominan Zonas No Interconectadas -ZNI- a aquellas zonas marginales del país que no tienen servicio de energía eléctrica a través del STN, porque su interconexión no es viable financieramente¹².

- **DISTRIBUCIÓN:** Consiste en la actividad de transporte de energía eléctrica que opera a tensiones menores de 220 KW, que no pertenecen a un sistema de transmisión regional y se dedican al servicio de distribución a nivel regional, local o municipal.
- **COMERCIALIZACIÓN:** Consiste en la compra y venta de energía eléctrica en el mercado mayorista o a usuarios finales regulados o no regulados.

Respecto de los usuarios regulados y no regulados es preciso establecer el margen que comprende cada uno. Así, en la categoría de usuario regulado se encuentran los hogares, clientes residenciales, gran parte del sector comercio y la mediana industria. La tarifa es regulada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-.

Por su parte, el usuario no regulado *"[e]s una persona natural o jurídica con una demanda máxima superior a un valor en MW o a un consumo mensual mínimo de energía en MWh, definidos por la Comisión, por instalación legalizada, a partir de la*

¹¹ Derivex: Una herramienta para contratar la energía de consumo industrial. Cuadros Laura, Ortega Diego. CESA Febrero de 2012.

¹² Ibid.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

cual no utiliza redes públicas de transporte de energía eléctrica y la utiliza en un mismo predio o en predios contiguos. Sus compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente entre el comprador y el vendedor"¹³. Estos clientes registran consumos mensuales superiores a 55000kwh/mes; permitiéndoles negociar la energía con cualquier comercializador del país y así acordar los precios entre las partes.

A continuación se presenta el número de agentes del sector eléctrico a 31 de diciembre de 2011:

Tabla No. 1
Número de agentes en el Mercado

Actividad	Registrados
Generadores	48
Comercializadores	85
Operadores de red	30
Transmisores	11

Fuente: XM.

Según XM el número de sociedades registradas para desarrollar actividades de comercialización de energía es de 85 lo que demuestra la presencia de una oferta diversificada para los usuarios finales.

8.2. Mercado Relevante

La definición del mercado relevante permite determinar los bienes y servicios entre los que puede presentarse una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian, analizando la sustituibilidad entre los distintos productos ofrecidos y demandados.

8.2.1. Mercado Producto

La Comisión Europea establece que: "[e]l mercado de producto comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos"¹⁴.

Esta Delegatura considera que para el presente caso, el mercado producto comprende el servicio de compra y venta de energía con destino al mercado mayorista y a los usuarios finales y se determina a partir del servicio de comercialización de energía prestado por la empresa VATIA.

8.2.2. Mercado Geográfico

En cuanto a la definición del mercado geográfico de la comercialización de energía, éste se define como un mercado nacional, teniendo en cuenta lo siguiente:

"[a]l igual que para el caso de la bolsa de energía, teóricamente el mercado relevante geográficamente lo constituye toda la demanda y la oferta nacional, puesto que el comercializador le traslada a los usuarios

¹³ Resolución CREG 131 de 1998

¹⁴ Comisión Europea. Dirección General IV – Competencia. Dirección B – "Task force" de control de operaciones de concentración entre empresas. Versión revisada. Pág. 2.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

no regulados aquellos componentes tarifarios diferentes al costo del producto y al costo de comercialización, lo que permite que cualquier comercializador que opera en un mercado de comercialización determinado enfrente los mismos costos de transporte y contribuciones que los demás comercializadores que actúan en dicho mercado (pérdidas, restricciones, transporte)"¹⁵.

En el presente evento, VATIA tiene por objeto la generación y comercialización de energía de cualquier tipo, teniendo presencia en el mercado de comercialización en 24 departamentos del territorio nacional¹⁶. De acuerdo con lo anterior, se concluye que el mercado geográfico objeto de análisis corresponde al territorio nacional.

8.2.3. Sustituibilidad de Demanda y Oferta

De acuerdo con el Estudio del sector energético en Colombia¹⁷, en general los consumidores de energía eléctrica no tienen perfecta sustituibilidad de este servicio ante cambios inesperados de precio, una de las razones es que en los usos en los que la energía puede ser sustituida ya se ha realizado el cambio por otros combustibles como es el caso del gas natural. Así mismo, el almacenamiento de la energía o diferir el consumo de ésta en el tiempo, dificulta este tipo de sustituibilidad.

Respecto a la oferta, es poco probable sustituirse en el corto plazo dados los altos costos de inversión que se requieren para entrar al mercado, por tal razón no se puede afirmar que existe sustituibilidad por el lado de la oferta.

8.2.4. Barreras de entrada al mercado de energía en Colombia

A continuación se enumeran los requisitos básicos para efectos de ingresar al mercado de energía, a continuación se enumeran los requisitos básicos¹⁸:

- Constituirse como una empresa de servicios públicos.
- Firmar pagarés, con su carta de instrucciones.
- Suscribir un contrato de mandato con el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales ASIC¹⁹ o el Liquidador y Administrador de Cuentas - LAC²⁰.
- Registrar fronteras, contratos y presentar garantías.

¹⁵ QUINTERO MONTAÑO, Camilo. "Estudio Sectorial de Energía en Colombia", Análisis del mercado relevante y concentración del mercado en el sector de Energía Eléctrica Tercer Informe Marzo 2012. Página 58.

¹⁶ Folio 312

¹⁷ QUINTERO MONTAÑO, Camilo. "Estudio Sectorial de Energía en Colombia", Análisis del mercado relevante y concentración del mercado en el sector de Energía Eléctrica Segundo Informe Septiembre 2011.

