

INFORME MOTIVADO

Radicación: 10-161600

Investigación por prácticas comerciales restrictivas adelantada en contra de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. (en adelante EBSA) y ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ en su calidad de Gerente General y como persona natural investigada.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, una vez instruida la investigación, se presenta al señor Superintendente de Industria y Comercio, el presente informe motivado respecto de si ha habido una infracción al régimen de protección de la competencia. Del presente informe se corre traslado a los investigados, de conformidad con el párrafo del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009.

A continuación se hace un recuento del trámite adelantado, tanto en la averiguación preliminar como en la investigación. Posteriormente se concluirá con la recomendación que hace esta Delegatura al Superintendente de Industria y Comercio.

1. Averiguación Preliminar.

La presente actuación inició con la queja interpuesta por LUISA FERNANDA TORO, representante legal de la empresa SERVIMETERS S.A., laboratorio de calibración de medidores de energía; JAIME ERNESTO ARIAS, representante legal de SAMAJADI LTDA., empresa importadora de medidores de energía; y CARLOS IVÁN FERRUCHO, propietario de CIF INGENIERÍA, empresa distribuidora de medidores de energía.

En esta se denunciaban los siguientes hechos:

1. La EBSA lleva un registro de los medidores que van a ser instalados en su zona de operación. En este registro se consigna información que permite la identificación y trazabilidad del medidor.
2. A partir del 12 de noviembre de 2010, la EBSA empezó a cobrar por el registro de la información de cada medidor de energía (a lo que denominó "homologación de la información").
3. La EBSA exceptuaba del cobro y procedía a la inmediata homologación de la información de los medidores de energía, cuando el usuario los calibraba en su laboratorio.

Durante la averiguación preliminar se corroboró la veracidad de estos hechos, por lo que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia consideró que existía mérito para adelantar una investigación.

2. Investigación.

1
Mediante Resolución No. 8254 de 24 de febrero de 2012, se ordenó abrir investigación en contra de la EBSA y su Gerente General, imputando la contravención de los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. De conformidad con las siguientes consideraciones:

2.1. Subordinar el registro de la información de un medidor de energía al pago de una tarifa.

"Artículo 50. ABUSO DE POSICION DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: [...]"

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones. [...]"

Con relación a esta imputación, se dijo que el objeto de la investigación consistiría en determinar si la homologación de la información del medidor constituye un servicio que hace parte del proceso integral de conexión, o constituye un servicio de conexión, o un servicio complementario, por lo cual, algún régimen tarifario sería susceptible de ser aplicado; o si es un deber que tiene la empresa comercializadora como principal beneficiaria de la información sujeta a registro.

2.2. Obstruir el acceso al mercado complementario de calibración de medidores de energía.

"Artículo 50. ABUSO DE POSICION DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: [...]"

6. Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización".

Con relación a esta imputación, se dijo en la resolución de apertura que la investigación de la presente imputación examinaría la relación de consecuencialidad entre los mercados de comercialización de energía eléctrica y calibración de medidores de energía, la participación de la EBSA en ambos mercados, su interés económico en el mercado de calibración de medidores, y si el cobro de la homologación de la información de los medidores de energía podría generar una ventaja competitiva en precios para su laboratorio.

2.3. Autorización, ejecución, colaboración o tolerancia de las conductas anticompetitivas por parte del Gerente General.

"Artículo 26. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio [...]"

1 Teniendo en cuenta que el Gerente General, ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, firmó el Acto de Gerencia No. 092 de 12 de noviembre de 2012, por medio del cual se estableció la tarifa a cobrarse por la homologación de la información de los medidores, se le imputó, como persona natural, la participación en la realización de las conductas anteriormente descritas.

3. Audiencia de Conciliación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, el día 28 de mayo de 2012, se procedió a realizar una audiencia de conciliación en la que participaron los quejosos y el Gerente General de la EBSA, la cual resultó en un acuerdo conciliatorio¹, de conformidad con los siguientes compromisos:

La EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. ESP:

1. Expedir un Acto de Gerencia, que empezaría a regir a partir del 1 de junio de 2012, mediante el cual se reduciría el costo de la homologación de la información de los medidores de energía a \$2.053, incluido el I.V.A.; valor que se indexaría con el IPC al final del año.
2. Realizar un instructivo en el que se explicaría el modo en que debe ser entregada la información de los medidores de energía a la EBSA, y comunicarlo a los laboratorios, a más tardar, el 15 de junio de 2012.

La empresa SERVIMETERS S.A.:

1. Entregar la información de los medidores de energía, de conformidad con las instrucciones impartidas por escrito por la EBSA y la Resolución de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante CREG) No. 070 de 1998.

4. Etapa Probatoria.

Una vez notificada la resolución de apertura de investigación, los investigados solicitaron y aportaron las pruebas que consideraron necesarias para su defensa.

La Delegatura decretó la práctica de pruebas de oficio, así como las solicitadas, por medio de la Resolución No. 35768 de 7 de junio de 2012.

4.1. Testimonios.

- Testimonio del señor ALFONSO SAAVEDRA², en su calidad de Director Operativo de la EBSA, recibido el 15 de junio de 2012.
- Testimonio del señor LUÍS HERNANDO PINZÓN³, en su calidad de Coordinador del Grupo de Laboratorio de Medidores de la EBSA, recibido el 15 de junio de 2012.

4.2. Interrogatorio.

- Interrogatorio de ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ⁴, en su calidad de Gerente General de la EBSA y como persona natural investigada, recibido el 20 de junio de 2012

¹ Cuaderno Reservado No. 1, folios 351 a 352.

² Cuaderno Público No. 2, folios 373 a 374.

³ Cuaderno Público No.2, folios 375 a 376.

⁴ Cuaderno Público No.2, folios 386 a 392.

4.3. Requerimientos de Prueba.

- Requerimiento dirigido a la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS. Se recibió respuesta, mediante comunicación con radicado No. 10-161600-113 de 31 de julio de 2012⁵.
- Requerimiento dirigido a la COMPAÑÍA COLOMBIANA DE MEDIDORES TAVIRA S.A. Se recibió respuesta, mediante comunicación con radicado No. 10-161600-104 de 16 de julio de 2012⁶.
- Requerimiento dirigido a la sociedad SERVIMETERS S.A. Se recibió respuesta, mediante comunicación con radicado No. 10-161600-99 de 6 de julio de 2012⁷.
- Requerimiento dirigido a la EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN S.A. ESP. Se recibió respuesta, mediante comunicación con radicado No. 10-161600-98 de 6 de julio de 2012⁸.
- Requerimiento dirigido a la INDUSTRIA ELÉCTRICA DEL CAUCA S.A. Se recibió respuesta, mediante comunicación con radicado No. 10-161600-110 de 24 de julio de 2012⁹.
- Requerimiento dirigido a la COMPAÑÍA AMERICANA DE MULTISERVICIOS LTDA. Se recibió respuesta, mediante comunicación con radicado No. 10-161600-96 de 5 de julio de 2012¹⁰.
- Requerimiento dirigido a la VERIFYLAB MTE S.A. Se recibió respuesta, mediante comunicación con radicado No. 10-161600-106 de 18 de julio de 2012¹¹.
- Requerimiento dirigido a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. ESP. Se recibió respuesta, mediante comunicación con radicado No. 10-161600-95 de 4 de julio de 2012¹².

4.4. Visita Administrativa.

- Visita Administrativa a las instalaciones de la EBSA¹³, realizada el 29 de junio de 2012.

5. Audiencia Verbal.

De conformidad con el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el 27 de agosto de 2012 se realizó la audiencia pública con el fin de que el apoderado de los investigados, CARLOS ALBERTO OLAYA, presentara de manera verbal los argumentos de la defensa¹⁴. Al respecto, cabe destacar los siguientes aspectos:

⁵ Cuaderno Público No. 3, folio 522.

⁶ Cuaderno Reservado No. 1, folio 494.

⁷ Cuaderno Reservado No. 1, folio 457.

⁸ Cuaderno Reservado No. 1, folio 459.

⁹ Cuaderno Reservado No. 1, folio 511.

¹⁰ Cuaderno Reservado No. 1, folio 455.

¹¹ Cuaderno Reservado No. 1, folio 498.

¹² Cuaderno Reservado No. 1, folio 451.

¹³ Cuaderno Público No. 2, folios 401 a 402.

¹⁴ Cuaderno Público No. 3, folios 534 a 535.



- Que si bien la EBSA ostenta una posición dominante en la distribución y comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados en el departamento de Boyacá, no ha abusado de la misma.
- Que la EBSA posee un laboratorio de calibración de medidores de energía para dar cumplimiento a las resoluciones 108 de 1997 y 070 de 1998 de la CREG.
- Que el laboratorio de calibración de medidores de energía de la EBSA representó aproximadamente el 0,035% de los ingresos de la compañía para el 2010, y el 0,029% para el 2011, por lo que su importancia es marginal, y no hay un verdadero interés económico en dicho mercado.
- Que el verdadero negocio de la EBSA es la distribución y comercialización de energía eléctrica, y que el laboratorio es un instrumento para la realización del Programa de Recuperación de Pérdidas de Energía (en adelante PERPE), por lo que el laboratorio se utiliza principalmente para cubrir la propia demanda de la EBSA en la instalación y reposición de medidores, lo cual queda demostrado con la disminución en un 10% en los índices de pérdida de energía, durante los últimos 6 años.
- Que la operación del laboratorio reporta pérdidas operacionales, por lo cual no es rentable sostenerlo, sin embargo lo mantienen para cumplir las obligaciones regulatorias y ejecutar el PERPE.
- Que la Ley 142 de 1994, estableció el principio de suficiencia financiera, según el cual la empresa de servicios públicos debe recuperar los costos por la prestación de servicios y prohíbe la prestación gratuita de servicios. Afirma que la homologación de la información es un servicio que presta la EBSA.
- Que contrario a lo supuestamente pretendido, la participación del laboratorio de la EBSA en el mercado de calibración de medidores de energía ha disminuido desde que se implementó el cobro de la homologación, por lo que la conducta no tuvo efecto.
- Que ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, pese a ser el Gerente General y firmar el Acto de Gerencia No. 092 de 2010, no tuvo injerencia en la formulación del cobro.
- Que la EBSA nunca ha sido investigada por la realización de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, que la conducta no tuvo efecto en el mercado conexo de calibración de medidores de energía y que dentro del trámite la EBSA concilió con los quejosos, por lo que solicita que todo esto sea tenido en cuenta para atenuar una eventual sanción.

