



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 4907 DE 2013
 18 FEB 2013

VERSIÓN PÚBLICA

Radicación: 11-87446

"Por la cual se imponen unas sanciones"

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. 4359 del 2 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 GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. (en adelante, "GASES DE OCCIDENTE", "GDO", o "investigada") infringió lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, abusando así de su posición de dominio en el mercado.

Asimismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si el señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO (en adelante, junto con GDO, "investigadas"), gerente general de la empresa investigada, incurrió en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SEGUNDO: Que la Resolución de Apertura fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas en los siguientes términos:

- De acuerdo con lo dispuesto en las leyes 142 de 1994 y 1340 de 2009, GDO ostenta posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural en Cali y en algunos municipios aledaños, pues tiene el 100% de la participación del mercado y en consecuencia puede definir las condiciones de mercado.
- Un mercado conexo al de distribución de gas natural es el de instalación de redes internas de gas; es decir, la instalación de las redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el suministro de gas al inmueble a partir del lugar en el que está el medidor de consumo.
- El mercado de instalación de redes internas es de libre competencia, y el usuario final de la instalación es libre de contratar con la empresa que desee.
- Con el fin de garantizar la seguridad de las redes internas, la regulación establece requisitos mínimos de idoneidad de las instalaciones de gas, con controles que recaen sobre la red interna (control objetivo), así como requisitos de idoneidad de los instaladores, con controles que recaen sobre el instalador de la red interna (control subjetivo).

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 Folios 1017 a 1042 del Cuaderno Público No. 2 del expediente No. 11-87446 (en adelante "Expediente").

RESOLUCIÓN NÚMERO 4907 DE 2013 Hoja N°. 2

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

- La responsabilidad del adecuado funcionamiento de las redes internas de gas natural es del distribuidor de gas, quien debe realizar los controles objetivo y subjetivo.
- La regulación ordena a las empresas distribuidoras de gas llevar un registro de las firmas instaladoras que operen en su sector de distribución. Este registro se entiende como un mecanismo conforme al cual la empresa de distribución de gas ejerce el control subjetivo.
- Para otorgar el registro, la empresa distribuidora debe tener en cuenta requisitos objetivos para verificar la idoneidad de los instaladores. Sin embargo, debe tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo del artículo 19 de la Resolución CREG No. 108 de 1997, que establece que el registro no puede ser una forma de restringir el acceso al mercado y que los distribuidores deben registrar a todo aquel que solicite el registro y que cumpla con los requisitos expresamente establecidos en la regulación.
- En relación con el control objetivo, la regulación (Resolución SIC No. 14471 de 2002) establece que a toda instalación nueva debe hacerse una evaluación de conformidad y, en caso de conseguir resultados de idoneidad, otorgársele una certificación de conformidad. La regulación impone al distribuidor la carga de realizar esta prueba, directamente, o a través de organismos acreditados o habilitados.
- En abril de 2011, GDO estableció un listado de requisitos para la aprobación del registro de los instaladores de redes que así lo solicitaran. Los requisitos exigidos consistían en los previstos en la regulación, así como otros requisitos adicionales. Esta medida estuvo vigente durante 4 meses, hasta agosto de 2011, mes en el que GDO modificó los requisitos establecidos y los ajustó a la regulación. Adicionalmente, GDO estableció requisitos para la aprobación de redes internas instaladas por terceros que no fueran contratistas de la investigada. Algunos de tales requisitos también superaban los exigidos por la regulación.
- Teniendo en cuenta lo anterior, y de acuerdo con las denuncias de los quejosos, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, "Delegatura") abrió investigación con el fin de determinar si GDO condicionaba el registro de las firmas instaladoras de redes internas de gas, así como la conexión de las redes internas instaladas por las compañías ya registradas y con certificado de conformidad, al cumplimiento de exigencias que excedían lo previsto en la regulación, restringiendo así la competencia en el mercado.
- En consecuencia, conforme a la Resolución de Apertura la investigación pretendía determinar si GDO incurrió en abuso de su posición de dominio en el mercado conexo de instalación de redes, por las conductas previstas en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2150 de 1993, por subordinar el suministro del gas al pago la evaluación de conformidad por fuera del cargo de conexión.
- Adicionalmente, la Delegatura abrió la investigación para determinar si GDO estaría obstruyendo el acceso al mercado de redes internas de gas natural (numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992) al (i) exigir requisitos adicionales a los establecidos en la regulación para el registro de instaladores de redes, (ii) exigir requisitos adicionales para la aprobación de redes internas, y (iii) si el cargo adicional

RESOLUCIÓN NÚMERO 4907 DE 2013 Hoja N°. 3

"Por la cual se imponen unas sanciones"

VERSIÓN PÚBLICA

Radicación: 11- 87446

por el sobrecosto del pago de la certificación de conformidad generaría efectos exclusorios en el mercado.

- Asimismo, de determinarse en la investigación la veracidad de las conductas endilgadas, GDO habría incurrido también en violación a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.
- Finalmente, se decidió abrir investigación en contra del señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO, en su calidad de gerente general de GASES DE OCCIDENTE, con el fin de determinar si en desarrollo de las funciones de su cargo infringió las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura a las investigadas, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 35339 del 31 de mayo de 2012⁴, y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Delegado decretó varias de las pruebas solicitadas por las investigadas y decretó algunas pruebas de oficio.

CUARTO: Que mediante Resolución No. 46655 del 31 de julio de 2012⁵, el Delegado reprogramó la fecha de una audiencia, y desistió de la práctica de una prueba testimonial y de algunos requerimientos de información.

QUINTO: Que de conformidad con el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el 21 de septiembre de 2012 se realizó la audiencia pública con el fin de que las investigadas presentaran de manera verbal los argumentos de la defensa⁶.

SEXTO: Que mediante escrito radicado el 24 de septiembre de 2012, las investigadas alegaron ante a la Delegatura lo que en su opinión constituían nulidades procesales ocurridas durante la etapa de investigación⁷.

SÉPTIMO: Que el 19 de octubre 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 instrucción⁸ (en adelante, "Informe Motivado"), en el cual recomendó sancionar a GASES DE OCCIDENTE por haber infringido el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 y el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, y no sancionar por la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. 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:

⁴ Folios 1769 a 1774 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁵ Folios 2175 a 2176 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁶ Folio 2191, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁷ Folios 2194 a 2198, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

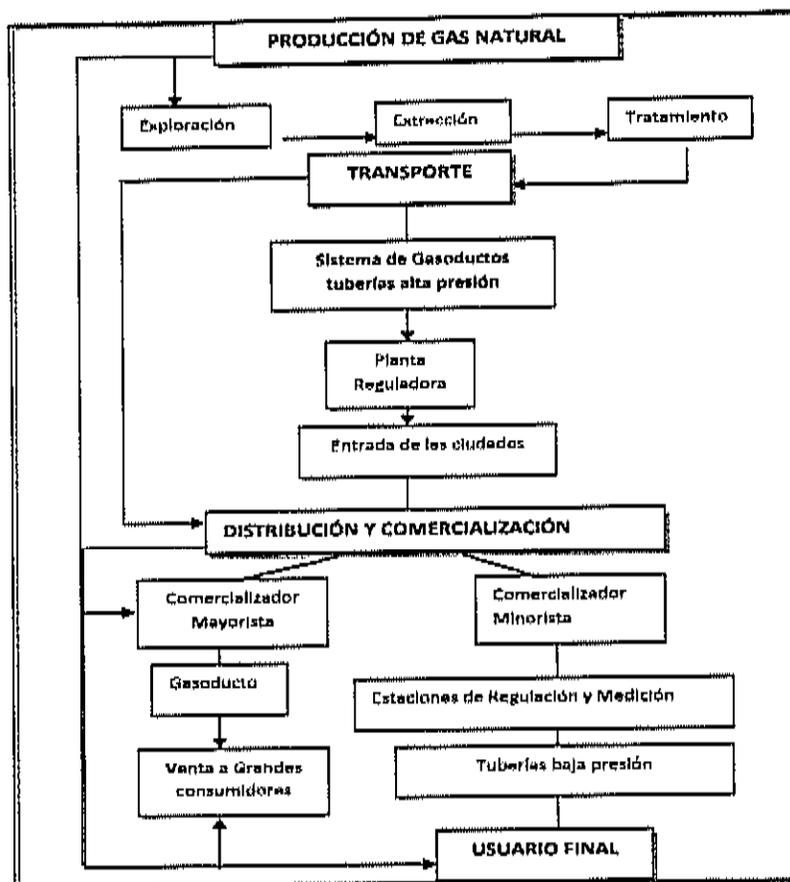
⁸ Folios 2199 a 2231, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

7.1. DESCRIPCIÓN DEL MERCADO DE GAS NATURAL EN COLOMBIA Y PARTICIPACIÓN DE GDO

La Delegatura hizo una descripción del mercado de gas natural en Colombia y la participación de GDO en el mismo.

Respecto de cadena productiva del gas natural, ésta se divide en producción, transporte, distribución y comercialización, así:

Diagrama 1
Cadena productiva del gas natural



Fuente: Informe Motivado, p. 9. Elaboración SIC.

GDO participa en los mercados de (i) distribución y comercialización de gas natural, (ii) conexión de redes e instalaciones internas de gas, (iii) servicios asociados de mantenimiento y (iv) financiación no bancaria⁹.

De acuerdo con el análisis realizado, la Delegatura concluyó que GDO ostenta posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural en Cali y Yumbo, en el departamento del Valle del Cauca.

⁹ Informe Motivado, p. 12. Folio 2210, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

7.2. MERCADOS CONEXOS AL DE DISTRIBUCIÓN DE GAS

La Delegatura determinó que existen mercados conexos al mercado de distribución y comercialización de gas natural, entre los que se encuentra el de instalación de redes internas.

El Informe Motivado señaló que éste es un mercado independiente, en el que existe libre concurrencia de empresas y en el que el usuario final tiene la libertad de contratar a la empresa con quien desee realizar la instalación de su red interna y asumir el costo de la instalación. Por tanto, la empresa de distribución no puede imponerle al usuario la firma con la que debe contratar la construcción de su red interna de gas natural, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 14 del apartado cuarto de la Resolución CREG No. 067 de 1995:

"4.14. Los elementos necesarios para la instalación interna, según lo definido en la Ley 142 de 1994, podrán ser suministrados por el distribuidor e instalados por él mismo o por cualquier otro personal autorizado y registrado en la empresa. No será negocio exclusivo del distribuidor y serán instalados a cargo del usuario"¹⁰.

