



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **12237** DE 2013

21 MAR 2013

Radicación: 10-161600

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 8254 del 24 de febrero de 2012³ (en adelante, "Resolución de Apertura"), el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante, "Delegado") ordenó abrir investigación para determinar si la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS -EBSAESP- (en adelante, "EBSA" o "investigada") infringió lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y, con ello, abusó de su posición de dominio en el mercado.

Asimismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si el señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ (en adelante, junto con EBSA, "investigadas"), gerente general de la EBSA, incurrió en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SEGUNDO: Que de conformidad con el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el 27 de agosto de 2012 se realizó la audiencia de descargos con el fin de que las investigadas presentaran de manera verbal los argumentos de la defensa⁴.

TERCERO: Que el 30 de agosto de 2012, una vez culminó la etapa probatoria, el Delegado presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio (en adelante, "Superintendente") el informe motivado con el resultado de la etapa de instrucción⁵ (en adelante, "Informe Motivado"), en el cual recomendó sancionar a las investigadas por haber infringido las normas sobre protección de la competencia. En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del Informe Motivado a las investigadas, cuyos principales aspectos se resumen a continuación:

La Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, "Delegatura") realizó una descripción del mercado de energía eléctrica en Colombia y concluyó que la EBSA ostenta posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica en el Departamento de Boyacá.

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009 a su vez modificado por el del Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Documento obrante en el Cuaderno No. 2 del expediente No. 10-161600 (en adelante "Expediente"), folios 448 a 477.

⁴ Folios 534 a 535, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵ Folios 562 a 588, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

R

RESOLUCIÓN NÚMERO **12237** DE 2013 Hoja N°. 2

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

El Informe Motivado también explicó que la calibración de medidores de energía eléctrica consiste en la inspección de su debido funcionamiento y que es una actividad regulada que conforma un mercado conexo al de distribución de energía eléctrica. Las empresas que desarrollan esta actividad deben estar certificadas ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia ("ONAC").

Respecto de la homologación de la información de los medidores de energía eléctrica, la Delegatura afirmó que el comercializador debe llevar un registro de los medidores que instale a los usuarios finales, para tener trazabilidad sobre ellos.

El Informe Motivado puntualizó que mediante Acto de Gerencia 092 de 12 de noviembre de 2010, la EBSA implementó el cobro de la homologación de la información de cada medidor, para aquellos medidores que no se calibraran en el laboratorio de la EBSA.

En relación con la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 imputada a las investigadas, la Delegatura señaló que la EBSA realiza un cobro ilegítimo de la homologación, sin sujetarlo a ningún régimen tarifario y por fuera del régimen regulatorio que la rige⁶, por cuanto el registro está remunerado a través del cargo de comercialización de energía eléctrica para los usuarios regulados.

Frente al numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, la Delegatura se basó en la doctrina de los mercados complementarios para plantear que la EBSA usaría la posición de dominio que ostenta en el mercado de distribución y comercialización de energía, para obtener una ventaja competitiva en el mercado de calibración de medidores. La Delegatura concluyó que la EBSA concurre en el mercado de calibración de medidores de energía, dado que ofrece este servicio a terceros, y que con la ejecución de la conducta anticompetitiva adquiere una ventaja competitiva en precios, incluyendo el sobrecosto que debe asumir el usuario que decida calibrar medidores de energía en otros laboratorios.

En consecuencia, el Informe Motivado concluyó que la EBSA abusó de su posición de dominio obstaculizando el acceso a terceros al mercado de calibración de medidores de energía.

CUARTO: Que estando dentro del término legal, las investigadas presentaron observaciones al Informe Motivado mediante las cuales buscaron demostrar que la EBSA no incurrió en las conductas anticompetitivas que le fueron imputadas. Se destacan los siguientes argumentos:

En primer lugar, las investigadas alegaron que no existen elementos probatorios que permitan concluir válidamente que la EBSA ostenta posición dominante en el mercado de la distribución y comercialización de energía eléctrica, como tampoco que su actuación se circunscriba en las conductas de abuso de posición de dominio que le fueron atribuidas, dado que la EBSA no cuenta con las facultades para determinar las condiciones del mercado.

Frente a la supuesta infracción del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, señalaron que el registro del medidor de energía es la matrícula del usuario en el sistema de conexión al servicio de suministro de energía eléctrica, que hace parte de la actividad

⁶ Folio 581, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 12237 DE 2013 Hoja N°. 3

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

de comercialización y que permite al prestador del servicio: (i) tener la información y trazabilidad del equipo a través del cual se determina el consumo facturable del usuario, y (ii) verificar que dicho usuario cumple con las normas sobre equipos de medida dispuestas por la regulación para cada tipo de usuario, por tanto es posible facturarlo al usuario.

También argumentaron que el cobro de la homologación al distribuidor del medidor no subordina el registro del usuario para la prestación del servicio de comercialización, puesto que la homologación y el registro son dos actividades diferentes que se cobran en momentos diferentes, a usuarios diferentes y, por tanto, no se puede concluir la existencia de subordinación.

Adicionalmente, señalaron que no es posible concluir, como lo hizo la Delegatura, que la homologación está subordinada al pago de una tarifa, porque la tarifa hace parte de la naturaleza de una actividad que se cobra, como es la homologación, y que ésta no se hace al momento de registrar al usuario, porque es el distribuidor de medidores y no el usuario final del servicio de energía eléctrica, el sujeto pasivo del cobro de la tarifa.

Frente a la supuesta infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, señalaron que el cobro de la tarifa por concepto de homologación que fue implementado por la EBSA a través del Acto de Gerencia No. 092 de 2010 no tuvo el objeto, no tiene la capacidad, ni tampoco ha tenido el efecto de impedir u obstruir el acceso al mercado de calibración de medidores.

Lo anterior por cuanto, de una parte, la homologación se cobra para recuperar los costos en los que incurre la EBSA para el desarrollo de esta actividad, por lo cual constituye un cobro legítimo para preservar la suficiencia financiera de la empresa, y además, ha generado pocos beneficios económicos. De otra parte, el cobro de la homologación no ha obstruido el acceso al mercado de calibración de medidores de energía, ni genera una ventaja competitiva para la EBSA.

Adicionalmente, las investigadas manifestaron que el laboratorio de calibración de la EBSA tiene capacidad limitada para la calibración y que en ningún momento la EBSA ha pretendido obtener mayor participación en el mercado de calibración de medidores, pues debe destinar su capacidad para los requerimientos internos de la empresa.

Finalmente, las investigadas consideraron que, toda vez que la EBSA no es responsable de hecho alguno relacionado con los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, no se puede concluir que el señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ haya incurrido en hechos que configuren su responsabilidad personal en los términos del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

QUINTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 29 de enero de 2013 se escuchó al Consejo Asesor y, posteriormente, el Superintendente profirió la Resolución No. 3694 de 5 de febrero de 2013 (en adelante, "Resolución de Sanción"), mediante la cual decidió sancionar a la EBSA por haber infringido lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Respecto del señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, el Superintendente consideró que incurrió en

Radicación: 10-161600

los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992⁷. La parte resolutive de la Resolución señala:

ARTÍCULO PRIMERO: No tener en cuenta como pruebas los documentos anexados por las investigadas al escrito de observaciones al Informe Motivado.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar que la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP, con NIT0891800219-1, no contravino lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP, con NIT0891800219-1, contravino lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP por la suma de CUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL PESOS (\$4.754.745.000,00), equivalente a ocho mil sesenta y seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (8.066 SMMLV).

(...)

ARTÍCULO QUINTO: Declarar que el señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ en su calidad de gerente general de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP, toleró, ejecutó, autorizó y colaboró con las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO SEXTO: Imponer una sanción pecuniaria al señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ en su calidad de gerente general de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS – EBSA ESP por la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$47.160.000,00), equivalente a ochenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (80 SMMLV).

(...)⁸.

A continuación se resumen los argumentos que llevaron a este Despacho a concluir que la EBSA infringió lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, así como los que lo llevaron a concluir que el señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, en su calidad de gerente general de la EBSA, incurrió en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

5.1. MERCADO RELEVANTE, MERCADO AFECTADO Y POSICIÓN DE DOMINIO

El Despacho definió dos mercados relevantes: (i) el mercado de distribución y comercialización de energía, donde la EBSA participa y tiene posición de dominio,

⁷Subrogado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Radicación: 10-161600

denominado mercado principal, y (ii) el mercado afectado por la conducta realizada por la EBSA, esto es el mercado de calibración de medidores de energía eléctrica, donde la EBSA participa pero no tiene posición de dominio.

Respecto del mercado principal, este Despacho encontró que la EBSA participa en las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica en 123 municipios de Boyacá y 2 municipios de Santander, y ostenta posición de dominio en la prestación de estos dos servicios a los usuarios regulados.

En cuanto a la definición de la existencia de posición de dominio por parte de la EBSA, el Despacho demostró que la EBSA ostenta posición de dominio en los mercados de distribución y comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados, de acuerdo con la definición del numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1992, a través del cual se establece que para los servicios públicos domiciliarios, se entiende que una empresa tiene posición de dominio cuando sirve a 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

También se determinó que la EBSA participa en el mercado de calibración de medidores de energía porque ofrece este servicio a terceros a través de su propio laboratorio de calibración. Este es un mercado conexo al de distribución y comercialización y se circunscribe al territorio nacional. En este mercado, se determinó que la EBSA no tiene posición de dominio.

5.2. ACTIVIDADES DE CALIBRACIÓN, HOMOLOGACIÓN Y REGISTRO DE MEDIDORES

En la Resolución No. 3694 de 2013, el Despacho describió cada una de estas tres actividades, mostró sus similitudes y diferencias, y concluyó la identidad entre las actividades de homologación y registro de medidores.

5.2.1. Definición de las actividades

- **Calibración:** el Despacho señaló que la actividad de calibración de medidores de energía eléctrica es obligatoria antes de la instalación de cada medidor⁸ y se refiere a la inspección de su debido funcionamiento, de manera que se puedan realizar mediciones confiables y trazables sobre la cantidad exacta de energía consumida en kilovatios por parte del usuario final. De acuerdo con lo dispuesto en la Resolución CREG No. 225 de 1997⁹, la calibración hace parte del servicio de conexión, debe seguir parámetros establecidos por las normas técnicas y lo debe realizar una entidad debidamente acreditada. Las tarifas de calibración se deben ajustar al régimen de libertad regulada.
- **Homologación:** el Despacho afirmó que la actividad de homologación de medidores de energía eléctrica no tiene definición legal ni se encuentra regulada por la CREG.

⁸ Artículo 7.5.2. de la Resolución CREG No. 070 de 1998, por la cual se establece el Reglamento de Distribución de Energía Eléctrica, como parte del Reglamento de Operación del Sistema Interconectado Nacional

⁹ Artículo 1 de la Resolución CREG No. 225 de 1997, por la cual se establece la regulación relativa a los cargos asociados con la conexión del servicio público domiciliario de electricidad para usuarios regulados en el Sistema Interconectado Nacional.

RESOLUCIÓN NÚMERO **5.2 - 12237** DE 2013 Hoja N°. 6

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

la falta de existencia de definición legal, el Despacho utilizó la definición de las investigadas, respecto de que la homologación es una actividad que realiza la EBSA para tener control sobre los medidores que los importadores, distribuidores y/o comercializadores de medidores van a poner a la venta en el mercado relevante de la EBSA, y que posteriormente serán instalados por ésta a sus usuarios finales. A través de esta actividad, exigen a estos agentes el envío de un archivo plano que debe contener una información específica sobre cada medidor, para que el personal de la EBSA la importe a su sistema de información SIEC.

La homologación de la información de los medidores es un proceso de verificación de la información y de incorporación a un sistema de datos de la EBSA, de los medidores que fueron calibrados en laboratorios diferentes a los de la EBSA, medidores que posteriormente serán adquiridos por usuarios finales de la EBSA para ser instalados como instrumento de medida del suministro de energía eléctrica. En esta actividad intervienen el laboratorio de calibración de la EBSA y los importadores, distribuidores y/o comercializadores de energía, pero no el usuario final del servicio público del servicio público domiciliario de energía.

Según las investigadas, la homologación se justifica en el deber que tiene el usuario final de registrar el medidor ante el comercializador de energía eléctrica, y por ello la EBSA busca llevar la trazabilidad de los medidores.

- **Registro:** el registro de los medidores de energía eléctrica ante el comercializador de energía eléctrica está regulado por la CREG como una obligación a cargo del usuario final del servicio público domiciliario de energía, tal y como se señala en el numeral 7.5.1. de la Resolución CREG No. 070 de 1998. El usuario final del servicio público domiciliario de energía es libre de adquirir el medidor de energía del proveedor que elija, siempre y cuando cumpla con las características técnicas exigidas por el comercializador.

La finalidad del registro de los medidores es que el comercializador que presta el servicio público domiciliario de energía pueda tener la trazabilidad de los medidores, identificar dónde se ubica cada uno, los traslados de lugar, su historial de calibraciones y reparaciones, y en general toda la información que corresponda a la historia del medidor, así como a sus características técnicas. El registro del medidor se remunera al comercializador a través del cargo de comercialización que paga mensualmente el usuario final del servicio público de energía.

5.2.2. Identidad de las actividades de homologación y registro de medidores de energía

En la Resolución No. 3694 de 2013 se presentaron dos cuadros con las similitudes y diferencias entre las actividades de registro y homologación, como se muestra a continuación:

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Tabla 1
Diferencias entre homologación y registro

	HOMOLOGACIÓN	REGISTRO
Partes intervinientes	<ul style="list-style-type: none"> • Laboratorio de la EBSA • Importador y/o distribuidor de medidores 	<ul style="list-style-type: none"> • Comercializador de energía eléctrica (EBSA) • Usuario final del servicio de energía eléctrica
Momento de realización de actividad	Una vez calibrado el medidor, y antes de ponerlo a la venta a usuarios finales.	Al momento en que el usuario final solicita la conexión del servicio de energía.
Costo / Tarifa	Tarifa fija por medidor, equivalente en 2010 a \$4.066 IVA incluido	Sin cobro adicional, porque el costo está incluido en el cargo de comercialización
Modalidad de cobro	Factura de venta independiente	Factura de cobro del servicio público de energía
Oportunidad de cobro de la actividad	Al momento en que el laboratorio de la EBSA recibe los archivos planos con la información de los medidores.	Con la factura mensual de cobro por el servicio público de energía.
Actividad regulada expresamente	No	Sí

Fuente: Elaboración SIC con base en información del expediente.

Hay diferencias respecto de las partes que intervienen en cada actividad, el momento en que se realiza cada una de ellas, los costos asociados y la forma de cobrarlos. Sin embargo, también existen similitudes sustanciales en las dos actividades, que consisten básicamente en su fundamento legal y finalidad, como se evidencia de la Tabla 2 de la Resolución No. 3694 de 2013 que se reproduce a continuación:

Radicación: 10-161600

Tabla 2
Similitudes entre homologación y registro

	HOMOLOGACIÓN	REGISTRO
Finalidad	<ul style="list-style-type: none"> Trazabilidad de los medidores que se van a instalar en el mercado relevante de la EBSA 	<ul style="list-style-type: none"> Trazabilidad de los medidores que se instalen a los usuarios finales del comercializador Datos históricos del medidor
Fundamento legal	<ul style="list-style-type: none"> Resolución CREG No. 070 de 1998, artículos 4.4.6 y 7.5.1. Principio de suficiencia financiera 	Resolución CREG No. 070 de 1998, artículo 7.5.1.
Información solicitada	Marca; número de serie; tipo energía; modelo; tipo; constante; tipo instalación; número de hilos; clase_exactitud, corriente; tensión; frecuencia; tipo mecanismo; unidades_constante; dígitos; factor multiplicación; lectura inicial; sello laboratorio 1; forma sello 1; sello laboratorio 2; forma sello 2; sello laboratorio 3; forma sello 3.	Fabricante, características técnicas, números de serie, modelo y tipo de los diversos componentes

Fuente: Elaboración SIC con base en información del expediente.

Sobre este aspecto, el Despacho concluyó que:

*"Así, tanto la homologación como el registro buscan de parte del comercializador de energía –en este caso la EBSA–, los datos de los medidores para su trazabilidad. Es decir, tener información de los medidores para saber tanto los datos técnicos del medidor como su historial en general. **Además, según la EBSA, el fundamento de la actividad de homologación es el numeral 7.5.1. de la Resolución CREG No. 070 de 1998¹⁰, que resulta ser el mismo fundamento del procedimiento de registro, como específicamente lo establece la regulación para este último caso.***

(...)

Para este Despacho es claro que la finalidad de la homologación y del registro es sustancialmente la misma, así como también las actividades que se realizan en uno y otro procedimiento, aun cuando la EBSA diferencie estas dos actividades por los criterios de partes, tarifa y momento de ejecución como se evidenció en la Tabla 2.

En este orden de ideas, este Despacho concluye que la actividad de homologación de la información de los medidores que ha implementado la EBSA hace algunos años, y

¹⁰ Interrogatorio al señor Roosevelt Mesa, gerente de la EBSA. CD obrante a folio 392, Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 56.

"PREGUNTA: ¿Dentro de qué marco normativo se sustenta el cobro de la homologación por parte de la Empresa de Energía de Boyacá

RESPUESTA: La Resolución CREG 070 de 1998, y a la ley de servicios públicos, lo que habla de la suficiencia financiera que debe tener la Empresa de Energía de Boyacá y todas las empresas del sector."

En otro aparte del interrogatorio, el señor Roosevelt Mesa también se refiere al artículo 4.4.6 de la Resolución CREG 070 de 1998, para justificar la actividad de homologación de medidores.

Radicación: 10-161600

por la que empezó a cobrar a los importadores y/o distribuidores de medidores desde la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de noviembre de 2010, es una actividad redundante que replica los objetivos previstos expresamente en la regulación para el registro de medidores de energía ante el comercializador por parte del usuario final"¹¹.
(Subrayado y negrillas dentro del texto).

5.2.3. Prohibición de cobro de la homologación

Dado que se concluyó la identidad entre las actividades de homologación y registro, el Despacho concluyó que el cobro de la homologación de la información de los medidores resulta controversial por cuanto ya está remunerada a través del cargo de comercialización, así que la EBSA cobra dos veces (a diferentes usuarios) por una misma actividad.

Adicionalmente, el Despacho afirmó que si hubiera acogido la tesis que expusieron las investigadas en el escrito de observaciones al Informe Motivado sobre la recuperación de pérdidas, tampoco justificaría el cobro de la homologación. En efecto, las investigadas manifestaron que la actividad de homologación se empezó a cobrar para cubrir las pérdidas patrimoniales de la EBSA. Sin embargo, con ello estarían contraviniendo lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 142 de 1994, que dispone que no se permitirán alzas en las tarifas para recuperar pérdidas patrimoniales, sino que éstas deben hacerse, exclusivamente, con nuevos aportes de capital de los socios, o con cargo a las reservas de la empresa o a sus nuevas utilidades.