6. Resultados de la Investigación.

Con fundamento en la valoración del material probatorio que obra en el expediente, se estableció que para la decisión por parte de esta Delegatura se deben tener en cuenta los hechos probados que se enuncian a continuación:

- El numeral 7.5.1. de la Resolución CREG No. 070 de 1998, establece que la empresa comercializadora de energía debe llevar un registro de la información relevante de los medidores de energía que van a operar en su zona de comercialización.



- El registro incluye información que permite la identificación y trazabilidad del medidor de energía.
- La EBSA implementó el cobro por la homologación de la información de los medidores de energía en su base de datos, a partir del Acto de Gerencia No. 092 de 12 de noviembre de 2010.
- La homologación de la información de un medidor de energía ante el comercializador es obligatoria para que éste pueda entrar a operar en su zona de comercialización.
- El costo de la homologación de la información de los medidores de energía ante la EBSA equivale a, aproximadamente, el 61% de lo que cobra el laboratorio de la EBSA por calibrar un medidor de energía monofásico.
- El cobro de la homologación de la información de los medidores de energía se facturaba de forma independiente a la calibración, para aquellos usuarios que hubiesen calibrado sus medidores en un laboratorio diferente al de la EBSA.

7. Mercado de Energía Eléctrica.

La reestructuración del sector eléctrico en Colombia se inició en 1991, a partir de la expedición de la nueva Constitución, la cual introdujo la competencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

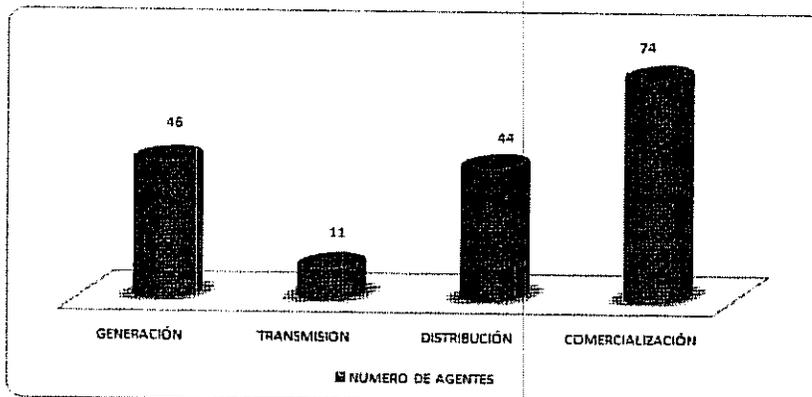
Después de la crisis energética de 1992, el sector presenta una serie de reformas a partir de la Ley 143 de 199, la cual introdujo las condiciones adecuadas para que cualquier agente privado, público o mixto, pueda, en un contexto de libre competencia, participar en el desarrollo del sector e introducir calidad y eficiencia en la prestación del servicio¹⁵.

En el proceso de suministro de energía eléctrica al usuario final, interactúan diferentes agentes económicos, por un lado, está el **generador**, quien produce la electricidad a través de diferentes métodos como el eólico, el hidráulico y el geotérmico, entre otros. Por su parte, el **transmisor** es quien opera y transporta la energía eléctrica en el Sistema de Transmisión Nacional (STN) y, por último, se encuentran el **distribuidor y comercializador** que ejecutan la actividad de distribuir la energía a través de una red, la cual es comprada en el mercado mayorista para distribuirla y comercializarla a través de una red, hasta llegar al usuario final.

En la siguiente Gráfica se presenta el número de agentes en cada eslabón de la cadena de la energía eléctrica.

¹⁵ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION UNIDAD DE INFRAESTRUCTURA Y ENERGIASECTOR DE ENERGÍA. Documento Sectorial, Santafé de Bogotá, Diciembre de 1999

Gráfica No. 1. Número de agentes en el mercado energía eléctrica de Colombia 2011

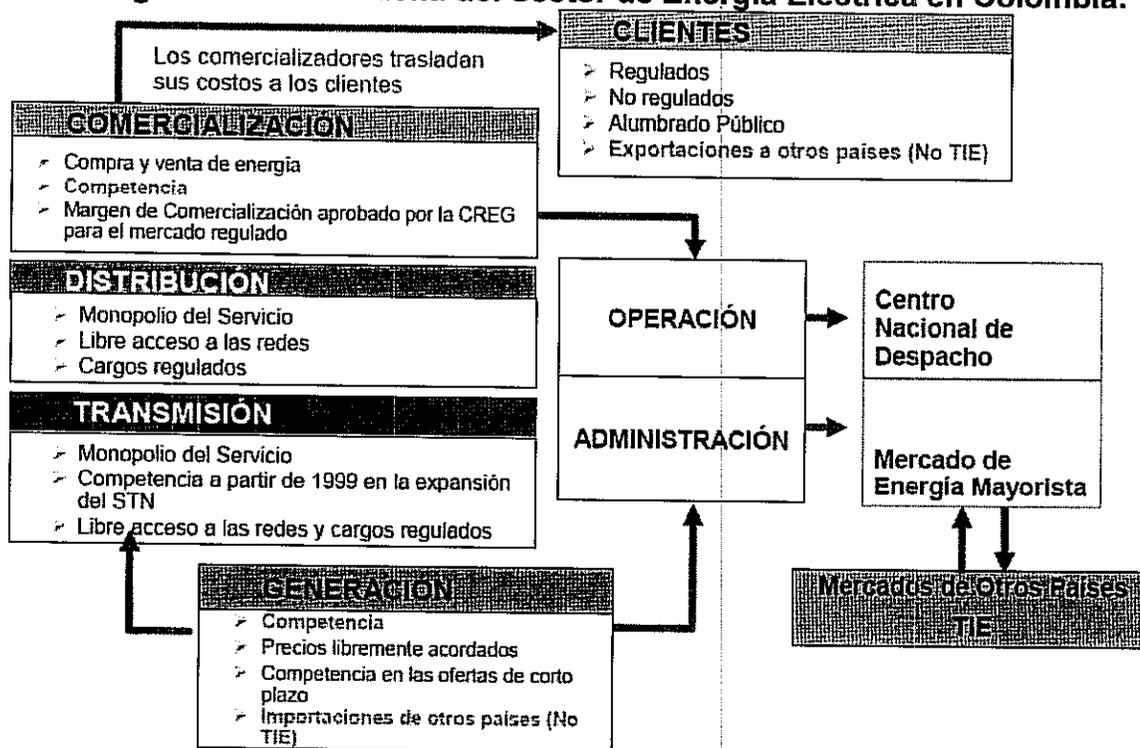


Elaboración SIC, con base en los datos. BOLETÍN ESTADÍSTICO DE MINAS Y ENERGIA 1990-2010. UPME

Ahora bien, desde la expedición de la Ley 142 de 1992, se llevaron a cabo procesos de desregularización y liberalización del sector eléctrico colombiano, por cuanto el suministro de energía eléctrica dejó de ser un monopolio del Estado para pasar a la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad por parte de agentes privados en un ambiente de mercado y libre competencia que atendiera la creciente demanda de dicho producto¹⁶.

El Diagrama No. 1 describe la relación entre los mercados antes citados.

Diagrama No. 1. Cadena del Sector de Energía Eléctrica en Colombia.



Fuente: Presentación, XM, El Mercado De Energía Mayorista Y Su Administración, 12 de febrero de 2008.

7.1 Generación:

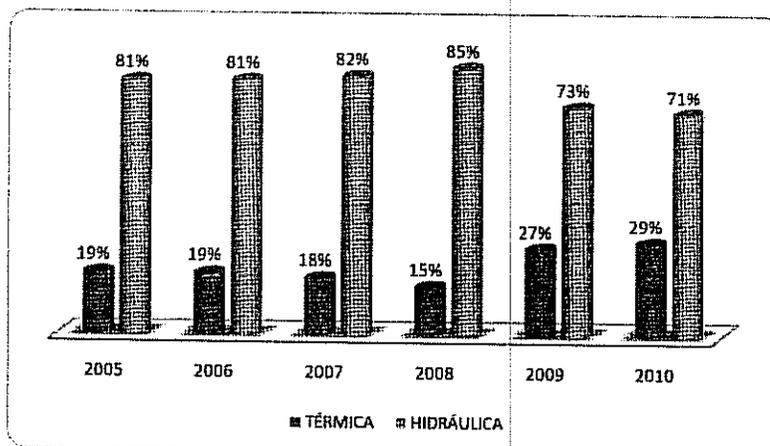
Es la producción de energía eléctrica. Se efectúa con máquinas que aprovechan la fuerza del agua, el aire, la luz del sol o el poder energético de los combustibles. Las

¹⁶ Resolución SIC No. 60249 de 2011.

centrales hidráulicas y/o térmicas transforman las distintas fuerzas de la naturaleza en energía eléctrica.