7.3. OPERACIÓN DE GDO EN EL MERCADO DE INSTALACIÓN DE REDES INTERNAS DE GAS

El Informe Motivado señaló que GDO opera en el mercado de instalación de redes internas a través de 7 contratistas, sobre los cuales ejerce control vertical al darles instrucciones y al fijar las tarifas que deben cobrar para la construcción de las redes internas de sus usuarios.

También señaló que, de acuerdo con las pruebas recaudadas durante la investigación, fue posible determinar que el 96% de las redes internas de Cali y Yumbo en el periodo comprendido entre enero y agosto de 2011 fueron realizadas a través de sus contratistas, con un precio significativamente mayor (560%) del que cobran las firmas instaladoras que no son contratistas de GDO.

7.4. CONTEXTO REGULATORIO

Sobre este punto, el Informe Motivado señaló que existen dos tipos de control sobre las redes: (i) el control objetivo, que es sobre la red interna; y (ii) el control subjetivo, que es sobre las personas acreditadas para realizar las instalaciones. Estos controles los debe llevar a cabo el distribuidor, quien es responsable de la confiabilidad técnica de la instalación.

7.4.1. Registro de instaladores de redes como mecanismo de control subjetivo

La Delegatura señaló que la regulación ordena a la empresa distribuidora llevar un registro de las firmas instaladoras que operan en su sector de distribución, y para ello la empresa distribuidora debe tener en cuenta que cualquier empresa que solicite el registro y que cumpla con los requisitos expresamente establecidos en la regulación, debe ser registrada,

¹⁰ Resolución CREG No. 067 de 1995, por la cual se establece el Código de Distribución de Gas Combustible por redes.

tal y como lo establece el parágrafo del artículo 19 de la Resolución CREG No. 108 de 1997:

"Artículo 19. Red Interna. En lo referente a la red interna para el suministro del servicio, las empresas distribuidoras darán cumplimiento a lo establecido en los Códigos de Distribución de Energía Eléctrica y Gas u otras normas que expida la Comisión sobre tales materias, según el servicio de que se trate.

Parágrafo. Las facultades que esas normas otorguen a las empresas de distribución, para llevar un registro del personal autorizado que podrá construir y realizar el mantenimiento de la red interna, no confiere a tales empresas la atribución de limitar el número de registrados, o de negar dicho registro a las personas que reúnan las condiciones técnicas establecidas por las autoridades competentes. Dicho registro será público y las empresas tendrán la obligación de divulgarlo; igualmente, deberá suministrarlo en cualquier momento a petición del usuario. En todo caso, la existencia del registro no faculta a las empresas para favorecer monopolios, o impedir que las personas calificadas, según las normas, puedan ejercer su profesión u oficio¹¹. (Subrayas fuera del texto original)

El Informe Motivado señaló los siguientes requisitos de idoneidad que los instaladores deben cumplir para poder solicitar el registro: (i) Certificación de conformidad del personal, expedido por un organismo de certificación de personas, acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) o por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC) actualmente; (ii) inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores de la SIC; (iii) estar legalmente inscritos en la Cámara de Comercio; y (iv) contar con el Registro de Información Tributaria (RIT) y el Registro Único Tributario (RUT).

7.4.2. Certificación de conformidad de la instalación como mecanismo de control objetivo

Respecto de las certificaciones de conformidad que se deben expedir tras la evaluación que se hace a todas las redes internas nuevas, el Informe Motivado lo clasificó como un mecanismo de control objetivo, ya que consiste en hacer pruebas técnicas sobre la correcta instalación y el correcto funcionamiento de la red instalada, lo cual implica el suministro de gas natural. De acuerdo con el Informe Motivado, el costo de esta revisión inicial está incluido dentro del "cargo por conexión" y su cobro no se puede hacer de manera independiente a los usuarios.

7.5. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO POR PARTE DE GDO

El Informe Motivado afirmó que durante la investigación se probó que GDO ostenta posición de dominio en los mercados de distribución y comercialización de gas en Cali y Yumbo. También se probó que GDO, a través de sus contratistas, cuenta con predominio en el mercado conexo de instalación de redes internas de gas.

¹¹ Resolución CREG No. 108 de 1997, por la cual se señalan los criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones.

Radicación: 11-87446

En este caso, la Delegatura determinó que el abuso de posición de dominio de GDO se daría con el fin de fortalecer o conservar su participación en el mercado de instalación de redes internas de gas, conexo al de distribución.

El Informe Motivado señaló que:

"El mercado conexo de instalación de redes internas, para el momento en que se abrió la investigación contra GASES DE OCCIDENTE, se encontraba altamente concentrado (96,8% de participación indirecta de GASES DE OCCIDENTE), por lo que existía la posibilidad de cobrar precios supra competitivos; que como se mencionó previamente, GASES DE OCCIDENTE efectivamente lo hacía. Pese a esto, el mercado de instalación de redes internas, por su naturaleza (bajos costos hundidos y barreras a la entrada), tendería a organizarse como un mercado de competencia. (...) GASES DE OCCIDENTE, mediante la imposición de requisitos, podría preservar su condición dominante en el mercado de instalación de redes internas, al desarrollar barreras de acceso que superan las ventajas que naturalmente tiene el distribuidor en este mercado"¹².

Así, GDO habría incurrido en abuso de posición de dominio al crear barreras artificiales para el acceso de terceros al mercado.

7.5.1. Obstrucción de GDO para el registro de instaladores

La Delegatura afirmó que la configuración de la obstrucción del mercado por parte de GDO para otorgar el registro a terceros instaladores se dio a partir de las políticas implementadas el 6 de abril de 2011 por GDO:

"El 6 de abril de 2011, GASES DE OCCIDENTE estableció un listado de requisitos para el otorgamiento del registro de acreditación a las empresas instaladoras de redes internas. Dichos requisitos exceden las condiciones técnicas establecidas por las autoridades competentes y se refieren tanto a firmas instaladoras como a personas naturales"¹³.

El Informe Motivado aclaró que el análisis que se haría de dichos requisitos se limitaría a la perspectiva del cumplimiento o incumplimiento de las normas de competencia, pero no a un análisis regulatorio sectorial.

La Delegatura comparó los requisitos que exige la regulación frente a los exigidos por GDO, en la tabla que se reproduce a continuación:

¹² Informe Motivado, p. 24. Folio 2222, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

¹³ Informe Motivado, p. 24. Folios 2221 a 2222, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

Tabla 1
Requisitos para otorgar registro según normatividad y GDO

	REQUISITOS SEGÚN NORMATIVIDAD		REQUISITOS GASES DE OCCIDENTE
1	Certificación de conformidad de personal expedido por un organismo acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia. Según Resolución 14471 de 2002 literal g) del numeral 1.2.6.3.2.	1	Acreditar que dispone por lo menos diez (10) instaladores, los cuales deben contar con certificado de competencia laboral expedido por un organismo de certificación de personal acreditado ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia- ONAC o la Superintendencia de Industria y Comercio- SIC, o expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA
2	Inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores de la Superintendencia de Industria y Comercio, según Resolución 14471 de 2002 numeral 1.2.6.5.	2	Presentar copia de al menos 50 certificaciones de conformidad de instalaciones, expedidos por un organismo de inspección acreditado, por cada uno de los instaladores que se pretenden inscribir, expedidos dentro de los doce meses anteriores a la solicitud de inscripción.
3	Estar legalmente inscrito en la Cámara de Comercio, según Resolución 32505 de 2011, no se considera restrictivo de la competencia	3	Tener oficina abierta para los usuarios en los municipios donde preste el servicio, y demostrar metodología, recursos y puntos de atención adecuados. Indicar dirección de oficina.
4	Contar con el Registro de Información Tributaria- RIT y el registro único Tributario- RUT actualizado. Según Resolución 32505 de 2011, no se considera restrictivo de la competencia	4	La empresa que se pretende inscribir debe acreditar experiencia en la construcción de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales, adjuntando para ello al menos cincuenta (50) instalaciones realizadas en cada año desde los últimos tres (3) años y en cada una de ellas anexar un certificado del instalador y el certificado de conformidad expedido por un organismo debidamente acreditado.
		5	Adicionalmente, para cada una de estas instalaciones se debe adjuntar copia de los certificados de producto o similares de los materiales con que se construyeron dichas instalaciones.
		6	Acreditar, para cada una de estas instalaciones se debe adjuntar copia de los certificados de producto o similares de los materiales con que se construyeron dichas instalaciones.
		7	Copia de certificado de Sistema de Gestión de Calidad 9001:2008
		8	Copia del registro en la página REPRO

Fuente: Informe Motivado, Tabla No. 6¹⁴. Elaboración SIC con base en información del Expediente.

La Delegatura analizó cada uno de los requisitos técnicos, legales y laborales exigidos por GDO y concluyó que, en varios de ellos, la investigada excedió las exigencias previstas en la regulación, generando así un efecto exclusorio de los terceros que cumpliendo con los requerimientos legales se quisieran registrar, frente a los 7 contratistas de instalaciones internas de GDO.

Adicionalmente, pudo comprobar que GDO exigió requisitos que ni siquiera están previstos en la regulación, y que algunos de ellos también obstruyen el acceso al mercado de

¹⁴ Folio 2223, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

instalación de redes. En consecuencia, la Delegatura concluyó que GDO incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2150 de 1992.

7.5.2. Obstrucción de GDO para la aprobación de redes internas

El informe Motivado señaló que GDO subordina la aprobación de redes internas, y por lo tanto el suministro de gas, al cumplimiento de los siguientes requisitos:

"1. Someter a aprobación de la empresa distribidora GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP el diseño de las(s) instalación(es) interna(s) de gas natural, previa a su construcción, al (sic) como lo indica el numeral 1.2.6.3.4.2 literal a) con sus incisos. El costo del estudio de diseño para su aprobación es de diez por ciento (10%) de un salario mínimo legal mensual vigente multiplicado por el número de instalaciones que contemple el diseño.

[...] 3. Todos los instaladores y demás personal que emplee la firma en la construcción de instalaciones internas de gas natural deberán estar afiliadas al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y riesgos profesionales). Para lo cual deberán aportar constancia de las respectivas afiliaciones y pagos antes de iniciar la obra y al finalizarla.

[...] 5. Comprometerse con el cumplimiento de normas técnicas nacionales y las especificaciones técnicas exigidas por GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP para la construcción de instalaciones internas de gas natural en edificaciones de uso residencial, en edificaciones multifamiliares (edificios y conjuntos residenciales), y comerciales"¹⁵.

La Delegatura analizó cada uno de los mencionados requisitos y determinó que algunos de ellos exceden lo previsto en la regulación. Respecto del requisito del pago para la aprobación de los diseños, la Delegatura manifestó que no se encontró que hubiera habido cobros, puesto que la medida sólo estuvo vigente durante un periodo de cuatro meses, y ningún instalador independiente se pudo registrar ante GDO durante ese periodo.