¹⁸ Derivex: Una herramienta para contratar la energía de consumo industrial. Cuadros Laura, Ortega Diego. CESA Febrero de 2012.

¹⁹ ASIC: Dependencia, encargada del registro de los contratos de energía a largo plazo; de la liquidación, facturación, cobro y pago del valor de los actos o contratos de energía en la bolsa por generadores y comercializadores; del mantenimiento de los sistemas de información y programas de computación requeridos; y del cumplimiento de las tareas necesarias para el funcionamiento adecuado del Sistema de Intercambios Comerciales (SIC). Fuente: Empresa de Energía de Bogotá.

²⁰ LAC: Entidad encargada de liquidar y facturar los cargos de uso de las redes del Sistema Interconectado Nacional, de determinar el ingreso regulado a los transportadores y de administrar las cuentas que por concepto del uso de las redes se causen a los agentes del mercado mayorista, de acuerdo con la regulación vigente. Fuente: Empresa de Energía de Bogotá.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- Registrar sus activos o tener cargos aprobados por la CREG.

8.2.5. Conclusión del Mercado Relevante

Esta Delegatura considera que el mercado relevante en este caso es el de comercialización, es decir compra y venta de energía eléctrica a nivel nacional, el cual corresponde a la actividad desarrollada por VATIA.

NOVENO: Que una vez descritos para el presente caso, los agentes que intervienen en el mercado de energía eléctrica, esta Delegatura procederá a estudiar los factores relativos a la contribución de solidaridad y al costo de comercialización como componentes de la factura de energía eléctrica. Adicionalmente, se analiza el concepto denominado prima de disponibilidad y su relación con la contribución de solidaridad.

9.1. Contribución de Solidaridad

Como primer antecedente de esta figura, se encuentra lo establecido por la Ley 142 de 1994: "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se establecen otras disposiciones" en los siguientes términos:

"Artículo 89. Aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos. Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta Ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

Los concejos municipales están en la obligación de crear "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos", para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente Ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta Ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.

89.1. Se presume que el factor aludido nunca podrá ser superior al equivalente del 20% del valor del servicio y no podrán incluirse factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta Ley, las comisiones sólo permitirán que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales. Para todos estos, el factor o factores se determinará en la forma atrás dispuesta, se discriminará en las facturas, y los recaudos que con base en ellos se hagan, recibirán el destino señalado en el artículo 89.2 de esta Ley". (Negrillas fuera de texto).

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

De acuerdo con lo anterior, se había establecido la obligación de cancelar la contribución en cabeza de los usuarios de los estratos 5 y 6 así como de los usuarios industriales y comerciales.

De otra parte, la Ley 143 de 1994: *"Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética"*, señaló respecto de la contribución de solidaridad:

"Artículo 47. En concordancia con lo establecido en el literal h) del artículo 23 y en el artículo 6 de la presente Ley, aplíquense los factores para establecer el monto de los recursos que los usuarios residenciales de estratos altos y los usuarios no residenciales deben hacer aportes que no excederán del 20% del costo de prestación del servicio para subsidiar los consumos de subsistencia de los usuarios residenciales de menores ingresos.

Cabe señalar que a través de la Ley 286 de 1996: *"Por la cual se modifican parcialmente las leyes 142 y 143 de 1994"*, se estableció que la contribución de solidaridad se aplica a nivel nacional y adicionalmente que tiene un carácter obligatorio:

"Artículo 5. Las contribuciones que paguen los usuarios del servicio de energía eléctrica perteneciente al sector residencial estratos 5 y 6, al sector comercial e industrial, regulados y no regulados, los usuarios del servicio de gas combustible distribuido por red física pertenecientes al sector residencial estrato 5 y 6, al sector comercial y al sector industrial incluyendo los grandes consumidores, y los usuarios de los servicios públicos de telefonía básica conmutada pertenecientes al sector residencial estratos 5 y 6 y a los sectores comercial e industrial, son de carácter nacional y su pago es obligatorio. Los valores serán facturados y recaudados por las empresas de energía eléctrica, de gas combustible distribuidos por red física o de telefonía básica conmutada y serán utilizados por las empresas distribuidoras de energía, o de gas, o por las prestadoras del servicio público de telefonía básica conmutada, según sea el caso, que prestan su servicio en la misma zona territorial del usuario aportante, quienes lo aplicarán para subsidiar el pago de los consumos de subsistencia de sus usuarios residenciales de los estratos I, II y III áreas urbanas y rurales". (Negrillas fuera de texto).

Así, la contribución de solidaridad es de carácter nacional, es decir, se aplica en todo el territorio y es de carácter obligatorio como se observa en dicha normatividad.

Por medio del Decreto 847 de 2001: *"Por el cual se reglamentan las Leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995, 286 de 1996 y 632 de 2000, en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física"*, se otorga una definición más precisa en relación con el componente relativo a la contribución de solidaridad:

"Artículo 1. 1.2 Contribución de Solidaridad. Es un recurso público nacional, su valor resulta de aplicar el factor de contribución que

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

determina la ley y la regulación, a los usuarios pertenecientes a los estratos 5 y 6 y a los industriales y comerciales, sobre el valor del servicio".

Por último, se resalta que el Consejo de Estado²¹ se ha referido a las contribuciones como pagos que se realizan por parte de algunos usuarios con el objeto de colaborar con aquellos que no poseen la capacidad necesaria de contribuir con el pago de los servicios:

"Las denominadas por la ley contribuciones, destinadas a los usuarios de menores ingresos, y reguladas por la ley 142 de 1994 - entre otras normas que adelante se citarán-, consisten en el dinero que pagan algunos usuarios de los SPD, con la finalidad de ayudar a otros usuarios a asumir el pago de la prestación de los servicios, quienes por su condición económica carecen de la solvencia necesaria para asumir por sí mismos el pago de esos servicios. [...]

