



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 26290 DE 2012

(27 ABR) 2012

Radicación No. 10-120702

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le atribuye el artículo 9 del
Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que la libre competencia económica es un derecho de todos e impone al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

SEGUNDO: Que el artículo 143 de la Ley 446 de 1998, establece que “[l]a Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.”

TERCERO: Que la Corte Constitucional manifestó en sentencia C-649 de 2001¹, que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) cuenta con facultades administrativas para conocer de casos sobre competencia desleal, precisando que son administrativas aquellas “atribuciones tales como las de imponer las sanciones pecuniarias y las multas que contemplan los artículos 4.15 y 4.16 del Decreto 2153/92, mantener un registro de las instrucciones adelantadas, **abstenerse de dar curso a las quejas que no sean significativas** o dar por terminada la investigación si se otorgan garantías de suspensión o modificación de la conducta investigada”. Adicionalmente, la Corte Constitucional precisó en la sentencia ya referida, que las competencias administrativas que le otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio el artículo 143 de la Ley 446/98, las ejerce la Superintendencia, “ya no a prevención con los jueces de la República, sino en cumplimiento de sus propias funciones.”

CUARTO: Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la SIC en materia de protección de la competencia “[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”.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-649/01, Magistrado ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Referencia: expediente D-3278. Bogotá, D.C., junio 20 de 2001.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

QUINTO: Que el párrafo del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 establece que “[/]a Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación”.

SEXTO: Que el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 establece que la SIC “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 de las disposiciones de competencia desleal**”.

SÉPTIMO: Que teniendo en cuenta que el Artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, determina que esta Entidad “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 de las disposiciones sobre competencia desleal**”, se hace necesario analizar si la conducta denunciada en el presente caso, resulta significativa para afectar el interés general de la libre competencia en los mercados.

OCTAVO: Que como consecuencia de la denuncia presentada por la Empresa de Energía del Pacífico S.A. ESP (en adelante EPSA), contra la empresa ENERTOTAL S.A. ESP, por la presunta contravención de normas sobre la libre competencia, específicamente por actos de competencia desleal realizados como resultado de la infracción de una norma jurídica, resultó procedente adelantar una averiguación preliminar.

NOVENO: Que la denuncia presentada por EPSA, en síntesis, se fundamenta en los siguientes hechos:

- a. Que mediante comunicación de radicado No. 10-120702 del 29 de septiembre de 2010², la empresa EPSA presentó denuncia ante la SIC, contra ENERTOTAL, por presunta aplicación indebida del beneficio de subsidio de consumo a la tarifa de energía eléctrica en el barrio Guayacanes “Ciudad del Campo”, del Municipio de Palmira, Departamento del Valle del Cauca.
- b. EPSA de conformidad con las facturas allegadas³, afirma que para los meses de febrero a mayo de 2010, la empresa denunciada aplicó un subsidio de consumo de 173 kWh/mes, en la facturación del servicio de energía eléctrica de los usuarios que residen en el barrio Los Guayacanes, urbanización “Ciudad del Campo”.
- c. EPSA afirma que la empresa ENERTOTAL, aplicó una tarifa de subsidio de consumo que desconoce lo establecido en la Resolución UPME No. 355 de 2004 expedida por la Unidad de Planeación Minero Energética (en adelante UPME), la cual define en su artículo 1º el consumo de subsistencia y establece que para alturas inferiores a 1000 metros sobre el nivel del mar, se aplicará un consumo de 173 kWh/mes, mientras que para alturas iguales o superiores a 1000 mtrs sobre el nivel del mar, el subsidio aplicado debe ser de 130 kWh/mes.

² Véase Folios 1 al 3 del Expediente 10-120702

³ Véase Folios 4 al 10 del Expediente 10-120702

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- d. EPSA afirma que de acuerdo con lo establecido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (en adelante IGAC), el Barrio Los Guayacanes se encuentra ubicado en la ciudad de Palmira, y no en el municipio de Candelaria – Valle del Cauca, lo cual implica que la altura sobre el nivel del mar al cual se encuentra ubicado el mencionado Barrio, es de 1003 mts y no de 1000 mts sobre el nivel del mar.
- e. Que para determinar los hechos narrados en la denuncia mencionada, la SIC practicó las siguientes pruebas:
- Testimonio a Gustavo Adolfo Rojas Sandoval, funcionario de la empresa EPSA⁴.
 - Requerimiento de información al IGAC solicitando la altura sobre el nivel del mar de algunos municipios del Valle del Cauca⁵.
 - Libró oficio a la UPME para que informara sobre cómo debe aplicarse el consumo de subsistencia y a qué usuarios beneficia esta figura⁶.