Según el marco regulatorio colombiano, la actividad de generación es la producción de energía eléctrica mediante una planta o unidad de generación conectada al Sistema Interconectado y cuya capacidad instalada sea igual o superior a 20MW.¹⁷

Gráfica No. 2. Evolución GENERACIÓN de energía hidráulica y térmica para los años 2005 -2010



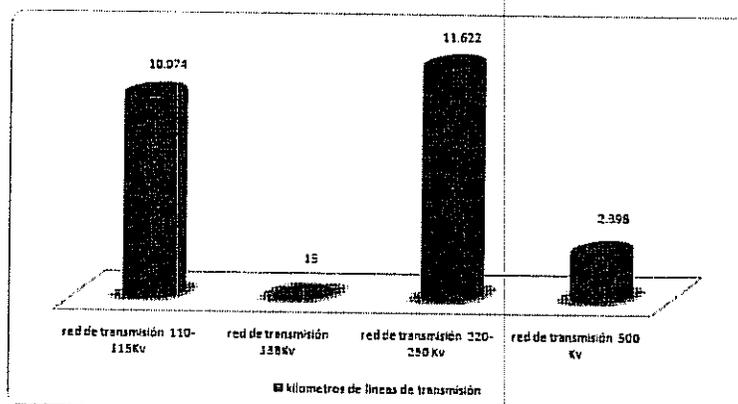
Elaboración SIC, con base en los datos. BOLETÍN ESTADÍSTICO DE MINAS Y ENERGIA 1990-2010. UPME

7.2 Transmisión

Es el transporte de la energía eléctrica desde las centrales de generación hasta los grandes centros de consumo (entrada a las regiones o ciudades, o entrega a grandes industrias). La transmisión de energía en Colombia, se realiza a través del Sistema de Transmisión Nacional (en adelante STN), el cual comprende el conjunto de líneas y subestaciones con sus equipos asociados y los transformadores con sus módulos de conexión, que operan a tensiones superiores o iguales a 220 kv.

Los transmisores de energía eléctrica deben permitir el acceso indiscriminado a las redes de su propiedad por parte de cualquier usuario, comercializador o generador que lo solicite, en las mismas condiciones de confiabilidad, calidad y continuidad, la UPME elaboró un procedimiento basado en la reglamentación establecida en la Resolución CREG 025 de 1995, Código de Conexión, para que se le presenten las solicitudes de conexiones al STN.

Grafica No. 3. Kilómetros de redes de Transmisión nacional 2010



Fuente: Presentación. Sector Eléctrico en Colombia: Mercado y Regulación ANDESCO Abril 30 de 2010

¹⁷ ibídem 15

7.3 Distribución

En lo que se refiere a la actividad de distribución, existen 44 agentes distribuidores de energía, los cuales son responsables de la operación de las redes de transporte de energía a niveles de tensión inferiores a 220KV, en la Resolución CREG No. 097 de 2008, se clasifica en:

- Sistema de Transmisión Regional – STR: Sistema de transporte de energía eléctrica compuesto por los activos de conexión al STN y el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan en el Nivel de Tensión 4 (tensiones superiores o iguales a 57.5 kV) y que están conectados eléctricamente entre sí a este Nivel de Tensión, o que han sido definidos como tales por la Comisión. Un STR puede pertenecer a uno o más Operadores de Red. En Colombia hay dos STR y los usuarios conectados a un mismo STR pagan una estampilla única por kWh. Al igual que el STN, los STR se remuneran con una metodología de ingreso regulado.
- Sistema de Distribución Local – SDL: Sistemas de transporte de energía eléctrica compuesto por el conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, que operan a los niveles de tensión 3 ($57.5\text{kV} < \text{kV} \leq 30\text{kV}$), nivel 2 ($30\text{kV} < \text{kV} \leq 1\text{kV}$) y nivel 1 ($\leq 1\text{kV}$) dedicados a la prestación del servicio en uno o varios Mercados de Comercialización.

Actualmente, todas las empresas distribuidoras son a la vez comercializadoras, pero no todas las empresas comercializadoras son distribuidoras. Los distribuidores de energía eléctrica deben permitir libre acceso indiscriminado a los STR y a los SDL, por parte de cualquier usuario, comercializador o generador que lo solicite, en las mismas condiciones de confiabilidad, calidad y continuidad establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias.

7.4 Comercialización

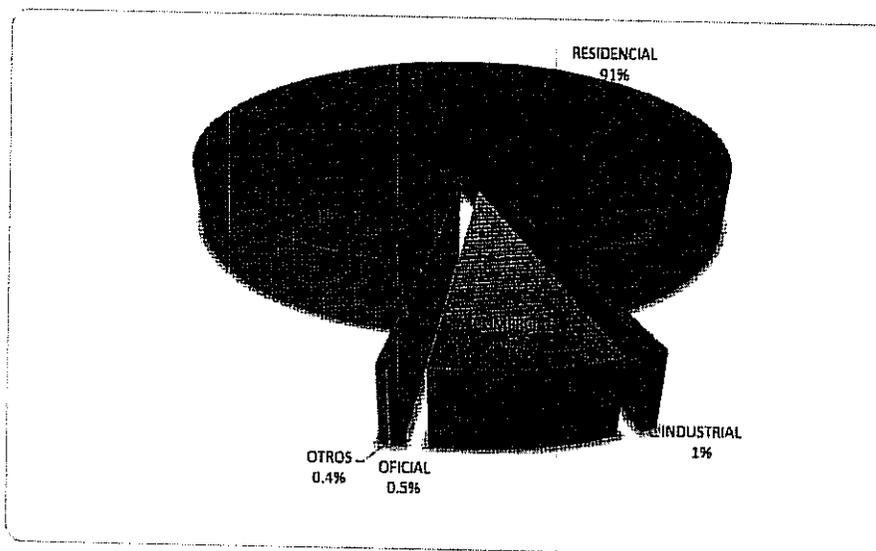
Es la actividad de comprar grandes cantidades de energía a los productores para venderla a los usuarios o a otras empresas del sector. También se relaciona con la lectura de los medidores, la facturación del servicio y la atención al cliente.

Los comercializadores son aquellos agentes que compran y venden energía, básicamente los comercializadores prestan un servicio de intermediación, entre los usuarios finales de energía y los agentes que generan, transmiten y distribuyen electricidad. Legalmente el comercializador es el prestador del servicio.

En el 2010, un total de 11.248.459 clientes fueron atendidos por 44 empresas comercializadoras. La demanda está concentrada en el sector residencial con 10.217.664 clientes, los cuales representan el 91% del mercado y demandan el 42,8% de la energía vendida.

7

Gráfica No. 4. Distribución número de clientes atendidos por los comercializadores en Colombia 2010

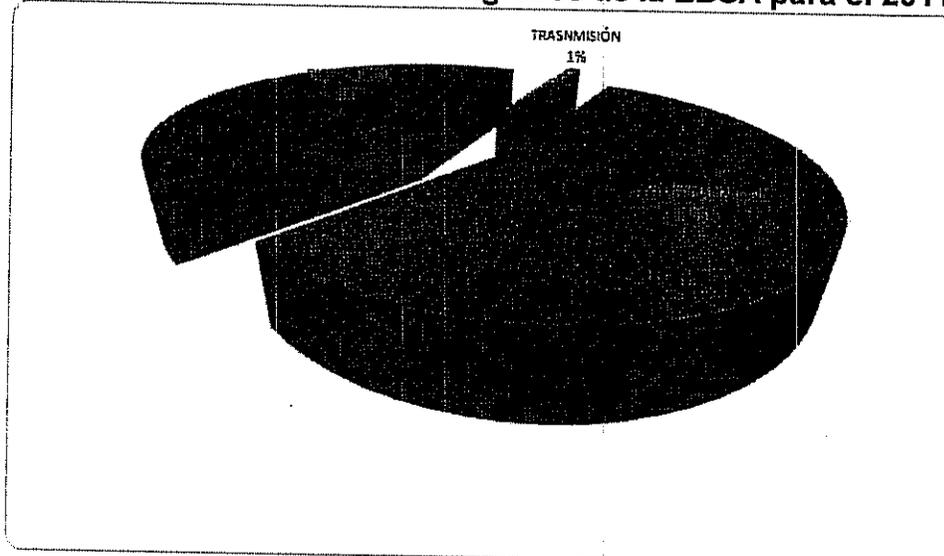


Fuente: SUI: Sistema único de Información de Servicios Públicos

8. De la Posición de Dominio de EBSA en los mercados de Distribución y Comercialización de energía eléctrica.

En el departamento de Boyacá existen 123 municipios, en los cuales EBSA presta el servicio de Distribución y Comercialización de energía eléctrica, atendiendo una población de 1.315.311 habitantes. Dentro de su actividad, el 55% de sus ingresos se derivan de la comercialización de energía, y el porcentaje restante se divide en distribución y transmisión.

Gráfica No. 5. Distribución de Ingresos de la EBSA para el 2011



Fuente: presentación EBSA, folio 547 del cuaderno 3 del expediente

La prestación del servicio de energía eléctrica tiene una cobertura del 100% en el área urbana y del 88.9% en el área rural. Esta empresa en el mercado regulado tiene características de monopolio natural. La concentración de los clientes en los 5 principales centros urbanos¹⁸ representan el 40.5%, agrupados fundamentalmente en

¹⁸ Duitama, Tunja, Sogamoso, Chichinquirá y Paipa.

el sector residencial (92%); y en una menor medida en el sector comercial (6.8%) y del sector oficial con el 1.2%¹⁹.

8.1. Distribución.

En cuanto al transporte de energía eléctrica, EBSA lo hace a través de los sistemas de transmisión regional y de distribución²⁰ local operando en los 123 municipios de Boyacá y algunos de Meta, Santander y Casanare. La comercialización solo se hace a nivel local.