En este punto, el Despacho concluyó que:

"Por todos los argumentos anteriormente expuestos, este Despacho concluye que no le asiste razón alguna a las investigadas al pretender justificar el cobro de la homologación, considerándola como una actividad independiente del registro. Por el contrario, del análisis anterior se desprende que la actividad de homologación de la información de los medidores es una actividad que redunda la obligación del usuario final de registrar la información del medidor, actividad ésta por la cual la EBSA recibe la respectiva remuneración a través de los pagos que hacen los usuarios finales del cargo de comercialización en las facturas de energía"¹².

5.3. SOBRE LA SUBORDINACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA A LOS USUARIOS FINALES POR PARTE DE LA EBSA AL COBRO DE LA HOMOLOGACIÓN DE LA INFORMACIÓN DE LOS MEDIDORES QUE DEBEN HACER LOS DISTRIBUIDORES E IMPORTADORES EN EL LABORATORIO DE LA EBSA

Frente a este cargo, el Despacho se apartó de la posición de la Delegatura y concluyó que la homologación de la información del medidor no es como tal un requisito para la prestación del servicio público domiciliario de energía, porque lo que constituye un requisito para la prestación del servicio es la obligación del registro del medidor por parte del usuario final ante el comercializador.

¹¹Págs. 37-38 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 678, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

¹²Pág. 45, de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 682, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Teniendo en cuenta que los demandantes de uno y otro servicio son diferentes, siendo el importador o distribuidor el demandante de la homologación y el usuario final el demandante del servicio de conexión, el Despacho concluyó que:

"Por estas razones, no es posible afirmar que la homologación sea un requisito para la prestación del servicio, lo cual no le resta importancia al hecho de que, como se ha reiterado a lo largo de esta resolución, la información que solicita la EBSA en la homologación es esencialmente la misma que la que se solicita en el registro, y la homologación se constituye entonces en una actividad redundante con respecto al requisito regulatorio del registro de los medidores".

(...)

"Por las razones aquí expuestas, este Despacho concluye que en la presente investigación no existen pruebas ni argumentos suficientes para sostener que existió una subordinación entre la homologación de la información de los medidores y la prestación del servicio público de energía eléctrica como se le endilgó a las investigadas en la resolución de apertura. Así las cosas, y dado que la existencia de la subordinación es esencial para la configuración de la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, no es posible afirmar que las investigadas hayan incurrido en la conducta allí prevista y en consecuencia no impondrá sanción alguna por este cargo".¹³

5.4. SOBRE LA OBSTRUCCIÓN DE ACCESO AL MERCADO DE CALIBRACIÓN DE MEDIDORES POR PARTE DE LA EBSA AL ESTABLECER UN COBRO POR LA HOMOLOGACIÓN DE LA INFORMACIÓN DE LOS MEDIDORES DE ENERGÍA

El Despacho reiteró en este punto que el mercado de calibración de medidores de energía eléctrica es conexo al mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica.

También reiteró que la EBSA tiene participación en los dos mercados y que en el de distribución y comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados ostenta posición de dominio. Por el contrario, en el mercado de calibración de medidores nuevos tiene una participación minoritaria, dado que éste es un mercado nacional en el que puede participar cualquier laboratorio y/o empresa de servicios públicos que esté debidamente acreditada por la SIC o la ONAC para la actividad de calibración.

Después, el Despacho pasó a demostrar la existencia de una ventaja competitiva por parte de la EBSA en el mercado de calibración de medidores como consecuencia del abuso de posición de dominio en los mercados de distribución y comercialización de energía eléctrica.

5.4.1. Cobro de la homologación como abuso de posición dominante en el mercado de distribución y comercialización de energía

El Despacho recalcó que:

"(...) el cobro por la homologación de la información de los medidores no calibrados en su laboratorio que empezó a hacer la EBSA a partir de la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de noviembre de 2010, es un cobro injustificado desde la

¹³Págs. 47-48 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 683, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

perspectiva económica y regulatoria. Ello, por cuanto los costos asociados a ese cobro por la actividad de homologación, que es en esencia idéntica a la de registro de los medidores por parte de los usuarios finales del servicio público de energía, ya se le remunera a la EBSA a través del cargo de comercialización que cobra a los usuarios del servicio público con la factura de energía. En otras palabras, al cobrar el servicio de homologación, la EBSA está cobrando dos veces por un mismo servicio, teniendo en cuenta que el registro (que captura en esencia la misma información que la homologación), ya está remunerado a través de la tarifa regulada que paga el usuario final por el servicio de energía"¹⁴.

Este Despacho afirmó que una manera de afectar el mercado es a través de la imposición de condiciones injustificadas para la prestación de servicios, que fue lo que hizo la EBSA con la actividad de homologación, cuyos requisitos fueron cambiando con el tiempo hasta que la EBSA impuso su cobro mediante el Acto de Gerencia No. 092 de 2010. Con ello, el Despacho demostró que la EBSA, en su calidad de agente con posición de dominio en un mercado (distribución y comercialización de energía) pudo establecer condiciones para la prestación de servicios en ese u otros mercados como es el de calibración de medidores de energía.

En este escenario, este Despacho señaló que:

"(...) los importadores y/o distribuidores de medidores tendrían las siguientes tres alternativas si no quisieran pagar por la homologación de la información de sus medidores: (i) Calibrar todos los medidores en el laboratorio de la EBSA, aun cuando no estén conformes con el servicio que presta ese laboratorio, y quedando sujetos a la disponibilidad de capacidad de la EBSA para calibrar medidores nuevos; (ii) no vender (a distribuidores minoristas) los medidores que importen a comercializadores que se encuentren en Boyacá y los demás municipios en los que la EBSA tiene presencia, aun cuando esto les implique costos para darse a conocer en otros mercados, sin contar con otros costos como los de administración, o que implique en sí mismo el cierre de un mercado; y (iii) seguir calibrando sus medidores en los laboratorios en los que regularmente soliciten el servicio, aun cuando posteriormente tengan que trasladarle el sobrecosto de la homologación a los comercializadores (y éstos a los usuarios finales, que ya están pagando la obtención de esa información por la vía del "registro" que es remunerado a través de la tarifa regulada)"¹⁵.

Concluyó, por tanto, que la imposición de un cobro por homologación a partir de noviembre de 2010, sin previo aviso y sin justificación económica, constituye un abuso de posición de dominio por parte de la EBSA.

5.4.2. Cobro de la homologación como ventaja competitiva en los precios del laboratorio de calibración de la EBSA

El Despacho señaló que al sumar el sobrecosto que representa la homologación para los importadores y/o distribuidores que calibren medidores en laboratorios diferentes al de la EBSA, el laboratorio de calibración que ofrece los precios más competitivos es el de la EBSA y eso conlleva a que se genere una ventaja competitiva para el laboratorio de la investigada, frente a los demás laboratorios de calibración.

¹⁴Pág. 48 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 683, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

¹⁵Pág. 52 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 685, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

Lo anterior, por cuanto, aunque la EBSA incurra en costos de capital humano, tiempo y administración para introducir la información de los medidores al sistema SIEC, también lo es que dichos costos ya se encuentran remunerados en el cargo de comercialización que pagan los usuarios finales en la factura mensual del servicio de energía eléctrica. El porcentaje que los ingresos por homologación representen para la EBSA frente a los ingresos percibidos en desarrollo de sus otros negocios no es justificación para su cobro, por cuanto se deben medir las implicaciones de este cobro para los agentes participantes en el mercado de calibración de medidores.

5.4.3. La ventaja competitiva de la EBSA configura una obstrucción para el acceso de otros laboratorios de calibración al mercado

Este despacho manifestó que si bien se demostró durante la investigación que la mayoría de la capacidad del laboratorio de medidores se utiliza para el Plan de Recuperación de Pérdidas de Energía de la EBSA, esto no es una condición suficiente para descartar que el cobro de la homologación, que genera una ventaja competitiva, pueda conllevar la obstrucción del mercado de calibración de medidores.

Adicionó que:

"De hecho, se puede afirmar que la política de cobro de la homologación de la información de los medidores genera para la EBSA una doble ventaja. Por un lado, si la proporción de medidores calibrados por la EBSA frente a los demás laboratorios se mantiene o disminuye, en todo caso la EBSA se verá beneficiada porque todos los medidores que no se calibren en su laboratorio, y que pretendan venderse en el mercado relevante de la EBSA, tendrán que pagar la homologación de la información que se ingrese al sistema de la EBSA, con lo cual la EBSA acabará teniendo un ingreso fijo predecible, si estima el crecimiento anual de nuevos usuarios, que requerirán medidores nuevos. Y por otro lado, si la EBSA tiene capacidad disponible para calibrar medidores nuevos y logra cautivar mercado por el hecho de no cobrar el sobrecosto de la homologación y tener precios competitivos, aumentará su participación en el mercado desplazando a otros laboratorios de calibración, incluso aumentando su capacidad instalada"¹⁶. (Negrillas fuera del texto)

De otra parte, el Despacho manifestó que, frente al argumento de las investigadas sobre la disminución en participación que ha tenido el laboratorio de la EBSA en el mercado de calibración a partir de la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de 2010, ésta disminución sucedió por causas diferentes al cobro de la homologación, y así lo afirmaron las investigadas.

Este Despacho señaló que la homologación que cobra la EBSA de manera injustificada se convierte en un negocio que evita a la EBSA perder ingresos por su disminución de participación en la calibración y se constituye en una conducta contraria a la libre competencia. Sobre este punto, aclaró que 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, si dicha ventaja no fue adquirida de manera injustificada y artificial.

¹⁶Pág. 58 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 688, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

5.4.4. Configuración de la conducta

La Resolución No. 3694 de 2013 concluyó que la EBSA abusó de su posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de energía para generar una ventaja competitiva en el mercado de calibración de medidores de energía, en el que tiene participación minoritaria.

Agregó que:

"El hecho que materializó el abuso de su posición dominante fue el cobro por la homologación de la información de los medidores, impuesto a través de la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de noviembre de 2010.

El cobro de la homologación se constituye en un cobro artificial e injustificado que perjudica a los importadores y/o distribuidores de medidores, y puede perjudicar a los comercializadores minoristas de medidores e incluso al usuario final del servicio público de energía eléctrica.

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 servicio¹⁷.

5.5. SOBRE LOS DOCUMENTOS APORTADOS POR LAS INVESTIGADAS CON LAS OBSERVACIONES AL INFORME MOTIVADO

Frente a los documentos aportados por las investigadas para soportar algunos de sus argumentos del escrito de observaciones al Informe Motivado, este Despacho consideró que la etapa para aportar documentos para que sean tenidos en cuenta durante la investigación ya se había agotado. En consecuencia no se pueden tener en cuenta, más aún cuando no aportan elementos de juicio que permitan desvirtuar las afirmaciones realizadas por el Despacho o modificar las premisas que lo llevaron a concluir la ocurrencia de un abuso de posición de dominio por parte de la EBSA.

5.6. RESPONSABILIDAD DEL SEÑOR ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ

Frente a la responsabilidad del gerente general de la EBSA, este Despacho manifestó lo siguiente:

¹⁷Pág. 61 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 690, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

"Con respecto a los hechos que generan la responsabilidad del señor Roosevelt Mesa, y de acuerdo con el acervo probatorio que reposa en el expediente, este despacho encontró probado que el señor Roosevelt Mesa Martínez autorizó, ejecutó y toleró conductas violatorias de las normas de protección de la competencia, relacionadas específicamente con el cobro de la homologación de la información de los medidores de energía eléctrica, que se desprendieron de la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de noviembre de 2010, arriba citado"¹⁸.

Por tanto, consideró que se le debe sancionar.

5.7. DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

Este Despacho manifestó que para imponer la sanción tuvo en cuenta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta las condiciones particulares que se derivan de la realización de las conductas que se reprochan. En efecto, señaló que:

"En el caso concreto, se ha establecido que la EBSA, al expedir el Acto de Gerencia No. 092 de 2010, incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al abusar de su posición de dominio por obstruir el acceso al mercado de calibración de medidores. Sin embargo, también se estableció que la EBSA no incurrió en la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, puesto que no se probó que el cobro de la homologación condicionara la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

Quedó demostrado que la EBSA ostenta posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica, y que con el cobro por la actividad de homologación establecido mediante el Acto de Gerencia No. 092 de 2010, abusó de dicha posición para beneficiarse en el mercado de calibración de medidores de energía eléctrica.

Adicionalmente, es de anotar que el presente caso reviste una especial importancia si se tiene en cuenta que la EBSA es una empresa de servicios públicos que atiende a los usuarios del servicio público domiciliario de energía, el cual, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 142 de 1994, es un servicio público esencial.

No obstante lo anterior, este Despacho también reconoce que: (i) no se probaron todos los cargos endilgados a las investigadas en la resolución de apertura; (ii) no se probó que el cobro de la actividad de homologación haya sido trasladado a los usuarios finales del servicio público domiciliario de energía eléctrica por lo cual la conducta no ha tenido efecto sobre ellos; (iii) la EBSA no tiene antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia; y (iv) las investigadas han atendido las solicitudes y requerimientos realizados dentro de la presente investigación".¹⁹

SEXTO: Dentro del término legal, el 13 de febrero de 2013 las investigadas presentaron recurso de reposición contra la Resolución No. 3694 de 5 de febrero de 2013 y formularon al Despacho las siguientes peticiones:

"Principal: Se revoque en su integralidad la Resolución 3694 de 2013 y, en su lugar, se declare que la (sic) ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P y su representante legal, el

¹⁸Págs. 63-64 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 691, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

¹⁹Págs. 65-66 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 692, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, no contravinieron el Régimen de Protección de la Competencia.

Subsidiaria: Se gradúe y, en consecuencia, se reduzca el monto de las sanciones pecuniarias impuestas a la (sic) ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P y su representante legal, el señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, al menor valor posible, teniendo en cuenta las consideraciones ya expuestas".

El recurso se fundamentó en los argumentos que se resumen a continuación y que se analizarán en detalle más adelante.

6.1. LA EBSA NO TIENE POSICIÓN DE DOMINIO NI EN EL MERCADO RELEVANTE PRINCIPAL NI EN EL MERCADO AFECTADO

En el recurso de reposición interpuesto, las investigadas afirmaron que para la definición del mercado geográfico principal, es decir el de distribución y comercialización de energía eléctrica, se debe tener en cuenta el mercado nacional y no el mercado previamente definido como los 123 municipios de Boyacá y 2 de Santander, con fundamento en las Resoluciones CREG Nos. 001 de 2006 y 024 de 2009.

Con base en este argumento, manifestaron que la EBSA participa en el mercado de distribución y comercialización de energía a nivel nacional y que:(i) su participación en el mercado nacional de distribución es inferior al 3%;(ii) su participación en el mercado nacional de comercialización es inferior al 1,5%; (iii) el porcentaje de demanda atendida de distribución en el mercado nacional corresponde al 2,73%; y (iv) el porcentaje de demanda atendida de comercialización en el mercado nacional corresponde al 1,19%.

Adicionalmente, afirmaron que la EBSA tampoco ostenta posición de dominio en los términos de la Ley 142 de 1994, por cuanto no llega a tener más del 25% de la participación en el mercado nacional.

Las investigadas concluyeron que:

"En esta medida, la conclusión de la SIC conforme a la cual la EBSA ostenta posición de dominio en el Mercado de Distribución y Comercialización de Energía, dada (sic) su porcentaje de participación en el departamento de Boyacá, no cumple con los supuestos fácticos y normativos que quedaron demostrados y por lo tanto es errada".²⁰

Finalmente, argumentaron que aún si la EBSA ostentara posición de dominio, no podría abusar de ella por cuanto las actividades son reguladas frente a los usuarios regulados y por cuanto los usuarios no regulados tienen un alto poder de negociación.

De otra parte, frente al mercado afectado, las investigadas manifestaron su acuerdo con la posición de la SIC respecto de que la EBSA no tiene posición de dominio en el mercado de calibración de medidores.

²⁰ Pág. 4 del recurso de reposición, folio 767, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

6.2. EL SERVICIO DE HOMOLOGACIÓN NO ES OBLIGATORIO Y SU COBRO NO CONSTITUYE UNA VENTAJA COMPETITIVA POR PARTE DE LAS INVESTIGADAS

Las investigadas argumentaron que si la premisa de existencia de posición de dominio de la EBSA no se da, no es posible que se configuren conductas abusivas por parte de las investigadas.

Respecto de la actividad de homologación, las investigadas señalaron que:

"En refuerzo de lo anterior, se reitera que la homologación no es un requisito o presupuesto obligatorio ni para que el distribuidor pueda vender el medidor ni para que el registro del medidor por el usuario, tal y como lo certificó el Certificador del Sistema de gestión de Calidad (CIDET).

(...)

"Es preciso reiterar que como EBSA no impone ninguna consecuencia adversa a quien no cuenta con un medidor homologado, ni condiciona el registro de medidores a que éstos se encuentren homologados, no existe un mecanismo eficiente de control arbitrario para ser usado como supuesto apalancamiento de obstrucción o crecimiento artificial de la EBSA en el Mercado Afectado²¹.

También señalaron que el servicio de homologación es de libre escogencia por parte de los clientes y no fue impuesto como lo manifiesta la SIC, porque al ser la EBSA el único homologador, el cliente puede simplemente decidir no optar por ese servicio si considera que su precio es excesivo. Concluyeron que:

"Por lo tanto, el cobro, cuya génesis se dio en el Acto de Gerencia No. 92 de noviembre 12 de 2010, no puede ser considerado como un abuso ni en su finalidad ni en sus efectos. Al ser voluntario el acceso al servicio, su cobro no puede constituir un mecanismo de obstrucción de ninguna índole"

(...)

"En ese orden, los laboratorios de calibración no están sometidos a ninguna imposición de la EBSA para incurrir en el supuesto 'sobrecosto' asociado a la homologación. Así, el supuesto 'ahorro' de la EBSA tampoco existe y no genera ninguna ventaja frente a los otros laboratorios²².

A lo anterior, las investigadas añadieron que en el expediente no quedó probado que la EBSA tenga forma de obligar a los distribuidores de medidores a vender medidores homologados, por tanto no se explican las conclusiones en relación con un sobrecosto impuesto por las investigadas en el mercado afectado, más aún cuando el mercado de calibración de medidores es nacional y la EBSA tiene una participación minoritaria en el mismo.

²¹Págs. 6-7 del recurso de reposición, folios 769 a 770, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

²²Pág. 7 del recurso de reposición, folio 770, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

6.3. LA EBSA NO CUENTA CON LA CAPACIDAD DE CERRAR EL MERCADO A SUS COMPETIDORES Y ABSORBER SU PARTICIPACIÓN DENTRO DEL MISMO

Las investigadas afirmaron que la EBSA no tiene la capacidad ni los incentivos para obstruir el acceso al mercado de los demás laboratorios de calibración del país por cuanto afronta restricciones de capacidad instalada en su laboratorio.