Hay que precisar que esta norma llama factor lo que se conoce como contribución. De otro lado, el art. 89 es claro al identificar los sujetos pasivos, señalando como tales a los usuarios de los estratos 5 y 6, y a los usuarios del sector comercial e industrial. Además, fijó un tope para la contribución en el 20% del valor del servicio. No obstante, el art. 97 de la ley 223 de 1995 modificó apartes de la norma citada, en relación con el servicio de energía, cuando estableció lo siguiente:

Parágrafo 2. Para los efectos de la sobretasa o contribución especial en el sector eléctrico de que trata el artículo 47 de la Ley 143 de 1994 se aplicará para los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas, para los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6, y para los usuarios no residenciales, el 20% del costo de prestación del servicio."

A diferencia de la norma anterior, en esta la contribución que se aplica, exclusivamente para el servicio de energía - denominado aquí sobretasa o contribución especial- no será de máximo el 20%, sino que será, categóricamente y en todos los casos, del 20%".

En conclusión, la contribución de solidaridad se aplica sobre la prestación del servicio atendiendo la calidad del usuario. Cabe resaltar que más adelante se explicará en detalle la reforma que se introdujo con la Ley 1430 de 2010.

9.2. Componente de comercialización en la factura correspondiente al servicio de energía eléctrica

De conformidad con la Resolución CREG 15 de 1999: "Por la cual se adiciona el artículo 42 de la Resolución No. 108 de 1997 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas y se dictan otras disposiciones", se discrimina el costo de prestación del servicio de energía eléctrica de la siguiente forma:

²¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, providencia del veinticuatro de enero de 2011, Radicación 2004-00917-01.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

"Artículo 1. Adicionase el artículo 42 de la Resolución No. 108 de 1997 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, con el siguiente literal:

r) El Costo de Prestación del Servicio con base en el cual se definió la tarifa aplicada a la liquidación del consumo facturado, y la desagregación de dicho Costo por actividad.

Para el servicio público domiciliario de electricidad se incluirán los valores unitarios de cada uno de los componentes del Costo de Prestación del Servicio (Cu), determinados de acuerdo con la fórmula tarifaria general definida en la resolución CREG-031 de 1997, expresados dichos componentes de la siguiente manera:

Gm,t Costos de compra de energía (Generación) (valor en \$/kWh)

T m,t,z Costo promedio por uso del STN (Transmisión) (valor en \$/kWh)

D n,m Costo de distribución (valor en \$/kWh)

O m,t Costos adicionales del mercado mayorista (valor en \$/kWh), correspondiente al mes m del año t.

PR n,t Fracción (o Porcentaje expresado como fracción) de pérdidas de energía acumuladas hasta el nivel de tensión n, reconocidas para el año t.

C m,t Costo de comercialización correspondiente al mes m del año t. (valor en \$/kWh) [...]

Artículo 4. En las ofertas y en los contratos celebrados con Usuarios No-regulados o grandes consumidores, así como en las facturas que se emitan a estos usuarios, se deberán incluir los precios de la electricidad y del gas negociados libremente, desagregados en los diferentes componentes correspondientes a cada una de las etapas del respectivo servicio". (Subrayado fuera de texto).

En consecuencia, el componente de comercialización hace parte de la tarifa de energía eléctrica tal como se aprecia a continuación:

"Cuáles son los componentes de la tarifa de energía eléctrica

Tg: Representa la tarifa de generación.

Cc: Representa el costo de comercialización.

STN: Es el pago por uso del sistema de transporte nacional.

SDL: Es el pago por uso del sistema de transporte local o regional.

Otros cargos: agrupan costos administrativos (CREG, SUPER, CND, MEM) y las restricciones.

Contribución: Impuesto destinado a subsidiar los estratos 1, 2 y 3.

Los componentes Tg y Cc son no regulados. Los demás están regulados en las Resoluciones CREG²². (Negritas fuera de texto).

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Adicionalmente, se resalta que para la aplicación del factor de contribución se tendrán en cuenta las características del usuario de acuerdo a como se explicó en el numeral 9.1. Lo anterior, en atención a que la contribución de solidaridad grava a un sujeto pasivo determinado.

9.3. La Prima de Disponibilidad y su relación con la Contribución de Solidaridad

A efectos de conocer acerca del rubro denominado prima de disponibilidad, esta Delegatura envió el requerimiento de información 11-52811-15 del 20 de abril de 2012 con destino a la CREG, encontrándose lo siguiente:

"7. Indique si es posible que se acuerde entre un comercializador y un usuario no regulado, la cancelación de un rubro adicional a los establecidos en la estructura de la tarifa, es decir, si se presenta libertad contractual. ¿Cómo ejemplo de rubro adicional podría citarse una prima de disponibilidad?"

Respuesta

Como se mencionó en las anteriores respuestas, el precio que se cobra a un usuario no regulado por la prestación del servicio de energía es producto del acuerdo libre entre el comercializador y el usuario.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Resolución CREG 015 de 1999 ya mencionado:

-En las ofertas y en los contratos celebrados con Usuarios No regulados o grandes consumidores, así como en las facturas que se emitan a estos usuarios, se deberán incluir los precios de la electricidad y del gas negociados libremente, desagregados en los diferentes componentes correspondientes a cada una de las etapas del respectivo servicio-.