EBSA a nivel regional, dispone de la siguiente infraestructura para el transporte de energía eléctrica²¹:

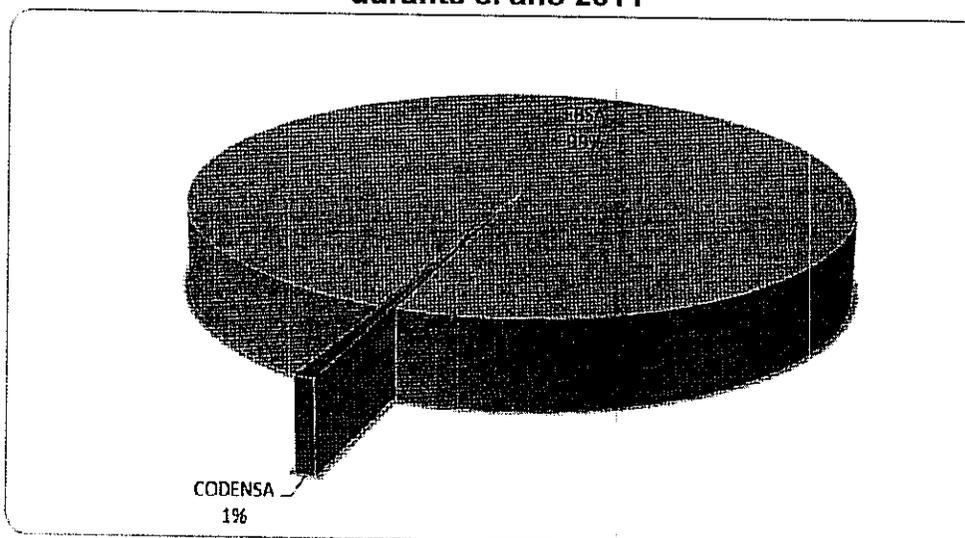
- 3 autotransformadores con capacidad de 360 MVA
- 540 kilómetros de línea de transmisión a 115 KV
- 1.635 kilómetros de línea de subtransmisión a 34.5 KV
- 13.070 kilómetros de alimentadores primarios a 13.2 KV
- 15.979 transformadores de distribución con su red de baja tensión asociada
- 16 subestaciones 115/34.5/13.8 KV completamente automatizadas
- 73 subestaciones 34.5/13.8 KV de las cuales 40 son telecontroladas

La EBSA, en el año 2011, transportó energía para su propia comercialización y para otros comercializadores, para este período la cuota de mercado de EBSA alcanzó el 99,8%²² respecto a los 373.150 usuarios del servicio y, es por lo tanto, el principal distribuidor de energía en Boyacá.

8.2. Comercialización.

En Boyacá, la participación de empresas prestadoras de servicios es la siguiente: CODENSA con 1% de clientes (3.306) y EBSA con 99% de clientes (369.844)

Gráfica No. 6. Participación en la Comercialización de Energía en Boyacá durante el año 2011



Fuente: SUI: Sistema único de Información de Servicios Públicos

¹⁹ Cuaderno Público No. 3, folio 544.

²⁰ Datos tomados de Página Web. [http://www.ebsa.com.co/wps/portal/Portal_en Espa%F1ol/Productos y Servicios/Servicios](http://www.ebsa.com.co/wps/portal/Portal_en_Espa%F1ol/Productos_y_Servicios/Servicios) Consultada el día 29 de agosto de 2012.

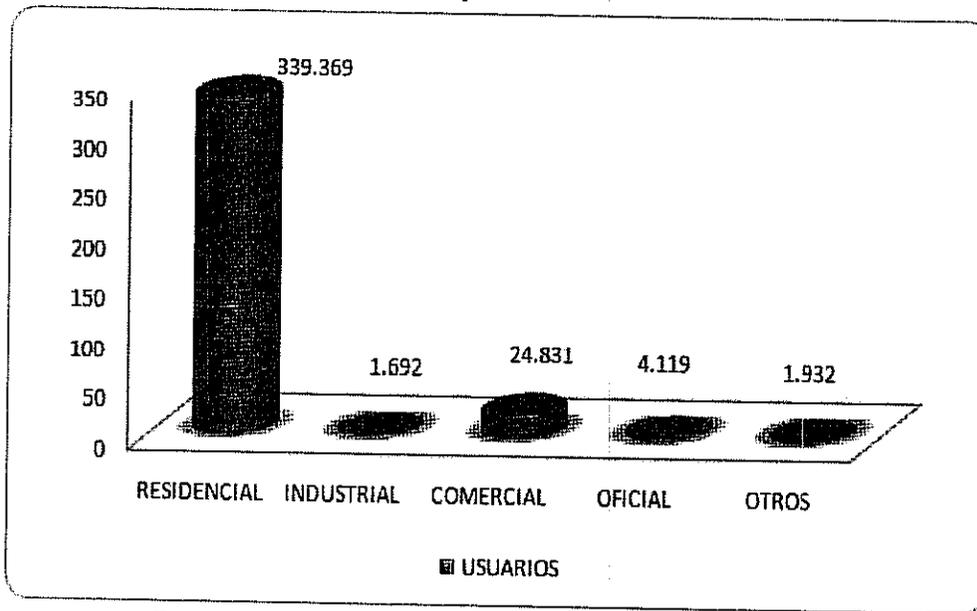
²¹ Cuaderno Público No. 3, folio 543.

²² Cuaderno Público No. 3, folio 545.

La comercialización de energía consiste en la compra de energía en el mercado mayorista y en la venta a usuarios finales (facturación y recaudo), estos últimos se pueden clasificar en usuarios regulados y no regulados²³. De acuerdo a la Gráfica No. 3, la EBSA comercializa energía especialmente al sector residencial (91% de los clientes, usuarios regulados), y el 9% restante corresponde a otros usuarios.

En el presente caso, se enfoca en el análisis del sector residencial por cuanto es el de mayor concentración de servicio de comercialización por parte de la EBSA.

Gráfica No.7. Composición de usuarios en Comercialización energía de la EBSA para el 2011



Fuente: SUI: Sistema único de Información de Servicios Públicos

De acuerdo a lo anterior, la EBSA es la principal empresa de comercialización de energía en Boyacá.

Para llevar a cabo la prestación del servicio al usuario final son necesarias algunas actividades²⁴ que pueden ser desarrollados por la empresa mediante contratos con terceros o por terceros, a través de mercados complementarios, entre las cuales se encuentran: (i) La instalación de redes internas, (ii) la certificación de instalación de redes internas y (iii) la calibración de medidores²⁵.

Sobre esta última actividad, a continuación se realizará la caracterización y descripción del mercado complementario por ser una actividad en la cual la EBSA presenta participación y que desarrolla directamente.

8.3 Conclusión del mercado principal con posición de dominio.

Con fundamento en lo expuesto, esta Delegatura considera que el mercado en el que se presenta una posición de dominio por parte de la EBSA, se circunscribe a la

²³ Usuarios regulados: como toda persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, de acuerdo a la ley 143 de 1994. Usuarios No Regulados como aquellos usuarios, persona natural o jurídica, con una demanda máxima superior a un valor en MW ó a un consumo mensual mínimo de energía en MWh, definidos por la Comisión, por instalación legalizada, a partir de la cual no utiliza redes públicas de transporte de energía eléctrica y la utiliza en un mismo predio o en predios contiguos. Sus compras de electricidad se realizan a precios acordados libremente entre el comprador y el vendedor, de acuerdo a la resolución 122 de 2003.

²⁴ Las actividades que se desarrollan a través de mercado complementarios.

²⁵ De acuerdo a la Resolución CREG 070 1998 un medidor es el aparato que mide la demanda máxima y los consumos de energía activa o reactiva o las dos.

prestación de los servicios domiciliarios de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento de Boyacá.

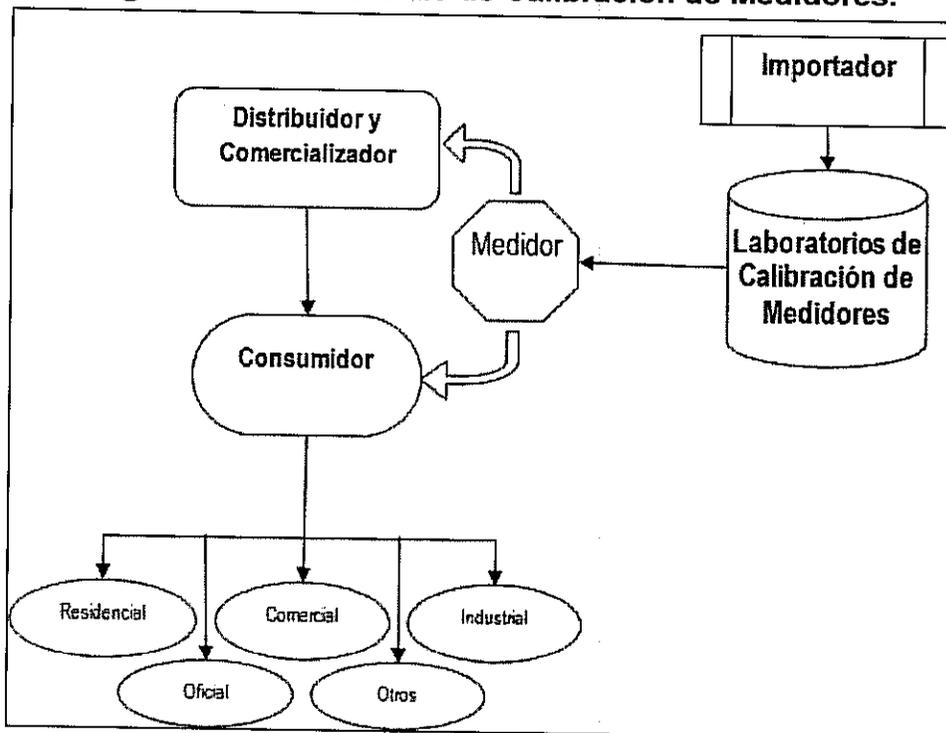
9 Mercado de calibración de medidores para energía eléctrica.

La actividad de calibración de medidores se refiere a la inspección del debido funcionamiento del medidor (calcular la cantidad de energía consumida en kilovatios por parte del usuario final, como dato básico para la facturación del servicio). Es necesario que los medidores que son instalados en la red interna del usuario, sean calibrados por una entidad acreditada.