Reiteraron que la mayoría de la capacidad del laboratorio se usa para actividades del Programa de Control de Pérdidas y que ésta es tan limitada que incluso los medidores que compran para el Programa vienen ya calibrados, lo cual es indicador de que no existe interés de la EBSA en expandir las actividades de calibración.

Señalaron que la Resolución de Sanción minimizó las afirmaciones hechas en las declaraciones de las diferentes personas que rindieron testimonio durante la investigación, y quienes coincidieron en señalar que en varias ocasiones la EBSA ha tenido que rechazar solicitudes de calibración por no disponer de la capacidad suficiente en su laboratorio, mientras que en la Resolución se afirmó que los casos de rechazo eran aislados y no concluyentes. En opinión de las investigadas, este tipo de análisis del Despacho rompe con el principio de indivisibilidad de la prueba y valoración conjunta de la misma.

Además, alegaron que los documentos aportados como prueba en el escrito de observaciones al Informe Motivado reiteraban estos argumentos de las investigadas porque demostraban que la EBSA compra medidores calibrados para el Programa de Control de Pérdidas. No obstante, también afirmaron que:

"Lo único cierto es que las pruebas que obran en el expediente dan fe de que la EBSA enfrenta restricciones en la capacidad de su laboratorio, al punto tal que en algunas ocasiones debe rechazar solicitudes de calibración de intermediarios y en otras se ve en la necesidad de comprar medidores para su propio uso previamente calibrados por otros laboratorios, por lo que debe concluirse que mi Representada no tiene la capacidad para buscar un cierre del mercado de los demás laboratorios en el mercado de la calibración".²³

6.4. EL EFECTO DE CIERRE SOBRE EL MERCADO NO SE ENCUENTRA ACREDITADO

En este acápite del recurso de reposición presentado, las investigadas insistieron en que el pago de la homologación no es obligatorio. Así, señalaron que:

"(...) nadie está obligado a contratar el servicio de homologación con la EBSA ni de incurrir en el costo de la misma, ya que la homologación es opcional. No puede sancionarse a la EBSA por ofrecer un servicio que agrega valor a los distribuidores que buscan otorgarle a los medidores que ofrecen en el mercado una garantía adicional de calidad y el respaldo de haber sido sometidos a una verificación de los requisitos de homologación y calibración bajo los parámetros y estándares establecidos".²⁴

²³Pág. 10 del recurso de reposición, folio 773, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

²⁴Pág. 11 del recurso de reposición, folio 774, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

De otra parte, señalaron que el argumento del Despacho relacionado con la potencial recuperación o aumento de participación de la EBSA en el mercado de calibración en el mediano plazo resulta especulativo. Al respecto, las investigadas manifestaron que:

"Por tanto, la EBSA no puede ser sancionada por qué (sic) en el corto o mediano plazo pueda llegar a suceder un supuesto evento, que en la actualidad las pruebas dicen que no se ha presentado y que tampoco sustenta que en el futuro se puedan presentar, por lo cual resulta especulativo cualquier vaticinio en ese sentido.

La SIC de ninguna manera puede de manera arbitraria dar preponderancia a las posibilidades futuras, sobre la evidencia que muestra una realidad irrefutable y es que la supuesta obstrucción al acceso al mercado de calibradores no ha tenido lugar y no demuestra que pueda llegar a ocurrir²⁵.

Finalmente, manifestaron que la variación en el cargo formulado por parte del Despacho, que señaló que la obstrucción corresponde no sólo al aumento de participación sino para conservarla o retrasar su pérdida, es una determinación basada en aspectos conceptuales pero desprovista de hechos demostrados que le sirvan de sustento.

6.5. LA SANCIÓN VULNERA EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA DE LAS INVESTIGADAS

Las investigadas argumentaron que el hecho de que la audiencia de conciliación que se llevó a cabo durante la investigación haya terminado en un arreglo conciliatorio en el que la EBSA se comprometió a disminuir las tarifas por homologación, comparado frente a la sanción posterior, vulnera el principio de confianza legítima.

En su opinión, el hecho de que la SIC permitiera a las partes llegar a un acuerdo conciliatorio sobre la homologación, les indujo a concluir que el cobro de la homologación no era una actividad contraria a la libre competencia porque si así no fuera, la SIC no ha debido permitir la conciliación.

Lo anterior, aunado al hecho de que en la Resolución de sanción la SIC no ordenó a la EBSA cesar la conducta supuestamente abusiva. Frente a este punto, las investigadas afirmaron que la SIC no puede ordenar el cese de la conducta en la resolución que resuelva el recurso de reposición sin violar el principio de *no reformatio in pejus*.

6.6. DENEGAR PRUEBAS EN LA RESOLUCIÓN DE SANCIÓN VULNERA EL DEBIDO PROCESO

Las investigadas manifestaron que la SIC, al negar los documentos que la EBSA aportó como pruebas en el escrito de observaciones al Informe Motivado, violó el debido proceso.

Como fundamento, alegaron que la SIC no aplicó el artículo 34 del Decreto 01 de 1984 que establece que durante las actuaciones administrativas es posible pedir y decretar pruebas, así como allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado. Adicionalmente, agregaron que el referido artículo es una norma supletoria que regula las demás etapas de la actuación administrativa donde la norma especial de competencia no estableció reglas especiales.

²⁵Pág. 11 del recurso de reposición, folio 774, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

6.7. MULTA DESPROPORCIONADA

Para sustentar la petición subsidiaria del recurso de reposición, las investigadas alegaron que las multas impuestas por la SIC son desproporcionadas y de carácter confiscatorio, desconociendo los principios de la Ley 1340 de 2009 para la imposición de multas y los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad. Según las investigadas, la SIC no motiva los criterios, fórmulas y procedimientos que tuvo en cuenta para tasar el valor de las multas.

Respecto del criterio de "utilidad", las investigadas señalaron que se debe tener en cuenta únicamente la utilidad derivada con la conducta para tasar la multa, y sólo subsidiariamente la SIC puede tener como criterios los montos máximos de las sanciones establecidos en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. Además, señalaron que:

"Adicionalmente, el valor de la multa no puede graduarse como regla general a partir del valor máximo de la sanción que ha establecido el legislador, pues de ser así se estaría violando el principio de proporcionalidad al establecer como regla general y punto de partida la máxima sanción a imponer.

En este orden, la relación de la multa debe estar definida a partir del mínimo previsto por la ley, y a partir de ese valor aplicar los agravantes y atenuantes que sean identificados, que fue lo que no se hizo en el presente caso".²⁶

Así, las investigadas concluyeron que de haber ocurrido la conducta, la SIC ha debido calcular el monto de la sanción con base en la utilidad obtenida por la supuesta conducta y nunca como un monto superior al 150% de dicha utilidad. Por tanto, el monto máximo de la sanción no podría exceder de doscientos veinticinco millones de pesos (\$225.000.000).

Adicionalmente, la SIC debió tener en cuenta los parámetros de graduación de la sanción, que implican una disminución sustancial a la misma. En particular, las investigadas señalaron como atenuantes que: (i) la supuesta conducta no generó un impacto en el mercado; (ii) el ingreso por la supuesta conducta fue de aproximadamente \$150.000.000, de allí que la sanción resulta desproporcionada; (iii) las investigadas han colaborado con la investigación, e incluso se dio un compromiso por parte de la EBSA en la audiencia de conciliación; (iv) la participación de la EBSA en el mercado afectado es minoritaria y (v) la EBSA no ha sido objeto de investigaciones por violaciones al régimen de protección de la competencia.

En consecuencia, las investigadas alegan que de configurarse la conducta anticompetitiva endilgada, la multa se debe reducir sustancialmente.

Finalmente, las investigadas anotaron que el Despacho no tuvo en cuenta las recomendaciones que la Delegatura hizo al Despacho sobre la sanción a imponer (\$1.000.000.000 para la EBSA y \$10.000.000 para su representante legal) y que no motivó las razones por las que se apartó de dicha recomendación, más aun cuando dicha recomendación correspondía a una sanción por los dos cargos imputados, y no solamente por el que el Despacho sancionó a las investigadas.

²⁶Pág. 18 del recurso de reposición, folio 781, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 12237 DE 2013 Hoja N°. 20

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Por último, las investigadas alegaron que no pueden desconocerse los precedentes de la SIC, como el contenido en la Resolución No. 4285 de 2002, en la cual impuso una sanción de dos salarios mínimos mensuales.

6.8. RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL SEÑOR ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, REPRESENTANTE LEGAL DE LA EBSA

En sentir de las investigadas, dado que no se probó que la EBSA hubiera cometido conducta anticompetitiva alguna, se debe exonerar de responsabilidad al representante legal.

SÉPTIMO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), este Despacho procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por las investigadas en contra de la Resolución No. 3694 de 2013. En este orden de ideas, los argumentos que fundamentan el recurso de reposición presentado por las investigadas se analizarán en el siguiente orden: (i) los temas referentes a la existencia de posición de dominio de la EBSA en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica, así como la definición del mercado afectado; (ii) la obligatoriedad del pago de la homologación; (iii) los elementos para la configuración de la conducta anticompetitiva atribuida a las investigadas; (iv) la supuesta violación del principio de confianza legítima por parte del Despacho; (v) las consideraciones relacionadas con la negación de pruebas aportadas con las observaciones al Informe Motivado; (vi) las relacionadas con los documentos aportados con el recurso de reposición; y (vii) el monto de la sanción.

7.1. CONSIDERACIONES SOBRE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE LA EBSA EN EL MERCADO DE DISTRIBUCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE ENERGÍA Y DEFINICIÓN DEL MERCADO AFECTADO

En su recurso de reposición, las investigadas refutaron las conclusiones de este Despacho en relación con la existencia de posición de dominio por parte de la EBSA en el mercado de distribución y comercialización en el mercado relevante definido. También disintieron en la definición del área geográfica definida para el mercado de calibración de medidores, es decir, el mercado afectado, como se pasa a explicar.

7.1.1. Posición de dominio de la EBSA en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica en Colombia

Para las investigadas, la SIC se equivoca al concluir que la EBSA tiene posición de dominio en el mercado de comercialización y distribución de energía eléctrica, toda vez que limita el mercado a los 123 municipios del departamento de Boyacá y 2 municipios del departamento de Santander donde la EBSA presta los servicios de distribución y comercialización.

En criterio de las investigadas, la EBSA participa en el mercado de comercialización y distribución de energía eléctrica a nivel nacional o doméstico, razón por la que consideran, con base en las Resoluciones CREG Nos. 001 de 2006 y 024 de 2009, que este es el mercado geográfico que debe tenerse en cuenta para los cálculos de la participación de una empresa del sector eléctrico. Teniendo en cuenta lo anterior y de acuerdo con una

Radicación: 10-161600

certificación expedida por XM que aportaron con el recurso, las investigadas señalaron que en atención a la demanda nacional la EBSA tiene una participación del 2,73% en la distribución de energía eléctrica y del 1,19% en su comercialización.

Sobre el cálculo de la participación de la EBSA en la actividad de comercialización de energía eléctrica indicaron que debe hacerse "(...) como el cociente, multiplicado por cien, entre la Demanda Comercial de los usuarios de la EBSA, incluida la cantidad que ella atiende de la Demanda No Doméstica (en este caso la demanda de Ecuador y Venezuela), y la suma de la Demanda Total (es decir la Demanda Nacional) y la Demanda No Doméstica, según lo dispuesto por la Resolución CREG 001 de 2006 y por la Resolución CREG 024 de 2009".²⁷

Adicionalmente afirmaron, con base en los porcentajes de participación de la empresa en la distribución y comercialización de energía eléctrica, que la EBSA tampoco ostenta posición de dominio en los términos de la Ley 142 de 1994, por cuanto no llega a tener más del 25% de la participación en el mercado nacional.

Las investigadas concluyeron que:

"En esta medida, la conclusión de la SIC conforme a la cual la EBSA ostenta posición de dominio en el Mercado de Distribución y Comercialización de Energía, dada (sic) su porcentaje de participación en el departamento de Boyacá, no cumple con los supuestos fácticos y normativos que quedaron demostrados y por lo tanto es errada".²⁸

Finalmente, argumentaron que aún si la EBSA ostentara posición de dominio, no podría abusar de ella por cuanto las actividades son reguladas frente a los usuarios regulados y por cuanto los usuarios no regulados tienen un alto poder de negociación.

Frente a los argumentos anteriormente expuestos, en primer lugar, llama la atención de este Despacho que las investigadas disientan acerca de la existencia de la posición de dominio de la EBSA en el mercado de distribución y comercialización de energía, cuando las mismas investigadas en su escrito de descargos de la Resolución de Apertura parecieran haber estado de acuerdo con ésta, y de hecho manifestaron que la discusión debería versar sobre el abuso o no de la posición de dominio, pero no sobre su existencia, que era clara:

"Frente al análisis que el despacho hace sobre la cadena productiva que busca establecer si EBSA tiene posición dominante en el mercado, basta con señalar que la propia Ley 142 de 1994 establece que quien tenga más del 25% del mercado tiene posición dominante, lo cual es perfectamente viable. Dicho en otras palabras la posición dominante es una figura legal razón por la cual no tendremos que esforzarnos en este tema pero que si (sic) dejaremos algunas anotaciones en torno a ella.

Al tener claro que la posición dominante es legal pero que el abuso de ella constituye la ilegalidad, nos centraremos a evidenciar que EBSA de manera alguna se encuentra inmerso en abuso de esa posición dominante".²⁹

²⁷Pág. 4 del recurso de reposición, folio 767, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

²⁸Pág. 4 del recurso de reposición, folio 767, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

²⁹ Folio 287, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 12237 DE 2013 Hoja N°. 22

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Ahora bien, respecto del argumento de las investigadas sobre la delimitación del mercado geográfico relevante, este Despacho concuerda con lo señalado por las investigadas según lo cual la EBSA participa en el mercado de comercialización y distribución de energía eléctrica a nivel nacional o doméstico. No obstante lo anterior, considera pertinente remitirse al Documento CREG 095 de 2005, mediante el cual se realizan las "Aclaraciones para la metodología de cálculo de la participación en el mercado para el sector de energía eléctrica".

En efecto, de acuerdo con el citado documento, la dimensión espacial relevante para el cálculo de la participación en el mercado para la prestación de los servicios de generación, distribución y comercialización, es el sistema interconectado nacional. Sin embargo, señala que este supuesto puede ser válido para la generación de energía eléctrica y la **comercialización de electricidad en el mercado mayorista**, toda vez que ante una red de transmisión completamente neutra, cualquier agente generador o comercializador puede participar en el mercado mayorista independientemente de su ubicación.

Aclara que:

"(...) el mismo criterio no es aplicable a la actividad de distribución, ya que por su naturaleza monopólica, las decisiones del distribuidor solo tienen efecto directo sobre el mercado atendido por su red. En consecuencia la participación del agente distribuidor en el mercado relevante es del 100% tanto en la prestación del servicio de distribución como en la expansión de la red."³⁰ (Negrillas fuera de texto).

Sobre la dimensión espacial de la **comercialización a usuario final**, afirma que esta podría estar reducida al área de influencia actual, ya que para la atención de otro mercado geográfico se pueden requerir inversiones no realizables en el corto plazo, por lo que no existe la posibilidad de que un usuario elija a cualquier comercializador del país.

Teniendo en cuenta la definición de comercialización de electricidad plasmada en la Resolución CREG 128 de 1996³¹, señala la CREG en el documento que un comercializador participa en dos mercados: (i) en el mercado mayorista donde demanda la energía eléctrica, y (ii) en el mercado de comercialización al usuario final donde es el proveedor de energía y servicios. Con base en lo anterior, se concluye que en el mercado minorista, el producto es la cantidad de energía vendida a los usuarios finales en el área geográfica relevante.

Vale la pena indicar que respecto de la metodología de cálculo resultante se especifica que para la actividad de **comercialización en el mercado mayorista**, la dimensión geográfica corresponde a todo el país en tanto pertenezca al Sistema Interconectado Nacional (SIN), adicionando la demanda de las interconexiones internacionales. El producto corresponde a

³⁰ Documento CREG 095 de 2005, p. 5.

³¹ La Resolución CREG 128 de 1996 define la comercialización de energía como la "[c]ompra de energía eléctrica en el mercado mayorista y su venta a los usuarios finales, regulados o no regulados, bien sea que desarrolle esa actividad en forma exclusiva o combinada con otras actividades del sector eléctrico, cualquiera de ellas sea la actividad principal"

"Por la cual se resuelve un recurso"

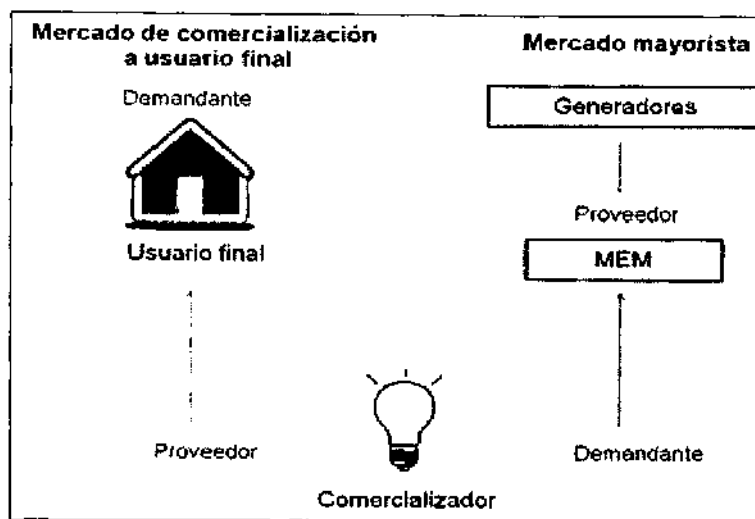
Radicación: 10-161600

la electricidad adquirida en el Mercado Mayorista de Energía³² (MEM), medido como la Demanda Comercial reportada por el Centro Nacional de Despacho³³.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, para este Despacho es claro que:

- El distribuidor de energía eléctrica tiene una participación del 100% en el mercado atendido por su red.
- En la actividad de comercialización de energía eléctrica se presentan dos mercados: (i) el mercado mayorista en el cual el comercializador demanda energía para comercializar posteriormente a sus usuarios finales; y (ii) el mercado de comercialización a usuario final en el cual el comercializador suministra la energía a sus usuarios, tal y como se puede observar en la siguiente ilustración.

Ilustración 1
 Mercados en la actividad de comercialización de energía



Fuente: elaboración SIC.

- En la actividad de comercialización en el MEM el producto es la electricidad adquirida en dicho mercado, medido como la Demanda Comercial reportada por el Centro Nacional de Despacho, y el mercado geográfico corresponde al territorio nacional siempre y cuando pertenezca al SIN.
- En la actividad de comercialización a usuario final, el producto corresponde a la cantidad de energía vendida a los usuarios finales y el mercado geográfico se circunscribe al área donde el comercializador presta sus servicios.