Para el caso de otros cobros diferentes al objeto del contrato de servicios públicos se debe observar lo previsto en lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 828 de 2007 que modifica el artículo 8 del Decreto 2223 de 1996 que señala:

-De los cobros no autorizados. Las empresas que presten servicios públicos domiciliarios, únicamente podrán cobrar tarifas por concepto de la prestación de dichos servicios y de aquellos de que trata la Ley 142 de 1994. En este último evento, previa celebración de convenios con este propósito.

En consecuencia, las empresas que presten los servicios públicos domiciliarios, no podrán incluir en la factura correspondiente cobros distintos de los originados en la prestación efectiva de los mencionados servicios, aunque existan derechos o conceptos cuyo cobro esté fundamentado en otras normas de carácter legal, salvo que cuenten con la autorización expresa del usuario. [...]-

De igual forma, mediante sentencia del Consejo de Estado ACU-20040186801 del 3 de marzo de 2005; Consejera Ponente: Dra. María

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Noemí Hernández Pinzón, se señaló que en la factura de servicios públicos se pueden incluir otros valores distintos del servicio de energía siempre que:

- a) Los clientes así lo autoricen;**
- b) el valor ajeno al servicio público se totalice por separado y,**
- c) la empresas no suspenda o corte el servicio de energía por el no pago de tales conceptos [...]**

De esta manera, es preciso concluir lo siguiente:

1. Todos los componentes que hagan parte de la prestación del servicio en la factura deben indicar cuál de las actividades de la cadena están remunerando.

2. Si el componente de la factura prima de disponibilidad es un pago que el usuario tiene que hacer para que se le preste el servicio de energía eléctrica dicho componente hace parte del costo de prestación del servicio y deberá discriminarse en la oferta, en el contrato y en las facturas que se expidan a los usuarios.

3. Si el componente de la factura prima de disponibilidad remunera otros conceptos diferentes a la prestación del servicio, éste no hará parte del costo de prestación del servicio y se deberá aplicar lo dispuesto en el Decreto 828 de 2007 y en el fallo del Consejo de Estado ya mencionado". (Negritas fuera de texto).

Así, la CREG estableció que si bien el concepto prima de disponibilidad no se encuentra en la regulación que ha dispuesto en materia de energía eléctrica, lo cierto es que de acuerdo con dicha Entidad, es posible pactar otros valores en el servicio de energía siempre y cuando el cliente así lo haya autorizado²³.

Ahora bien, respecto de la relación del concepto prima de disponibilidad con el factor denominado contribución de solidaridad a la cual se ha hecho mención, la CREG estableció lo siguiente:

"8. En caso de que las partes acuerden la cancelación de un rubro adicional dentro de la tarifa como contraprestación al servicio, ilustre si la aplicación de la contribución de solidaridad también se realiza sobre dicho valor [...]

10. Indique si la prima de disponibilidad es un rubro que hace parte de la contribución de solidaridad (Hemos subrayado)

Respuesta

Entendemos que su consulta hace referencia a la actividad de comercialización de energía eléctrica. Al respecto nos permitimos informarle que el concepto prima de disponibilidad no se encuentra en la regulación de la CREG al respecto.

²³ Cfr. Folio 298.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Por lo tanto, este concepto no aplica para usuarios regulados, dado que no se encuentra en la fórmula tarifaria establecida en la Resolución CREG 119 de 2007.

Por otro lado, como se mencionó en las respuestas a preguntas anteriores, el parágrafo 2 del artículo 97 de la Ley 223 de 1995 estableció lo siguiente:

-PARÁGRAFO 2. Para los efectos de la sobretasa o contribución especial en el sector eléctrico de que trata el artículo 47 de la Ley 143 de 1994 se aplicará para los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas, para los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6, y para los usuarios no residenciales, el 20% del costo de prestación del servicio-. (Hemos subrayado)

Por lo tanto, el valor de la contribución de solidaridad para el sector eléctrico está definido por la ley, y es igual al 20% de todo el costo de prestación del servicio. Es decir, el monto de la contribución se calcula sobre el total del costo de prestación del servicio, sin importar la desagregación que haga el comercializador de dichos costos en la tarifa para un usuario no regulado. (Negrillas fuera de texto).

En consecuencia, acorde con lo señalado por la CREG, el factor de contribución de solidaridad se computa sobre la totalidad del costo de prestación del servicio salvo que algún componente responda a un concepto diferente a la "prestación del servicio". En tales términos, si la denominada prima de disponibilidad se encuentra relacionada con la prestación del servicio de energía eléctrica, la misma debería computarse para establecer el valor de la contribución de solidaridad.

DÉCIMO. Que esta Delegatura ordenó el inicio de la averiguación preliminar a efectos de establecer si presuntamente VATIA infringió lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 que establece:

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

Luego, la averiguación preliminar tenía por objeto determinar si con las supuestas conductas ejercidas por VATIA, se estaría ejecutando una práctica anticompetitiva que supondría una desviación de la clientela hacia dicha sociedad que estaría afectando al mercado. Las supuestas conductas se presentan de la siguiente manera:

- i) Presuntamente computar en algunas de las facturas expedidas a los usuarios, un cobro de cero pesos por concepto del componente de comercialización y,
- ii) Presuntamente reducir el valor de la contribución de solidaridad en atención a que la misma no se estaría calculando sobre la totalidad del costo de prestación del servicio, incluyendo la denominada "prima de disponibilidad".