El usuario es libre de escoger el agente que lleve a cabo la calibración del medidor de energía. Dicha actividad se encuentra regulada, en la medida en la que las empresas que la desarrollan deben estar acreditadas²⁶ por la ONAC²⁷, a efectos de prestar el servicio de calibración y como consecuencia del mismo expedir los certificados de conformidad²⁸ correspondientes, los cuales serán presentados por el usuario ante el distribuidor para que este realice la correspondiente conexión del servicio.

En el diagrama No 2, se ilustra los agentes que hacen parte del mercado de calibración:

Diagrama No. 2 Mercado de Calibración de Medidores.



Fuente: Elaborado SIC.

²⁶ De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2269 de 1993 por medio del cual "se organiza el sistema nacional de normalización, certificación y metrología", la acreditación es un "procedimiento mediante el cual se reconoce la competencia técnica y la idoneidad de organismos de certificación e inspección", quienes deberán obtener la acreditación correspondiente por parte del órgano acreditador.

²⁷ El Decreto 2269 de 1993 establecía la competencia para la acreditación de los diversos organismos en la Superintendencia de Industria y Comercio, dicho decreto fue modificado por el Decreto 4738 de 2008, que en su artículo 3 ordenó designar como "Organismo Nacional de Acreditación al Organismo Nacional de Acreditación de Colombia, ONAC, corporación de carácter privado, de naturaleza mixta, sin ánimo de lucro, constituida mediante documento privado del 20 de noviembre de 2007, debidamente autenticado por la Notaría Sexta de Bogotá, dentro del marco de la Ley 489 de 1998 y las normas sobre ciencia y tecnología".

²⁸ Certificado de conformidad: documento emitido de acuerdo con las reglas de un sistema de certificación, en el cual se manifiesta adecuada confianza de que un producto, proceso o servicio debidamente identificado está conforme con una norma técnica u otro documento normativo específico. Documento obrante en el folio 351 del Cuaderno 2 del expediente.

10. Homologación.

Dada la libertad que tiene el usuario para suministrar el medidor a la empresa comercializadora²⁹, ésta debe llevar un registro de la información que lo describa, con el fin de tener una relación de los medidores que están funcionando en su zona de operación.

Para tal fin, en el numeral 7.5.1 de la Resolución CREG No. 070 de 1998 se regula el procedimiento de registro, determinando la información que debe ser entregada al distribuidor:

"El Usuario es libre de adquirir el equipo de medida en el mercado, siempre y cuando el equipo cumpla con las Características Técnicas establecidas en el presente Capítulo.

El equipo de medida debe ser registrado ante el Comercializador correspondiente, indicando: fabricante, características técnicas, números de serie, modelo y tipo de los diversos componentes".

En cumplimiento de la Resolución CREG No. 070 de 1998, la EBSA exige que se homologue la información de dichos medidores, mediante la remisión de un archivo que contenga la siguiente información:

"Marca, número de serie, tipo_energía (A- Activa, R- Reactiva), modelo (año de fabricación), tipo, constante, tipo_instalación (T- trifásico, M- monofásico), número_hilos, clase_exactitud, corriente, tensión, frecuencia, tipo_mecanismo (E- electrónico, M- electromecánico), unidades_constante, dígitos, factor_multiplicación, lectura_inicial, sello del laboratorio, forma sello (A- adhesivo, T- tambor, G- ancla)"³⁰.

10.1. Acto de Gerencia 092 de 12 de noviembre de 2010.

Mediante el Acto de Gerencia No. 092, del 12 de noviembre de 2010, en el párrafo 3º, del literal f), del artículo 1, se establece: *"Para cubrir los costos en que incurre la Empresa en la homologación de medidores calibrados **por otros laboratorios de medidores** (sic) se cobrará la suma de \$4060 M/Cte³¹, **por cada medidor**³² (negrilla añadida).*

A partir de este Acto de Gerencia, la EBSA implementó el cobro del registro de la información de cada medidor, sin importar la información de cuántos medidores residiera en el archivo plano remitido por el comercializador³³.

A continuación, se relacionan los precios de homologación cobrados por la EBSA, es **importante anotar que cuando la calibración es realizada en el laboratorio de la EBSA no es necesaria la homologación**, pues la información del medidor queda automáticamente registrada en su base de datos y, por lo tanto, la homologación no se cobra:

²⁹ Artículo 144, de la Ley 142 de 1994: *"Los contratos uniformes pueden exigir que los suscriptores o usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen los instrumentos necesarios para medir sus consumos. En tal caso, los suscriptores o usuarios podrán adquirir los bienes y servicios respectivos a quien a bien tengan".*

³⁰ Cuaderno Público No. 1, folio 144.

³¹ Precio de la homologación \$3500 sin IVA.

³² Cuaderno Público No. 1, folio 191.

³³ CD obrante en el Cuaderno Público No. 1, folio 39.

Tabla No. 1. Precios de Homologación

Años	Precio homologación con IVA
2010	4.060
2011	4.188*
2012	4.344**

Fuente: Cuaderno Público No. 1, folio 178 y 179; Cuaderno Reservado No. 1, folio 379³⁴.

11 Lo relativo a la violación de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 50, del Decreto 2153 de 1992.

11.1 Definición de servicio público de comercialización y actividades propias.

El artículo 11 de la Ley 143 de 1994 define la comercialización como la:

"actividad consistente en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no regulados que se sujetará a las disposiciones previstas en esta Ley y en la de servicios públicos domiciliarios en lo pertinente".

La información del medidor que se registra ante el comercializador concurre con el deber de los usuarios de suministrar dicha información.

Según concepto emitido por la CREG, la finalidad de dicho registro es que:

"el prestador del servicio tenga la información y trazabilidad necesaria del equipo a través del cual se determina el consumo facturable del usuario y también pueda verificar que dicho usuario cumple con las normas sobre equipos de medidas dispuestas por la regulación para cada tipo de usuario"³⁵.

Esta finalidad es acorde con la importancia que tiene esta información para el comercializador de energía, como se desprende de las declaraciones dadas a esta Delegatura.

Al respecto, Alfonso Saavedra, Director Operativo de la EBSA, manifestó:

"Pregunta 17 : *¿Cuál es el objeto de registrar dicha información?*

Respuesta: *El objeto de registrar dicha información, aparte de darle cumplimiento a este deber regulatorio, es también disponer en nuestra base de datos de la información de los medidores, para validación de la información y toma de decisiones cuando se requiera al respecto de la información contenida en la misma.*

Pregunta 18: *¿Cómo la EBSA hace uso de esta información?*

Respuesta: *Regularmente la EBSA, como lo exige la norma, debe disponer de toda la información de los medidores que se vayan a instalar o que estén instalados dentro de sus sistema de distribución y comercialización, dichos medidores deben ser registrados en nuestra base de datos, y esa información es utilizada para la validación de, digamos, vida*

³⁴ *Dato calculado de acuerdo a una factura correspondiente a homologación de medidores del año 2011

³⁵ **Dato indexado con el IPC de 2011.

³⁵ Cuaderno Público No. 3, folio 524.



útil de los medidores, tiempos de calibración que llevan, y sobre todo, esta información es muy útil e importante en el Programa de Recuperación de Pérdidas de Energía, donde se hace la valoración de las acciones a tomar con base en la información que se encuentra en la base de datos³⁶.

A su vez, el Gerente General, ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, declaró:

"Pregunta 46: *¿Qué importancia tiene la homologación de la información los medidores dentro de la operación de comercializar energía?*

Respuesta: *Yo creo que es fundamental, porque detrás de los medidores de energía hay mucho fraude, fraude como destapar el medidor y cambiarle el número, como falsificar los sellos, devolver las lecturas, como robarse los medidores de un sector, colocarlos en cero y hacerlos pasar como nuevos. Si no se tiene la homologación, la historia, de su hoja de vida, indudablemente el mercado negro que aparece es gravísimo. De hecho, en Colombia es grave, muchos de los problemas de pérdidas de energía o robos en Colombia se hacen a través de los medidores de energía. También hay que tener en cuenta las marcas, que estén homologadas, que estén cumpliendo con los certificados de conformidad, que tengan las normas establecidas técnicamente, sino al país llegan al país medidores de todos lo que usted quiera. Si el país no tiene un verdadero control de los medidores que entran es un caos absoluto, yo creo que de las empresas que más tenemos organizado el tema de medidores somos nosotros. Eso ha hecho parte de nuestro Plan de Recuperación de Pérdidas... significa que estamos prestando un mejor servicio, porque cuando las pérdidas de energía son altas las empresa no son viables financieramente y el servicio que se presta no es el adecuado. No puede uno dejar que se roben la energía y pretender prestar un mejor servicio.*

Pregunta 47: *¿Qué uso hace la EBSA de la información homologada de los medidores?*

Respuesta: *La tenemos en nuestra base de datos, de tal forma que cuando un usuario nuevo va a ingresar como usuario, como cliente, inmediatamente entran el número del medidor y aparece ya dentro de la base de datos de la empresa; cuándo fue calibrado, qué sellos tiene y toda las información que necesitamos para poder recibir el medidor ya está ahí, no hay necesidad de incluirla nuevamente. De hecho, que estamos dispuestos a compartir esa base de datos con otras empresas³⁷.*

La imposición normativa de dicho registro (Resolución CREG No. 070 de 1998), tiene como objeto garantizar la correcta comercialización, siendo la empresa comercializadora la destinataria de la información, y no el usuario.

En este contexto, la información es relevante para el adecuado ejercicio del servicio verdaderamente prestado al usuario, que es el de comercialización de energía. Con base en estas consideraciones, la Delegatura concluye que la homologación de la información de los medidores de energía no es un servicio que presta le EBSA a los usuarios, sino el cumplimiento de un deber reglamentario que hace parte del servicio general de comercialización de energía.

11.2 Principio de suficiencia financiera y el principio de eficiencia en la estructura de costos por la homologación de la información de los medidores de energía.

El numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, establece:

³⁶ CD obrante en el Cuaderno Público No. 2, folio 374.

³⁷ CD obrante en el Cuaderno Público No. 2, folio 392.



"Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas **garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación**, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios" (negrilla añadida).

Así mismo, en el artículo 90 de la Ley 142 de 1994, se clasifican los cargos conforme a los cuales se pueden calificar los servicios prestados por la empresa de servicios públicos, como remuneración por el servicio prestado, afirmándose que:

"El cobro de estos cargos en **ningún caso podrá contradecir el principio de la eficiencia**, ni trasladar al usuario los costos de una gestión ineficiente o **extraer beneficios de posiciones dominantes o de monopolio**".

La EBSA, en sus descargos, presenta la siguiente estructura de costos³⁸, en la cual indica el cobro de la homologación como implícito a su tarifa de calibración:

Tabla No. 2. Estructura de Costos de la EBSA, por la Calibración de un Medidor

		Valor actividad
		Medidor Monofásico
Calibración	Homologación	1 Creación y solicitud en SAP y base de datos. Generación de pedido y factura. 900
		2 Recepción de los medidores.
		3 Verificación de la información del medidor. 1044
		4 Ingreso a la base de datos. 1800
	Calibración en sentido estricto	5 Alistamiento. 108
		6 Montaje en el Equipo Probador del Medidor. 2112
		7 Tapado y sellado. 108
		8 Ingreso a la base de datos de la información correspondiente a los sellos. 108
		9 Devolución del medidor al cliente. 0
TOTAL		6180

Fuente: Cuaderno Público No. 2, folio 298.

Como se puede observar en la Tabla No. 2, los componentes 1 a 4, constituirían propiamente una homologación de la información del medidor. Por este concepto, la EBSA presuntamente cobraría \$3.744 pesos³⁹, dentro de su tarifa de calibración (sumatoria de los componentes 1 a 4); lo que equivale a un 61% del costo total de la calibración

Por el resto del procedimiento, que equivale a fases estrictamente de calibración, la EBSA cobra \$2.436 pesos⁴⁰ (sumatoria de los componentes 5 a 9); lo que equivale a un 39% del costo total de la calibración⁴¹.

Por lo que parecería que a la EBSA le cuesta más homologar un medidor, que calibrarlo. Sin embargo, esto no concuerda con la declaración dada por el Coordinador del Grupo de Laboratorio a esta Delegatura, en la cual manifestó:

³⁸ Cuaderno Público No. 2, folio 298.

³⁹ Precios sin IVA.

⁴⁰ Precios sin IVA.

⁴¹ En la Tabla no aparece ningún concepto relativo a la utilidad que obtiene la EBSA.



“Pregunta 6: ¿Podría orientarnos acerca de la estructura de costos que tiene calibrar un medidor, incluyendo costos fijos y costos variables?

Respuesta: A ver, las inversiones, por ejemplo la inversión que la empresa hizo en el año 2010 y 2011 fue en la planta física, **una inversión grande** que hizo la empresa para adecuarla, como **muebles, el sistema de aire acondicionado**, para cumplir con las condiciones de referencia, porque para el área de calibración hubo que instalar un sistema de aire acondicionado, **se creó un patrón nuevo, se cambió la herramienta casi en su totalidad**, la herramienta manual, se compraron para cumplir también con las condiciones de referencia... (negrilla nuestra).

(...)

Pregunta 10: ¿Me podría, más o menos, hablar del inventario de EPMs (Equipo Probador del Medidor) con que cuenta el laboratorio, cuántos EPMs tiene el laboratorio?

Respuesta: **Nosotros tenemos tres EPMs** dos para 20 medidores y uno para 10 medidores. Y tenemos un equipo para hacer los ensayos de rigidez dieléctrica, para eso hay un solo equipo, ese se hace uno a uno. (negrilla nuestra).

(...)

Pregunta 22: ¿Qué costos tiene que incurrir la empresa de energía para homologar la información de los medidores?

Respuesta: O sea, ahí entra **la persona que está recibiendo**, que hace la recepción de la solicitud, estaría el tiempo que le toma para hacer lo de ingresar los datos al sistema, crear la factura, ese es tiempo que nosotros, o sea, lo utilizamos en el área de la parte de calibración, solamente para calibración, yo creo que la homologación entonces nos quita tiempo para la otra actividad”. (Negrilla nuestra)⁴².

Según el testimonio transcrito, a la calibración de medidores se asocian significativos costos fijos y variables, así como recursos humanos; mientras que la homologación tiene un costo de oportunidad en términos del recurso humano que podría dedicarse a calibrar medidores. En virtud de lo anterior, el testigo concluye

Pregunta 27: De conformidad con sus repuestas anteriores ¿Cuál de las dos operaciones es más costosas, calibrar un medidor u homologar su información en la base de datos de la EBSA?

Respuesta: Calibrar.

Pregunta 28: ¿Más costoso?

Respuesta: Sí⁴³.

Más dudas genera la estimación tarifaria de la homologación de la información de los medidores de energía, cuando se indaga al testigo acerca de la forma como se determinó:

“Apoderado. Pregunta 69: ¿Usted realizó alguna actividad encaminada a sacar alguna estructura de costos o a buscar algún parámetro económico que permitiera saber cuánto se podría cobrar por dicha actividad?

Respuesta: Sí, nosotros tratamos de hacer ese ejercicio, más o menos de cuánto podría ser el costo de ese cobro... Bueno, lo que más o menos hicimos nosotros, o sea, sacamos el tiempo valor, esto lo hicimos para calibración, sacamos más o menos el salario mínimo de un trabajador de la empresa, lo dividimos en 30 días, eso lo dividimos en 8 horas y nos da más o menos la hora en \$3.220, y eso lo dividimos en 60 minutos, entonces de aquí miramos promedios de un monofásico, para un bifásico, más o menos el tiempo que se va, y de acuerdo al costo minuto...

(...)

⁴² Cuaderno Público No.2, folio 376.

⁴³ Cuaderno Público No.2, folio 376.



Pregunta 72: Si le entiendo bien, ¿1 hora de un trabajador es \$3.220 pesos, sí?

Respuesta: Sí.

Pregunta 73: Entonces, el costo de la homologación que es cercano a esa cifra correspondería a que homologar un medidor tardara 1 hora, más o menos. ¿En promedio cuánto demora homologar un medidor en la base de datos?

Respuesta: 5 minutos, todo el procedimiento de homologación. ¿todo el procedimiento?

Pregunta 74: No, de calibración no, sólo homologación.

Respuesta: Todo lo que se constituye homologación, sí por ahí 6 a 7 minutos".

De conformidad con el testigo, si el costo de la homologación de la información de un medidor de energía se estimó por el "tiempo valor" que toma registrar la información, y dicho registro toma entre 5 y 7 minutos, la homologación debería tener un costo entre \$268 pesos y \$376 pesos; lo cual es consistente con el componente 8 de la Tabla No. 2, que hace referencia al registro de la información de los sellos, y el cual cuesta \$108 pesos.

La Delegatura concluye que si la homologación es más costosa que la calibración, la EBSA no estaría cumpliendo el principio de eficiencia, y si la homologación supera en un 1000% la recuperación de costos, la EBSA estaría extrayendo beneficios no justificados legalmente, aprovechando su posición dominante, sin responder ajustadamente al criterio de suficiencia financiera.

11.3 Legitimidad del cobro por la homologación de la información de los medidores de energía y los cargos por la prestación de servicios.

La Ley 142 de 1994, en su artículo 90, define los cargos tarifarios por prestación de servicios, en cargos por unidad de consumo, cargos fijos y cargos por aportes de conexión.

Los cargos por aportes de conexión se refieren a los servicios que se prestan a un usuario en proceso de conexión al servicio, es decir, cuando todavía no es un usuario del servicio público domiciliario.

La Resolución CREG No. 225 de 1997 regula lo relativo a los cargos asociados con la conexión del servicio público domiciliario de electricidad para usuarios regulados, desglosando del cargo por aportes de conexión los siguientes servicios: 1. Servicios de conexión (se incluyen el estudio de la conexión, el suministro del medidor y de los materiales de la acometida, la ejecución de la obra de conexión, instalación y calibración inicial del medidor de energía, y la revisión de la instalación de la conexión); y 2. Servicios complementarios de conexión (se incluyen la calibración posterior del medidor, la reconexión y la reinstalación).

Dado que la homologación de la información de los medidores de energía se da con anterioridad a la conexión, se consultó a la CREG si "el registro ante el comercializador del equipo de medida, que establece el numeral 7.5.1. de la Resolución CREG 70 de 1998, **hace parte o no hace parte** del proceso integral de conexión, o si **constituye o no** un servicio de conexión o un servicio complementario de conexión, de conformidad con la Resolución CREG 225 de 1997 y el artículo 14 de la Ley 142 de 1994"⁴⁴.

⁴⁴ Resolución No. 35768 de 2012.

Al respecto, la CREG afirmó que:

"el registro del medidor ante el comercializador no hace parte de las actividades incluidas en el servicio de conexión"⁴⁵.

A lo cual agregó:

"de acuerdo con lo establecido en la Resolución CREG 070 de 1998, el Comercializador debe registrar los medidores y por ende a mantener dichos registros actualizados, se considera que dicha actividad está remunerada a través del cargo de comercialización de energía eléctrica para los usuarios y a través del precio de cobro de la energía para los no regulas."⁴⁶ (Negrilla y subrayas añadidas).

Adicionalmente, dado que la EBSA no reportó el cobro de la información de los medidores a la CREG, se verificó lo que establece la Resolución CREG 225 de 1997, en relación con la aplicación del régimen tarifario de libertad, el cual se limita a:

"Artículo 3º. Régimen Tarifario de Libertad. Se someten al Régimen de Libertad de Tarifa las siguientes actividades asociadas con el Servicio de Conexión: El Suministro e Instalación del equipo de medición, el Suministro de los Materiales de la Acometida y la Ejecución de la Obra de Conexión"⁴⁷.