Como ya lo señaló este Despacho en la Resolución recurrida, si bien la EBSA presta el servicio público domiciliario de energía eléctrica y sus actividades complementarias de

³²Es donde se realizan las transacciones entre los generadores, los distribuidores y los comercializadores.

³³Centro Nacional de Despacho: es la dependencia encargada de la planeación, supervisión y control de la operación integrada de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema interconectado nacional". Artículo 11 de la Ley 143 de 1994.

RESOLUCIÓN NÚMERO 12237 DE 2013 Hoja N°. 24

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica³⁴, el 99% de los ingresos de la empresa provienen de las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica³⁵ en 123 municipios de Boyacá y 2 municipios de Santander. Según las investigadas, la EBSA es la única prestadora de servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica a usuarios regulados en la zona señalada, lo que indica que opera en las condiciones de un monopolio natural. Este hecho, aunado a las barreras de entrada presentes en el mercado de distribución y comercialización de energía (y señalados en la Resolución recurrida), son suficientes para concluir que existe posición de dominio por parte de la EBSA en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica en 123 municipios de Boyacá y dos municipios de Santander.

Teniendo en cuenta lo señalado por la CREG en el Documento 095 de 2005 y habiendo establecido las actividades en las que participa la EBSA, y las zonas donde las lleva a cabo, este Despacho ratifica la conclusión a la que llegó en la Resolución recurrida, según la cual en el presente caso el mercado geográfico relevante para la prestación de las actividades de distribución y comercialización corresponde a los 123 municipios de Boyacá y 2 municipios de Santander, zona donde la EBSA desarrolla su actividad.

Ahora bien, sobre el cálculo de la participación de la EBSA en la actividad de distribución, para este Despacho no es de recibo el argumento de las investigadas según el cual la EBSA tiene una participación inferior al 3% del mercado nacional, toda vez que se contradice con la regulación vigente que establece que la distribución de energía eléctrica es una de las actividades de la cadena que se constituye como monopolio natural en el mercado que atiende con su red, razón por la que no sería lógico tener una participación inferior al 3%.

Adicionalmente, este Despacho encuentra que, de acuerdo con las Resoluciones CREG Nos. 001 de 2006 y 024 de 2009, no existe ninguna fórmula que establezca cómo debe calcularse la participación de un agente distribuidor y, al contrario, como ya se mencionó, en el Documento CREG 095 de 2005 se reconoce que no es aplicable el criterio de que el SIN es la dimensión espacial relevante para el cálculo de la participación en la actividad de distribución por su naturaleza monopólica. En efecto, en interrogatorio realizado por esta Superintendencia, el señor Roosevelt Mesa Martínez manifestó lo siguiente:

"PREGUNTA: Y frente a los competidores que tiene en cada uno de estos mercados, ¿cómo es la relación con ellos?"

RESPUESTA: Digamos competidores en la parte de distribución pues no hay porque pues allá nadie tiene postería³⁶.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la EBSA es la única prestadora del servicio de distribución en los 123 municipios de Boyacá y 2 municipios de Santander, es claro que su participación es del 100% tanto en la prestación del servicio de distribución como en la expansión de la red, y no del 2,73% como señalan las investigadas.

³⁴ Certificado de existencia y representación legal, folios 304 a 306, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³⁵ Presentación EBSA, folio 547, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

³⁶ CD obrante a folio 392, Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 14.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

De otra parte, sobre el cálculo de la participación de la EBSA en la actividad de comercialización de energía eléctrica, si bien es cierto que la Resolución CREG 001 de 2006 establece que "[e]l porcentaje de Participación Directa de una empresa en la actividad de comercialización se calculará como el cociente, multiplicado por cien, entre la Demanda Comercial de la empresa, incluida la cantidad que ella atiende de la Demanda No Doméstica, y la suma de la Demanda Total y la Demanda No Doméstica", este Despacho entiende, con base en el Documento CREG 095 de 1995, que dicha fórmula se utiliza para calcular la participación de un comercializador en el mercado mayorista de energía, donde, como ya se señaló, actúa como demandante junto con otros comercializadores.

Para el caso del mercado de comercialización a usuario regulado final, es indudable que la EBSA actúa como monopolista frente a éste. Al respecto vale la pena remitirse al testimonio rendido ante esta Superintendencia por el señor Alfonso Saavedra, Director Operativo de la EBSA quien indicó:

"PREGUNTA: ¿En qué lugares la EBSA es comercializador de energía? (Minutos 10:45 - 12:00)

*RESPUESTA: Nosotros actualmente tenemos como digamos, **monopolio natural de comercialización, el departamento de Boyacá.** Pero por situaciones de prestación del servicio con departamentos limítrofes entonces también adicionalmente podemos llegar a estar prestando el servicio a algunos usuarios de municipios de departamentos que están muy pegados hacia las fronteras de la Empresa.*

(...)

Ese digamos que es el mercado natural de la Empresa, -la comercialización dentro de ese monopolio natural que le otorga la regulación-, pero también como comercializador la empresa puede estar suministrando energía a cualquier usuario con el cual puede llegar a tener un contrato de energía de cliente no regulado en cualquier sitio del país.³⁷ (Negritas fuera del texto)

Por lo anterior, y recordando lo señalado por este Despacho en la Resolución recurrida según lo cual, de acuerdo con los datos obrantes en el expediente, la totalidad de usuarios regulados en los 123 municipios de Boyacá y 2 municipios de Santander fue atendida por la EBSA, no cabe duda de que la participación de la empresa asciende al 100% y no al 1,19% como lo indican las investigadas en su recurso de reposición.

Así las cosas, y considerando el análisis de barreras a la entrada que se realizó en la Resolución recurrida, el Despacho corrobora su conclusión sobre la posición de dominio que ostenta la EBSA en los mercados de distribución y comercialización de energía eléctrica (a usuarios regulados).

De otra parte, llama la atención del Despacho el argumento de las investigadas sobre la posición de dominio de la EBSA en los términos de la Ley 142 de 1994. Según dicho argumento, debido a los bajos porcentajes de la empresa en los mercados de distribución y comercialización de energía eléctrica, que no superan el 25%, la EBSA tampoco ostenta posición de dominio.

³⁷ Testimonio de Alfonso Saavedra, Director Operativo de la EBSA, CD obrante a folio 374, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 12237 DE 2013 Hoja N°. 26

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Sobre el particular, este Despacho considera pertinente remitirse nuevamente a lo señalado por las investigadas durante el trámite de investigación, quienes no pusieron en duda que la EBSA tuviera posición de dominio de acuerdo con la Ley 142 de 1994 cuando indicaron:

"Frente al análisis que el despacho hace sobre la cadena productiva que busca establecer si EBSA tiene posición dominante en el mercado, basta con señalar que la propia Ley 142 de 1994 establece que quien tenga más del 25% del mercado tiene posición dominante, lo cual es perfectamente viable. Dicho en otras palabras la posición dominante es una figura legal razón por la cual no tendremos que esforzarnos en este tema pero que si (sic) dejaremos algunas anotaciones en torno a ella."³⁸

Ahora bien, en cuanto a la afirmación que hacen las investigadas de que aún si la EBSA ostentara posición de dominio, no podría abusar de ella por cuanto las actividades son reguladas frente a los usuarios regulados y por cuanto los usuarios no regulados tienen un alto poder de negociación, este Despacho no comparte la posición de las investigadas, por las siguientes razones:

En primer lugar, como ya lo ha señalado esta Superintendencia en otras oportunidades, el hecho de que los agentes participen en un mercado regulado no elimina la posibilidad de que puedan contravenir las disposiciones sobre protección de la libre competencia, ni puedan abusar de la posición de dominio, en caso de que la tengan. Específicamente señaló que:

"(...) si bien es cierto que en un mercado regulado las empresas tienen un menor margen de maniobra frente a sus actuaciones y frente a las disposiciones contractuales, también es cierto que el sector de los servicios públicos se funda sobre los principios de libertad regulada en el régimen tarifario³⁹, y le son aplicables, por defecto, las disposiciones del derecho comercial⁴⁰. De manera tal que por el hecho de ser un mercado regulado no se puede concluir, como lo pretenden las investigadas, que las empresas no puedan contravenir las disposiciones relacionadas con la protección de la libre competencia, ni puedan ejercer posición de dominio sobre otros competidores o sobre los usuarios."⁴¹(Negrilla fuera de texto)

En segundo lugar, vale la pena anotar que dentro de las razones para que la CREG regule las tarifas de comercialización de energía a usuarios finales, está que no existe suficiente presión competitiva por parte de otros agentes que participen en el mercado que evite que el comercializador se abstenga de cobrar precios supra-competitivos.

³⁸ Folio 287, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

³⁹ Ver, por ejemplo, Ley 142 de 1994, artículos 14.10, 14.11, 86 a 88.

⁴⁰ Ley 142 de 1994. "Artículo 19. Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

19.15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas, (...)"

⁴¹ Pág. 38 de la Resolución SIC No. 444 de 17 de enero de 2013, mediante la cual se cerró una investigación contra Gas Natural S.A. E.S.P.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

De otra parte, el Despacho fue claro al determinar que la EBSA ostentaba posición de dominio en el mercado de comercialización a usuarios regulados y no así en el mercado de comercialización a usuarios no regulados, concretamente señaló en la resolución recurrida que:

"Así, de acuerdo con el literal a) del presente numeral, en el que se concluyó que la EBSA se comporta como monopolista en las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica (a usuarios regulados) en los municipios de Boyacá y Santander donde desarrolla dichas actividades, es posible determinar que la empresa tiene posición de dominio en dicho mercado."⁴². (Negrilla fuera de texto).

En consecuencia, no es de recibo el argumento de las investigadas que señala que la EBSA no podría abusar de su posición de dominio por cuanto las actividades son reguladas frente a los usuarios regulados y por cuanto los usuarios no regulados tienen un alto poder de negociación.

7.1.2. La EBSA no tiene posición de dominio en el mercado afectado

Si bien las investigadas manifestaron su acuerdo con la posición de la SIC respecto de que la EBSA no tiene posición de dominio en el mercado de calibración de medidores, también indicaron que al haber quedado demostrado que la EBSA no tiene posición de dominio en ningún mercado, no es posible sostener válidamente que esté abusando de posición de dominio alguna ni en el mercado principal ni en el supuestamente afectado.

Sobre este argumento, el Despacho disiente de la posición de las investigadas, por las siguientes razones:

En primer lugar, el Despacho en ningún momento concluyó que la EBSA estuviera abusando de su posición de dominio en el mercado afectado, lo que se concluyó en la Resolución recurrida fue que:

*"[L]a EBSA abusó de la posición de dominio que ostenta en el mercado de distribución y comercialización de energía para generar una ventaja competitiva en el mercado de calibración de medidores de energía, en el cual tiene **participación minoritaria**."⁴³. (Negrilla fuera del texto)*

Lo anterior evidencia que esta Superintendencia dejó claro que la EBSA tiene posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de energía a usuarios regulados y no en el mercado de calibración de medidores.

En segundo lugar, ya quedó demostrado en el numeral anterior que la EBSA si tiene posición de dominio en los mercados de distribución y comercialización de energía a usuarios regulados, razón por la que sí es posible que se configure un abuso de posición de dominio por parte de la EBSA en el mercado dominado con el fin de incrementar su poder de mercado en el mercado no dominado, es decir, en el mercado conexo, en el cual, por obvias razones, no debe tener.

⁴² Pág. 27 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 672, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁴³ Pág. 61 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 690, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Debe recordarse además que, para configurar un abuso de posición de dominio en un mercado conexo, sólo es necesario demostrar que se tiene posición dominante en un mercado (primer mercado), y que dicha posición fue utilizada de forma ilegítima para afectar un segundo mercado. En efecto, lo que se sanciona en estos casos es que un agente utilice su posición de dominio en un mercado (en este caso el de distribución y comercialización de energía) para fortalecer su posición en otro (en este caso el de calibración de medidores), en el que no tiene poder o dominancia.

No podría ser otra la interpretación lógica de esta conducta, ya que si el agente necesitara tener también posición de dominio en el segundo mercado (en este caso el de calibración), y no únicamente en el primero (el de distribución y comercialización de gas), no sólo se eliminaría la teoría de mercados conexos, sino que bastaría probar el abuso de posición de dominio en el mercado afectado para reprochar la conducta, lo que carecería de toda lógica frente a la doctrina de los mercados complementarios.

Es por esto que, respecto del mercado geográfico para la calibración de medidores, el Despacho sostiene, de acuerdo con el análisis realizado en la Resolución recurrida, que éste corresponde al territorio nacional. Sin embargo, considera pertinente indicar que en los casos de abuso de posición de dominio en mercados conexos no es necesario que el abuso se configure en todo el segundo mercado, sino que basta con que se afecte una parte del mismo, como efectivamente ocurrió en el presente caso.

7.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LA HOMOLOGACIÓN

En su recurso de reposición, las investigadas afirmaron que la homologación no es una actividad obligatoria y que por tanto no se puede considerar como un elemento de obstrucción de la EBSA en el mercado de calibración de medidores. Esta afirmación estuvo encaminada en dos sentidos: (i) como requisito para el registro y (ii) como requisito para que el distribuidor venda el medidor.

7.2.1. La homologación del medidor no es requisito para su registro

En primer lugar, reiteraron que la homologación del medidor no es un requisito para el registro del usuario ante el comercializador, y resaltaron que la SIC reconoció este hecho en la Resolución de Sanción, manifestando que:

"Es preciso reiterar que como EBSA no impone ninguna consecuencia adversa a quien no cuenta con un medidor homologado, ni condiciona el registro de medidores a que éstos se encuentren homologados, no existe un mecanismo eficiente de control arbitrario para ser usado como supuesto apalancamiento de obstrucción o crecimiento artificial de la EBSA en el Mercado Afectado"⁴⁴.

En efecto, en la Resolución de Sanción, este Despacho afirmó, con base en las pruebas obrantes en el expediente, que no existe subordinación entre la homologación y el registro. Veamos:

"Al respecto, este Despacho disiente del análisis de la Delegatura en relación con la configuración de la subordinación. Esto, por cuanto, tal y como se ha analizado

⁴⁴Pág. 7 del recurso de reposición, folio 770, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

detalladamente en los acápites anteriores, la homologación de la información del medidor no es como tal un requisito para la prestación del servicio público domiciliario de energía, tal y como lo señalan las investigadas en sus observaciones al Informe Motivado. Lo que sí constituye un requisito para la prestación del servicio, tal y como lo establece el artículo 7.5.1 de la Resolución CREG No. 070 de 1998, es la obligación que tiene el usuario final de registrar el medidor ante el comercializador que le suministrará el servicio público al momento de solicitar la conexión.

Es importante señalar, además, que los demandantes de uno y otro servicio son diferentes, siendo el importador o distribuidor el demandante de la homologación y el usuario final el demandante del servicio de conexión.

Por estas razones, no es posible afirmar que la homologación sea un requisito para la prestación del servicio, lo cual no le resta importancia al hecho de que, como se ha reiterado a lo largo de esta resolución, la información que solicita la EBSA en la homologación es esencialmente la misma que la que se solicita en el registro, y la homologación se constituye entonces en una actividad redundante con respecto al requisito regulatorio del registro de los medidores"⁴⁵.

Con base en las conclusiones anteriores, este Despacho decidió **no sancionar** a la EBSA por cuanto no se probó que hubiera incurrido en la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Dado que en la Resolución de Sanción ni siquiera se sancionó a la EBSA por esta conducta, este Despacho considera que no es necesario ahondar en el análisis sobre la inexistencia de la subordinación entre la homologación y el registro.

7.2.2. Sobre la afirmación de las investigadas de que la homologación del medidor es voluntaria y no es un requisito para que el distribuidor lo venda

En varios apartes del recurso de reposición las investigadas manifestaron que la homologación y su pago son voluntarios por parte del distribuidor de medidores; que no es un servicio obligatorio; y que, de hecho, beneficia a los importadores y/o distribuidores de medidores. Según las investigadas, dado que no existe coerción al momento en que estos agentes solicitan la homologación, no se puede afirmar que la homologación haya sido impuesta por la EBSA. Vale la pena citar los apartes del recurso de reposición en los que se hacen estas afirmaciones:

"Ante la ausencia de una medida de potencial coerción contra quienes no utilicen el servicio de homologación, no es dable señalar que esta homologación sea impuesta y mucho menos que su cobro lo sea.

Cuando acceder a un servicio constituye una libre escogencia por parte de los clientes, no se entiende cómo el cobro del mismo, puede ser considerado como una ventaja competitiva en precios, para quien lo cobra. En un mercado en el que el cliente tiene la opción de comprar o no un servicio, el precio no puede configurar una ventaja. Esto por cuanto un precio mayor al razonable daría lugar a que la demanda por este servicio o se traslade a otro proveedor o simplemente no se genere. Al no existir otro homologador, es posible que el cliente decida simplemente no optar por un servicio cuyo precio considera excesivo.

⁴⁵ Págs. 46-47 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 682 a 683, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Por lo tanto, el cobro, cuya génesis se dio en el Acto de Gerencia No. 92 de noviembre 12 de 2010, no puede ser considerado como un abuso ni en su finalidad ni en sus efectos. Al ser voluntario el acceso al servicio, su cobro no puede constituir un mecanismo de obstrucción de ninguna índole⁴⁶.

(...)

"En ese orden, los laboratorios de calibración no están sometidos a ninguna imposición de la EBSA para incurrir en el supuesto 'sobrecosto' asociado a la homologación. Así, el supuesto 'ahorro' de la EBSA tampoco existe y no genera ninguna ventaja frente a los laboratorios"⁴⁷.

(...)

"La homologación tampoco es un sobrecosto (sic) que se le imponga a los distribuidores, por que (sic) no quedó probado dentro del expediente que EBSA tenga forma de obligar a éstos a vender medidores homologados. En este mismo sentido, si (sic) quedó probado que EBSA no impone a los usuarios la homologación como condición de registro del medidor en el sistema de EBSA, por lo cual no se entiende de dónde se habla de un sobrecosto impuesto por mis Representadas en el Mercado Afectado.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que, como bien se establece en la Resolución, el Mercado Afectado de la calibración es de carácter nacional, con lo cual sólo una mínima parte de los medidores que calibran la EBSA y sus competidores son distribuidos en el departamento de Boyacá. Por ello, aún si la homologación fuera un requisito de carácter obligatorio para el registro de los medidores de los usuarios en Boyacá —que no lo es—, de todas maneras no tendría la aptitud o capacidad de conferirle a mi Representada una ventaja respecto al mercado de la calibración que es de carácter nacional y no local"⁴⁸.

(...)

"Como ya fue puesto de presente, pero conviene enfatizar para que no se pierda de vista, la homologación no es un requisito que sea exigido para la venta de medidores ni para el registro de los medidores por parte del usuario, tal como fue reconocido por la SIC en la Resolución, con lo cual los demás laboratorios que realizan actividades de acreditación no afrontan ninguna restricción o limitante, técnica o tarifaria impuesta por EBSA, para que sus medidores sean comprados e instalados al sistema de comercialización de energía eléctrica por parte de los usuarios finales.