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

UNDÉCIMO. Que en relación con los hechos presentados en contra de VATIA y relativos al componente de comercialización de la factura del servicio de energía eléctrica y al factor denominado contribución de solidaridad, se realizan las siguientes consideraciones:

11.1. Cargos de generación y comercialización como factores competencia en el mercado no regulado

Se establece una diferenciación entre los cargos de generación y comercialización respecto de los usuarios regulados y no regulados. Al respecto, la CREG por medio de consecutivo 11-52811 del 15 de junio de 2012 señaló:

"1. Ilustre la razón por la cual los cargos de generación y comercialización como componentes de la estructura de la tarifa en la prestación del servicio de energía eléctrica tienen la connotación de cargos no regulados.

Respuesta

1) A los cobros que se hacen en la tarifa al usuario final por concepto de generación y comercialización. Desde este punto de vista se debe diferenciar lo siguiente: Si se hace referencia a la tarifa que se cobra a usuarios regulados se debe aplicar la Resolución 119 de 2007 en donde todos los componentes de la tarifa son regulados incluso el de generación y comercialización.

2) Si se trata de la tarifa que se cobra al usuario no regulado los componentes de generación y comercialización son gestionables por el comercializador dado que los costos de transmisión y distribución son costos que el comercializador debe recaudar del usuario y pagar a terceros". (Negrillas fuera de texto).

Cabe resaltar que los cargos de generación y comercialización actúan como factores de competencia entre comercializadores al interior del mercado no regulado. Sobre el particular, la CREG indicó:

"2. Indique si los cargos de generación y comercialización operan como componentes de competencia entre las empresas comercializadoras de energía eléctrica.

Respuesta

En el mercado regulado el 98% del mercado está siendo atendido por los comercializadores incumbentes, por lo tanto es un monopolio regional en donde no existe competencia.

En cuanto al mercado no regulado, las empresas comercializadoras mediante su gestión en las compras que realizan en el mercado mayorista de energía y sus costos propios al prestar el servicio de comercialización, pueden ofrecer diferentes precios a los usuarios que les permitan atraer usuarios de otros comercializadores y/o mantener sus clientes. Por lo

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

tanto, estos dos cargos sí son un factor de competencia entre comercializadores".

De esta forma, los comercializadores de energía eléctrica tienen la capacidad de ofertar sus servicios a precios diferentes para conservar o incrementar su clientela, por lo cual en el mercado no regulado se presenta plena competencia en los factores relativos a generación y comercialización de energía eléctrica.

11.2. El cálculo del componente de comercialización de la tarifa de energía eléctrica tiene la potencialidad de configurar una conducta anticompetitiva

El cobro de un valor de cero pesos por concepto del componente de comercialización de energía eléctrica tiene la capacidad de configurar una conducta restrictiva pues la empresa que actúe de dicha forma no estaría recuperando los costos en los cuales incurrió para la debida prestación del servicio. Sobre el particular, la CREG estableció lo siguiente en la contestación al requerimiento de información 11-52811-15 del 20 de abril de 2012:

"5. Indique si es posible que un comercializador de energía efectúe un cobro de cero pesos por concepto de comercialización como componente de la estructura de la tarifa.

Respuesta

El artículo 4 de la Resolución CREG 015 de 1999 señala:

- En las ofertas y en los contratos celebrados con Usuarios No regulados o grandes consumidores, así como en las facturas que se emitan a estos usuarios, se deberán incluir los precios de la electricidad y del gas negociados libremente, desagregados en los diferentes componentes correspondientes a cada una de las etapas del respectivo servicio.-

De igual forma, es importante resaltar que el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 establece:

ARTÍCULO 34. PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS ABUSIVAS O RESTRICTIVAS. *Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos deben evitar privilegios y discriminaciones injustificadas, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.*

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes

34.1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio.-

Por ende, un comercializador de energía eléctrica que efectivamente incurra en gastos operativos para desempeñar su actividad, estaría incurriendo en prácticas restrictivas de la competencia si cobrara cero

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

pesos por concepto de comercialización en las tarifas que ofrece a sus usuarios²⁴. (Subrayado fuera de texto).

En definitiva, si bien las empresas comercializadoras tienen la posibilidad de ofrecer una escala de precios como contraprestación a sus servicios, lo cierto es que el margen de costos supone una línea que no debería traspasarse ya que podría considerarse como anticompetitiva. Ahora bien, cabe resaltar que para la configuración una conducta restrictiva de la competencia en la modalidad de abuso de posición de dominio por precio predatorio, sería necesario que la sociedad que ejerciera la supuesta acción tuviera una "posición de dominio" en el respectivo mercado. En caso contrario, no se darían los presupuestos de adecuación de la conducta de acuerdo con lo establecido por el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Respecto del componente de comercialización y su relación con la estructura de costos, la CREG estableció lo siguiente:

"6. En relación con la pregunta anterior, señale si el componente de comercialización debe responder a una estructura de costos de la respectiva comercializadora de energía de energía eléctrica.

Respuesta

Para el caso de los usuarios regulados, el valor máximo del componente de comercialización se calcula conforme a lo establecido en la fórmula tarifaria de la Resolución CREG 119 de 2007. En cuanto al valor mínimo que debería cobrar en este componente, éste es el que le permita recuperar los gastos incurridos conforme a lo establecido en la pregunta anterior.

*En el caso de los usuarios no regulados no existe un valor máximo establecido por regulación que podría cobrar a sus usuarios en la tarifa. Sin embargo, el valor mínimo de su tarifa está sujeto a la recuperación de costos incurridos, conforme a lo establecido en la pregunta anterior"*²⁵. (Negrillas fuera de texto).

En conclusión, el valor mínimo a cobrar por concepto de comercialización en el mercado no regulado, se encuentra sujeto a que se realice una recuperación de los costos en los cuales ha incurrido el prestador de este servicio.