Finalmente, en este aparte el Informe Motivado concluyó que los requisitos que puede exigir cualquier distribuidor no pueden exceder los de la regulación:

"[r]especto de las especificaciones técnicas como condiciones 'mínimas', esta Delegatura considera que GASES DE OCCIDENTE como distribuidor puede superar dichos umbrales en el ejercicio de su propia actividad, pero no puede exigir a terceros condiciones técnicas más severas que las que establece la normatividad"¹⁶.

7.5.3. Cobros de la evaluación de conformidad por fuera del cargo de conexión

El Informe Motivado señaló que durante la investigación no se comprobó que GDO directamente, o a través del organismo de inspección con el que tiene convenio para la inspección de redes internas nuevas (CONSTRUCERT) hubiera cobrado por la expedición de certificaciones de conformidad inicial.

¹⁵ Informe Motivado, p. 28 (folio 2226, Cuaderno Público No. 7 del Expediente). Información tomada del folio 135, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁶ Informe Motivado, p. 29. Folio 2227, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

Sin embargo, según la Delegatura, sí se pudo comprobar que varios usuarios pagaron por la inspección de redes internas nuevas a organismos acreditados, algunos de ellos con convenio con GDO para instalar redes internas. El Informe Motivado concluyó que dichos pagos pueden haber sido el resultado del desconocimiento de los usuarios sobre los procedimientos de certificación de instalaciones nuevas.

7.5.4. Violación del artículo 34 de la Ley 142 de 1994

El Informe Motivado concluyó que, dado que durante la investigación se encontró probada la obstrucción de mercado por parte de GDO, también, en consecuencia, violó lo dispuesto en la norma especial sobre servicios públicos domiciliarios.

7.6. RECOMENDACIONES

La Delegatura recomendó sancionar a GDO por haber obstruido el acceso al mercado de instalación de redes internas de gas, abusando de su posición de dominio como distribuidor de gas natural domiciliario (numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992).

La Delegatura no encontró pruebas de que el gerente general, el señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO, hubiera tenido conocimiento de las conductas imputadas a la empresa que representa, pero en todo caso recomendaron al Despacho analizar la aplicabilidad del artículo 200 del Código de Comercio, sobre la presunción de responsabilidad del administrador de una sociedad.

OCTAVO: Que estando dentro del término legal, las investigadas presentaron observaciones al Informe Motivado en las que pretenden demostrar que GDO no incurrió en las conductas anticompetitivas que le fueron imputadas, en los siguientes términos:

8.1. NULIDADES PROCESALES POR FALTA DE COMPETENCIA DE LA SIC

Las investigadas manifestaron que la facultad de vigilancia de las empresas de servicios públicos y sus actividades corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD). La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no es la autoridad competente para investigar a una sociedad que es E.S.P., ni para determinar la infracción de las resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG). Como fundamento, indicaron el derecho al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política) y el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la falta de competencia es causal de nulidad.

De otra parte, en criterio de las investigadas, la derogatoria de las normas que se estableció con la expedición de la Ley 1340 de 2009 no aplica respecto de las disposiciones de la Ley 142 de 1994. Así, debe entenderse vigente la competencia conferida mediante la Ley 142 de 1994 a la SSPD en materia de control y vigilancia del régimen de libre competencia, por cuanto la Ley 1340 de 2009 no derogó expresamente los artículos correspondientes de la Ley 142 de 1994 (artículo 79).

Adicionalmente, las investigadas señalaron que, de acuerdo con el Decreto 2153 de 1992, la SIC es la entidad encargada de vigilar el cumplimiento de las normas de **protección de**

Radicación: 11- 87446

la competencia y que las normas regulatorias que expide la CREG en materia de competencia son para la **promoción de la competencia** en los mercados de servicios públicos y no para la protección de la misma. Así, consideran que la vigilancia de las normas regulatorias que expide la CREG le compete a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no a la SIC. Por tanto, consideran que, en todo caso, la SIC no es competente para investigar hechos que supuestamente constituyen una violación del régimen de promoción de la competencia.

Por ejemplo, señalaron que la SIC no estaría facultada para sancionar a las investigadas por el supuesto incumplimiento de las normas de la CREG al exigir requisitos adicionales a los previstos en la regulación, para el registro de instaladores de redes internas de gas natural. Según las investigadas, el Informe Motivado no justifica las razones ni las pruebas que le permitan sostener que la exigencia de un determinado requisito resulta restrictivo, sino que simplemente se limita a sostener que como son requisitos no exigidos en la regulación, ese hecho de por sí impide que los instaladores de redes internas de gas natural ingresen al mercado.

Sobre este punto, las investigadas concluyeron que la SIC no puede pronunciarse sobre la forma como deben entenderse las disposiciones expedidas por la CREG, puesto que cualquier decisión que emita la SIC respecto del cumplimiento o no de tales resoluciones implicaría atribuirse facultades para investigar y sancionar el incumplimiento de disposiciones que no le competen y en consecuencia se generaría un acto viciado de nulidad.

8.2. GDO NO REALIZÓ CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

En opinión de las investigadas, la Delegatura no hizo el análisis que correspondía para determinar que existió una conducta restrictiva de la competencia y no demostró con pruebas existentes en el expediente que GDO hubiese impedido u obstruido el ingreso de terceros al mercado.

Lo anterior, con fundamento en que *"Solo en el evento de que se llegue a la conclusión de que la conducta es restrictiva, que la restricción es significativa, que no existe causal de justificación para haberla realizado y, adicionalmente, de que no genera beneficios para los consumidores o que los mismos no son lo suficientemente sustanciales como para justificar la conducta, la SIC puede imponer una sanción al investigado"*.¹⁷

8.2.1. No es cierto que GDO tuviese una motivación económica para exigir los requisitos que estableció durante 4 meses

Las investigadas señalaron que la existencia de los requisitos que estuvieron vigentes durante 4 meses del año 2011 no es la razón por la cual los usuarios escogieron a las firmas contratadas por GDO para que les construyeran sus instalaciones internas de gas natural. En efecto, afirman que los precios de las instalaciones de GDO no han cambiado, lo que demuestra que los usuarios escogen contratar con la empresa por motivos distintos al precio.

¹⁷ Folio 2207, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

Indicaron que el precio que la SIC tuvo en cuenta para establecer la diferencia de precios que el Delegado considera como la causa por la que GDO estableció los requisitos adicionales cuestionados, no es el precio que GDO aplicó.

Finalmente, consideraron que la comparación que realizó la SIC entre GDO y CONSTRUISAA no tiene ningún fundamento técnico válido, toda vez que no se verificaron aspectos como estructura de costos de ambas empresas, materiales que utilizan, la forma de pago que utilizan, garantías que ofrecen, entre otros.

8.2.2. GDO no impidió el acceso al mercado de los terceros instaladores

8.2.2.1. En cuanto a los requisitos para registro de instaladores

En opinión de las investigadas, en el proceso quedó demostrado que los requisitos que la SIC consideró como restrictivos: (i) los exige la normatividad; (ii) buscan garantizar la seguridad de las personas que usan el gas natural domiciliario; o (iii) no son de fácil consecución y en consecuencia no se muestran idóneos o con la capacidad para restringir la competencia. Así:

- Tener 10 instaladores certificados con vigencia no menor a 12 meses: En este punto las investigadas señalaron que este requisito tenía como finalidad beneficiar a los usuarios finales en razón a que los constructores les garantizaran la asistencia técnica que implica la garantía mínima presunta.

Argumentaron que para dar cumplimiento al artículo 13 del Decreto 3466 de 1982, concordante con la Ley 1480 de 2000, una empresa que construya instalaciones internas de gas debe contar por lo menos con 10 instaladores.

En cuanto a la vigencia no menor de 12 meses exigida, indicaron que esto es así por cuanto los certificados de competencia laboral que expiden las autoridades competentes pierden vigencia y es importante que las personas que la empresa instaladora utilice estén debidamente certificadas. Adicionalmente, manifestaron que para la seguridad y tranquilidad de los usuarios, se consideró conveniente que el requisito se cumpliera por lo menos durante un año.

Consideran que el razonamiento del Informe Motivado pretende aumentar la carga de información en el lado del consumidor, lo cual es contrario a la lógica de las normas de protección al consumidor.

Por último, indicaron que conseguir 10 instaladores no es algo de imposible cumplimiento, toda vez que en el país existen numerosos instaladores certificados.

- Aportar 50 certificaciones de instalaciones construidas por los instaladores: Las investigadas señalaron que por ser el gas un combustible, las actividades que influyen en su prestación y manejo deben darse a personal calificado, por lo que consideran que las empresas instaladoras de redes internas deben contar con personal que tenga un mínimo de experiencia.

En su criterio, el requisito exigido por GDO no es excesivo y no le impide a una empresa entrar al mercado, lo anterior si se tiene en cuenta, como está demostrado en

el expediente, que sólo en Cali se construyeron más de 12 millones de instalaciones internas. Para las investigadas este requisito es conforme a la ley y a los principios de las normas de protección al consumidor, y en consecuencia está plenamente justificado.

Manifestaron que no es cierto que los instaladores deban pagar a organismos de inspección para obtener las certificaciones exigidas, toda vez que la certificación de una instalación la debió pagar el usuario al momento de cancelar el cargo de conexión.

- Tener oficina para atender a los usuarios y una metodología y recursos para ello: Consideraron las investigadas que este requisito es derivado del hecho de encontrarse desarrollando una actividad mercantil que implica atención a usuarios, ya que es necesario que los usuarios, en caso de necesitar asistencia técnica, puedan encontrar a la empresa con quien contrataron.

Señalaron que, toda vez que las empresas instaladoras tienen la posibilidad de vender sus servicios a plazos, también le son aplicables las normas de protección al consumidor sobre este tema, las cuales establecen que es un requisito tener un sitio de atención al público¹⁸.

Indicaron que no obra en el expediente ninguna prueba que demuestre que este requisito fuera imposible de cumplir y que impidiera a alguien entrar al mercado.

Finalmente, las investigadas argumentaron que no es suficiente que la empresa instaladora esté inscrita en el registro mercantil, si se tiene en cuenta que un comerciante puede matricularse en una Cámara de Comercio de una ciudad y prestar sus servicios en cualquier parte del país.

- Acreditar 50 instalaciones por año en los últimos 3 años: Las investigadas afirmaron que este requisito también se encuentra relacionado con la seguridad necesaria para las actividades que tienen relación con la prestación de un servicio que implica la utilización de un combustible.

Indicaron que no es cierta la afirmación hecha en el Informe Motivado, según la cual una firma instaladora debe ingresar al mercado como mínimo 3 años antes de solicitar su inscripción. Lo anterior, toda vez que una empresa nueva puede acreditar este requisito contratando personal con experiencia.