En tal virtud, nadie está obligado a contratar el servicio de homologación con la EBSA ni de incurrir en el costo de la misma, ya que la homologación es opcional. No puede sancionarse a la EBSA por ofrecer un servicio que agrega valor a los distribuidores que buscan otorgarle a los medidores que ofrecen en el mercado una garantía adicional de calidad y el respaldo de haber sido sometidos a una verificación de los requisitos de homologación y calibración bajo los parámetros y estándares establecidos.

⁴⁶Pág. 7 del recurso de reposición, folio 770, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁴⁷Pág. 7 del recurso de reposición, folio 770, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁴⁸Pág. 8 del recurso de reposición, folio 770, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

Por tanto no es cierto, como se sostiene en el acto recurrido, "...que los importadores y/o distribuidores de medidores que no quieran pagar el sobrecosto de la homologación, necesariamente tendrán que optar por calibrarlos en el laboratorio de la EBSA.

Si el cobro por el servicio de homologación representara en realidad un sobrecosto obligatorio que obstruye el acceso al Mercado Afectado, los laboratorios diferentes a EBSA no habrían podido incrementar su cuota de participación en el mismo, como lo han hecho"⁴⁹. (Negrilla fuera del texto)

Frente a estos argumentos de las investigadas, este Despacho disiente de manera categórica por las razones que se pasan a exponer.

7.2.2.1. El cobro de la homologación no es justificable

En la Resolución recurrida se analizó de manera clara y detallada la actividad de homologación. Este Despacho concluyó que la homologación es una actividad que no está regulada por la CREG y que no tiene definición legal. Una de las definiciones proporcionadas por las investigadas fue la siguiente:

"La homologación: (es un proceso de verificación, registro, control de la información de los medidores que van a ser matriculados en el sistema comercial de la EBSA y que son calibrados por cualquier laboratorio del país debidamente acreditado. Con el fin de evitar que se instalen medidores sin calibrar, medidores que ya fueron dados como no conformes por algún laboratorio y medidores que no han sido homologados por el CIDET; la realización de esta actividad garantiza que los medidores a calibrar o instalar cumplan con los requisitos mínimos establecidos manteniendo la trazabilidad del medidor)"⁵⁰. (Negrilla fuera del texto).

Posteriormente, en la Resolución se analizaron las similitudes y diferencias entre la actividad de homologación de la información de los medidores y el registro de medidores ante el comercializador, para concluir que comparten la misma finalidad y exigen la misma información:

⁴⁹Págs. 10-11 del recurso de reposición, folios 773 a 774, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁵⁰ Folio 299, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Tabla 3
Similitudes entre homologación y registro

	HOMOLOGACIÓN	REGISTRO
Finalidad	<ul style="list-style-type: none"> • Trazabilidad de los medidores que se van a instalar en el mercado relevante de la EBSA 	<ul style="list-style-type: none"> • Trazabilidad de los medidores que se instalen a los usuarios finales del comercializador • Datos históricos del medidor
Fundamento legal	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución CREG No. 070 de 1998, artículos 4.4.6 y 7.5.1. • Principio de suficiencia financiera 	Resolución CREG No. 070 de 1998, artículo 7.5.1.
Información solicitada	Marca; número de serie; tipo energía; modelo; tipo; constante; tipo instalación; número de hilos; clase_exactitud; corriente; tensión; frecuencia; tipo mecanismo; unidades_constante; dígitos; factor multiplicación; lectura inicial; sello laboratorio 1; forma sello 1; sello laboratorio 2; forma sello 2; sello laboratorio 3; forma sello 3.	Fabricante, características técnicas, números de serie, modelo y tipo de los diversos componentes

Fuente: pág. 37 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 678, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Frente a esta comparación, este Despacho concluyó lo siguiente:

"Para este Despacho es claro que la finalidad de la homologación y del registro es sustancialmente la misma, así como también las actividades que se realizan en uno y otro procedimiento, aun cuando la EBSA diferencie estas dos actividades por los criterios de partes, tarifa y momento de ejecución como se evidenció en la Tabla 2.

En este orden de ideas, este Despacho concluye que la actividad de homologación de la información de los medidores que ha implementado la EBSA hace algunos años, y por la que empezó a cobrar a los importadores y/o distribuidores de medidores desde la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de noviembre de 2010, es una actividad redundante que replica los objetivos previstos expresamente en la regulación para el registro de medidores de energía ante el comercializador por parte del usuario final⁵¹.

Así, está claro que la actividad de homologación de la información de los medidores es una actividad que replica el procedimiento obligatorio y regulado por la CREG mediante el cual los usuarios finales deben registrar el medidor ante el comercializador de energía eléctrica. **Este hecho, que constituye la esencia de la fuente de la conducta anticompetitiva, en ningún momento fue desvirtuado ni recurrido por las investigadas.**

⁵¹ Pág. 39 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 679, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

Adicionalmente, en la Resolución de Sanción se demostró suficientemente que la regulación vigente de la CREG dispone que el registro de los medidores y la actualización de la información registrada son actividades que se remuneran al distribuidor de energía eléctrica a través del cargo de comercialización que se cobra en la factura mensual del servicio público domiciliario de energía eléctrica. Este hecho tampoco fue recurrido por las investigadas.

En consecuencia, en la Resolución de Sanción este Despacho concluyó que la actividad de homologación de la información de los medidores **es una actividad que la EBSA no puede cobrar** por cuanto ya le está siendo remunerada a través del cargo de comercialización. Así, independientemente de que la homologación se cobre a los importadores y/o distribuidores de medidores en una etapa anterior a su venta al usuario final, y que el registro lo pague el usuario final a través del cargo de comercialización, es evidente que existe un doble cobro por dos actividades que son esencialmente idénticas y que este doble cobro no tiene justificación alguna.

En consonancia con las conclusiones anteriores, los argumentos relacionados con la homologación presentados por las investigadas y citados más arriba serán rechazados por este Despacho, por cuanto el cobro de la actividad de homologación de la información de los medidores por parte de la EBSA es injustificado y no permitido. No son, pues, de recibo los argumentos de las investigadas acerca de la imposición o no del cobro, de la imposición o no de la actividad, ni del supuesto efecto que tiene la actividad de homologación –mal llamada servicio– para agregar valor a los distribuidores de medidores, dado que el cobro de la actividad no es permitido y es lo que, como se afirmó en la Resolución recurrida, genera controversia desde la perspectiva del derecho de la competencia⁵².

No obstante la claridad frente a la no justificación del cobro de la homologación, a continuación se desestiman los argumentos de las investigadas frente a la voluntariedad del acceso a la actividad de homologación y la imposición del cobro.

7.2.2.2. La actividad de homologación no es voluntaria para los importadores y/o distribuidores que deseen participar en el mercado de la EBSA

Es necesario llamar la atención frente a la línea de argumentación que expusieron las investigadas a lo largo de la investigación que nos ocupa, y el giro que dio en el recurso de reposición. Durante la etapa de investigación administrativa que se surtió ante la Delegatura e incluso en el escrito de observaciones al Informe Motivado, las investigadas procuraron demostrar cómo la homologación **era un procedimiento necesario, exigido por la regulación, y del cual la EBSA no se podía sustraer, así como tampoco se podía sustraer de su cobro.**

Por ejemplo, en las observaciones al Informe Motivado, las investigadas manifestaron que:

"Como punto de partida, debe señalarse que la homologación corresponde a un proceso por medio del cual se lleva a cabo la verificación metrológica y el cumplimiento de normas técnicas de los medidores, al igual que el registro y control de

⁵²"Es justamente el cobro de la actividad de homologación lo que resulta controversial, puesto que esa actividad es, en esencia, la misma que el registro, como se demostró más arriba". Pág. 40 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 679, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

la información de los medidores que son calibrados en cualquier laboratorio en el país y que van a ser matriculados en el sistema del comercializador, en este caso la EBSA. Ello con el fin de evitar que se instalen medidores sin calibrar, medidores que ya fueron dados como no conformes por algún laboratorio y/o medidores que no han sido homologados por el CIDET, e incluso que se instalen medidores que vayan a ser instalados cumplan con los requisitos mínimos establecidos manteniendo la trazabilidad.

La actividad de homologación constituye un verdadero filtro que evita pérdidas o defraudaciones en el consumo eléctrico y en la facturación del servicio, representando un interés no sólo para el comercializador como parte de su Plan de Recuperación de Pérdidas, sino para los mismos distribuidores de medidores a quienes garantiza que el producto que están ofreciendo al usuario fue calibrado por un laboratorio acreditado. De tal manera que la homologación, lejos de poder ser considerado como un acto potestativo o arbitrario de la EBSA, corresponde a un imperativo de conducta para la adecuada prestación del servicio⁶³. (Negrillas fuera del texto)

De las anteriores citas no hay forma de deducir que la homologación de los medidores pueda ser una actividad potestativa por parte de los importadores y/o distribuidores que pretendan venderlos en el mercado relevante de la EBSA, esto es en el departamento de Boyacá y los municipios de Santander previamente definidos, o de que así lo estuviera entendiendo la EBSA al momento de realizar el procedimiento. Por el contrario, las investigadas, tal y como lo dejaron ver en su defensa, entendían la homologación como una actividad imperativa que se debe hacer sobre los medidores que van a ser posteriormente instalados por la EBSA. Sorprenden así los argumentos elaborados por las investigadas en el recurso de reposición, y aún más el hecho de que no fueran asuntos tratados en ningún momento de la investigación.

De acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente, también se puede deducir que los importadores, distribuidores y comercializadores de medidores consideran que la homologación es una actividad obligatoria si quieren posteriormente vender esos medidores en Boyacá.

Testimonio al señor Carlos Iván Ferrucho:

PREGUNTA: ¿Sabe usted desde cuándo EBSA está solicitando homologar los medidores calibrados por otros laboratorios?

RESPUESTA: ellos lo están haciendo, yo pienso que aproximadamente hace unos tres años.

PREGUNTA: ¿antes de eso qué sucedía?

RESPUESTA: Antes de eso nosotros solamente llevábamos un archivo que ellos solicitan en los que básicamente lo que ellos piden son, como te dije antes, las características técnicas que son: el número del protocolo, porque pues cada medidor una vez está calibrado, ellos llevan un protocolo de calibración, llevan el número del serial, la marca, el modelo, el tipo del medidor, funcionamiento, corriente, voltaje y frecuencia. Nosotros pasamos eso en un archivo Excel de acuerdo al orden que ellos nos dan, y únicamente nos dirigimos a la electrificadora, hacemos la solicitud, ellos nos dan un radicado, y con ese radicado vamos al laboratorio, entregamos una copia

⁶³ Folio 618, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

magnética de la información que queremos que sea introducida al sistema de la electrificadora. Una vez ellos tienen esos medidores en su sistema, pueden ser comercializados en Boyacá. Si no se hace este proceso, cuando el usuario se dirija a la electrificadora a registrar su medidor, es devuelto el usuario porque el medidor no se encuentra en la base de datos de la electrificadora. Entonces siempre hemos tenido que hacer eso⁵⁴.

Respuesta de Almacén El Ramo Eléctrico a requerimiento de información de la Superintendencia de Industria y Comercio:

"Pregunta 8. ¿Cuál es el objetivo de la homologación?"

Respuesta: Consideramos que es ingresar la información del medidor al sistema de la EBSA para poderse comercializar en Boyacá".

Pregunta 9. Teniendo en cuenta su respuesta a la anterior pregunta, ¿considera usted que la homologación es un servicio que presta la EBSA?

Respuesta: Un servicio como tal no; es más un trámite o requisito que la EBSA exige para poderlos vender en Boyacá⁵⁵.

Respuesta de Almacén Electro-América a requerimiento de información de la Superintendencia de Industria y Comercio:

"7. ¿Conoce usted la homologación de información de los medidores que se hace ante la Empresa de Energía de Boyacá?"

Sí, es un procedimiento que la Empresa de Energía de Boyacá exige, para que la información de los medidores sea incorporada en la base de datos de la EBSA y así nosotros los comerciantes los podamos vender⁵⁶.

En consecuencia, se concluye que la actividad de homologación de la información de los medidores es exigida por la EBSA a los importadores y/o distribuidores de medidores que los pretenden comercializar posteriormente en Boyacá y los municipios de Santander en los que la EBSA tiene presencia.

Cabe mencionar, finalmente, que la inexistencia de un mecanismo de coerción para la exigencia de la homologación y su cobro alegada por las investigadas en el recurso de reposición, no es un argumento de recibo para fundamentar que acceder a la homologación es voluntario por parte de los importadores y/o distribuidores de energía. Más aún cuando se ha demostrado suficientemente que la EBSA tiene posición de dominio en la distribución y comercialización de energía eléctrica ya que es en virtud de su posición dominante y el abuso de la misma que puede imponer condiciones en mercados en los que no tiene posición de dominio como el de calibración de medidores, tal y como se demostró en la Resolución de Sanción⁵⁷.

⁵⁴ Testimonio al señor Carlos Iván Ferrucho – CIF Ingeniería. CD obrante a folio 39 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Minuto 11.

⁵⁵ Folios 137 a 139 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁶ Folios 157 a 160 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁷ Cfr. pág. 50 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 684, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

7.2.2.3. *El cobro de la homologación fue impuesto por la EBSA*

Tal y como quedó demostrado durante la investigación, se plasmó en la Resolución de Sanción y no se controvertió en el recurso de reposición presentado por las investigadas, la EBSA expidió el Acto de Gerencia No. 092 de 2010 mediante el cual decidió cobrar por la actividad de homologación de la información de los medidores de energía eléctrica:

"Artículo 2°. Los precios de los servicios prestados por la Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP, asociados con la conexión del servicio, serán los que se relacionan a continuación:

(...)

*f) **Calibración de Medidores:** La Empresa cobrará por cada medidor de energía eléctrica los siguientes valores por el servicio de la calibración y ajuste inicial (nuevos) y calibración y ajuste posterior (usados):*

(...)

***Parágrafo 3°.** Para cubrir los costos en que incurre la Empresa en la homologación de medidores calibrados por otros laboratorios de medidores se cobrará la suma de **\$4.066 M/Cte.**, por cada medidor.*

(...)⁵⁸.

Como quedó demostrado durante la investigación, antes de la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de 2010 la EBSA no cobraba por la actividad de homologación aun cuando la actividad de homologación estaba vigente desde hacía algunos años.

La expedición del mencionado Acto de Gerencia fue consecuencia de un análisis al interior del comité de comercialización de la EBSA, en el que estudiaron los costos asociados con el desarrollo de la actividad de homologación y determinaron que era necesario implementar su cobro con el fin, entre otras, de disminuir las pérdidas del laboratorio de calibración de la EBSA⁵⁹. Para la decisión sobre el cobro no se consultó a los importadores, distribuidores ni comercializadores de medidores, sino que se tomó la decisión con base en análisis internos de la EBSA, por lo cual no es posible afirmar que la decisión fue concertada con ellos sino que fue establecida de manera unilateral por la EBSA. Es decir, la decisión fue impuesta por la EBSA a los importadores, distribuidores y comercializadores de medidores.

La decisión sobre el cobro tampoco fue comunicada a los importadores y/o distribuidores de medidores con antelación a su imposición, sino que fue comunicada vía correo electrónico con posterioridad a la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de 2010 y no estuvo acompañada por explicación o motivación alguna. Ejemplo de ello es el correo enviado a SAMAJADI LTDA.:

⁵⁸ Folios 187 a 196, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁹ Cfr. Testimonio del señor Alfonso Saavedra, director operativo de la EBSA (CD obrante a folio 374, Cuaderno Público No. 2 del Expediente) e interrogatorio al señor Roosevelt Mesa Martínez (CD obrante a folio 392, Cuaderno Público No. 2 del Expediente).

RESOLUCIÓN NÚMERO 12237 DE 2013 Hoja N°. 37

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

"Buenos días

He recibido su correo, en el cual solicita la solicitud para la homologación de los medidores, comedidamente le informo que según directrices, a partir de la fecha dicho servicio tiene un costo de \$ 4.060 por medidor.

Cualquier informaciona (sic) dicional (sic) favor comunicarse con Luis Pinzon Jefe de Laboratorio

Cordial saludo

MARLEN MORA

AUXILIAR DIRECCIÓN OPERATIVA⁶⁰

Fueron precisamente estos hechos de la imposición del cobro de la homologación los que motivaron la queja que se resolvió en la Resolución recurrida.

7.2.2.4. Conclusión

De acuerdo con el análisis anterior, este Despacho tiene fundamentos suficientes para desestimar los argumentos de las investigadas expuestos en el recurso de reposición, en los que indican que la homologación es una actividad voluntaria.

Adicionalmente, este Despacho reitera que la conducta controversial en relación con la actividad de homologación de la información de los medidores de energía eléctrica es la referente a su cobro, dado que la actividad de homologación replica la del registro de los medidores por parte de los usuarios finales ante el comercializador, actividad ésta que se remunera al comercializador a través del cargo de comercialización que pagan los usuarios finales con la factura mensual del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

7.3. ELEMENTOS DE CONFIGURACIÓN DE LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA POR PARTE DE LA EBSA

Tal y como se analizó detalladamente en la Resolución de Sanción, para que se configure la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, de acuerdo con la doctrina de los mercados complementarios utilizada por la Delegatura para el análisis de este conducta, los elementos necesarios son: (i) la existencia de un mercado determinado en el cual un agente tenga posición de dominio; (ii) la existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y consecuencial con el mercado dominado; y (iii) 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.

En la Resolución recurrida este Despacho demostró suficientemente que tales elementos estuvieron presentes en la conducta de la EBSA, por lo cual concluyó que se configuró el abuso de posición dominante por obstruir a terceros el acceso al mercado de calibración de medidores en el área geográfica en la que la EBSA tiene influencia y determinó que se debía sancionar a las investigadas.

⁶⁰Folio 7, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Radicación: 10-161600

Frente a estas conclusiones y el análisis que las precedió, las investigadas alegaron en el recurso de reposición que:

"Al efecto es preciso señalar que la conducta de abuso de la posición dominante que se cuestiona a mi Representada exige para su configuración, como en repetidas ocasiones lo ha advertido la SIC, que verdaderamente se produzca y se demuestre un efecto de 'cierre de mercado'. No obstante, la SIC se ha vuelto contra su propia doctrina en la Resolución, al sancionar a la EBSA por una supuesta obstrucción al acceso de mercado de sus competidores, sin haber acreditado probatoriamente la existencia de una posición de dominio, del supuesto abuso, ni del supuesto efecto de 'cierre de mercado' y por el contrario basar sus conclusiones exclusivamente en conjeturas y suposiciones"⁶¹.

