



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 26587 DE 2012

(27 ABR) 2012

Radicación No. 10-99882

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**

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

RESOLUCIÓN NÚMERO ~ 26587 DE 2012 Hoja N°. 2

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

QUINTO: Que el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 establece que "[l]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 con ocasión de la denuncia presentada por la empresa ENERGÉTICOS S.A. ESP (en adelante ENERGÉTICOS S.A. ESP), contra la EMPRESA DE ENERGÍA DE PEREIRA S.A. ESP (en adelante EEP S.A. ESP), por la presunta contravención de normas sobre la libre competencia, específicamente por actos de competencia desleal originados en la infracción de una norma jurídica, resultó procedente adelantar una averiguación preliminar.

NOVENO: Que la denuncia presentada por ENERGÉTICOS S.A. ESP, en síntesis, se fundamenta en los siguientes hechos:

- a. Que mediante comunicación de radicado No.10-99882 del 13 de agosto de 2010², la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, trasladó a esta Delegatura la denuncia presentada por la empresa ENERGÉTICOS S.A. ESP., por presuntas irregularidades en la adjudicación de la *Invitación a Recibir Ofertas de Venta o Suministro de Energía Eléctrica para el Mercado Regulado No. CE 005 de 2009*, realizado por la EEP S.A. ESP.
- b. Conforme con la Resolución CREG 167 de 2008, los términos de referencia de la *Invitación a Recibir Ofertas de Venta o Suministro de Energía Eléctrica para el Mercado Regulado No. CE 005 de 2009* por parte de EEP S.A. ESP, contemplaban como único criterio para la evaluación y adjudicación de la invitación, el menor precio de las ofertas.
- c. Sostiene ENERGÉTICOS S.A. ESP, que a pesar de haber presentado ante EEP S.A. ESP., la oferta más económica y de cumplir con los demás criterios establecidos en los términos de referencia, la invitación fue adjudicada a ENERTOLIMA S.A. ESP.

² Véase Folios 1 al 95 del Expediente 10-99882

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- d. Manifestó también el quejoso que ENERTOLIMA S.A ESP., no solo presentó un precio que excedía en \$0.50 el precio ofertado por la empresa ENERGETICOS S.A ESP. Adicionalmente, su propuesta contemplaba cantidades de energía horaria que en la gran mayoría sobrepasan las cantidades requeridas en el anexo No. 1 de los términos de referencia de la Invitación. Adicionalmente, agregó la empresa denunciante que EEP S.A. ESP., ni siquiera tuvo en consideración el descuento de \$0.20 ofrecido por ENERÉTICOS S.A ESP., si se realizaba la adjudicación total de la energía anual ofertada.

DÉCIMO: Que evaluados los hechos referidos, este Despacho mediante comunicación radicada con No. 10-99882-7-, del 30 de noviembre de 2010, procedió a abrir averiguación preliminar para que se determinara si existía mérito para abrir una investigación por las presuntas conductas de competencia desleal adelantadas por EEP S.A. ESP³ (entidad que había formulado la invitación).

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

1. Se realizó un requerimiento de información a la Gerente de la EEP S.A. ESP, solicitando lo siguiente⁴:
 - a. Criterios utilizados para la selección del oferente
 - b. Precio ofrecido por cada una de las propuestas presentadas
 - c. Evaluación de las propuestas
 - d. Razones por las cuales no fue tomada en cuenta la propuesta presentada por a EEP S.A ESP.
 - e. Términos y condiciones de la garantía líquida exigida por la EEP S.A. ESP.
 - f. En qué afecta el precio ofrecido en la garantía líquida exigida por la empresa ENERÉTICOS S.A. ESP.
 - g. En caso de haberse presentado, cuáles son los términos y condiciones de la garantía o aval exigido por ENERTOLIMA S.A ESP., y sus implicaciones frente al precio ofrecido.
 - h. Razones técnicas, jurídicas y financieras por las cuales se determinó seleccionar la oferta económica presentada por la empresa ENERTOLIMA S.A ESP., frente a las demás propuestas recepcionadas.
2. Se practicó testimonio a la Representante Legal de la empresa quejosa, ENERÉTICOS S.A. ESP⁵.
3. Se citó a testimonio al representante de la EEP S.A. ESP., sin que ninguna persona asistiera a tal diligencia y sin que se presentara justificación por no comparecer⁶.

DÉCIMO SEGUNDO: Que con fundamento, en las pruebas practicadas y una vez evaluada la información allegada al expediente, se mencionarán los siguientes aspectos que resultan relevantes para concluir la presente averiguación preliminar.

³ Véase Folio 159 del Expediente 10-99882.

⁴ Véase Folios 96 al 116 del expediente 10-99882.

⁵ Véase Folios 160 al 163 del Expediente 10-99882.

⁶ Véase Folios 164 y 180 del Expediente 10-99882.