- Adjuntar sistema de gestión de calidad: En concepto de las investigadas, la exigencia de la certificación ISO 9001:2008 es un mecanismo para garantizarle a los usuarios y a GDO que las instalaciones serán efectuadas por una empresa responsable de la calidad de los servicios que presta y que mantendrá los documentos que soportan el proceso constructivo que efectuó. Señalaron que es común, tanto en el sector público como en el privado, la exigencia de certificados de calidad ISO.

Aseveraron que el Delegado se abstuvo de hacer algún análisis probatorio que le permitiera concluir que obtener este certificado le impida u obstruya a una empresa la entrada al mercado.

¹⁸ Numeral 3.10 del Título II de la Circular Única de la SIC.

- Afiliación al RUC y registro en el REPRO: Las investigadas señalaron que el análisis del Informe Motivado respecto del RUC y del REPRO, no se soporta en prueba alguna y que se trata de conjeturas del Delegado o de un conocimiento personal. Específicamente, indican que las afirmaciones sobre las tarifas para afiliarse al RUC y al REPRO no encuentran sustento en pruebas legalmente aportadas al expediente.

8.2.2.2. En cuanto a la expedición de los certificados de conformidad de las instalaciones de redes internas

Las investigadas indicaron que, contrario a lo que afirma la Resolución de Apertura en su numeral 12.2.2, los requisitos allí mencionados no son requisitos para la expedición del certificado de conformidad de las instalaciones instaladas, sino para el registro de los instaladores, requisitos exigidos por la Ley, que se señalan a continuación:

- Someter a aprobación de GDO el diseño de la instalación interna: las investigadas manifestaron que la aprobación del diseño de la instalación interna de gas debe ser aprobada por el distribuidor no es una obligación exclusiva para la expedición de licencias de construcción de edificaciones residenciales o comerciales nuevas, como lo afirma el Informe Motivado, sino que también se contempla en la Resolución SIC No. 14471 de 2002 sobre requisitos de calidad e idoneidad (numeral 1.2.6.3.4.2).

Adicionalmente, argumentaron que otras normas, como la Resolución CREG No. 067 de 1995¹⁹ también establecen dicha obligación para otras situaciones.

- Inscribir a los empleados en el régimen de seguridad social y presentar constancia del pago antes de iniciar la obra: las investigadas señalaron que esta no es una obligación adicional a las establecidas en la ley, toda vez que es en la Ley 100 de 1993 y en sus disposiciones reglamentarias donde están establecidas de forma expresa.

Consideran que cumplir con este requisito no le impide ni obstruye a ninguna persona la posibilidad de participar en el mercado. En su concepto, no cumplir con esta obligación legal es fomentar el incumplimiento de la ley e incluso permitir la obtención de ventajas competitivas significativas.

- Cumplir con las normas técnicas nacionales y los lineamientos establecidos por el distribuidor: las investigadas indicaron que por ley le corresponde al distribuidor aprobar los lineamientos técnicos y diseños elaborados por el instalador (numerales 1.2.6.3.4.2 y 1.2.6.4 de la Resolución SIC No. 14471 de 2002). En este sentido, afirman que es claro que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios considera, con base en la Resoluciones No. 108 de 1997 y 067 de 1995, que la prestadora en su ejercicio de verificación, debe analizar que las redes internas cumplan con los "requisitos técnicos exigidos por la normatividad y la prestadora".

Adicionalmente, señalaron que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha emitido conceptos en los que sostiene que el distribuidor puede exigir inclusive requisitos más estrictos que los establecidos en la regulación.

¹⁹ Artículos IV 4.2, IV 5.2, y IV 5.4 de la Resolución CREG No. 067 de 1995, por la cual se establece el código de distribución de gas combustible por redes.

Finalmente, recalcaron que GDO en sus verificaciones no exigía para la expedición del certificado de conformidad requisitos adicionales a aquellos plasmados en la regulación.

8.2.3. GDO no ha subordinado el suministro de gas al pago de una certificación de inspección de red interna

Para las investigadas *"es increíble"* que la Superintendencia haga conjeturas sobre lo que podría ser un mecanismo para encubrir el cobro, en lugar de verificar lo que sostiene GDO. Señalaron que para una empresa es prácticamente imposible demostrar una negación indefinida como lo es *"nunca se ha efectuado ese cobro"*, y en su criterio es ofensivo que la autoridad deje dudas sobre un aspecto que, si no consideraba suficientemente investigado, podía ordenar pruebas de oficio.

Afirmaron que se puede evidenciar en el certificado del revisor fiscal que el mencionado cobro nunca ha sido realizado. Indicaron que queda claro que GDO no recibe ningún ingreso por ese concepto, ni las firmas que lo realizan le transfieren alguna suma al distribuidor al realizar esas tareas.

Resaltaron que GDO requirió el documento para suplir los requisitos exigidos por la Resolución SIC No. 14471 de 2002. En su opinión el supuesto cobro adicional no tenía la virtualidad para restringir la competencia, en tanto que un certificado de inspección de red equivale a \$23.706 pesos, valor que no puede disminuir la competitividad de las instalaciones de los terceros. Indicaron que el hecho de contar con un certificado de inspección sólo brinda competitividad, toda vez que le brinda agilidad al proceso de certificación de las instalaciones ejecutadas por terceros.

Finalmente, solicitaron que se aclare la recomendación realizada por el Delegado en el Informe Motivado, la cual señala que:

*"Para evitar que el usuario termine remunerando la evaluación de conformidad de una instalación nueva a un organismo de inspección o, incluso, indirectamente a GASES DE OCCIDENTE por un "Servicio Asociado" se debe ordenar a GASES DE OCCIDENTE que divulgue su relación con CONSTRUCERT, como única empresa autorizada por GASES DE OCCIDENTE para hacer revisiones iniciales a su nombre, así como el procedimiento operativo para que el usuario pueda solicitar al distribuidor la evaluación de conformidad inicial."*²⁰

Lo anterior, toda vez que resulta confusa a la luz del artículo 3 de la Resolución CREG No. 059 de 2012, que establece que:

"Las instalaciones, antes de ser puestas en servicio, deberán contar con Certificado de Conformidad emitido según lo señalado en los reglamentos técnicos aplicables, para lo cual se someterán a las pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento y en general a todas aquellas que establezcan los reglamentos, normas o instrucciones vigentes. La realización de estas pruebas será responsabilidad del usuario y éste la deberá realizar con los organismos que se encuentran debidamente acreditados para

²⁰ Folio 2229, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

la realización de la Revisión Periódica de las Instalaciones Internas de Gas. El usuario asumirá el costo de dicha revisión."

8.2.4. GDO no ha incurrido en una violación del artículo 34 de la Ley 142 de 1994

En criterio de las investigadas, GDO no pudo haber trasgredido el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, toda vez que el mercado objeto de investigación no es el de servicios públicos domiciliarios, por lo que no le resultan aplicables las disposiciones contenidas en la mencionada ley. Así, indicaron que resulta contradictorio señalar que las conductas han ocurrido en un mercado y sancionar con base en las normas particulares de un sector distinto.

Señalaron que el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, por tratarse de una disposición general, solamente resultaría aplicable en el evento de que la conducta investigada no se enmarcara dentro de alguno de los tipos descritos en el resto de disposiciones de protección de la competencia.

Finalmente, afirmaron que no puede existir un concurso real de infracciones puesto que la supuesta conducta realizada es un único acto y no diversos actos independientes, que permitan la aplicación de varias normas.

8.2.5. Los efectos de la conducta frente a los usuarios

Indicaron las investigadas que la conducta estaría justificada si como consecuencia de ella los usuarios obtienen beneficios lo suficientemente sustanciales. En este sentido, afirmaron que los requisitos para el registro de instaladores y para aprobar las instalaciones de terceros, generan beneficios sustanciales para los usuarios relativos a su seguridad, calidad e idoneidad de los servicios que recibirán por parte de los instaladores.

8.3. LA CONDUCTA NO ES SIGNIFICATIVA

En este punto las investigadas recuerdan que la SIC ha considerado que conductas cuyos efectos son inferiores al 6% no son significativas, y señalan que de acuerdo con el análisis realizado por la Delegatura, la conducta de GDO buscaba que no participaran unos constructores que tendrían una participación de mercado inferior al 2%.

8.4. EL REPRESENTANTE LEGAL NO AUTORIZÓ O TOLERÓ CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Señalan las investigadas que para que una persona haya querido realizar una determinada conducta debe por lo menos saber que la misma se va a realizar. Indican entonces que el doctor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES no tenía participación en el establecimiento de los requisitos cuestionados en la investigación y que solamente tuvo conocimiento de que dichos requisitos se había establecido en virtud de la apertura de la presente investigación, inclusive cuando ya se habían eliminado.

Afirman que para aplicar las presunciones de culpas previstas en el artículo 200 del Código de Comercio, la persona debe tener a su cargo el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico inevitable.

NOVENO: 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 que recomendó al Superintendente acoger la posición del Despacho, la cual concuerda con la recomendación presentada por el Delegado para la Protección de la Competencia. Habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

9.1. COMPETENCIA

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la Ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad *"Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*.

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011²¹, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica"*.

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que *"[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas"*.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011²², en concordancia con los numerales 8, 11 y 12 del artículo 3 del mismo Decreto y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

9.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con la Resolución de Apertura, la presente investigación pretende determinar si GDO actuó en contravención a lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, y del artículo 34 de la Ley 142 de 1994:

Decreto 2153 de 1992

"Artículo 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta

²¹ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

²² Ibid.

que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: [...]

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

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

Ley 142 de 1994

"Artículo 34. PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS, ABUSIVAS O RESTRICTIVAS. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia. (...)"

9.3. CASO CONCRETO

La presente investigación se abrió como consecuencia de una queja presentada el 13 de julio de 2011 por CONSTRUISAA S.A.S., empresa que se dedica a la instalación de redes internas de gas. Dicha queja se acumuló con la interpuesta por CS & REDES del 2 de agosto de 2011.

Las quejas manifestaron que GDO podría estar incurriendo en abuso de su posición de dominio al haber implementado, en abril de 2011, requisitos para el registro de instaladores de redes internas de gas natural, debido a que antes de esa fecha no exigía tal registro, y a que los requisitos exigidos por GDO para el registro excedían los previstos en la regulación.