No es posible concordar con la afirmación anterior puesto que, se reitera, en el presente caso se configuran todos los elementos necesarios para concluir que existió una obstrucción del mercado de calibración de medidores por parte de la EBSA, como consecuencia de su abuso de posición de dominio en los mercados de distribución y comercialización de energía.

Tanto en la Resolución de Sanción como en la presente Resolución se analizó y se demostró que la EBSA ostenta posición de dominio en los mercados de distribución y comercialización de energía en el mercado relevante definido, por lo cual en este acápite no se ahondará en el tema. Adicionalmente, se demostró en la Resolución recurrida que la EBSA tiene una participación minoritaria en el mercado de calibración de medidores, que es un mercado conexo al de distribución y comercialización de energía. Este último hecho fue reconocido también por las investigadas.

En la Resolución de Sanción también se demostró suficientemente el tercer elemento, es decir, que la EBSA utilizó su posición de dominio en el mercado principal para obtener una ventaja competitiva en el mercado de calibración de medidores. No obstante, las investigadas no estuvieron de acuerdo con los argumentos y conclusiones del Despacho y argumentaron que, en el evento en que la EBSA sí tuviera posición de dominio en el mercado relevante, no se había demostrado que hubiera "cerrado el mercado" de calibración de medidores. En particular, señalaron lo siguiente:

- Que el laboratorio de la EBSA tiene restricciones de capacidad que fueron demostradas por las investigadas durante la investigación, que no le permiten a la EBSA contar con los incentivos o con la posibilidad de cerrar el mercado a sus competidores;
- Que la Superintendencia de Industria y Comercio no demostró que la EBSA haya aumentado efectivamente su participación en el mercado de calibración de medidores de energía. Es más, que las conclusiones de la Resolución de Sanción sobre la potencialidad del aumento de la participación de la EBSA en el mercado afectado son meramente conceptuales y especulativas, así como las conclusiones sobre la posibilidad de que la EBSA esté procurando mantener su participación o retrasar su pérdida.

⁶¹ Pág. 12 del recurso de reposición, folio 775, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

7.3.1. El cobro de la homologación por parte de la EBSA constituye un abuso de su posición de dominio en el mercado relevante principal que le genera una ventaja competitiva en el mercado de calibración y obstruye el mercado

Con el fin de analizar los argumentos de las investigadas sobre las restricciones de capacidad del laboratorio y sus consideraciones sobre la realidad del aumento de participación de la EBSA en el mercado de calibración de medidores, este Despacho considera pertinente traer a colación los argumentos desarrollados en la Resolución de Sanción sobre la configuración de la ventaja competitiva por parte de la EBSA y la consecuente obstrucción que se genera en el mercado de calibración.

Como quedó demostrado durante la investigación **y no recurrieron las investigadas**, si se tienen en cuenta los costos de homologación que cobra la EBSA a los importadores y/o distribuidores que calibran medidores en laboratorios diferentes al de la EBSA, se puede observar que:

"Al sumar ese sobrecosto, es evidente que el laboratorio de calibración que ofrece los precios más competitivos es el de la EBSA, puesto que quienes calibren en ese laboratorio no deben pagar por la homologación de la información del medidor, dado que ese costo se incluye en el de calibración. Al respecto, este Despacho concluye que este hecho conlleva a que se genere una ventaja competitiva en precios para la EBSA frente a los demás laboratorios de calibración"⁶². (Subrayado dentro del texto).

Esta conclusión se extrajo de la comparación de los precios de calibración de diferentes laboratorios de calibración de medidores del país en la que es evidente que, si no se tiene en cuenta el sobrecosto por homologación, hay laboratorios diferentes al de la EBSA que tienen, como mínimo, precios más competitivos que los de aquél, como se muestra en la siguiente tabla:

⁶²Pág. 54 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 684, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Tabla 4
Comparación de precios de calibración por laboratorio (2010 – 2012)

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: Informe Motivado. Elaboración SIC con base en información del expediente.

Por ejemplo, los precios que ofrecen los laboratorios SERVIMETERS y COLTAVIRA son sustancialmente menores a los del laboratorio de calibración de la EBSA. Sin embargo, con el sobrecosto por homologación la EBSA resulta con un precio artificialmente más competitivo.

Se reitera que la ventaja competitiva se genera porque la EBSA cobra a los importadores y/o distribuidores por una actividad que el regulador estableció que se le remunera al comercializador de energía a través del cargo de comercialización que pagan los usuarios finales del servicio público domiciliario de energía. Es decir que la EBSA recibe injustificadamente un doble ingreso por la homologación y el registro que son, en esencia, la misma actividad.

Esa ventaja competitiva por el doble ingreso se refleja, además, en lograr precios supracompetitivos frente a los demás laboratorios de calibración, así que es evidente que tiene efectos en la participación que tiene la EBSA en el mercado de calibración de medidores de energía, mercado en el cual no ostenta posición de dominio.

Para este Despacho no es plausible que las investigadas aseveren la inexistencia de la obstrucción del mercado derivada de su conducta del cobro de la homologación, cuando es evidente que, en primer lugar, dicho cobro no sólo es ilegal sino económicamente injustificado, y en segunda medida le genera a la EBSA una ventaja competitiva en precios que surge de manera artificial, tal y como se demuestra en la Tabla 4.

RESOLUCIÓN NÚMERO 12237 DE 2013 Hoja N°. 41

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Tales hechos constituyen un falseamiento del mercado y son conductas objetivamente idóneas para afectar tanto a los demás laboratorios de calibración como a los importadores y/o distribuidores de medidores y, en últimas, también al usuario final del servicio público domiciliario de energía eléctrica, quien es el demandante final de los medidores de energía. Además, generan barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores que quieran entrar al mercado de calibración.

Todos estos elementos por sí mismos conllevan la obstrucción del mercado de calibración independientemente de que tengan o no efectos inmediatos. Por tanto, esta Superintendencia, como autoridad nacional de protección de la competencia, no puede, pues, esperar a que se produzcan plenamente los efectos perversos de esta conducta, a todas luces anticompetitiva, antes de sancionarla. Debe en cambio actuar de manera preventiva y propender para que se detenga y así evitar efectos tales como la salida de competidores del mercado o los aumentos de precio de los bienes afectados (los medidores de energía). Más cuando la simple generación de una ventaja injustificada en precios desincentiva (y por consiguiente obstruye) la entrada de competidores al mercado.

Además, cabe resaltar que los resultados de la investigación administrativa que se adelantó en el caso que nos ocupa, evidenciaron que con el cobro por la homologación, la EBSA obtiene una doble ventaja:

"Por un lado, si la proporción de medidores calibrados por la EBSA frente a los demás laboratorios se mantiene o disminuye, en todo caso la EBSA se verá beneficiada porque todos los medidores que no se calibren en su laboratorio, y que pretendan venderse en el mercado relevante de la EBSA, tendrán que pagar la homologación de la información que se ingrese al sistema de la EBSA, con lo cual la EBSA acabará teniendo un ingreso fijo predecible, si estima el crecimiento anual de nuevos usuarios, que requerirán medidores nuevos. Y por otro lado, si la EBSA tiene capacidad disponible para calibrar medidores nuevos y logra cautivar mercado por el hecho de no cobrar el sobre costo de la homologación y tener precios competitivos, aumentará su participación en el mercado desplazando a otros laboratorios de calibración, incluso aumentando su capacidad instalada⁶³.

En adición a lo anterior, es preciso reiterar que la ventaja competitiva también se refleja en el hecho de que el cobro de la homologación fue impuesto unilateralmente por la EBSA y este Despacho demostró cómo, en la práctica, los importadores y/o distribuidores de medidores no pueden simplemente vender los medidores sin homologar como lo pretenden hacer ver las investigadas, y como se analizó en el numeral 7.2.2.2 de esta Resolución. Además, el cobro de la homologación tal y como está estructurado por la EBSA, sólo puede ser cobrado por ésta puesto que es la única empresa que además de tener un laboratorio de calibración de medidores, participa en la actividad de distribución y comercialización de energía en el mercado relevante definido.

Las investigadas consideran que no existe una ventaja competitiva en el cobro de la homologación, en particular por lo siguiente:

"Adicionalmente debe tenerse en cuenta que, como bien se establece en la Resolución, el Mercado Afectado de la calibración es de carácter nacional, con lo cual sólo con una mínima parte de los medidores que calibran la EBSA y sus competidores

⁶³Pág. 58 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 686, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

son distribuidos en el departamento de Boyacá. Por ello, aún si la homologación fuera un requisito de carácter obligatorio para el registro de los medidores de los usuarios en Boyacá —que no lo es—, de todas maneras no tendría la aptitud o capacidad de conferirle a mi Representada una ventaja respecto al mercado de calibración que es de carácter nacional y no local⁶⁴.

Debe tenerse en cuenta que el hecho de que algunos laboratorios de calibración de medidores al aplicar sus respectivas estrategias legales para mantenerse en el mercado, eventualmente puedan acceder a otros mercados, no justifica el hecho de que haya un cierre de algún segmento regional del mismo como es el departamento de Boyacá y dos municipios de Santander. Si, como se ha demostrado, la conducta de la EBSA no tiene justificación alguna en términos económicos, no es posible afirmar que tiene licencia para cerrar la participación de una empresa en una zona geográfica determinada por el simple hecho de que dicha empresa pueda eventualmente acceder a otros clientes.

Teniendo en cuenta también que en esta Resolución se aclaró que el mercado afectado con la conducta corresponde al territorio en el que se produjo el abuso por parte de la EBSA, este Despacho desestimará el argumento de las investigadas sobre los efectos que la homologación puede generar para la EBSA, por cuanto, como se explicó más arriba, la ventaja competitiva de la EBSA sí tiene efectos negativos para los demás participantes en el mercado de medidores.

7.3.2. Consideraciones sobre las restricciones de capacidad del laboratorio de calibración de medidores de la EBSA

En el recurso de reposición, las investigadas fueron enfáticas en afirmar que la restricción de capacidad que enfrenta el laboratorio de medidores de la EBSA le impide cerrar el mercado, y para ello tuvo de presente hechos que se habían dado a conocer durante la investigación. Algunos de ellos son los siguientes:

"La EBSA no cuenta con incentivos ni capacidad para obstruir el acceso al mercado de los demás laboratorios de calibración, que es de carácter nacional. Un aspecto fundamental para sustentar lo anterior es que EBSA afronta restricciones de capacidad instalada en su laboratorio de mediciones, el cual destina (sic) primordialmente a las actividades inherentes a su Programa de Control de Pérdidas.

De hecho, como se indicó en el Informe Motivado, la EBSA cuando compra medidores para el mencionado Programa, la mayoría de estos vienen ya calibrados, lo cual indica que no existe interés en expandir las actividades de calibración por parte de la EBSA, ni siquiera para satisfacer sus propios requerimientos técnicos".⁶⁵

(...)

"Lo único cierto es que las pruebas que obran en el expediente dan fe de que la EBSA enfrenta restricciones en la capacidad de su laboratorio, al punto tal que en algunas ocasiones debe rechazar solicitudes de calibración de intermediarios y en otras se ve en la necesidad de comprar medidores para su propio uso previamente calibrados por otros laboratorios, por lo que debe concluirse que mi Representada no tiene la

⁶⁴ Pág. 8 del recurso de reposición, folio 771, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁶⁵ Pág. 8 del recurso de reposición, folio 771, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 12237 DE 2013 Hoja N°. 43

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

*capacidad para buscar un cierre del mercado de los demás laboratorios en el mercado de calibración*⁶⁶.

Este Despacho considera que los argumentos de las investigadas no son concluyentes por las siguientes razones:

En primer lugar, las investigadas afirman que el hecho de que la EBSA compre medidores previamente calibrados para su propio uso en el Programa de Control de Pérdidas conlleva necesariamente a concluir que es por la falta de capacidad del laboratorio de la EBSA y por el desinterés que ella tiene de aumentar la participación en el mercado de calibración. Este argumento es falaz por cuanto de la premisa no se deduce necesariamente la conclusión. Existen numerosas causas por las que la EBSA podría comprar medidores previamente calibrados y ninguna de ellas se demostró. Por ejemplo, una de las causas para que la EBSA comprara medidores calibrados podría ser que consiguiera precios más económicos en otros laboratorios⁶⁷, o porque el laboratorio de la EBSA pudiera tener procedimientos o costos hundidos que hacen que sea más costoso para la EBSA calibrar en su propio laboratorio. Es así que no se puede concluir que el hecho de que la EBSA compre medidores calibrados sea indicativo necesariamente de sus restricciones de capacidad.

Frente a las afirmaciones de las investigadas sobre el rechazo de las solicitudes de calibración a importadores y/o distribuidores de medidores del país, este Despacho insiste en que las pruebas que obran en el expediente no son concluyentes de que dichos rechazos sean una consecuencia de la falta de capacidad del laboratorio, ni se tiene evidencia alguna de la periodicidad de los rechazos, del número de medidores que se dejaron de calibrar, ni de la fecha de las solicitudes. Como se evidenció en la Resolución de Sanción y lo reiteraron las investigadas en el recurso de reposición, el testimonio del señor Luis Hernando Pinzón da cuenta de algunos casos en los que el laboratorio de la EBSA ha rechazado solicitudes de calibración de medidores⁶⁸. Sin embargo, este Despacho reitera que el hecho de que exista solamente una prueba tendiente a demostrar este hecho, que la misma haya sido poco concreta y que no haya soporte documental que referencie las solicitudes de calibración que han sido rechazadas por el laboratorio de la EBSA, impide que esta prueba se valore como una prueba concluyente para afirmar tanto el rechazo de las solicitudes como la conexión que esto tendría con la falta de capacidad del laboratorio de la EBSA.

Se aclara que, tal y como se demostró en la investigación, este Despacho reconoce que gran parte de la capacidad del laboratorio de calibración de la EBSA se utiliza para fines relacionados con el Plan de Recuperación de Pérdidas de Energía y que es un punto que no se discute en la presente Resolución. No obstante, este hecho no justifica ni convierte en legal el cobro de la homologación de la información de los medidores de energía, conducta que como se ha demostrado, en sí misma obstruye la participación en el mercado de calibración y afecta directamente a agentes tales como los importadores, distribuidores y comercializadores de medidores, a otros laboratorios de calibración e incluso al usuario final. El cobro de la homologación y la ventaja competitiva que logra la EBSA al cobrar por dos actividades que son prácticamente idénticas y que persiguen los mismos fines (homologación y registro) es una conducta que falsea y, por consiguiente, obstruye el

⁶⁶ Pág. 10 del recurso de reposición, folio 773, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁶⁷ Cfr. Tabla 3 de la Resolución No. 3694 de 2013, pág. 53, folio 686, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁶⁸ Cfr. CD obrante a folio 376, Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minutos 44 a 45.

Radicación: 10-161600

mercado, independientemente de que la EBSA tenga restricciones de capacidad de calibración de medidores en su laboratorio.

En consecuencia de lo anterior, este Despacho no acepta los argumentos de las investigadas que señalan que debido a las restricciones de capacidad del laboratorio de calibración, la EBSA no está en la capacidad ni tiene el interés de cerrar dicho mercado.

7.3.3. Sobre los esfuerzos de la EBSA por intentar aumentar, mantener o retrasar la pérdida de participación en el mercado de calibración

En la Resolución de Sanción quedó probado que la EBSA disminuyó su participación en el mercado de calibración desde 2010, como se evidencia de la siguiente gráfica:

Gráfica 1
Medidores de terceros calibrados por la EBSA 2008-2011



Fuente: Folio 630, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

Sin embargo, también quedó demostrado, y no fue recurrido, que dicha disminución de capacidad fue consecuencia de decisiones internas de la EBSA:

"En relación con lo anterior, este Despacho se permite manifestar que, como las mismas investigadas lo indican, la disminución de la participación en la calibración de medidores nuevos es un hecho que no sucedió como consecuencia del cobro por homologación (que sería, por demás contrario a la intuición económica), sino por su decisión de destinar un mayor porcentaje de la capacidad de su laboratorio de calibración al Programa de Recuperación de Pérdidas de Energía y, según las investigadas, por el aumento de participación de otro laboratorio de calibración en el mercado⁶⁹.

Frente a los asuntos relacionados con el aumento o disminución de participación de la EBSA y otros laboratorios en el mercado de calibración de medidores, las investigadas señalaron en el recurso de reposición que:

⁶⁹Pág. 59 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 689, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 12237 DE 2013 Hoja N°. 45

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

"Si el cobro por el servicio de homologación representara en realidad un sobre costo obligatorio que obstruye el acceso al Mercado Afectado, los laboratorios diferentes a EBSA no habrían podido incrementar su cuota de participación en el mismo, como lo han hecho. No puede la SIC rehusarse a este argumento que está basado en evidencia real que obra en el expediente, y basarse únicamente en la posibilidad ulterior de que la EBSA pueda incrementar su participación ya que se trata de un elemento futuro, incierto y siempre especulativo. Aún si este hecho llegara (sic) a suceder tendría que demostrarse en ese momento que el incremento en la participación de la EBSA en el Mercado Afectado tiene como relación causal directa y exclusiva el cobro del servicio de homologación, pues sólo en esa medida podría llegar a ser objeto de cuestionamiento. Esto no quedó probado"⁷⁰. (Negrilla fuera del texto)

El aumento de participación de otros laboratorios puede obedecer a diversos factores, por ejemplo a políticas internas de otros laboratorios de tener precios más competitivos, hacer alianzas con importadores y/o distribuidores de medidores, por motivos de calidad del servicio o incluso por las diferencias en los tiempos de entrega de los medidores calibrados, como se puede ver en la siguiente tabla:

Tabla 5
Tiempos de calibración de medidores por laboratorio

Laboratorio	Unidades	Tiempo (en días hábiles)
CAM	1500	10
SERVIMETERS	1-1000	7
	1001-3400	15
EBSA	1-2000	20
	2001-4500	38

Fuente: Folio 143, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Sin embargo, ese aumento de participación no se le puede atribuir al cobro de la homologación de la información de los medidores, como la disminución de participación del laboratorio de la EBSA tampoco se le puede atribuir a la implementación del cobro de homologación.

Al respecto, vale la pena mencionar que la disminución de la participación de la EBSA ha sido consecuencia de una decisión interna de la empresa, pero ello no obsta para que la EBSA tenga una ventaja competitiva en el mercado de calibración de medidores, tal como se ha demostrado anteriormente con la comparación de los precios de calibración de varios laboratorios (ver Tabla 4). Dicha ventaja competitiva puede ser usada por la EBSA tanto para intentar conservar su participación en el mercado de calibración como para retrasar su pérdida por cuanto es claro que abusando de su posición de dominio en el mercado relevante principal, la EBSA está recibiendo un beneficio injustificado en el mercado de calibración de medidores que es, como se insiste, el cobro de la homologación de la información de los medidores, que se remunera a la EBSA posteriormente a través del cargo de comercialización que pagan los usuarios finales con la factura por el suministro del servicio público domiciliario de energía eléctrica.