DÉCIMO: Que como resultado de lo anterior, este Despacho mediante comunicación radicada con No. 10-120702-9-, del 28 de enero de 2011, procedió a abrir averiguación preliminar⁷ por las presuntas conductas de competencia desleal adelantadas por ENERTOTAL S.A ESP.

DÉCIMO PRIMERO: Que en desarrollo de la averiguación preliminar iniciada, este Despacho procedió a realizar las siguientes actuaciones administrativas, con el fin de ampliar el acervo probatorio existente:

- Se realizó visita administrativa a EPSA⁸, en la cual se practicó un testimonio al Jefe de Proyectos Comerciales de la Empresa.
- Se realizó visita administrativa a ENERTOTAL⁹.
- En el desarrollo de la visita administrativa se realizó un testimonio a la Jefe de Facturación de la empresa ENERTOTAL¹⁰.

DÉCIMO SEGUNDO: Que con base en las pruebas practicadas y en la información allegada al expediente, se determinan los siguientes aspectos que resultan relevantes para la presente averiguación preliminar.

- a) De acuerdo con lo establecido en la Resolución UPME No. 355 de 2004, *“se define como consumo de subsistencia, la cantidad mínima de electricidad utilizada en un mes por un usuario típico para satisfacer las necesidades básicas que solamente pueden ser satisfechas mediante esta forma de energía final”*¹¹.
- b) En lo relacionado con la cuantificación del beneficio, la misma Resolución consagra como método para su determinación, la altura sobre el nivel del mar en la que se

⁴ Véase Folio 21 Expediente 10-120702. Diligencia realizada el 16 de noviembre de 2010.

⁵ Véase Folio 19, Expediente 10-120702.

⁶ Véase Folios 96 al 101, Expediente 10-120702.

⁷ Véase Folio 103 del Expediente 10-120702.

⁸ Véase Folio 108 al 110, Expediente 10-120702.

⁹ Véase Folios 115 al 117 del Expediente 10-120702.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Resolución UPME 355 de 2004, Artículo 1°.

RESOLUCIÓN NÚMERO 26290 DE 2011 Hoja N°. 4

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

encuentran los municipios a los cuales se les aplicará el subsidio. En este caso se facturará un subsidio de 173 kWh/mes a los municipios ubicados en una altura inferior a 1.000 mtrs sobre el nivel del mar. Por su lado, los municipios ubicados a una altura superior o igual a 1.000 mtrs sobre el nivel del mar, se les concederá un beneficio de 130 kWh/mes.

- c) Finalmente, establece la misma Resolución en su Artículo 3° que la aplicación del consumo de subsistencia se realizará teniendo en cuenta lo reportado por el IGAC para la respectiva cabecera municipal.
- d) De acuerdo con lo anterior, y de conformidad con el reporte emitido por el IGAC, y que fue allegado por EPSA, el barrio objeto de investigación se encuentra ubicado en el municipio de Palmira, siendo su altura de 1003 Mts sobre el nivel del mar.
- e) Conforme al testimonio rendido por la Jefe de Facturación de la empresa ENERTOTAL, se ilustró que:

"Desde la realización del diseño y construcción del proyecto eléctrico realizado y aprobado por EPSA operador de red, se catalogó a la urbanización Ciudad del Campo, Barrio Los Guayacanes, como pertenecientes al municipio de Candelaria, según consta en el proyecto eléctrico aprobado por el operador de red EPSA, dado que la constructora Grupo Normandía, en comunicación del 29 de enero de 2008, informó al operador de red EPSA, la elección de Enertotal como su comercializador.

Una vez agotado el proceso de registro, se inició el suministro de energía a los usuarios por parte de Enertotal, desde este momento la facturación de los usuarios se realizó como usuarios pertenecientes al municipio de Candelaria con su subsidio correspondiente, atendiendo la información dada por el operador de Red EPSA"

Posteriormente, el operador de red informó que los usuarios no pertenecían al municipio de Candelaria sino al de Palmira y ENERTOTAL corrigió el error¹².