11.3. La forma en que se realiza el cómputo de la contribución de solidaridad tiene la potencialidad de configurar una conducta anticompetitiva

Como se señaló en numeral 9.1. de la presente Resolución, el cálculo de la contribución de solidaridad se aplica sobre la totalidad de la prestación del servicio. Así lo estableció la CREG a través del consecutivo No. 11-52811-17 del 15 de junio de 2012:

"4. Señale si de acuerdo con el artículo 8 de la Resolución CREG 054 de 1994 que establece respecto de la -obligación de recaudar la contribución de solidaridad. Los comercializadores de energía, al cobrar las tarifas que

²⁴ Folio 296-297.

²⁵ Folio 297.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

estaban en vigencia cuando se promulgó la Ley 142 de 1994, distinguirán en las facturas de los usuarios de los estratos 4, 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales, entre el valor que corresponde al servicio, y el factor que para cada uno de esos comercializadores fijará esta Comisión, sin exceder del 20% del valor del servicio, destinado a dar subsidios, según las normas legales que rigen la materia-, se concluye que la contribución de solidaridad se aplica sobre la totalidad del valor del servicio.

Respuesta

Como se presentó en la respuesta anterior, el parágrafo 2 del artículo 97 de la Ley 223 de 1995 estableció lo siguiente:

-PARÁGRAFO 2. Para los efectos de la sobretasa o contribución especial en el sector eléctrico de que trata el artículo 47 de la Ley 143 de 1994 se aplicará para los usuarios no regulados que compren energía a empresas generadoras de energía no reguladas, para los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6, y para los usuarios no residenciales, el 20% del costo de prestación del servicio-.

Por lo tanto, el valor de la contribución de solidaridad para el sector eléctrico está definido por la ley, y es igual al 20% de todo el costo de prestación del servicio²⁶.

Luego, el incumplimiento de esta normatividad podría dar lugar a una práctica anticompetitiva si con dicho actuar se produce un impacto al mercado y a los demás oferentes que participan en el mismo, esto es, si la presunta vulneración de una norma jurídica tiene por objeto un comportamiento concurrencial en el mercado, aspecto que se analiza más adelante.

11.4. Análisis de afectación del mercado con la presunta conducta adoptada por VATIA

En primer lugar, se realizará un estudio de la participación de VATIA en el mercado de la comercialización de energía eléctrica para efectos de establecer si la presunta conducta adelantada por dicha sociedad presuntamente afectó el mercado.

11.4.1 Participación de VATIA en el mercado de comercialización de energía a nivel nacional

La empresa VATIA SA ESP tiene como objeto social "[...] la generación y comercialización de energía de cualquier tipo y de otros combustibles, en los términos de la normatividad aplicable, pudiendo desarrollar todas las actividades conexas complementarias a las anteriores y participar en la promoción, planeación, administración, ejecución operación y/o mantenimiento de proyectos relacionados con las actividades descritas [...]"²⁷.

²⁶ Folio 296.

²⁷ Certificado de existencia y representación legal de la sociedad VATIA SA ESP. Disponible en http://www.rue.com.co/RUE_WebSite/consultas/DetalleRM.aspx?codcamara=08&matricula=0000524872.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Con el fin de determinar la significatividad en el mercado de comercialización de energía de VATIA S.A. E.S.P., a continuación se presentan su participación en los departamentos donde esta empresa desarrolla la actividad de comercialización de energía eléctrica, a nivel nacional y en términos de número de usuarios:

Tabla No. 2
Usuarios por departamento de VATIA SA ESP en el mercado de comercialización - Diciembre 2011

	MERCADO VATIA			MERCADO TOTAL NACIONAL			PARTICIPACIÓN VATIA	
	NO REGULADO	REGULADO	TOTAL	NO REGULADO	REGULADO	TOTAL	NO REGULADO	REGULADO
ANTIOQUIA	170	2	172	1.685.949	169.291	1.855.240	0,01%	0,0%
ATLANTICO	2.163	6.599	8.762	422.492	26.882	449.374	0,51%	24,5%
BOLIVAR	19	2	21	350.623	20.117	370.740	0,01%	0,0%
BOYACA	382	110	492	353.787	34.340	388.127	0,11%	0,3%
CALDAS	13		13	265.067	31.898	296.965	0,00%	0,0%
CAQUETA	1		1	68.096	6.228	74.324	0,00%	0,0%
CASANARE	14		14	74.890	8.071	82.961	0,02%	0,0%
CAUCA	25	1	26	277.739	16.441	294.180	0,01%	0,0%
CESAR	7	1	8	186.008	12.532	198.540	0,00%	0,0%
CORDOBA	5		5	312.486	18.857	331.343	0,00%	0,0%
CUNDINAMARCA	88		88	606.263	61.130	667.393	0,01%	0,0%
HUILA	9	1	10	226.726	20.134	246.860	0,00%	0,0%
LA GUAJIRA	1		1	90.801	7.621	98.422	0,00%	0,0%
MAGDALENA	7	49	56	174.511	11.680	186.191	0,00%	0,4%
META	7		7	201.924	30.581	232.505	0,00%	0,0%
NARIÑO	1		1	317.006	18.697	335.703	0,00%	0,0%
NORTE DE SANTANDER	560	272	832	314.221	29.662	343.883	0,18%	0,9%
PUTUMAYO	1		1	47.268	5.032	52.300	0,00%	0,0%
QUINDÍO	15		15	140.235	17.383	157.618	0,01%	0,0%
RISARALDA	77	484	561	245.373	28.607	273.980	0,03%	1,7%
SANTANDER	1.203	5.189	6.392	531.671	62.779	594.450	0,23%	8,3%
SUCRE	4		4	166.992	8.301	175.293	0,00%	0,0%
TOLIMA	182	24	206	359.461	38.631	398.092	0,05%	0,1%
VALLE	735	982	1.717	1.007.359	91.144	1.098.503	0,07%	1,1%
TOTAL	5.689	13.716	19.405	8.426.948	776.039	9.202.987	0,07%	1,8%

Fuente: Sistema Único de Información²⁸.