Una vez surtido el trámite de averiguación preliminar, la Delegatura concluyó que existían razones suficientes para abrir una investigación en contra de GDO y su representante legal, el señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO. En consecuencia, abrió la investigación, así:

- "La investigación tendrá por objeto determinar si estas condiciones [requisitos para el registro y requisitos para la aprobación de redes internas] configuran un abuso de posición dominante, teniendo en cuenta que se hacen por fuera de lo prescrito por la regulación para la evaluación de conformidad".
- "Se pretende investigar si, en abuso de su posición dominante, GASES DE OCCIDENTE no incluye el costo de la evaluación de conformidad dentro del cargo de conexión, o si no realiza, directa o indirectamente, en su totalidad, lo prescrito para la evaluación de conformidad, buscando diferir aspectos de la misma a evaluaciones posteriores con el fin de realizar el cobro por fuera del cargo de conexión. Asimismo, investigar si el costo de la evaluación de conformidad es incluido dentro del cargo de conexión cuando la instalación de la red interna la realiza una empresa con convenio vigente con ella, y comprobar si esto genera un sobre costo para las firmas instaladoras sin convenio, limitando su competitividad. Esta imputación se hace en reproche de una

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

conducta sancionable 'por objeto', de conformidad con el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992".

- En relación con el incumplimiento del artículo 34 de la Ley 142 de 1994, "Dado que la ley de servicios públicos domiciliarios establece que hay posición de dominio cuando una empresa posee una participación mayor al 25% del mercado, la investigación buscará establecer si GASES DE OCCIDENTE, como empresa distribuidora de gas, realiza actos que tienen la capacidad, el propósito o el efecto de restringir de forma indebida la competencia".

En consonancia con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, el 30 de abril de 2012 se realizó una audiencia de conciliación, en la que participaron los quejosos y GDO, la cual resultó fallida²³.

De acuerdo con el acervo probatorio que reposa en el expediente, este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura de sancionar a GDO por la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, y de no sancionarla por la conducta prevista en el numeral 3 del mismo artículo, por cuanto no se demostró que GDO hubiera incurrido en dicha conducta. Asimismo, este Despacho acogerá la recomendación de no sancionar al señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑEREZ ABELLO, por cuanto no obran pruebas suficientes que permitan establecer que haya incurrido en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

A continuación se presenta el análisis del caso que le permite al Despacho llegar a esta conclusión.

9.3.1. Definición del mercado relevante

Teniendo en cuenta la conducta que se analiza en el presente caso, este Despacho definirá dos mercados relevantes: el primero es el mercado de distribución y comercialización de gas natural, en el que GDO participa y tiene posición de dominio, y el segundo es el mercado afectado por la conducta realizada por GDO, esto es el mercado de instalación de redes internas de gas natural, donde también participa la investigada (pero no tiene posición de dominio), y donde presuntamente tendrían lugar los efectos anticompetitivos de la conducta.

9.3.1.1. Mercado de distribución y comercialización de gas natural

a) Mercado de producto

- Actividades que realiza GDO

Según consta en el certificado de existencia y representación legal de GDO, su objeto social comprende, entre otros, los siguientes:

"a) la realización de actividades de comercialización y transporte de gas combustible y la prestación del servicio domiciliario de gas combustible. La compra, venta, almacenamiento, transporte, envase, distribución y comercialización de gas natural

²³ Folios 1760 a 1762, Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

o cualquier otro combustible en todas sus formas. b) La construcción, operación, mantenimiento o modificación, en forma directa o a través de contratistas de gasoductos, redes de distribución, transporte, comercialización o suministro, ramales, estaciones de regulación, compresión o almacenamiento, acometidas domiciliarias y, en general cualquier otra clase de obras necesarias para el manejo de gas natural e hidrocarburos en cualquier estado.(...)"²⁴.

En desarrollo de su objeto social, y de acuerdo con su informe de gestión, GDO cuenta con cuatro líneas de negocios: (i) distribución y comercialización de gas natural, (ii) conexión de redes e instalaciones internas, (iii) servicios asociados de mantenimiento y (iv) financiación no bancaria, concentrando sus actividades en el Departamento del Valle del Cauca y algunos municipios del Departamento del Cauca.

Dado que GDO presta el servicio de distribución a usuarios regulados, ostenta también el carácter de comercializador, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3429 de 2003 del Ministerio de Minas y Energía²⁵, en consecuencia, se considera un agente distribuidor-comercializador.

- Cadena productiva del gas natural

Tal y como lo analizó la Delegatura en el Informe Motivado, la cadena productiva del gas natural se compone de las actividades de producción, transporte, distribución y comercialización, como se pasa a explicar:

- Producción: actividad mediante la cual se realiza la extracción del gas natural de los yacimientos, el cual se puede encontrar solo o combinado con petróleo. Las empresas productoras pueden actuar como comercializadores mayoristas cuando venden el gas a grandes usuarios como industrias, termoeléctricas y distribuidores de gas natural, y pueden participar en el mercado secundario de suministro y transporte, y exportar el producto según la regulación vigente de la CREG.
- Transporte: una vez extraído el gas, se transporta a través del Sistema Nacional de Transporte (SNT)²⁶ hasta las estaciones puerta de ciudad²⁷, donde es inyectado al

²⁴ Folio 870, Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente. A pesar de encontrarse en Cuaderno Reservado la información citada no constituye por naturaleza sea reservada en la medida en que ya es pública por otros medios.

²⁵ Artículo 2 del Decreto 3429 de 2003. "De la comercialización de gas natural a usuarios regulados. Para efectos del artículo 65 de la Ley 812 de 2003, y en aras de proteger el mercado y asegurar la prestación del servicio público domiciliario de gas natural, la Comercialización de gas natural a usuarios regulados seguirá siendo desarrollada únicamente por los Distribuidores de gas natural hasta que en el país la actividad de Comercialización de Gas Natural desarrollada por los Productores y los Agentes Importadores se considere competitiva, conforme con lo establecido en el artículo 3° del presente Decreto".

²⁶ Resolución CREG No. 033 de 1999. Sistema Nacional de Transporte: "Conjunto de gasoductos localizados en el territorio nacional, excluyendo conexiones y gasoductos dedicados, que vinculan los centros de producción de gas del país con puertas de ciudad, sistemas de distribución, grandes consumidores, sistemas de almacenamiento o con interconexiones internacionales".

²⁷ "Estación reguladora de presión, en la cual se efectúan labores de tratamiento y medición del gas. A partir de este punto inician las redes que conforman total o parcialmente un Sistema de Distribución y el Distribuidor asume la custodia del gas combustible". Resolución CREG 011 de 2003.

RESOLUCIÓN NÚMERO 4907 DE 2013 Hoja N°. 21

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

sistema de distribución²⁸ de las empresas distribuidoras. Cuando se trata de grandes consumidores, el gas puede ser transportado directamente hasta los puntos de recibo de las grandes industrias o generadores termoeléctricos.

- **Distribución:** corresponde al transporte del gas natural, a través de redes de gasoductos, desde la estación puerta de ciudad, o desde el sistema de transporte, hasta las instalaciones del usuario final, incluyendo su conexión y medición. Los distribuidores tendrán el carácter de comercializadores de gas, cuando presten el servicio público domiciliario de distribución de gas combustible de tubería a clientes regulados²⁹. Adicionalmente, los distribuidores pueden ser comercializadores minoristas cuando participan en el mercado secundario de suministro y transporte.

De acuerdo con la Resolución CREG No. 112 de 2007, "[L]a actividad de Distribución de gas natural es considerada un monopolio natural y en consecuencia es eficiente que solo exista un distribuidor en cada mercado relevante. [...]". Como resultado de lo anterior, en Colombia, para cada uno de los mercados relevantes de distribución de gas definidos por la CREG, sólo existe una empresa que presta el servicio público de distribución de gas combustible.

- **Comercialización:** es la actividad complementaria al servicio público domiciliario de gas natural, que consiste en la compra, venta y suministro de gas combustible a título oneroso³⁰. Esta actividad contempla las actividades relacionadas con la medición del consumo a través de contadores, la facturación del servicio y las actividades relacionadas con la atención de usuarios.

Vale la pena mencionar también que los usuarios finales se clasifican en regulados y no regulados. Los usuarios regulados son aquellos cuyo consumo es inferior a 100 mil pies cúbicos día (kpcd) o su equivalente en metros cúbicos (m³). En esta categoría se encuentran los usuarios residenciales y los pequeños usuarios industriales y comerciales. Por su parte, los usuarios no regulados son aquellos cuyo consumo es superior a 100 mil pies cúbicos día (Kpcd) o su equivalente en metros cúbicos (m³). En este nivel de consumo se encuentran los grandes usuarios comerciales e industriales, los distribuidores de gas natural vehicular GNV y las termoeléctricas.

El presente caso se relaciona con las actividades de distribución y comercialización que realiza GDO.

b) Mercado geográfico

Tal como se mencionó en el Informe Motivado, GDO tiene presencia en el Departamento del Valle del Cauca, y en algunos municipios del Departamento del Cauca.

²⁸ "Es el conjunto de gasoductos que transporta gas combustible desde una Estación Reguladora de Puerta de Ciudad o desde otro Sistema de Distribución hasta el punto de derivación de las acometidas de los inmuebles, sin incluir su conexión y medición". Resolución CREG 011 de 2003.

²⁹ Para el distribuidor de gas natural a usuarios regulados, el servicio de comercialización comprende la instalación y el mantenimiento de los equipos, la facturación y cobro, entre otros. Decreto 3429 de 2003 de Ministerio de Minas y Energía.

³⁰ Artículo 1 del Decreto 3429 de 2008.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

En el norte del Valle del Cauca opera a través de un contrato de concesión de Área de Servicio Exclusivo celebrado en 1997, entre el Ministerio de Minas y Energía y Gases del Norte del Valle (luego absorbida por GDO) por un periodo de 17 años, en los siguientes municipios:

Tabla 2
Área de Servicio Exclusivo GASES DE OCCIDENTE

No.	MUNICIPIO	No.	MUNICIPIO
1.	ANDALUCÍA	13.	LA UNIÓN
2.	ANSERMANUEVO	14.	LA VICTORIA
3.	BUGA	15.	OBANDO
4.	BUGALAGRANDE	16.	PALMIRA
5.	CAICEDONIA	17.	PRADERA
6.	CANDELARIA	18.	ROLDANILLO
7.	CARTAGO	19.	SAN PEDRO
8.	EL CERRITO	20.	SEVILLA
9.	FLORIDA	21.	TULUA
10.	GINEBRA	22.	YUMBO
11.	GUACARÍ	23.	ZARZAL
12.	JAMUNDÍ		

Fuente: Ministerio de Minas y Energía³¹. Elaboración SIC.