⁷⁰ Pág. 11 del recurso de reposición, folio 774, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

Se demostró suficientemente que el cobro de la homologación pone en desventaja a los demás laboratorios de calibración de medidores en el mercado relevante porque sus costos aumentan con el sobrecosto que deben pagar por la homologación ante la EBSA y se dificulta así su acceso al mercado. Por último, cabe decir que ese sobrecosto, como se ha manifestado en varios apartes de esta Resolución y de la Resolución de Sanción, fue impuesto unilateralmente por la EBSA, sin justificación económica o regulatoria alguna. En consecuencia, no se podría afirmar que la ventaja de la EBSA se genera como consecuencia de la misma regulación o del hecho de que la EBSA desarrolle actividades de calibración de medidores en su laboratorio a la vez que participa en el mercado de distribución y comercialización de energía.

7.3.4. Configuración de la conducta anticompetitiva

En conclusión del análisis precedente, este Despacho reitera que la EBSA abusó de la posición de dominio que ostenta en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica para generar una ventaja en el mercado de calibración de medidores de energía en esa misma zona geográfica, mercado en el que tiene participación minoritaria.

El hecho que materializó el abuso de su posición dominante fue el cobro por la homologación de la información de los medidores, impuesto a través de la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de noviembre de 2010. Adicionalmente:

"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"⁷¹.

Por todo lo anterior, este Despacho desestima los argumentos que las investigadas presentaron en el recurso de reposición y confirmará que la EBSA sí incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en consonancia con la Resolución recurrida.

7.4. SUPUESTA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Las investigadas señalaron en el recurso de reposición que la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio vulnera su principio de confianza legítima. Ello, por cuanto la audiencia de conciliación que se celebró durante la investigación

⁷¹Pág. 61 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 690, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 12237 DE 2013 Hoja N°. 47

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

administrativa resultó en un arreglo conciliatorio que versó sobre el monto del cobro de la homologación y la SIC aceptó dicho arreglo para después determinar, en la Resolución de Sanción, que el cobro de la homologación era contrario a la libre competencia.

En particular, las investigadas manifestaron que:

"Conforme al contenido del Acta de la Audiencia de Conciliación que obra en el expediente, EBSA y Servimeters adquirieron compromisos que se discutieron en presencia de los funcionarios y fueron aceptados sin objeción por la SIC. En esta medida, la SIC permitió que se conciliaran los intereses particulares que supuestamente podían verse afectados, y se generó confianza en mis Representadas de que éstos eran intereses conciliables, sobre los cuales son los que se autoriza una conciliación conforme al artículo 33 de la Ley 640 de 2011 (sic).

De allí que válida y plausiblemente EBSA coligió que los acuerdos a los que se llegaron versaban sobre materias que eran susceptibles de conciliación. Por lo tanto, confió legítimamente que el cobro por el proceso de homologación que hace la EBSA es válido y conforme a derecho, por lo que lo conciliable era el monto y no el cobro en sí (sic) mismo.

Como consecuencia de lo anterior, la EBSA tiene fundamentos legítimos para confiar en que el cobro por el proceso de homologación es un comportamiento ajustado a derecho y por ende no violatorio de las normas de libre competencia, porque si no fuera así la (sic) SIC no debió permitir el acuerdo referido en la Audiencia de Conciliación y debió ordenar su cese en la Resolución"⁷². (Negrillas fuera del texto).

Este Despacho considera que los argumentos expuestos por las investigadas frente a la violación del principio de la confianza legítima no pueden ser de recibo, por las razones que se pasan a exponer.

7.4.1. Finalidad y efectos de la audiencia de conciliación durante las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia

La audiencia de conciliación que se lleva a cabo durante las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia está regulada en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001⁷³, que dispone lo siguiente:

"Artículo 33. Conciliación en procesos de competencia. En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados.

La fecha de la audiencia deberá señalarse una vez vencido el término concedido por la Superintendencia al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

⁷²Pág. 13 del recurso de reposición, folio 776, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁷³Ley 640 de 2001, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

Radicación: 10-161600

Sin que se altere la naturaleza del procedimiento, en la audiencia de conciliación, el Superintendente podrá imponer las sanciones que por inasistencia se prevén en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil".

Del artículo antes citado se deduce que en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas, la audiencia de conciliación se debe adelantar cuando la investigación inicie a petición de parte. En ese caso, la norma dispone que la fecha de la audiencia de conciliación se debe señalar cuando venza el término para solicitar o aportar pruebas en la investigación.

Se debe resaltar que la audiencia de conciliación tiene como fin **la conciliación de intereses particulares** de los quejosos y las investigadas, **pero no tiene como fin la conciliación del interés general ni la terminación de la investigación por prácticas comerciales restrictivas**. Así, la audiencia se adelanta durante la investigación administrativa, pero tiene efectos únicamente entre las partes y no tiene efectos sobre los asuntos de la investigación, puesto que el derecho de la competencia se ocupa de la protección del interés general.

7.4.2. Imposibilidad de determinar la legalidad o ilegalidad de la conducta anticompetitiva al momento de la audiencia de conciliación

Adicional a lo expuesto en el numeral anterior, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con la norma arriba citada, la fecha de la audiencia de conciliación se fija después de vencido el término para solicitar o aportar las pruebas que se pretenden hacer valer dentro de la investigación.

Para el análisis concreto de la supuesta violación del principio de confianza legítima para el caso que nos ocupa, vale tener presentes los siguientes eventos:

- La Resolución de Apertura se expidió el 24 de febrero de 2012 y una vez notificada empezó a correr el término de 20 días hábiles para que las investigadas solicitaran o aportaran pruebas.
- El 17 de abril de 2012, vencido el término para que las investigadas solicitaran o aportaran pruebas, la Delegatura envió comunicaciones tanto a las investigadas como a las quejas citándolas a audiencia de conciliación que se llevaría a cabo el 30 de abril de 2012⁷⁴.
- El 27 de abril de 2012, la Delegatura envió una nueva comunicación tanto a las investigadas como a las quejas, en la que informó sobre el aplazamiento de la audiencia de conciliación y la citó para el 28 de mayo de 2012⁷⁵.
- El 28 de mayo de 2012 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, en la cual las partes participantes llegaron a un arreglo conciliatorio⁷⁶.

⁷⁴Folios 307 a 3011, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁷⁵Folios 343 a 348, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁷⁶Folios 351 a 353, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 12237 DE 2013 Hoja N°. 49

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

- Mediante Resolución No. 35768 de 7 de junio de 2012, la Delegatura decretó la práctica de las pruebas de la investigación⁷⁷.
- La Delegatura dio a conocer a este Despacho y a las investigadas el Informe Motivado el 30 de agosto de 2012⁷⁸.

Es fundamental tener en cuenta la cronología de las etapas de esta investigación administrativa para rechazar los argumentos de las investigadas que se discuten en este acápite, puesto que la cronología misma refleja la preservación de los principios y derechos de las investigadas. Veamos:

Las investigadas argumentaron que si la Superintendencia de Industria y Comercio iba a declarar como anticompetitivo el cobro de la homologación, no ha debido aceptar que se conciliara sobre ese asunto en particular, dado que la conciliación de esos intereses particulares y posteriormente una sanción por el mismo hecho que fue conciliado, vulneran el principio de confianza legítima.

Este Despacho disiente categóricamente de este argumento de las investigadas debido a que si se aceptara, sería un llamado para que esta Superintendencia prejuzgara los casos que investiga y emitiera juicios sobre las conductas que investiga sin siquiera haber practicado las pruebas. Una solicitud como esta es inaceptable para este Despacho por cuanto la misma violaría los derechos fundamentales de las investigadas al debido proceso así como el principio de buena fe que debe regir toda investigación administrativa:

"Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

(...)

Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. (...)

(...)

"Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas"⁷⁹. (Negrillas fuera del texto).

Con la cronología de etapas procesales que se ha hecho arriba, queda claro que la audiencia de conciliación se llevó a cabo entre el momento de la apertura de la investigación y la fecha en la que la Delegatura decretó las pruebas de esta investigación. Para el momento en el que se llevó a cabo la audiencia de conciliación la Delegatura no

⁷⁷Folios 360 a 363, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁷⁸Folios 590 a 592, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁷⁹ Artículos 29 y 83 de la Constitución Política de Colombia.

Radicación: 10-161600

tenía claridad sobre si las conductas que se investigaban en esta actuación administrativa eran o no contrarias a las normas de protección de la competencia.

En efecto, fue con posterioridad a la audiencia de conciliación que se decretaron y practicaron las pruebas en esta investigación, y casi tres meses después de dicha audiencia la Delegatura emitió el Informe Motivado, tras haber practicado y analizado las pruebas de la investigación.

De manera que al momento de la audiencia de conciliación la Delegatura no tenía certeza acerca de la legalidad o ilegalidad de los hechos por los que se acusaba a las investigadas y no habría podido ordenar que no se conciliara sobre el monto del cobro de la actividad de homologación, por cuanto no podía determinar para ese momento si el cobro, o cualquier otro hecho, eran constitutivos de un abuso de posición de dominio o de alguna práctica contraria a la libre competencia. Haberlo hecho, se insiste, habría sido violatorio del derecho al debido proceso de las investigadas y violatorio de los principios de buena fe y presunción de inocencia, que son precisamente los derechos y principios que las investigadas alegan que se habrían violado con el actuar de esta Superintendencia, lo cual resulta contradictorio.

Ahora, respecto de la supuesta violación del principio de confianza legítima de las investigadas, es pertinente mencionar qué se entiende por este principio. En palabras de la Corte Constitucional:

"Es éste un principio que debe permear el derecho administrativo, el cual, si bien se deriva directamente de los principios de seguridad jurídica (arts. 1º y 4 de la C.P.), de respeto al acto propio y buena fe (art. 83 de la C.P.), adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre administración y administrado. Es por ello que la confianza en la administración no sólo es éticamente deseable sino jurídicamente exigible.

Este principio se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse. Al respecto la Corte ha dicho:

'Este principio, que fue desarrollado por la jurisprudencia alemana, recogido por el Tribunal Europeo de Justicia en la sentencia del 13 de julio de 1965, y aceptado por doctrina jurídica muy autorizada, pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación. Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese

Radicación: 10-161600

evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política.⁸⁰

Lo anterior no significa que las autoridades están impedidas para adoptar modificaciones normativas o cambios políticos para desarrollar planes y programas que consideran convenientes para la sociedad. La aplicación del principio de la buena fe lo que significa es que la administración no puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.

*Ahora bien, debe aclararse que la confianza o la buena fe de los administrados no se protege garantizando la estabilidad de actos u omisiones ilegales o inconstitucionales sino a través de la compensación, no necesariamente monetaria, del bien afectado.
(...)⁸¹.*

Sin perjuicio del debate que se podría dar en torno a la aplicabilidad del principio de confianza legítima al presente escenario, este Despacho considera que por el hecho de haber permitido que las partes (investigadas y quejas) llegaran a un acuerdo para conciliar sus **intereses particulares** en la audiencia de conciliación que se llevó a cabo durante la investigación que nos ocupa, no se violó la confianza legítima al sancionar posteriormente el cobro de la actividad de homologación como conducta anticompetitiva.

Elo, entre otras, porque no existen precedentes en torno a sanciones relacionadas con la actividad de homologación de medidores, ni ningún otro comportamiento reiterado de la Administración que permitiera a las investigadas afirmar que tendrían una especie de derecho adquirido y por tanto una expectativa específica de que el asunto bajo investigación se les resolviera favorablemente. Además, se reitera, por cuanto la investigación estaba en una de sus etapas iniciales en la que ni siquiera se habían practicado las pruebas y la Delegatura no tenía certeza sobre la legalidad de las conductas de las investigadas, concretamente sobre la homologación de la información de los medidores.

7.4.3. La SIC no ordenó el cese de la conducta anticompetitiva

Las investigadas señalaron que, además de la vulneración de la confianza legítima en la que incurrió este Despacho al haber permitido que se conciliaran los intereses particulares en la audiencia de conciliación antes referida, el Despacho no fue coherente en la Resolución de Sanción porque no ordenó el cese de la conducta que declaró como anticompetitiva:

"[...] a pesar de la referida consideración o motivación de la Resolución, en la parte resolutive no se le ordenó a la EBSA cesar en el cobro por el proceso de homologación que es lo que según la SIC violó las normas sustanciales sobre protección de la competencia.

(...)

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-478 de 1998. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia SU-360 de 1998. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

RESOLUCIÓN NÚMERO 12237 DE 2013 Hoja N°. 52

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Lo acontecido en la Audiencia de Conciliación, que conforme a la norma que la regula, se hizo en derecho y la falta de disposición en la parte resolutive de la Resolución que ordene cesar en el cobro por su supuesta ilegalidad, permiten a la EBSA, de forma razonable, interpretar y ratificar su convencimiento legítimo de que el cobro por el proceso de homologación es una conducta ajustada a derecho.

Por lo tanto, resulta contrario al principio de la confianza legítima que de manera contradictoria la SIC termine imponiendo la sanción aplicada en la Resolución por un acto supuestamente ilegal, en detrimento de la legítima confianza y, de contera vulnerando los derechos fundamentales de la EBSA, máxime cuando en la Resolución que dio por terminada la actuación no se ordenó cesar una conducta supuestamente abusiva y violatoria de la Ley⁸². (Negrilla fuera del texto)

Este Despacho manifiesta su desacuerdo con la apreciación de las investigadas por cuanto ya se analizó en el acápite anterior el cumplimiento de esta Superintendencia con los principios y derechos procesales. De otra parte y como se pasa a explicar, el hecho de no haber ordenado el cese de la conducta no genera violación alguna a los derechos de las investigadas, ni les crea expectativas sobre la posibilidad de continuar su conducta.

En primer lugar, es preciso manifestar que si la Superintendencia de Industria y Comercio declara mediante acto administrativo (en este caso la Resolución de Sanción) que una conducta llevada a cabo por las investigadas es una conducta contraria a las normas sobre protección de la competencia, la consecuencia lógica y necesaria de dicha declaración es el cese de la conducta por parte de las investigadas. De lo contrario, si éstas continuaran con la conducta, es decir con el cobro por la actividad de homologación de la información de los medidores, lo harían a sabiendas de que es una conducta contraria a las normas de competencia. Sorprende a este Despacho advertir que aún después de que se declare que una conducta es anticompetitiva, las investigadas no tengan intenciones de acatar la Resolución mediante la cual se declare ese hecho, y prefieran continuar cometiendo la conducta.

En segundo lugar, este Despacho considera necesario resaltar que es la **normativa**, en este caso el conjunto de normas sobre protección de la competencia, la que establece de manera general las conductas que son contrarias a la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de competencia en el país, investiga las conductas sobre las cuales tenga conocimiento (de oficio o a petición de parte) y que presuntamente sean contrarias a la libre competencia. Si como consecuencia de la investigación adelantada la Superintendencia concluye que las investigadas incurrieron en normas contrarias a la libre competencia, mediante resolución declara que la conducta particular que se ha investigado corresponde a una de las prohibiciones establecidas en las normas. Una vez quede en firme dicha resolución, las investigadas que hayan resultado sancionadas deben dar cumplimiento a la resolución y cesar dichas conductas. Este Despacho no ve una forma diferente de interpretar la parte resolutive de una resolución, más que acatar su contenido.

En tercer lugar, se aclara que el único efecto que se genera al no haber ordenado el cese de la conducta es que si al momento en que la Resolución de Sanción quede en firme y

⁸²Pág. 14 del recurso de reposición, folio 777, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

ejecutoriada las investigadas continúan llevando a cabo la conducta que se declaró como anticompetitiva, esta Superintendencia no podrá sancionar a la EBSA por incumplimiento de instrucciones, tal y como está facultada para hacerlo⁸³, sino que tendrá que abrir una nueva investigación y llevar a cabo todas las etapas del proceso administrativo para sancionar nuevamente la conducta.

Por consiguiente, este Despacho no considera necesario hacer modificación alguna en este sentido en la presente Resolución e interpreta que la parte resolutive de la Resolución de Sanción es suficientemente clara para que las partes le den cumplimiento inmediato una vez quede en firme.

7.4.4. Conclusión

Teniendo en cuenta los argumentos discutidos anteriormente, este Despacho concluye que ni el derecho al debido proceso ni los principios de buena fe o confianza legítima han sido vulnerados a las investigadas durante la presente actuación administrativa.

Por el contrario, esta Superintendencia ha sido respetuosa de los derechos de las investigadas y, por el hecho de haber permitido la conciliación de intereses particulares en una de las etapas iniciales de la investigación, no creó falsas expectativas a las investigadas sobre la legalidad de la conducta, sino que cumplió con los principios de presunción de inocencia y buena fe de las investigadas.

7.5. SUPUESTA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

En opinión de las investigadas, la Superintendencia de Industria y Comercio contravino las normas aplicables y el precedente jurisprudencial constitucional al haber denegado pruebas oportunamente aportadas por la EBSA con las observaciones al Informe Motivado.

Ello, con fundamento en el artículo 34 del Decreto 01 de 1984 que establece que durante la actuación administrativa las partes pueden pedir y decretar pruebas y allegar informaciones sin requisitos ni términos especiales. Al respecto, las investigadas manifestaron que:

"Para el caso concreto se tiene que el artículo 34 del C.C.A. es una norma supletoria que regula las demás etapas de la actuación administrativa donde la norma especial (Decreto 2153 de 1992) no estableció reglas especiales.

De lo expuesto se colige que es viable para los investigados solicitar y aportar pruebas respecto del contenido del Informe Motivado, máxime cuando los hechos configurativos de los cargos por los cuales se ordenó la apertura de la investigación tuvieron modificaciones en cuanto a su alcance y comprensión de las conductas, según lo consignado en el Informe Motivado. Lo contrario constituiría el impedimento infundado del ejercicio del derecho de defensa y, de contera, la vulneración al debido proceso de mis Representadas⁸⁴.

⁸³Cfr. Numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

⁸⁴Pág. 15 del recurso de reposición, folio 778, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 12237 DE 2013 Hoja N°. 54

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Este Despacho considera que no le asiste razón a las investigadas por las razones que se pasan a exponer.

En primer lugar, es importante reiterar que, así como lo reconocen las investigadas, las investigaciones administrativas relacionadas con prácticas restrictivas de la competencia se rigen **por un procedimiento especial regulado por las normas de protección de la competencia**. El régimen administrativo general sólo tiene aplicación supletiva en las materias no reguladas por la norma especial.

Aquellas relacionadas con el decreto y práctica de pruebas se encuentran reglamentadas en el segundo inciso del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012:

"Artículo 52. Procedimiento.

(...)

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

(...)"

Esta norma es específica para las investigaciones que se abran por prácticas restrictivas de la competencia, y otorga a las partes un plazo específico para la solicitud y el aporte de pruebas dentro de la investigación. Por consiguiente, el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo no es aplicable. Diferente sería si el Decreto 2153 de 1992 hubiera guardado silencio en torno al decreto y práctica de pruebas, caso en el cual sí aplicarían las normas generales de procedimiento administrativo.