- f) La información anterior fue soportada por documentos en los cuales consta que la empresa ENERTOTAL fue contratada por la Constructora Normandía S.A. como empresa proveedora de energía eléctrica y, adicionalmente, que el documento de distribución de redes aéreas elaborado por la Gerencia de Transmisión y Distribución del Departamento de Proyectos de la Empresa EPSA, catalogó al Barrio Ciudad del Campo – Los Guayacanes, como perteneciente al Municipio de Candelaria – Valle del Cauca¹³.
- g) En suma, ENERTOTAL afirma que el otorgamiento indebido del subsidio se debió a un error involuntario que ha sido subsanado en su sistema de información. La correcta aplicación del subsidio viene efectuándose desde el mes de enero de 2011¹⁴, con lo cual se determina que el error en la liquidación del subsidio, solo se aplicó en un periodo de tres meses.

¹² Véase Folio 116 del Expediente 10-120702.

¹³ Véase Folios 141 y 142 del Expediente 10-120702.

¹⁴ Véase Folios 144 y 145 del Expediente 10-120702.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

DÉCIMO TERCERO: Que de conformidad con las normas establecidas, para que se tipifique un comportamiento de competencia desleal, se deben presentar, cuando menos, los siguiente presupuestos: (i) la existencia de conductas de disputa de una clientela (actos de competencia); (ii) que dichos comportamientos sean catalogados como desleales; y (iii) que la conducta objeto de reproche afecte el interés general del mercado y no intereses particulares (subraya fuera del texto). Bajo este esquema, en el caso objeto de análisis se encontró:

- a) La denuncia presentada por EPSA, se fundamenta en presuntos actos de competencia desleal, adelantados por ENERTOTAL, referidos en exclusiva a una presunta violación de la Resolución UPME No. 355 de 2004, en lo relacionado con la facturación indebida del subsidio de consumo para el Barrio Ciudad del Campo, Los Guayacanes.
- b) Tal como lo afirmó la empresa denunciada, la facturación de 173 kWh/mes al barrio Los Guayacanes, urbanización Ciudad del Campo, se debió a un error en la determinación del municipio en el cual se encontraba ubicada dicha urbanización.
- c) Según copia del documento realizado por EPSA y que obra en el Expediente¹⁵, la Urbanización Ciudad del Campo – Los Guayacanes, se encontraba erróneamente ubicada en el Municipio de Candelaria – Valle del Cauca. Siendo su correcta ubicación en el Municipio de Palmira – Valle del Cauca, tal como se logró probar dentro del expediente con copia del concepto emitido por la Secretaria de Planeación Municipal del Municipio de Palmira, documento que fue aportado por la empresa EPSA dentro de las pruebas documentales que acompañaban la comunicación radicada con No. 10-120702 -00-¹⁶.
- d) Dada la manera en que se presenta la conducta, este Despacho considera que de haber existido una violación por indebida facturación del subsidio de consumo, ésta no tendría la potencialidad de llegar a afectar la dinámica y el comportamiento del mercado, y en tal sentido no afectó las finalidades pretendidas con las normas sobre libre competencia.¹⁷

Como corolario de lo anterior, no existen en el presente caso elementos que presten mérito para abrir investigación administrativa por la presunta violación de norma¹⁸, razón por la cual este Despacho ordenará el archivo de la presente actuación, sin perjuicio de que si el denunciante se siente afectado por las conductas que denuncia, acuda ante las autoridades jurisdiccionales competentes¹⁹, a fin de que ellas diriman jurisdiccionalmente un eventual litigio por competencia desleal entre las partes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

¹⁵ Véase Folio 142 del Expediente 10-120702.

¹⁶ Véase Folio 11 del Expediente 10-120702.

¹⁷ Véase Artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

¹⁸ Véase Artículo 18 de la Ley 256 de 1996: "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".

¹⁹ Véase Artículo 25 de la Ley 256 de 1996. y Artículo 143 de la Ley 446 de 1998.

RESOLUCIÓN NÚMERO 26290 DE 2011 Hoja N°. 6

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el archivo del expediente radicado bajo el número 10-120702 por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido del presente acto administrativo al doctor GERMÁN GARCÍA VALENZUELA, en calidad de Representante Legal de EPSA S.A. ESP, entregándole copia del mismo e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, el cual puede interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C., a los 27 ABR 2012

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,


CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

Notificar

GERMÁN GARCÍA VALENZUELA
EMPRESA DE ENERGÍA DEL PACÍFICO (EPSA) S.A. ESP -
Calle 15 No. 29B – 30 Autopista Cali- Yumbo
CALI – VALLE DEL CAUCA

Elaboró: Susy Serrano González / Sergio Murillo Herrera
Revisó y aprobó: Blanca Castro