Adicionalmente, GASES DE OCCIDENTE firmó en 2004 el contrato de concesión de Área No Exclusiva para prestar el servicio de gas combustible por redes en Cali hasta octubre de 2047, el cual se define con base en la Resolución No. 011 de 2003 del Ministerio de Minas y Energía³². De acuerdo con la información que reposa en el expediente, en la ciudad de Cali y el municipio de Yumbo GDO tiene una participación del 100% en el mercado de distribución.

A partir de 2009, fruto de sus planes de expansión, GDO también presta sus servicios en Buenaventura y los municipios de Puerto Tejada, Santander de Quilichao y Villa Rica en el Departamento del Cauca³³.

c) Conclusión

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra que el mercado relevante principal en el que participa GDO corresponde a la distribución y comercialización de gas natural en los municipios del Departamento del Valle del Cauca y del Cauca señalados en el literal anterior.

³¹

http://www.minminas.gov.co/minminas/gas.jsp?cargaHome=50&id_seccion=949&id_subcategoria=441&id_categoria=152

³² Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Informe Ejecutivo de Gestión GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.*, 2009, p. 3. Consultado en http://www.superservicios.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=141d68f1-7627-4f7b-b9ea-c9623a4953cc&groupId=10122

³³ Tomado del análisis de riesgo de Duff & Phelps de Colombia, en <http://www.bnamericas.com/reports/95869.pdf>

En este punto, este Despacho se aparta de las conclusiones de la Delegatura respecto de que el mercado geográfico está constituido únicamente por la ciudad de Cali y el municipio de Yumbo.

9.3.1.2. Mercado afectado – mercado de instalación de redes internas de gas

Una vez definido el mercado relevante principal, este Despacho pasa a definir el segundo mercado relevante, que es el mercado afectado por la conducta de las investigadas.

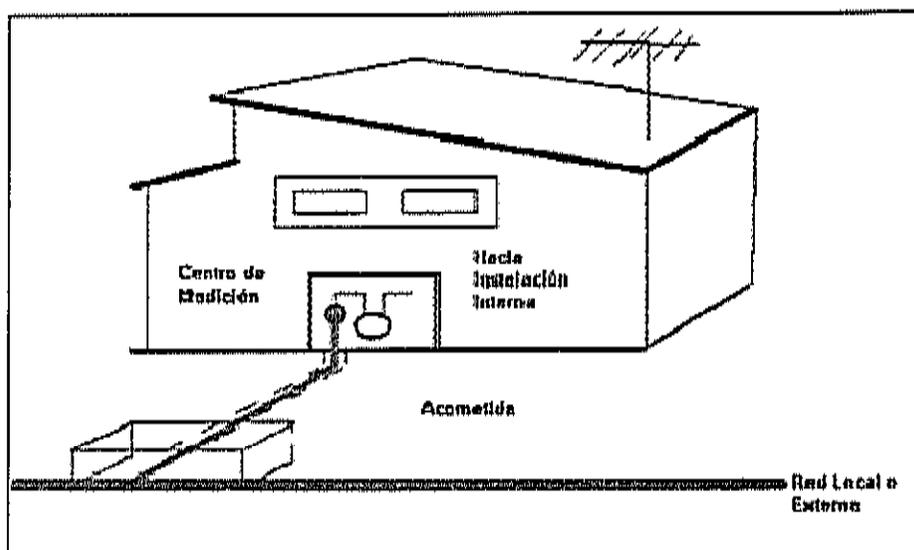
Las actividades de distribución y comercialización de gas natural comprenden otras actividades que son complementarias o conexas, y que comprenden el cumplimiento de requerimientos técnicos y operativos para el suministro de gas al usuario final de manera segura y de acuerdo a los requerimientos impuestos por la regulación. Tales actividades configuran mercados distintos y conexos a los que conforman la cadena básica del sector, como es el caso de las instalaciones de redes internas de gas.

a) Mercado de producto

- Red local, red interna y acometida

Tal y como lo analizó la Delegatura en el Informe Motivado, el suministro de gas natural a un usuario final requiere de la construcción de una red externa o local, una red interna, y la acometida que conecta ambas redes, como se ilustra en el siguiente diagrama:

Diagrama 2
Red local, red interna y acometida



Fuente: Folio 1026, Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Elaboración SIC.

De acuerdo con lo dispuesto en la regulación vigente sobre la materia, la red interna se define así:

RESOLUCIÓN NÚMERO **E- - - 4 9 0 7** DE 2013 Hoja N°. 24

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

"Red interna: es el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro de servicio público al inmueble a partir del medidor, o en el caso de los suscriptores o usuarios sin medidor, a partir del registro de corte del inmueble"³⁴.

Es de resaltar que la red interna es de propiedad del usuario final, quien debe contratar su construcción directamente con firmas instaladoras técnicamente confiables.

Por otra parte, red externa y acometida se definen como sigue:

"Red externa o local: Es el conjunto de redes y tuberías que conforman el sistema de suministro del servicio público a una comunidad del que se derivan las acometidas de los inmuebles. La red local es de propiedad exclusiva de la empresa distribuidora y le corresponde a ésta construirla o contratar a un tercero para que a través suyo lo haga."

[...]

"Acometida: Derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble. En edificios de propiedad horizontal o condominios, la acometida llega hasta el registro de corte general"³⁵.

Así, la acometida es la obra que permite la unión entre la red de la empresa distribuidora y la del usuario, ya que es la derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble.

Teniendo en cuenta las definiciones anteriores, se pasa a describir las principales características del mercado de instalación de redes internas.

- Mercado de instalación de redes internas

Como se mencionó anteriormente, este mercado consiste en la instalación de las redes que van desde la acometida hasta el o los puntos de conexión del usuario final en su domicilio.

Es un mercado competido, en el que hay libre concurrencia de empresas, y que no constituye negocio exclusivo del distribuidor. La regulación ha sido clara al respecto:

"4.14. Los elementos necesarios para la instalación interna, según lo definido en la Ley 142 de 1994, podrán ser suministrados por el distribuidor e instalados por él mismo o por cualquier otro personal autorizado y registrado en la empresa. No será negocio exclusivo del distribuidor y serán instalados a cargo del usuario"³⁶.

Así, cualquier empresa que cumpla con los requisitos técnicos para instalar redes internas, y esté debidamente registrada ante el distribuidor, puede ofrecer y prestar los servicios de instalación en el área geográfica de influencia del distribuidor de gas. En la

³⁴ Artículo 1 de la Resolución CREG No. 108 de 1997.

³⁵ Artículo 1 de la Resolución CREG No. 108 de 1997.

³⁶ Artículo IV 4.14 de la Resolución CREG No. 067 de 1995, por la cual se establece el código de distribución de gas combustible por redes.

prestación de este servicio, y la relación contractual que de allí se deriva, intervienen entonces el usuario final y la empresa instaladora, pero no el distribuidor de gas.

Sin embargo, la empresa distribuidora-comercializadora es responsable por el buen funcionamiento técnico de las redes que instalen los terceros, por ser ésta complementaria al servicio de suministro de gas natural que provee. Así lo ha establecido la CREG en la Resolución No. 067 de 1995:

*"2.19 Toda instalación deberá cumplir con las normas técnicas y de seguridad correspondientes. **El distribuidor no podrá distribuir gas natural o GLP en ninguna instalación interna o tanque estacionario de almacenamiento que no cumpla con estas normas.** De hacerlo así, se hará acreedor a las sanciones correspondientes que determine la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales a las que haya lugar".*

[...]

*"2.24. El distribuidor será responsable por el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, protección al medio ambiente, y urbanísticas en sus redes. Adicionalmente, **será responsable de que las instalaciones receptoras de los usuarios cumplan con los requisitos mínimos de seguridad, haciendo para tal efecto las pruebas correspondientes, llevando un registro de las mismas. Para pruebas posteriores a la conexión, el distribuidor podrá cobrar un cargo.**" (Subrayas fuera del texto original).*

En consecuencia, y como se analiza en detalle más adelante, el distribuidor tiene tanto el derecho como el deber de ejercer ciertos controles a las empresas instaladoras y a las instalaciones mismas.

Las tarifas del servicio de instalación de redes no están reguladas expresamente, y pueden ser determinadas de manera libre por la empresa instaladora, siguiendo las normas del mercado y en cumplimiento de los principios de eficiencia y neutralidad que rigen para las tarifas de los servicios públicos³⁷.

b) Mercado geográfico

Dada la existencia de libre concurrencia al mercado de instalación de redes, las empresas instaladoras pueden prestar sus servicios en cualquier parte del territorio nacional.

Sin embargo, y apartándose este Despacho de la posición de la Delegatura, cabe precisar que para el caso que nos ocupa, el mercado geográfico afectado es únicamente aquel en el que GDO tiene presencia, por cuanto es allí en GDO estableció exigencias adicionales a las de la regulación.

En consecuencia, aunque el mercado de instalación de redes es nacional, el mercado afectado se circunscribe únicamente al área en la que GDO tiene influencia, que es el mercado geográfico que se definió más arriba para el mercado relevante principal.

³⁷ Cfr. numerales 1 y 2 del artículo 87, Ley 142 de 1994.

c) Conclusión

De acuerdo con lo señalado anteriormente, este Despacho concluye que para el caso en cuestión, el mercado afectado es el de instalación de redes internas de gas natural en las zonas en las que GDO tiene influencia en los departamentos de Valle del Cauca y Cauca.

9.3.2. Determinación de la posición de dominio

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

9.3.2.1. Cuota de participación de GDO en la distribución y comercialización de gas natural y características de la demanda

Según la información que consta en el expediente, y como se explicó más arriba, GDO tiene asignada un Área de Servicio Exclusivo en 23 municipios del Valle del Cauca, en los que, por ley, tiene una posición de monopolista y por consiguiente tiene la posibilidad de determinar las condiciones del mercado, aun cuando éste sea regulado. Adicionalmente, participa en Cali y en cuatro municipios del Departamento del Cauca.

De acuerdo con la información pública sobre el sector³⁸, GDO tiene participación mayoritaria en las Áreas de Servicio No exclusivo en las que opera.

9.3.2.2. Barreras de entrada

Las barreras a la entrada consisten en todos aquellos factores que impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos. Tales barreras deben ser analizadas para determinar si una empresa tiene posición de dominio en un mercado determinado, toda vez que, además de otorgarle a las empresas establecidas ventajas sobre los potenciales entrantes, determinan la rapidez con la que el mercado podrá responder ante eventuales aumentos de precios o restricciones de oferta por parte de las empresas incumbentes.

Algunas de las barreras a la entrada que se presentan con mayor frecuencia, y que son relevantes para el presente análisis, son: (i) barreras legales; (ii) costos hundidos; (iii) escala de entrada; (iv) requerimientos tecnológicos e inversión en capital; (v) costos de transporte; (vi) acceso a fuentes de abastecimiento.