De conformidad con la información reportada por el Sistema Único de Información, del total de usuarios no regulados VATIA registró una participación del 0.07% a nivel nacional, mientras que en el mercado de usuarios regulados obtuvo el 1.8% a diciembre de 2011.

A nivel departamental se observa que, la mayor participación que ostentó VATIA correspondió al departamento del Atlántico con un 24.5% y 0.51% en los sectores regulado y no regulado respectivamente, para el mismo período de análisis.

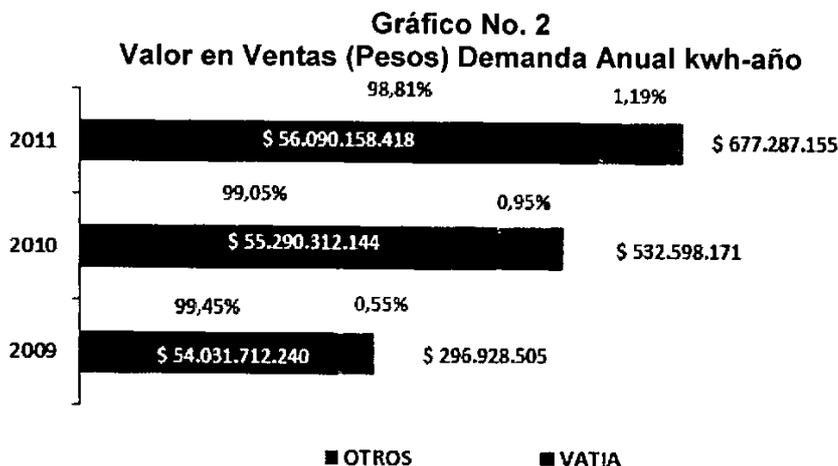
De acuerdo con lo anterior, se concluye que VATIA no posee una participación significativa y relevante en el mercado nacional de comercialización de energía, es decir, no ostenta de una posición dominante en dicho mercado.

Ahora bien, analizando la participación de VATIA en el mercado de comercialización de energía desde el punto de vista de sus ventas en los años 2009, 2010 y 2011 se

²⁸ www.sui.gov.co

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

tiene que esta sociedad obtuvo el 0.55, 0.95 y 1.19% del valor en ventas por kwh/año respectivamente, como se muestra a continuación:



Elaboración: SIC con base en información reportada por VATIA SA ESP²⁹
No incluye Demanda Nacional no Interconectada.

Como se puede observar, la participación de VATIA en términos de ventas de energía ha sido en promedio de 0.90% durante los últimos tres años, lo que en términos de representatividad determinaría que en caso de evidenciarse la presunta conducta no se presentaría una afectación como tal del mercado de comercialización de energía eléctrica.

En consonancia con lo anterior, se concluye que VATIA no tiene una participación representativa en el mercado de comercialización de energía eléctrica a nivel nacional. Adicional a ello, durante los tres últimos años su participación en el mercado no se ha visto incrementada de manera significativa.

Acorde con el material probatorio obrante en el expediente, no se evidenció la presencia de un desplazamiento de clientes de otras empresas hacia VATIA como consecuencia de las presuntas conductas de competencia desleal que por lo tanto hayan ocasionado un impacto en el mercado. Lo anterior, se contextualiza de conformidad con lo dispuesto por la Asociación Colombiana de Distribuidores de Energía Eléctrica a través de radicado 11-52811-19 del 22 de agosto de 2012:

"2. Señale si respecto de la presunta conducta a la que hace alusión en la comunicación con radicación 11-52811-8 del 30 de septiembre de 2011 que fuera dirigida a esta Entidad, ASOCODIS recibió quejas adicionales a las formuladas por EPSA S.A. E.S.P. y por CODENSA S.A. E.S.P. en contra de VATIA S.A. E.S.P.

No.

Al respecto cabe precisar que la exposición del caso de VATIA S.A. E.S.P. ante la SIC, por parte de ASOCODIS, se efectuó con el ánimo de insistir en la solicitud de investigación formulada por EPSA, para determinar si las prácticas comerciales VATIA S.A. E.S.P. se constituyen

²⁹ Folio 312.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

en una posible conducta anticompetitiva, así como la notificación presentada por CODENSA S.A. E.S.P., en el mismo sentido. Por lo tanto, los hechos expuestos sólo proceden de nuestras empresas agremiadas, sin perjuicio de situaciones similares que se hayan podido presentar en mercados atendidos por otras distribuidoras - comercializadoras o el contexto de los comercializadores independientes o comercializadores - generadores³⁰. (Negrillas fuera de texto).

Luego, además de evidenciarse que la participación de VATIA en el mercado de la comercialización de energía eléctrica no es representativa, se observa que no se presentaron denuncias adicionales a las realizadas por las sociedades EPSA y CODENSA.