Interpretar las normas sobre pruebas en el sentido propuesto por las investigadas carecería de sentido, y haría nugatorio lo establecido en el artículo 52, en la medida en que las investigadas en este tipo de trámites podrían aportar pruebas en cualquier tiempo del proceso de investigación, y no solamente en las oportunidades establecidas por dicho artículo.

Los documentos aportados por las investigadas junto con el escrito de observaciones al Informe Motivado, por haber sido presentados de manera extemporánea en esta investigación administrativa **no fueron tenidos en cuenta como pruebas** dentro de la investigación.

En este punto, cabe mencionar que las investigadas señalaron que:

"El error de la SIC nace al pronunciarse en la Resolución respecto de las (sic) procedencia de las pruebas aportadas por mis Representadas respecto del Informe Motivado, porque la Resolución como acto administrativo de carácter particular que es, tiene el carácter de decisión de fondo de la actuación administrativa.

La SIC no podía denegar el decreto de las pruebas aportadas por los investigados en la Resolución. El pronunciamiento sobre el decreto o denegación de pruebas debió ser previo a la decisión con la que se pone fin a la actuación administrativa, máxime

Radicación: 10-161600

cuando los actos que niegan pruebas no son simples actos de trámite, según se desprende del tenor literal del artículo 20 de la Ley 1340 de 2009⁸⁵.

No obstante los argumentos presentados por las investigadas, este Despacho no concuerda con sus apreciaciones debido a que el pronunciamiento en la Resolución de sanción respecto de los documentos aportados por las investigadas con las observaciones al Informe Motivado no constituyó una negación de las pruebas válida y oportunamente aportadas por las investigadas, sino la manifestación de que los documentos aportados de manera extemporánea no serían tenidos en cuenta como pruebas en la investigación.

Si, por el contrario, los documentos hubieran sido aportados por las investigadas en la oportunidad procesal correspondiente para la solicitud y práctica de pruebas a la que se refiere el inciso arriba citado, la negación de aquellos documentos como pruebas por parte de la Delegatura se habría tenido que dar en la resolución mediante la cual se decretaron y solicitaron pruebas, esto es la Resolución No. Resolución No. 35768 del 7 de junio de 2012⁸⁶.

Finalmente, cabe reiterar que los documentos aportados por las investigadas junto con las observaciones al Informe Motivado, tal y como lo manifestó este Despacho en la Resolución recurrida, no aportan elementos de juicio que permitan desvirtuar las afirmaciones realizadas por el Despacho en la presente resolución, o modificar las premisas que llevaron a la Entidad a concluir que en este caso la EBSA abusó de su posición de dominio⁸⁷. De esta forma, son impertinentes e inútiles frente a la investigación, por lo cual, incluso si se dijera que han sido aportados en la oportunidad procesal pertinente, los mismos no agregan absolutamente nada al convencimiento de la administración en relación con la materia que se discute.

En consecuencia con el análisis anterior, este Despacho reitera que en ningún momento se violó el derecho al debido proceso de las investigadas, sino que por el contrario sus principios y derechos procesales se han respetado en todo momento de la investigación que nos ocupa.

7.6. DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

En el recurso de reposición, las investigadas manifestaron que el monto de las sanciones impuestas a las investigadas es confiscatorio y desproporcionado frente a la supuesta utilidad ganada por la EBSA con el cobro de la homologación. Presentaron varios argumentos adicionales que se analizarán más adelante, todos señalando que las multas están indebidamente calculadas, no motivadas y desproporcionadas. Todo ello, en el evento en que esta Superintendencia decidiera confirmar que la EBSA en efecto incurrió en una conducta contraria a la libre competencia.

A continuación se presentan los argumentos de las investigadas, se motivan las razones para rechazarlos y se confirma la sanción impuesta en la Resolución recurrida.

⁸⁵Pág. 16 del recurso de reposición, folio 779, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁸⁶ Folios 360 a 363, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁸⁷Pág. 63, de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 691, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

7.6.1. Falta de motivación en los criterios, fórmulas y procedimientos para tasar el valor de las multas

Las investigadas señalaron que este Despacho violó los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad al imponer multas tan altas, cuyo valor no se motivó y que además desconocieron los parámetros de atenuación de las sanciones establecido en la Ley 1340 de 2009. También alegaron que el Despacho se apartó de la recomendación que hizo la Delegatura sobre las multas sin motivar su decisión.

Estos argumentos de las investigadas carecen de validez porque la dosificación de la sanción fue debidamente motivada por este Despacho en la Resolución recurrida. De hecho, el numeral 7.3.10 de dicha Resolución se denominó "*Dosificación de la sanción*" y se dedicó exclusivamente a explicar las razones por las cuales se impondrían los montos de \$4.754.745.000 y \$47.160.000 a la EBSA y al señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, respectivamente. De hecho, este Despacho manifestó que:

"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"⁸⁸.

Posteriormente en la Resolución de Sanción se señalaron los criterios de agravación y atenuación de la conducta, tomando como base aquellos señalados en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

En este caso, los criterios de agravación fueron: (i) la participación de la EBSA en los mercados de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento de Boyacá y los municipios de Santander definidos en el mercado relevante, en los cuales la EBSA ostenta posición de dominio; y (ii) el hecho de que la EBSA sea una empresa de servicios públicos domiciliarios que presta el servicio público domiciliario de energía, considerado como un servicio público esencial.

Los criterios de atenuación que se consideraron para tasar la sanción fueron los siguientes:

"[...] este Despacho también reconoce que: (i) no se probaron todos los cargos endilgados a las investigadas en la resolución de apertura; (ii) no se probó que el cobro de la actividad de homologación haya sido trasladado a los usuarios finales del servicio público domiciliario de energía eléctrica por lo cual la conducta no ha tenido efecto sobre ellos; (iii) la EBSA no tiene antecedentes en materia de infracciones al

⁸⁸Pág. 65 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 692, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 0 - - 12237 DE 2013 Hoja N°. 57

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

régimen de protección de la competencia; y (iv) las investigadas han atendido las solicitudes y requerimientos realizados dentro de la presente investigación⁸⁹.

Este Despacho tuvo en cuenta los criterios de atenuación y agravación anteriormente mencionados como consideraciones para el monto de la sanción. Adicionalmente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, tuvo en cuenta la participación de la EBSA en el mercado relevante y su grado de participación en el cobro de la homologación de la información de los medidores. Finalmente, tuvo en cuenta el patrimonio de la EBSA, que de acuerdo con los estados financieros que reposan en el expediente, para 2011 fue mayor a novecientos quince mil millones de pesos (el valor exacto son \$916.723.341.000).

Además de haber indicado en la Resolución recurrida que los criterios que se tuvieron en cuenta para calcular el monto de la sanción impuesta a la EBSA fueron los señalados en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho investigó los estándares internacionales y buenas prácticas para la imposición de multas en materia de competencia al momento de aplicar la sanción a la EBSA.

Así, por ejemplo, se encontró que en la Comisión Europea, al igual que en Colombia, el procedimiento de dosificación de sanciones se divide en dos etapas. En la primera se calcula el monto base de la multa, el cual posteriormente se gradúa teniendo en cuenta criterios de atenuación y agravación. Adicionalmente, la Comisión Europea propone aumentar la multa significativamente **si el tamaño del negocio de la empresa investigada es considerable**. Asimismo, determina un máximo legal del 10% del volumen de ingresos totales de la empresa en el último año fiscal con el fin de no sacar a la empresa del mercado⁹⁰.

Así, este Despacho considera pertinente señalar que el monto de la sanción impuesta a la EBSA, (\$4.754.745.000), equivale tan sólo al 8,1% de la multa máxima aplicable a las personas jurídicas, la cual, para el año 2013, asciende a \$58.950.000.000; al 7,4% de su utilidad operacional⁹¹; al 0,5% de su patrimonio; y al 1,5% de los ingresos totales de la compañía, es decir no supera el 10% de los ingresos totales, según estándares internacionales. Por consiguiente, no es procedente afirmar que la sanción no es proporcional frente a la conducta perpetrada y el tipo de empresa sancionada, ni frente a lo establecido en la legislación colombiana, ni frente a las buenas prácticas internacionales en materia de imposición de sanciones.

Para definir el monto de la sanción impuesta al señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ, en el numeral 7.3.9. de la Resolución de Sanción se analizó y se demostró que el señor Mesa no solamente firmó el Acto de Gerencia No. 092 de 2010, sino que con anterioridad a su firmale dieron a conocer los fundamentos de las decisiones que allí se consignaban, concretamente lo relacionado con la imposición del cobro de la homologación, que es lo que nos ocupa en el presente caso. Teniendo en cuenta su participación en la comisión de la conducta, se determinó una sanción por algo más de cuarenta y siete millones de pesos

⁸⁹Pág. 66 de la Resolución No. 3694 de 2013, folio 692, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁹⁰ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003.

⁹¹La utilidad operacional de la EBSA para 2011 fue de \$64.599.976.000. Cfr. Informe de gestión 2011, folio 448, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

Radicación: 10-161600

(el monto preciso son \$47.160.000), que equivale al 4% de la multa máxima aplicable de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Respecto de la recomendación que hizo la Delegatura sobre el monto de las sanciones, y como lo reconocen las investigadas, este Despacho se apartó de dicha recomendación estando en facultad de hacerlo, dado que, como las mismas investigadas lo reconocieron, el Informe Motivado no es vinculante para el Despacho. Adicionalmente, cabe mencionar que es el Superintendente de Industria y Comercio quien está facultado para imponer las sanciones a las investigadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992⁹², modificado por el referido artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

7.6.2. Consideraciones en torno al concepto de "utilidad" derivada de la conducta

Frente al concepto de "utilidad", las investigadas señalaron que:

"Lo primero es manifestar que se ha hecho referencia a una 'supuesta' utilidad, puesto que: (i) no aparece demostrado con medio de convicción alguno en el expediente que el ingreso anunciado en la Resolución corresponda realmente a una utilidad en su acepción financiera, como naturalmente debe ser entendida, y (ii) para la EBSA dicho ingreso no constituyó de ninguna manera una ganancia o utilidad, por el contrario, los ingresos por la homologación han sido utilizados para mitigar las pérdidas que le genera a la EBSA prestar este servicio"⁹³.

Al respecto, este Despacho manifiesta que el concepto de utilidad empleado fue el que corresponde a su acepción financiera, es decir la ganancia que se obtiene por una actividad. Cabe en este punto hacer uso de la analogía para aplicar las normas del Código Civil colombiano sobre la interpretación de las leyes:

"ARTICULO 28. SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

ARTICULO 29. PALABRAS TÉCNICAS. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso".

⁹²Decreto 2153 de 1992. "Artículo 4. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. (...)"

⁹³Pág. 17 del recurso de reposición, folio 780. Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

Por consiguiente, este Despacho considera que sobra la aclaración sobre la acepción de "utilidad" que se utilizó, cuando se entiende con claridad que es la relacionada con la utilidad financiera de la EBSA.

7.6.3. Tasación de la multa con base en su valor mínimo y aplicación del criterio del 150% de la utilidad

Las investigadas manifestaron su desacuerdo frente al monto de la sanción impuesta a la EBSA, y en especial consideraron que la Superintendencia de Industria y Comercio aplicó de manera errada las disposiciones del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009:

"La expresión 'utilidad derivada de la conducta por parte del infractor' tiene relevancia en la interpretación de la norma porque es un factor objetivo para determinar el alcance inicial de la multa. Otra lectura conllevaría otorgarle una discrecionalidad desproporcionada a la Administración porque podría llegar a ser más gravosa una sanción para aquellas personas cuya utilidad derivada de la conducta resulten inferiores a 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes, lectura que de bulto contradice los parámetros del precedente jurisprudencial constitucional obligatorio.

De lo anterior se desprende que el factor a partir del cual se debe iniciar el cálculo del valor de una sanción razonable y proporcionada, es la utilidad generada por la conducta. Por ende, solamente en los casos en los que no pueda ser determinada la utilidad del infractor generada por la violación de la norma, la SIC podrá guiarse por el referente máximo de los 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes.

Adicionalmente, el valor de la multa no puede graduarse como regla general a partir del valor máximo de la sanción que ha establecido el legislador, pues de ser así se estaría violando el principio de proporcionalidad al establecer como regla general y punto de partida la máxima sanción a imponer.

En ese orden, la relación de la multa debe estar definida a partir del mínimo previsto por la ley, y a partir de ese valor aplicar los agravantes y atenuantes que sean identificados, que fue lo que no se hizo en el presente caso⁹⁴.

En primer lugar, este Despacho disiente de la interpretación que han hecho las investigadas del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 en relación con la utilidad generada por la conducta. El artículo dispone que el Superintendente podrá imponer "...por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor".

Es preciso aclarar que la conjunción "o" que se resalta de la cita del artículo 25 tiene un valor disyuntivo o alternativo, es decir que el criterio del uso de hasta un 150% de la utilidad derivada de la conducta como parámetro para imponer la sanción, es alternativo al uso del criterio de la tasación de la multa hasta por 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Como además la alternativa del uso de la utilidad como parámetro está acompañada de una condición, cual es "si resulta ser mayor", este Despacho interpreta que se debe usar en el caso en que la multa fuera mayor a 100.000 salarios mínimos. Así, como regla general se debe usar el parámetro de dosificación de una multa de hasta 100.000 salarios mínimos y por tanto no le asiste razón a las investigadas en este punto.

⁹⁴Págs. 17 y 18 del recurso de reposición, folios 780 a 781, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

En segundo lugar, y habiendo aclarado que el parámetro de los 100.000 salarios mínimos es la regla general para la tasación de las sanciones, este Despacho tampoco está de acuerdo con las investigadas en que las multas se deben graduar a partir de su valor mínimo, es decir cero, y a partir de ahí aplicar los criterios de agravación y atenuación de la sanción. En el sentir de este Despacho, el cálculo de la multa se debe hacer de manera integral, teniendo en cuenta todos los parámetros establecidos en la Ley 1340 de 2009 para el efecto, pero no se puede partir de un valor de cero en una sanción cuando se encontró que una o más de las investigadas cometieron conductas contrarias a las normas de protección de la competencia.

Por último, las investigadas señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio debería guardar coherencia entre las sanciones impuestas a diferentes investigados durante el tiempo. Para ello, citaron como fundamento la Resolución No. 4285 de 2002 expedida por esta Superintendencia, en la que se le impuso a Satena una sanción equivalente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes para ese año y una equivalente a menos de la mitad de un salario mínimo de la época a su representante legal.

Es necesario aclarar que, por una parte, una sanción impuesta en 2002 se regía con los parámetros del Decreto 2153 de 1992 antes de su modificación por la Ley 1340 de 2009, y para ese momento el monto máximo de las sanciones era de 2.000 salarios mínimos⁹⁵, no de 100.000. Por otra parte, esta Superintendencia tiene el deber de imponer las sanciones a las investigadas de acuerdo con las particularidades de cada caso, con fundamento en las conductas que hayan cometido, los criterios de atenuación y agravación, y no de una simple comparación entre los montos de un caso y otro. Por consiguiente, este Despacho no encuentra de recibo el reclamo de las investigadas de que se debe tomar como precedente una resolución expedida en 2002, bajo una ley anterior y con supuestos de hecho que no tienen que ver con los que se estudiaron en la presente actuación administrativa.

7.7. SOBRE LOS DOCUMENTOS APORTADOS POR LAS INVESTIGADAS CON EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Con el recurso de reposición, las investigadas anexaron un documento para que se tuviera en cuenta como prueba:

"Adjunto al presente Recurso, se presenta como anexo para que se tenga en cuenta como prueba de los hechos que se sustenta (sic), la certificación número 001169 de febrero 13 de 2013, expedida por la sociedad Expertos en Mercados – XM – entidad administradora del mercado mayorista de energía en Colombia, sobre la demanda atendida en el Mercado de Distribución y Comercialización de Energía en Colombia para el año 2012"⁹⁶.

⁹⁵El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 disponía lo siguiente:

"Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto. (...)".

⁹⁶Pág. 23 del recurso de reposición, folio 786, Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

Radicación: 10-161600

Este Despacho rechazará por impertinente e inútil la solicitud de las investigadas para que se tenga como prueba el documento arriba citado por cuanto, de una parte, pretende demostrar hechos que son irrelevantes para la investigación, y de otro lado pretende desvirtuar mediante un documento que no corresponde, un hecho que este Despacho ha demostrado suficientemente durante la investigación administrativa.

Es decir, mediante una certificación sobre la participación de la EBSA en el mercado mayorista de energía, las investigadas pretenden desvirtuar la posición de dominio que ostentan en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica en el departamento de Boyacá y dos municipios de Santander, lo cual fue suficientemente demostrado.

7.8. RESPONSABILIDAD DEL SEÑOR ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ

Las investigadas concluyeron su argumentación del recurso de reposición afirmando que, dado que la conducta anticompetitiva no había tenido lugar por parte de la EBSA, la Superintendencia de Industria y Comercio no podría sancionar al señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ.

Al respecto, y dado que durante la investigación administrativa se demostró suficientemente que la EBSA incurrió en abuso de posición dominante de acuerdo con lo previsto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se deben desestimar los argumentos de las investigadas.

De otra parte, se reitera que el señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ tuvo conocimiento de los estudios que antecedieron la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de 2010, firmó dicho acuerdo y, por consiguiente, toleró las conductas anticompetitivas de la EBSA al aprobar que se cobrara por la actividad de homologación de la información de los medidores de energía eléctrica.

En consecuencia, se confirmará la sanción impuesta al señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ en la Resolución de Sanción.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: RECHAZAR la solicitud de aporte de pruebas documentales por parte de las investigadas.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 3694 de 5 de febrero de 2013.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 10-161600

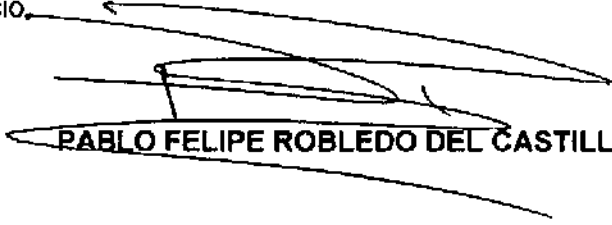
PÚBLICOS- EBSA ESP a través de su apoderado, y al señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ o su apoderado, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno en sede administrativa.

ARTÍCULO CUARTO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **21 MAR 2013**

El Superintendente de Industria y Comercio,



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Carolina Liévano
Angela María Noguera
Revisó: Felipe Serrano Pinilla
Aprobó: Felipe Serrano Pinilla

NOTIFICACIONES:

EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS - EBSA ESP
ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ
Apoderado
Doctor
GUILLERMO SOSSA GONZÁLEZ
C.C. 80.420.247
T.P. No. 86.452 del CSJ
Carrera 8 # 69 - 40
Teléfono: 6124149 / 2179002
Bogotá, D.C.