En cuanto a las barreras legales presentes en el mercado de distribución de gas natural, es importante señalar que la actividad de distribución de gas natural debe operar a través de

³⁸ Cfr. www.sui.gov.co

RESOLUCIÓN NÚMERO 4907 DE 2013 Hoja N°. 27

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

una sola red de distribución por mercado, es decir, como monopolio natural, porque dados los altos costos de infraestructura de redes, es más eficiente que la prestación del servicio sea realizada por un solo agente. Las disposiciones legales asociadas a este hecho económico se constituyen, por sí mismas, en una barrera a la entrada para un nuevo competidor.

Adicionalmente, las Áreas de Servicio Exclusivo³⁹ a las que hace referencia la Ley 142 de 1994⁴⁰ y que GDO tiene en el norte del Valle del Cauca, también constituyen una barrera legal a la entrada al mercado de distribución de gas natural. Lo anterior, toda vez que solo el distribuidor adjudicatario del contrato de concesión especial puede prestar el servicio público de distribución de gas natural en el área geográfica objeto de exclusividad⁴¹.

De otra parte, las barreras económicas de acceso al mercado están dadas por los costos hundidos, requerimientos tecnológicos e inversión en capital. De conformidad con lo señalado en la Resolución CREG No. 011 de 2003⁴², para el cálculo de los cargos de distribución y comercialización de gas natural se tiene en cuenta la inversión base, en la que se incluyen tanto las inversiones existentes como los proyectos de inversión futuros, que por lo general corresponden a altas sumas de dinero que sólo son recuperables en el largo plazo.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho concluye que GDO ostenta posición de dominio en los mercados de distribución y comercialización de gas natural en el área geográfica definida en el acápite anterior.

³⁹ Dichas áreas son definidas en el artículo 1 de la Resolución CREG No. 057 de 1996, como el "área geográfica correspondiente a los municipios y otras áreas urbanas sobre las cuales se otorga exclusividad en la distribución domiciliaria de gas natural por redes de tubería mediante contratos de áreas de servicio exclusivo", los cuales son suscritos entre la empresa prestadora de servicios públicos y el Ministerio de Minas y Energía.

⁴⁰ Ley 142 de 1994. "Artículo 40. Áreas de servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio."

"Artículo 174. Áreas de servicio exclusivo para gas domiciliario. Por motivos de interés social y con el propósito de que la utilización racional del recurso gas natural, permita la expansión y cobertura del servicio a las personas de menores recursos, por un término de veinte (20) años, contados a partir de la vigencia de esta ley, el Ministerio de Minas y Energía podrá otorgar las áreas de servicio exclusivo para la distribución domiciliaria del gas combustible por red, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 40 de esta ley. (...)".

⁴¹ Cfr. http://www.upme.gov.co/Docs/Chain_Gas_Natural.pdf. "La Cadena del Gas Natural en Colombia". Página consultada el 2 de noviembre de 2012.

⁴² Resolución CREG No. 011 de 2003, por la cual se establecen los criterios generales para remunerar las actividades de distribución y comercialización de gas combustible, y las fórmulas generales para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas combustible por redes de tubería.

9.3.2.3. Determinación legal de la posición dominante de una empresa de servicios públicos

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

Cabe mencionar que esta Superintendencia ha señalado en casos anteriores⁴³ que la determinación de la posición dominante en la prestación de servicios públicos domiciliarios debe realizarse según lo señalado en la Ley 142 de 1994, teniendo en cuenta que el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que *"[e]n caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico"*.

Así, de acuerdo con lo ya establecido en párrafos anteriores, en los que se concluyó que GDO se comporta como monopolista en las Áreas de Servicio Exclusivo, y, al menos, tiene una alta participación en las Áreas de Servicio No Exclusivo, en las actividades de distribución y comercialización de gas natural en el mercado geográfico definido, se debe concluir que la empresa tiene posición de dominio en dicho mercado.

9.3.2.4. Participación de GDO en el mercado afectado

De acuerdo con la información que reposa en el expediente, y tal como se analizó en el Informe Motivado, GDO participa, de manera directa o indirecta, en el mercado de instalación de redes internas de gas natural en la misma área geográfica en la que ostenta posición de dominio.

En dicho mercado participa a través de 7 contratistas, que se señalan a continuación:

**Tabla 3
Empresas contratistas de GDO**

No.	NOMBRE EMPRESA	NIT
1		
2		
3		
4		

⁴³ Ver, por ejemplo: Resolución SIC No. 8796 de 2012, mediante la cual se cerró investigación en contra de Meltronic; Resolución SIC No. 67650 de 2012, mediante la cual se confirmó la sanción impuesta a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB.

⁴⁴ Folio 279, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁴⁵ Folio 318, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁴⁶ Folio 368, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁴⁷ Folio 421, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

5	[REDACTED]	[REDACTED]
6	[REDACTED]	[REDACTED]
7	[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: Elaboración SIC con base en información del Expediente.

Con las empresas anteriormente mencionadas, GDO opera a través de contratos de prestación de servicios⁵¹. En este evento, existe control vertical por parte de GDO, en la medida en que es quien fija las tarifas que cobran los contratistas por la construcción de redes internas, determina las políticas de atención al usuario y asigna las metas que deben cumplir los contratistas. En adición al contrato de prestación de servicios, los contratistas suscriben un contrato de comodato con GDO sobre la marca "GO GASES DE OCCIDENTE ESP"⁵².

9.3.3. Control objetivo y subjetivo sobre las instalaciones de redes internas y las empresas instaladoras

Como se mencionó acápite anteriores, las empresas de distribución ejercen controles tanto sobre las empresas instaladoras de redes internas, como sobre las instalaciones mismas, los cuales se conocen como controles **subjetivos y objetivos**, respectivamente, y tienen como fin garantizar la seguridad de las redes internas.

Los requisitos para ejercer estos controles están establecidos expresamente en la regulación sectorial y técnica que rige el mercado del gas, y en el caso de GDO, los requisitos exigidos por ésta durante el periodo comprendido entre abril y agosto de 2011, fueron los que generaron que la Delegatura decidiera abrir una investigación en contra de GDO.

A continuación se explica el funcionamiento de los controles subjetivos y objetivos, se analizan los requisitos que exigió GDO al ponerlos en funcionamiento, y se determina cómo dichos requisitos constituyeron un abuso de posición dominante por parte de GDO al obstruir a terceros el acceso al mercado de instalación de redes internas de gas natural en Cali y Yumbo.

9.3.4. Registro de instaladores de redes

El registro de los instaladores de redes ante el distribuidor de gas natural constituye, en esencia, el récord que llevan las empresas de distribución de los datos de las empresas instaladoras de redes que deseen prestar sus servicios de instalación en la zona en la que opere el distribuidor, que cumplan con los requisitos exigidos por la regulación, y que se registren ante el distribuidor.

⁴⁸ Folio 465, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.
⁴⁹ Folio 514, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.
⁵⁰ Folio 561, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.
⁵¹ Cfr. Folios 268 y ss. del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.
⁵² Cfr. Folio 288, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

Éste es un requisito exigido por la regulación, con el fin de informar a los usuarios sobre las empresas que ofrecen sus servicios en la zona en la que opera el distribuidor, así como para que el distribuidor pueda tener conocimiento y realizar los controles sobre las empresas que concurren en su zona de operación.

Varias disposiciones regulatorias se refieren a la obligatoriedad del registro, como se cita a continuación:

Resolución CREG No. 067 de 1995⁵³:

*"4.14. Los elementos necesarios para la instalación interna, según lo definido en la Ley 142 de 1994, **podrán ser suministrados por el distribuidor e instalados por él mismo o por cualquier otro personal autorizado y registrado en la empresa. No será negocio exclusivo del distribuidor y serán instalados a cargo del usuario**". (Subrayas fuera del texto original)*

Resolución CREG No. 039 de 1995⁵⁴:

"ANEXO 2. RESTRICCIONES TARIFARIAS PARA LAS EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GAS COMBUSTIBLE.

El servicio de distribución de gas natural será regulado mediante dos elementos componentes:

- 1-. Cargo de la red. (...)
- 2-. Cargo de conexión. (...)

*Parágrafo: Los costos de instalación interna serán los definidos en el artículo 14.16 de la Ley 142 de 1994. La red interna no será negocio exclusivo del distribuidor y por lo tanto, **cualquier persona calificada podrá prestar el servicio, siempre y cuando este registrado en la empresa de distribución local. En todo caso, el distribuidor deberá rechazar la instalación si no cumple con las normas de seguridad. El costo de la prueba estará incluido en el cargo de conexión.**" (Subrayas fuera del texto original).*

Así, para que las empresas instaladoras puedan ofrecer y prestar sus servicios de instalación en una determinada zona del país, deben primero registrarse ante el distribuidor local de gas natural, y, por supuesto, deben cumplir con todos los requisitos técnicos que les exigen las normas para poder ofrecer sus servicios.

9.3.4.1. Características del registro

Dado que el registro, además de ser un instrumento informativo, es un mecanismo de control subjetivo para las empresas distribuidoras de gas, la regulación establece que el único requisito necesario para que las empresas otorguen el registro, es el cumplimiento de las exigencias de idoneidad técnica que deben cumplir las empresas instaladoras de

⁵³ Por la cual se establece el Código de Distribución de Gas Combustible por Redes.

⁵⁴ Por la cual se regula la actividad de comercialización y de distribución de gas combustible por redes a pequeños consumidores.

E - - 4 9 0 7
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 31

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

redes. Así lo dispone el parágrafo del artículo 19 de la Resolución CREG No. 108 de 1997⁵⁵:

"Artículo 19°. Red Interna. En lo referente a la red interna para el suministro del servicio, las empresas distribuidoras darán cumplimiento a lo establecido en los Códigos de Distribución de Energía Eléctrica y Gas u otras normas que expida la Comisión sobre tales materias, según el servicio de que se trate.

Parágrafo. Las facultades que esas normas otorguen a las empresas de distribución, para llevar un registro del personal autorizado que podrá construir y realizar el mantenimiento de la red interna, no confiere a tales empresas la atribución de limitar el número de registrados, o de negar dicho registro a las personas que reúnan las condiciones técnicas establecidas por las autoridades competentes. Dicho registro será público y las empresas tendrán la obligación de divulgarlo; igualmente, deberá suministrarlo en cualquier momento a petición del usuario. En todo caso, la existencia del registro no faculta a las empresas para favorecer monopolios, o impedir que las personas calificadas, según las normas, puedan ejercer su profesión u oficio". (Subrayas fuera del texto original)

Por tanto, cualquier empresa que, de acuerdo con las exigencias técnicas y regulatorias, esté autorizada para prestar el servicio de instalación de redes, y que solicite registrarse ante el distribuidor local, podrá hacerlo, y el distribuidor no podrá negarle el registro ni podrá limitar el número de empresas que concurren a su mercado.