Cabe resaltar que CODENSA por medio de consecutivo 11-52811-23 del 4 de septiembre de 2012, señaló respecto del supuesto desplazamiento de clientes lo siguiente:

"En la comunicación remitida por esa Superintendencia, se está requiriendo a CODENSA para que de (sic) respuesta a preguntas relacionadas con el comportamiento de sus Clientes; sin embargo, y considerando que los hechos planteados no afectan específicamente el desplazamiento de Clientes de CODENSA S.A. ESP a otro comercializador, sino de un comportamiento general que presenta el mercado eléctrico, debido a la forma como Vatia S.A. ESP está facturando el servicio de energía, la Empresa no cuenta con la información solicitada en los numerales 1, 2, 3 y 6³¹.

Finalmente, EPSA a través de radicado 11-52811-26 del 12 de septiembre de 2012 manifestó en relación con la temática planteada:

"1. Señale si para la fecha en que tuvo conocimiento de la supuesta conducta enunciada en contra de VATIA y respecto de la cual se le indagó por medio de radicado 11-52811 del 13 de junio de 2011, se presentó un desplazamiento de usuarios de EPSA hacia VATIA.

R/. Los motivos de cambios de comercializadores no son públicos y por el contrario las ofertas comerciales y detalle de la facturación a los usuarios no se publican, por lo tanto no es posible asegurar que el cambio de clientes nuestros hacia VATIA, haya obedecido a la conducta de facturar un rubro que han denominado Prima de Disponibilidad, que no hace parte de la base para liquidar el 20% del impuesto contribución de solidaridad, que por su esencia da lugar a una competencia desigual, por cuanto el usuario cancela un menor valor por su consumo de energía que hace diferencia con respecto a la liquidación conforme a la regulación [...]"³².

En conclusión, teniendo en cuenta la participación de VATIA en el mercado al que se ha hecho mención, no es posible fundamentar que la presunta conducta adoptada por esta sociedad se encuentre afectando dicho mercado. En tales términos, se advierte que en caso de haberse configurado la presunta conducta por parte de VATIA, ésta sería inter

³⁰ Folios 321-322.

³¹ Folio 315.

³² Folio 327.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

partes, es decir, no vincularía a todos los participantes del mercado. En tal virtud, esta Delegatura tampoco tendría facultad para pronunciarse sobre una supuesta conducta que no ha tenido efectos en el mercado.

11.4.2. Análisis de significatividad de la presunta conducta

Es preciso señalar que de acuerdo con la Ley 1430 de 2010: "Por medio de la cual se dictan normas tributarias de control", se estableció una modificación respecto de la aplicación de la contribución de solidaridad para los usuarios industriales:

"Artículo 2. Contribución Sector Eléctrico Usuarios Industriales. Modifíquese el parágrafo 2o y adiciónese un nuevo parágrafo al artículo 211 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 13 de la Ley 633 de 2000, el cual quedará así:

Parágrafo 2. Para los efectos de la sobretasa o contribución especial en el sector eléctrico de que trata el artículo 47 de la Ley 143 de 1994, se aplicará para los usuarios industriales, para los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6, y para los usuarios comerciales, el veinte por ciento (20%) del costo de prestación del servicio.

Los usuarios industriales tendrán derecho a descontar del impuesto de renta a cargo por el año gravable 2011, el cincuenta por ciento (50%) del valor total de la sobretasa a que se refiere el presente parágrafo. La aplicación del descuento aquí previsto excluye la posibilidad de solicitar la sobretasa como deducible de la renta bruta.

A partir del año 2012, dichos usuarios no serán sujetos del cobro de esta sobretasa. Así mismo, el gobierno establecerá quién es el usuario industrial beneficiario del descuento y sujeto de la presente sobretasa". (Negrillas fuera de texto).

Al respecto, el Decreto 4955 de 2011: "Por el cual se modifica el Decreto 2915 de 2011" estableció lo siguiente:

"Artículo 1. Modifícase el artículo 1 del Decreto 2915 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 1. Usuarios Industriales beneficiarios del descuento y exención tributarios. Tendrán derecho a los tratamientos tributarios consagrados en el parágrafo 2° del artículo 211 del Estatuto Tributario los usuarios industriales cuya actividad económica principal se encuentre registrada en el Registro Único Tributario –RUT– a 31 de diciembre de 2010, en los Códigos 011 a 456 de la Resolución 00432 de 2008 o la que la modifique o sustituya, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Así mismo aplica para aquellos usuarios industriales que con posterioridad al 31 de diciembre de 2010, tengan o modifiquen su actividad económica principal según los Códigos antes señalados.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Parágrafo. El tratamiento tributario previsto en el presente decreto, sólo aplica respecto de la actividad económica principal que realice el usuario. Si esta se ejecuta en varios inmuebles, tal tratamiento se aplicará en todos aquellos en los que se realice dicha actividad".

De esta forma, los usuarios industriales no serían sujetos pasivos del cargo denominado contribución de solidaridad desde el año 2012 por lo que adicional a lo ya establecido, no se encuentra significatividad en la conducta.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

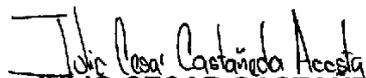
ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el archivo del expediente radicado con el número 11-52811, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR el contenido de la presente resolución a CODENSA S.A. ESP y, a la EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. ESP, informándoles que en contra del presente acto administrativo procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **26 ABR 2013**

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (E)


JULIO CESAR CASTAÑEDA ACOSTA

Notificaciones:

CODENSA S.A. ESP
NIT 830037248-0
David Felipe Correa Acosta
C.C. 71.681.401
Gerente
CR 13A No. 93-66 P4

EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO S.A. ESP
NIT 800249860-1
OSCAR IVÁN ZULUAGA SERNA
C.C. 8.391.383
Gerente
CL 15 No. 29B-30 Autopista Cali - Yumbo