

DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO - Noción

Para determinar la posición de dominio en un mercado relevante se debe analizar, en esencia, la estructura de competencia en el mercado, lo cual incluye un análisis de cuotas de mercado y niveles de concentración, las características de la demanda, los competidores, la existencia de barreras a la entrada, así como otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado. En concreto, lo que se quiere determinar al analizar si una empresa tiene posición dominante es si dicho ente económico tiene la capacidad para establecer, de forma unilateral, las condiciones de un mercado.

POSICIÓN DE DOMINIO EN SERVICIOS PÚBLICOS - Noción

De acuerdo con el numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, a través de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, la posición dominante es definida como “la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”.

Esta Superintendencia ha señalado en casos anteriores que la determinación de la posición dominante en la prestación de servicios públicos domiciliarios debe realizarse según lo señalado en la Ley 142 de 1994, teniendo en cuenta que el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que “[e]n caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico”.

EL DOBLE COBRO POR UN MISMO SERVICIO CONSTITUYE UNA PRÁCTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA

Si bien se demostró que la EBSA incurre en costos administrativos, operativos, e incluso en un costo de oportunidad al homologar la información de los medidores, también quedó demostrado que esos costos ya se están recuperando cuando se cobra al usuario final del servicio público de energía por el registro de su medidor, como lo ordena la regulación. Lo anterior, puesto que, aunque formalmente las actividades de homologación y registro tengan diferencias formales, en esencia son idénticas porque en ambas se solicita la misma información y se persiguen idénticos objetivos. Así, con el cargo de comercialización que paga el usuario final en su factura del servicio de energía, la EBSA recupera, o debería recuperar, los costos en los que incurre por el registro de la información de los medidores y su actualización, y no tiene justificación alguna para cobrar a terceros por el ingreso de esa misma información al sistema, aun cuando la homologación de la información de los medidores que lleven los importadores y/o distribuidores de medidores sea un procedimiento que antecede al registro del medidor por parte del usuario final del servicio de energía eléctrica cuando solicita la conexión del servicio.

VENTAJA COMPETITIVA INJUSTIFICADA COMO CONSECUENCIA DE ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El hecho de tener una ventaja competitiva en el mercado que sirva para aumentar la participación, detener o retrasar su pérdida, no es en sí mismo reprochable por el derecho de la competencia, sino que será necesario que dicha ventaja haya sido adquirida de forma injustificada y artificial, de tal forma que no se explique por consideraciones de eficiencia de la empresa, sino por determinaciones que no tienen explicación económica suficiente.

En el presente caso se ha demostrado que la ventaja adquirida se explica por una decisión artificial, generada por la expedición del Acto de Gerencia 092 de 2010, mediante el cual se decidió cobrar por la homologación de la información de los medidores. Si bien dicha medida estuvo justificada en la existencia de costos

administrativos y operativos, no es una justificación que tenga sustento económico suficiente.

LA COMPENSACIÓN PATRIMONIAL INJUSTIFICADA PARA RESARCIR LA PÉRDIDA DE PARTICIPACIÓN EN UN MERCADO ES CONTRARIA A LA LIBRE COMPETENCIA

La homologación que, se insiste, se cobra de manera injustificada, se convierte en un negocio que evita a la EBSA perder ingresos por su pérdida de participación en la calibración, lo cual constituye una conducta contraria a la libre competencia en razón de que deriva de una conducta injustificada y un ingreso proveniente de un cobro doble por una actividad que se encuentra remunerada en el cargo de comercialización.

Este Despacho considera que la obstrucción no corresponde únicamente a una justificación para que la EBSA aumente su participación en dicho mercado, sino para que conserve el porcentaje que tiene o retrase su pérdida de participación. En efecto, un mercado no solo puede verse falseado por el hecho de que una empresa aumente su participación a través de medidas unilaterales artificiales, sino también por el hecho de que esa empresa mantenga su participación o retrase su pérdida a través de conductas artificiales injustificadas y anticompetitivas.

DOSIFICACIÓN DE SANCIONES - Análisis

De conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, etc.

En cualquier caso, es importante mencionar que en los procesos de dosificación de sanción que realiza este Despacho, la multa a imponer a las sociedades y personas naturales que se sancionan responde a las condiciones, características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que se reprocha y, en ningún caso, busca excluir al investigado del mercado ni imponer multas exageradas con relación al grado de responsabilidad en la afectación de la competencia.