De conformidad con lo anterior, la EBSA realiza un cobro ilegítimo de la homologación de la información de los medidores de energía, sin sujetarlo a ningún régimen tarifario y por fuera del régimen regulatorio que la rige.

11.4 Subordinar el registro de la información de un medidor de energía al pago de una tarifa.

En la Resolución No. 8254 de 2012, la Delegatura imputó a la EBSA el incumplimiento del numeral 3, artículo 50, del decreto 2153 de 1992:

"ARTICULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

(...)

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

Acerca de los supuestos que permiten la configuración de la conducta, tenemos:

- Subordinación: La EBSA condiciona el registro de la información del medidor de energía, requisito para la prestación del servicio de energía (vinculante), al pago de una tarifa por la homologación de la información del medidor de energía en su base de datos (vinculado), como una obligación adicional que por su naturaleza no constituye el objeto del negocio (procedimientos de conexión para la prestación del servicio de energía eléctrica).

⁴⁵ Cuaderno Público No. 3, folio 525.

⁴⁶ Cuaderno Público No. 3, folio 525.

⁴⁷ De conformidad con el Parágrafo 3, del artículo 4, de la Resolución CREG No. 225 de 1997, a partir del 31 de diciembre de 1998, también se somete al régimen tarifario de libertad la calibración inicial del medidor de energía.



- Posición dominante en la oferta del producto vinculante: Como se registró en el presente Informe Motivado, la EBSA cuenta con una posición de dominio en la comercialización de energía.
- Naturaleza de la tarifa: Para la Delegatura la tarifa cobrada no remunera un servicio que presta la EBSA, no cumple el principio de eficiencia, no se corresponde con el principio de suficiencia financiera y transgrede lo establecido por su contexto regulatorio. En este sentido, el pago por la homologación de la información de los medidores no guarda relación alguna con la posibilidad de acceder al servicio de energía eléctrica.
- Coacción: En cumplimiento de la Resolución CREG No. 070 de 1998, el medidor debe registrarse para obtener el servicio de energía eléctrica. En este contexto, es obligatorio pagar la tarifa de la homologación, a menos que se pague a la EBSA por la calibración del medidor.

Subordinar la homologación de la información de un medidor al pago de una tarifa es una medida que apunta a convertir a los usuarios que no quieren calibrar sus medidores en el laboratorio de la EBSA en "clientes forzosos", pues el registro del medidor los obliga a remunerar a la EBSA el equivalente al 61% de su tarifa de calibración. En este contexto, la EBSA se beneficia, tanto si se da o no un desplazamiento en la demanda hacia su laboratorio.

11.5 Análisis de la conducta imputada dentro del marco de su consecuencias explotativas.

Partiendo de la fecha en que entró en vigencia el Acto de Gerencia No. 092 de 2010, y teniendo en cuenta la tarifa cobrada por la EBSA para cada año, se pudo determinar el beneficio obtenido por la EBSA, de conformidad con la siguiente Tabla:

Tabla No. 3. Ingresos de la EBSA por el cobro de la homologación de la información de los medidores de energía, en su base de datos.

AÑO	PRECIOS HOMOLOGACIÓN	MEDIDORES HOMOLOGADOS	INGRESOS HOMOLOGACIÓN
2010	4.060	648	2.630.880,00
2011	4.188	23825	99.779.100,00
2012	4.344	10860	47.175.840,00
TOTALES			149.585.820,00

Fuente: A partir del número total de medidores homologados. Cuaderno Público No. 2, folio 391.

La Delegatura estima, por lo tanto, en \$149.585.820, el beneficio obtenido por la EBSA, durante el periodo de ejecución de la conducta anticompetitiva.

12. Lo relativo a la violación de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50, del Decreto 2153 de 1992.

Esta imputación se examinará dentro del marco de consecuencias exclusorias de la conducta analizada en el numeral anterior, por lo que no se ahondará en el juicio de ilicitud, el cual ya fue expuesto.

12.1. Doctrina de los mercados complementarios.

Las conductas abusivas y sus efectos en principio deben recaer en el mismo mercado en el cual determinado agente ostenta posición dominante. Sin embargo, el poder de mercado de una empresa puede alcanzar mercados distintos del mercado "dominado", situación que admite la posibilidad de que conductas de abuso y sus



efectos puedan recaer en un mercado distinto de aquél en el que el actor detenta posición dominante.

Así, una empresa podría abusar de su posición de dominio en diferentes escenarios:

- (i) Cuando la conducta abusiva se efectúa íntegramente en el mismo mercado en el que la empresa detenta posición de dominio.
- (ii) Cuando el abuso se produce en un mercado diferente al mercado dominado, pero su fin es reforzar o mantener la posición de dominio en el mercado dominado.
- (iii) Cuando el abuso se produce y tiene efectos en un mercado distinto al dominado y su fin es incrementar el poder de mercado de la empresa en el mercado no dominado, teniendo en cuenta que, sin posición de dominio en el mercado dominado, no podría haber abuso en el mercado conexo.

12.2. Abuso en un mercado complementario con el fin de incrementar el poder de mercado de la empresa en este.

Los elementos que determinan una situación de abuso para reforzar posición de dominio o incrementar el poder de mercado en el mercado conexo se resumen en:

- La existencia de un mercado determinado, en el cual un agente tenga posición de dominio.
- La existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y consecencial con el mercado dominado.
- El agente que tiene la posición de dominio debe usar ese poder con el fin de obtener una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto de aquél en el cual posee dicho dominio.

Los primeros dos elementos aparecen probados en los numerales 8 y 9 del presente Informe. El tercer elemento se expone a continuación:

12.3. Ventaja competitiva e interés económico.

Las tarifas por la comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados, se encuentran reguladas⁴⁸. Por lo tanto, los comercializadores no están en la libertad de fijar precios a sus usuarios.

Esto genera un incentivo para captar rentas en mercados conexos, especialmente cuando estos se encuentran concentrados.

En el presente caso, la EBSA concurre en el mercado de calibración de medidores de energía, dado que ofrece este servicio a terceros, cuando bien podría emplearlo para uso exclusivo de la empresa.

La subordinación desarrollada en el numeral 11, tiene la siguiente consecuencia en los precios que deben pagar los usuarios, dependiendo del laboratorio en el cual decidan calibrar sus medidores:

⁴⁸ Cuaderno Público No. 3, folio 539.

Tabla No. 4. Precio total que debe pagar un usuario por laboratorio.

TARIFAS CALIBRACIÓN		MONOFÁSICO		
		2010	2011	2012
CAM	Precio calibración	6250	6500	6650
	Precio homologación	4.060	4.188	4.344
	Total	10.310	10.688	10.994
SERVIMETERS	Precio calibración	\$ 4.990	\$ 3.900	\$ 4.045
	Precio homologación	4.060	4.188	4.344
	Total	9.050	8.088	8.389
EPM	Precio calibración	8971	\$ 9.264	9900
	Precio homologación	4.060	4.188	4.344
	Total	13.031	13.452	14.244
COLTAVIRA	Precio calibración	5000	\$ 5.000	5500
	Precio homologación	4.060	4.188	4.344
	Total	9.060	9.188	9.844
VERIFYLAB	Precio calibración	12000	\$ 12.000	10000
	Precio homologación	4.060	4.188	4.344
	Total	16.060	16.188	14.344
INELCA	Precio calibración	6000	6000	6000
	Precio homologación	4.060	4.188	4.344
	Total	10.060	10.188	10.344
EBSA	Precio calibración	6699	6912	6699
	Precio homologación	0	0	0
	Total	6.699	6.912	6.699

Fuente: Cuaderno Reservado No. 1, folio 244, 378, 458, 463 a 465, 494, 498 y 512. Cuaderno Público No. 1, folio 235.

Como puede verse, el laboratorio de la EBSA adquiere una ventaja competitiva en precios, incluyendo sobrecosto que debe asumir el usuario que decida calibrar en otros laboratorios.

Para los tres años, la tarifa que cobra el laboratorio de la EBSA no supera los \$6.912 pesos, por la calibración de un medidor monofásico. Mientras que, con el sobrecosto que genera la homologación, las tarifas de los demás laboratorios no bajan de los \$8.088 pesos, y llegan hasta los \$16.188. Esto equivale a una diferencia porcentual de al menos el 15%.

12.4. Efectos exclusorias de la conducta.

Los usuarios de Boyacá cuentan con diferentes opciones para la calibración de los medidores, no obstante, de acuerdo a la información obrante en el expediente, el laboratorio de la EBSA, para los años 2010 y 2011 tuvo más del 45% del mercado de calibración de medidores de energía seguida de Verifylab, Coltavira y Servimeters.

Tabla No. 5. Participación mercado de Calibración de medidores de energía para los años 2010 y 2011

INGRESOS LABORATORIOS	2010	%	2011	%
SERVIMETERS	4.625.730	3,98%	4.633.200	5,09%
EPM	2.197.895	1,89%	481.728	0,53%
COLTAVIRA	280.000	0,24%	15.500.000	17,02%
VERYLAB	46.500.000	40,01%	28.464.000	31,26%
INELCA	3.000.000	2,58%	1.458.000	1,60%
EBSA	59.621.100	51,30%	40.511.232	44,49%
TOTAL	116.224.725	100,00%	91.048.160	100,00%

Fuente: Cuaderno Reservado No. 1, folios 241, 242 y 243.

De acuerdo a la Tabla No 5 , el laboratorio de la EBSA, tanto en el año 2010 como en el año 2011, fue el líder del mercado de calibración de medidores destinados a operar en su zona de comercialización, con participaciones del 51,30% y el 44,49%, respectivamente.