RESOLUCIÓN NÚMERO 26587 DE 2012 Hoja N°. 4

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- a) La invitación a recibir ofertas de venta o suministro de energía eléctrica para el mercado regulado CE 005-2009, realizada por EEP S.A. ESP., para el periodo del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2013, se realizó bajo los parámetros de lo establecido en las leyes 142 y 143 de 1994, y en las resoluciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) 024-95, 020-96, y 167-08.
- b) De acuerdo con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, y salvo que esta misma ley o la Constitución Política establezcan lo contrario, todos los actos jurídicos realizados por las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, es decir, por las normas previstas en el Código de Comercio y en el Código Civil, y en lo que no esté regulado en ellos, en las disposiciones especiales en materia de dichos servicios.
- c) De acuerdo con lo anterior, las Resoluciones CREG 024-95, 020-96, y 167-08, antes mencionadas, regulan específicamente, lo relacionado con el tema de compra y venta de energía.
- d) Tal como lo estableció el aparte No. 5 correspondiente a la *Evaluación de la Invitación para Recibir Ofertas de Venta o Suministro de Energía Eléctrica para el Mercado Regulado CE 005-2009*, realizada por EEP S.A. ESP., el único criterio para la evaluación y adjudicación era el menor precio de suministro de energía, durante un periodo determinado, reconocida ésta como la oferta básica de suministro⁷.
- e) Una vez analizadas por parte de EEP S.A. ESP las ofertas presentadas por todas las empresas comercializadoras de energía que participaron en la Invitación antes mencionada, se comprobó que algunas empresas realizaron ofertas alternativas, es decir, ofertas que incluyeron condiciones comerciales diferentes a las establecidas en la invitación⁸. Con lo cual, la consideración y aceptación de dichas ofertas es facultativa y discrecional del ente solicitante, el cual evaluará la pertinencia y conveniencia de su adjudicación.
- f) En ese sentido, una vez presentadas las ofertas por las empresas ENERGÉTICOS S.A. ESP y ENERTOLIMA S.A. ESP., entre otras, y teniendo en cuenta que la primera incluyó la constitución de una garantía líquida, la EEP S.A. ESP afirmó que una vez realizada la evaluación y teniendo en cuenta el sobrecosto que representaría la constitución de esta garantía, la oferta con menor precio correspondía a la realizada por la empresa ENERTOLIMA S.A. ESP⁹.

DÉCIMO TERCERO: De conformidad con las normas establecidas, para que se tipifique un comportamiento de competencia desleal administrativa, se deben presentar, cuando menos, los siguientes 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 que:

⁷ Véase Folio 173 del Expediente 10-99882, en lo relacionado con el Numeral 4.1.2. *Ofertas Básicas de la Invitación para Recibir Ofertas de Venta o Suministro de Energía Eléctrica para el Mercado Regulado CE 005-2009*

⁸ Véase Folios 173 del Expediente 10-99882, en lo relacionado con el Numeral 4.1.3. *Ofertas Alternativas de la Invitación para Recibir Ofertas de Venta o Suministro de Energía Eléctrica para el Mercado Regulado CE 005-2009*

⁹ Véase Folio 154 del Expediente 10-99882.

RESOLUCIÓN NÚMERO 26587 DE 2012 Hoja N°. 5

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- a) Teniendo en cuenta que la compra de energía se realiza bajo los parámetros del régimen de contratación privado, existe completa autonomía por parte de la entidad contratante en la escogencia de la oferta, siempre y cuando cumpla con la reglamentación especial que en materia de compra de energía se encuentre vigente.
- b) Resulta así que, este Despacho está llamado a reconocer la autonomía del régimen de contratación establecido por la CREG y, con los elementos que reposan en el expediente, no se logra probar violación de norma alguna en la Invitación y posterior adjudicación realizada por parte de EEP S.A. ESP, para la venta y suministro de energía en los términos ya señalados. No obstante, es pertinente señalar que excedería la competencia de las funciones otorgadas a esta Delegatura pronunciarse sobre la validez y legalidad de la adjudicación de la invitación de venta o suministro.
- c) Es preciso afirmar que, aun en el caso de haberse evidenciado alguna afectación con la adjudicación realizada por EEP S.A. ESP, ésta sólo pudo involucrar los intereses particulares de las empresas intervinientes, los cuales no están llamados a ser investigados o resueltos por esta Delegatura, en virtud de las funciones que le han sido otorgadas para conocer presuntas infracciones a las normas del régimen de competencia, específicamente, en materia de competencia desleal administrativa.

Como corolario de lo anterior, no existen en el presente caso elementos que presten mérito para abrir investigación administrativa por la presunta violación de norma¹⁰, y como resultado de ello se configure una conducta de competencia desleal, 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 competentes¹¹, a fin de que ellas diriman un eventual litigio por competencia desleal entre las partes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el archivo del expediente radicado bajo el número 10-99882 por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido del presente acto administrativo a la doctora MARISOL SEGURA DIAZ, en calidad de quejosa y como Representante Legal de la EMPRESA ENERGÉTICOS S.A. ESP, entregándole copia del mismo e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el

¹⁰ Véase Artículo 25 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".

¹¹ Véase Artículo 25 de la Ley 256 de 1996. y Artículo 143 de la Ley 446 de 1998.

RESOLUCIÓN NÚMERO 26587 DE 2012 Hoja N°. 6

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

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

MARISOL SEGURA DIAZ

Representante Legal

Energéticos S.A. ESP.

Unicentro Cali, Carrera 100 No. 5-169 Edificio Oasis, Oficina 508

CALI VALLE DEL CAUCA COLOMBIA

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