De acuerdo con estas participaciones, se calcularon los índices de concentración y dominancia, para determinar si el mercado presenta concentración y si la EBSA posee dominio en el mercado:

Tabla No. 6. Índice de Concentración y Dominancia

Índices	2010	2011
HHI (Índice de concentración)	4.258	3.276
STENBACKA (Índice de Dominancia)	44,8%	45,0%

Cálculos SIC, con base en información obrante en el expediente

El índice HHI⁴⁹: Arroja 4.258 puntos en 2010 y 3.276 puntos en 2011, lo cual indica que el mercado es concentrado. La reducción en puntos del año 2011 la podemos interpretar como una menor concentración en este mercado explicada por el aumento de la participación de COLTAVIRA (un laboratorio con baja participación en el mercado en el año anterior) en el mercado, no obstante EBSA y VERYLAB que para el año 2010 concentraban el 91,31% para el año 2011 siguen concentrando el 75,7% del total del mercado de calibración.

El Índice de STENBACKA⁵⁰: Muestra que en este mercado se presenta una posición dominante por parte de EBSA, ya que el umbral obtenido para 2010 de 44,8% es menor a la participación de la empresa en el mercado (51,3%), entendido esto en que su participación individual es representativa respecto a la participación tanto de la misma empresa (líder) como la segunda empresa con mayor participación (VERYLAB). Para el año 2011, el porcentaje de participación (44,49%) es aproximado al porcentaje del índice 45%, por lo cual se establece que la EBSA alcanza un poder de dominio importante.

⁴⁹ HHI: El índice de Herfindahl y Hirschman, conocido como HHI, se determina mediante la suma del cuadrado de las participaciones de mercado de todas las empresas de la industria. Es decir:

$HHI = S_1^2 + S_2^2 + S_3^2 + \dots + S_i^2$ Siendo S_i la participación de la firma i en el mercado. Mientras mayor sea el valor del HHI, mayor será el grado de concentración del mercado. Al respecto ver: Viscusi et al, "Economics of Regulation and Antitrust", MIT Press, 1998, Fourth Edition, Pag. 215

⁵⁰ El Índice de STENBACKA es una aproximación para identificar cuándo una empresa tiene una posición dominante en un mercado determinante. Teniendo en cuenta la participación de mercado de la empresa líder y de la segunda empresa más importante, el índice de STENBACKA arroja un umbral de cuota de mercado para determinar si la empresa más grande tiene o no posición de dominio. Según lo anterior, cualquier cuota de mercado superior a dicho umbral podría significar a una posición dominante. La fórmula para calcular el umbral de STENBACKA es la siguiente:

$S^D = g(S_1, S_2) = \frac{1}{2}(1 - \gamma(S_1^2 - S_2^2))$ donde S_1, S_2 corresponden a las participaciones de mercado de las

dos empresas más importantes, respectivamente. Por su parte, γ es un parámetro específico a cada industria y está relacionado con las barreras a la entrada, los instrumentos de política pública para incentivar la competencia, la regulación económica, la existencia de derechos de propiedad intelectual, entre otros. Para simplificar el análisis, en este ejercicio supondremos $\gamma = 1$. Al respecto ver: Stenbacka et al, "Assessing Market Dominance", Journal of Economic Behavior, Vol. 68, Issue 1, (October 2008), pp. 63-72.



Sin embargo, a partir del Acto de Gerencia No. 092 de 2010, la participación de la EBSA en el mercado de calibración de medidores de energía que fueron homologados en Boyacá, disminuyó en un 16%. Esto puede explicarse por la reacción de los distribuidores de energía ante el cobro de la homologación⁵¹ y a la negociación de servicios⁵².

Con todo, analizando los sobrecostos, se puede observar que la EBSA obtiene una clara ventaja en precios sobre los otros laboratorios de calibración de medidores de energía.

Incluso, de no haber tomado esta medida, la EBSA probablemente a 2011 tendría una menor participación en el mercado.

13. Responsabilidad del Gerente General, ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ

En relación a la imputación de responsabilidad, como persona natural, del Gerente General de la EBSA, ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, la Delegatura encontró evidencia que lo vincula directamente con la realización y el dominio de los hechos objeto de investigación.

En primer lugar, ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, como Gerente General, firmó el Acto de Gerencia No. 092 de 12 de noviembre de 2010⁵³, por medio del cual se implementó el cobro por la homologación de la información de los medidores de energía, y a partir del cual se configuraron las conductas anticompetitivas investigadas por la Delegatura.

Adicionalmente, contrario a lo manifestado por la defensa⁵⁴, el investigado tuvo conocimiento del contenido del Acto de Gerencia. Así lo testificó el Director Operativo de la EBSA, Alfonso Saavedra, quien aparece en el "Acta de Reunión", de 20 de agosto de 2010⁵⁵, en la que se incluye el cobro de la homologación de la información de los medidores de energía como uno de los temas tratados al interior de la Gerencia de Comercialización:

Pregunta 35: *¿Quién tiene la facultad de aprobar los actos de gerencia dentro del organigrama de la EBSA?*

Respuesta: *Como su nombre lo indica el Acto de Gerencia 092 es un acto que se expide firmado por el Gerente General.*

Pregunta 36: *¿Se le expuso al Gerente General el contenido de dicho acto de gerencia?*

Respuesta: *Cuando se tramitan los actos de gerencia, el Gerente General tiene conocimiento del contenido de los mismos.*

(...)

Apoderado. Pregunta 44: *¿Cuál es el procedimiento que se sigue para la suscripción del Gerente General?*

Respuesta: *El Acto de Gerencia se tramita, primero digamos que se define cuál es la modificación o lo que se va a incluir en el Acto de Gerencia, ya sea directamente por la Gerencia de Comercialización, o de acuerdo, para el caso específico del Acto de Gerencia 092, con la Gerencia de Distribución, que también incluyó el valor de los servicios que prestan allí, y una vez se define el contenido del Acto de Gerencia se solicita a la Oficina*

⁵¹ Cuaderno Público No. 1, folios 39 y 56.

⁵² Cuaderno Público No. 2, folios 376 y 392.

⁵³ Cuaderno Público No. 1, folio 196.

⁵⁴ Según la cual "la Expedición del acto de gerencia No. 092 del 12 de noviembre de 2010 obedeció a un trabajo estructurado por la Gerencia Comercial". Cuaderno Público No. 2, folio 301.

⁵⁵ Cuaderno Público No. 2, folios 388 a 390.



Jurídica la asignación del número del Acto de Gerencia, y se presenta ante el Gerente General para su estudio, firma y aprobación.⁵⁶

Finalmente, en el interrogatorio adelantado por esta Delegatura, el investigado reconoció que el contenido del Acto de Gerencia No. 092 de 12 de noviembre de 2010 le fue expuesto antes de ser firmado:

"Pregunta 24: *¿Conoce cómo se determinó la tarifa de la homologación?*

Respuesta: *Fue una recomendación hecha por el Comité de Tarifas que existe en la empresa, a través de un estudio de costos que ellos desarrollaron.*

Pregunta 25: *¿Se le expuso este estudio?*

Respuesta: *No, no por estricto, pero sí en el momento que llevaron a firmar el Acto de Gerencia a que estamos haciendo referencia, si me dieron una explicación de dónde salían los costos, sin entrar en detalle, sino una explicación de por qué se debía cobrar y a qué se debían los costos, el detalle del valor lo analizaron en el comité de tarifas y es un dato que ha estado en la confianza que el tengo a ese comité.*

(...)

Pregunta 43: *¿Quién sugirió el cobro de la homologación, la Gerencia Comercial o la Dirección Operativa?*

Respuesta: *Realmente el Acto de Gerencia me lo sustentó el Gerente Comercial, y sobre esa sustentación que él me hizo, yo acepté firmar ese Acto de Gerencia, una sustentación que en su momento me pareció adecuada, con fundamentos sobre qué se debía cobrar. Indudablemente la discriminación de los costos no hace parte de mi decisión sino de la confianza que le tengo al Comité Comercial en cabeza del Gerente Comercial. Realmente uno no podría decir cuál de los que está allá, a no ser que en el acta lo diga, efectivamente quién lo propuso, una cosa es la propuesta otra cosa es que el comité lo acepte. Que lo puede proponer cualquiera, definitivamente el comité fue quien lo decidió⁵⁷.*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura encuentra responsable a ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ de las conductas anticompetitivas realizadas por la EBSA, en los términos que establece el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

14. Recomendaciones

14.1. Recomendación respecto de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P.

De conformidad con lo expuesto en el presente Informe Motivado, la Delegatura encuentra responsable a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. de haber abusado de su posición de dominio en el mercado de comercialización de energía eléctrica, de acuerdo con las imputaciones realizadas en la Resolución 8254 de 24 de febrero de 2012.

Recomienda, en consecuencia, imponer la sanción pecuniaria que establece el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la cual podría ser, en vista del tamaño del mercado, de mil millones de pesos.

14.2. Recomendación respecto de ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ

La Delegatura pudo establecer que el Gerente General de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P., ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, autorizó la

⁵⁶ CD obrante en el Cuaderno Público No. 2, folio 374.

⁵⁷ CD obrante en el Cuaderno Público No. 2, folio 392.

realización de las conductas estimadas como anticompetitivas en el presente Informe Motivado. Se recomienda al Superintendente de Industria y Comercio, para el efecto, sancionarlo, en su condición de persona natural investigada, y en aplicación del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, con la suma de diez millones de pesos.

14.3. Aplicación de criterios de atenuación.

El apoderado de la EBSA solicitó que, de aplicarse una sanción en contra de la EBSA, se tuvieran en cuenta los criterios de atenuación.

Durante el trámite se probó que la conducta no tuvo un impacto significativo en el mercado conexo. Adicionalmente, la EBSA concilió con los quejosos y no reporta antecedentes por la infracción a las normas de competencia; por lo que la Delegatura solicita al Despacho que aplique los criterios de atenuación que sean procedentes.

Instruida la investigación, se pone en conocimiento del Superintendente de Industria y Comercio el presente Informe Motivado, y se corre traslado a los investigados, de conformidad con el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

Atentamente,



CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

Elaboró: Jaime Tolosa, Paula Mahecha, Hernán Panesso
Revisó: Julio Castañeda
Aprobó: Pablo Márquez