9.3.4.2. Requisitos para el registro impuestos por GDO en abril de 2011

En el caso particular de GDO, que es el que nos ocupa en la presente investigación, se comprobaron los siguientes hechos con respecto al registro de instaladores de redes:

- Antes de abril de 2011, GDO no exigía que las empresas instaladoras que desearan ofrecer y prestar sus servicios en la zona de operación de GDO estuvieran registradas.
- Antes de abril de 2011, las instalaciones de redes internas de gas natural en el mercado definido eran realizadas por las 7 empresas contratistas de GDO, y por otras empresas independientes que no tenían relación contractual alguna con GDO. En consecuencia, había libre concurrencia en el mercado de instalación de redes internas en esta zona geográfica.
- A partir de abril de 2011, y durante los cuatro meses que duraron vigentes los requisitos de registro impuestos por GDO, ninguno de los instaladores de redes que no fueran contratistas de GDO logró el registro ante GDO, teniendo en cuenta los requisitos adicionales a los de la regulación exigidos por GDO.

Tal y como se estableció en el Informe Motivado, la regulación exige los siguientes requisitos a cualquier empresa que pretenda instalar redes internas de gas natural en el país:

⁵⁵ Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones.

RESOLUCIÓN NÚMERO 4907 DE 2013 Hoja N°. 33

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

	certificación de personal acreditado ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia – ONAC o la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, o expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1.2.6.3.2. literal g) de la Resolución 14471 de 2002 proferida por la mencionada Superintendencia, con vigencia no menor a 12 meses.
4	Presentar copia de al menos 50 certificaciones de conformidad de instalaciones, expedidos por un organismo de inspección acreditado, por cada uno de los instaladores que se pretenden inscribir, expedidos dentro de los doce meses anteriores a la solicitud de inscripción.
5	Incluir para cada instalador copia del contrato de trabajo o documento que indique que estos están vinculados a la firma que está pidiendo la inscripción.
6	Tener oficina abierta para los usuarios en los municipios donde prese el servicio, y demostrar metodología, recursos y puntos de atención adecuados. Indicar dirección de oficina.
7	Acompañar certificado de cámara de comercio que acredite la existencia y representación del solicitante (persona jurídica) o, inscripción en el registro mercantil para persona natural.
8	La empresa que se pretende inscribir, debe acreditar experiencia en la construcción de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales, adjuntando para ello al menos cincuenta (50) instalaciones realizadas en cada año desde los últimos tres (3) años y, en cada una de ellas anexar el certificado del instalador y el certificado de conformidad expedido por un organismo debidamente acreditado. Adicionalmente, para cada una de estas instalaciones de debe adjuntar copia de los certificados de producto o similares de los materiales con que se construyeron dichas instalaciones.
9	Acreditar su afiliación al Registro Uniforme de Evaluación de Contratistas (RUC) del Consejo Colombiano de Seguridad con su certificación de auditoría vigente.
10	Copia del Registro Unico Tributario (RUT).
11	Copia de certificado de Sistema de Gestión de Calidad 9001:2008
12	Copia del registro en la página REPRO.

Fuente: Folio 10, Cuaderno Público No. 1 del Expediente⁶⁰.

A simple vista se puede apreciar que los requisitos establecidos por GDO exceden los previstos en las normas (ver Tabla 4 arriba). Sin embargo, ello no implica que la sola exigencia de mayores requisitos configure la existencia de una conducta anticompetitiva y de un comportamiento abusivo por parte de GDO. Así, que para poder concluir acerca del abuso de posición de dominio, es necesario estudiar los requisitos exigidos por GDO a la luz de las normas de competencia.

En este punto, este Despacho considera relevante reiterar las aseveraciones hechas por la Delegatura en el Informe Motivado, en relación con las limitaciones del análisis que se realiza a continuación. Esta Superintendencia, de acuerdo con las facultades que le han sido otorgadas por Ley, es la Autoridad Nacional de Competencia, y en razón de ello analiza el presente caso a la luz de las normas de protección de la competencia. No pretende, sin embargo, emitir concepto alguno o imponer sanciones a las investigadas por el incumplimiento de la regulación sectorial que cobija el mercado del gas natural, puesto que ello es competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

⁶⁰ Esta información también reposa en los folios 615 a 616, Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

E- - - 4907

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 35

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

9.3.4.4. Algunos de los requisitos impuestos por GDO para el registro de instaladores de redes obstruyen el acceso al mercado de instalación de redes de gas natural

Frente a los demás requisitos exigidos por GDO, a continuación se analiza cada uno de ellos y se exponen las razones por las cuales se considera que son restrictivos de la competencia:

- a) Por lo menos diez instaladores con certificado de competencia laboral, y con vigencia no menor a doce meses

De acuerdo con el análisis realizado por la Delegatura, se debe precisar que el contenido del literal g) del numeral 1.2.6.3.2 de la Resolución SIC No. 14471 de 2002 establece lo siguiente:

*"g) Las personas naturales que se dediquen o se empleen para la construcción, ampliación, reforma, revisión o certificación de las instalaciones para el suministro de gas en edificaciones residenciales y comerciales, **deberán contar con certificado de competencia laboral expedido por organismo de certificación de personal acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio, con base en las normas de competencia laboral y/o las normas técnicas colombianas que se señalen en el alcance bajo el cual se conceda la acreditación.***

En todos los casos, para la expedición de las certificaciones de conformidad a los que se refiere el numeral 1.2.6 de este Capítulo, se verificará la existencia de los certificados de competencia laboral del personal que construya, amplíe, reforme o revise la instalación para el suministro de gas y que los mismos hayan sido expedidos por organismos de certificación de personal acreditados por esta Superintendencia.

Para efectos de la certificación de conformidad con las instalaciones de que trata este numeral, el certificado de competencia laboral será exigible a partir del sexto mes posterior a que haya sido concedida la acreditación para certificación de personal a un organismo". (Subrayas fuera del texto original).

La norma citada se refiere a que, en efecto, todas las personas que se dediquen a la instalación de redes internas de gas natural, entre otros negocios, deberán contar con acreditación laboral.

Sin embargo, a este requisito, GDO agregó un número mínimo de 10 instaladores por empresa. Este Despacho comparte la conclusión de la Delegatura, en el sentido que:

"Respecto a lo anterior, el requisito de acreditar la disposición de por lo menos diez (10) instaladores, propende por la exclusión de proveedores potenciales de este servicio y que cumplen con los requerimientos técnicos necesarios para su prestación, pero que tienen un número menor a diez instaladores.

Este requisito es especialmente restrictivo, si se tiene en cuenta que la regulación permite la concurrencia de personas naturales, con las facultades técnicas, competencias laborales y autorizaciones pertinentes para desarrollar este tipo de actividad.

E - - - 4 9 0 7
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 36

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

Por otro lado, los 12 meses de vigencia del certificado de conformidad del personal, impide el acceso de instaladores certificados, y cuya acreditación tomó en cuenta fases de formación práctica"⁶².

Frente a estas consideraciones, en las observaciones al Informe Motivado las investigadas argumentaron que, en aras de la protección del consumidor existe una garantía mínima presunta, y que además se debe contar con por lo menos 10 instaladores para prestar un buen servicio:

"De acuerdo con la experiencia de GDO para efectos de prestar un servicio de asistencia técnica y dar cumplimiento al artículo 13 del Decreto 3466 de 1982 concordante con la Ley 1480 de 2011, una empresa que construya instalaciones internas debe contar con por lo menos 10 instaladores"⁶³.

Este despacho considera que, independientemente de que de acuerdo con su experiencia, GDO considere que 10 es el número de instaladores mínimos que se requieran para prestar un buen servicio de instalación de redes, desde el punto de vista del acceso al mercado de instalación de redes, la exigencia de un número mínimo de instaladores es arbitraria por parte de GDO e impide el acceso al mercado a las personas naturales o pequeñas empresas que cumplan con la regulación y sean idóneas para ofrecer y prestar sus servicios de instalación, aunque sea a una escala menor a la esperada por GDO. De manera pues, que este requisito resulta restrictivo a la luz de las normas de competencia.

No se debe olvidar que quien realiza el análisis respecto de los requisitos necesarios para proteger al consumidor y garantizar la seguridad en la prestación de un servicio es el propio legislador, que en este caso es la CREG, y no cada una de las empresas de servicios públicos a su antojo. En otras palabras, las normas sobre requisitos para constituirse como prestador del servicio de instalación de redes de gas ya internalizaron aquellos criterios que se consideran adecuados para proteger al consumidor y darle seguridad, a la vez que se garantiza la libre competencia, por lo cual no le es dable a la empresa de servicios públicos extender dichos requisitos, argumentando razones de seguridad e idoneidad que el legislador ya tuvo en cuenta.

Ahora bien, si todos los contratistas de GDO tienen por lo menos 10 contratistas, como lo afirman las investigadas en las observaciones al Informe Motivado, ello no es indicativo de que GDO pueda hacer una exigencia así a las empresas que son terceros frente a GDO y que no tienen relación contractual alguna con ésta. Precisamente, lo que se pretende con la regulación es que quienes cumplan con requisitos de idoneidad y seguridad puedan acceder al mercado y competir con los incumbentes que hoy tienen más del 90% del mismo.

Finalmente, frente a la vigencia mínima de los 12 meses, las investigadas alegaron que las certificaciones pierden vigencia, y adicionalmente lo siguiente:

"El razonamiento del Informe Motivado es contrario a la lógica que acompaña a la (sic) normas de protección del consumidor por cuanto pretenden aumentar la carga de información en el lado del consumidor quien tendría que consultar día a día dicho registro para ver que la empresa continúe (sic) estando registrada para realizar la

⁶² Folio 2223, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁶³ Folio 2246, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

ES - - 4 9 0 7
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 37

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

actividad comercial en comento. Por lo cual se consideró razonable y proporcionado exigirlo por al menos un año⁶⁴.

Al respecto, este Despacho considera que la afirmación de las investigadas puede no ser cierta en la medida en que los usuarios contratarán el servicio de instalación de redes internas nuevas solamente por una vez, que será al momento en que requieran instalar su red cuando soliciten el servicio de gas natural. Adicionalmente, por más loable que resulte la preocupación de GDO por el buen servicio que puedan prestar terceros que no tienen relación alguna con el distribuidor, este Despacho considera que GDO no tiene la facultad de imponer dichos requisitos, sino que debe atenerse a lo señalado en la regulación aplicable, que, se repite, ya internalizó el bienestar del consumidor dentro de los requisitos que impuso para que alguien preste el servicio. Por tanto, a la luz del derecho de la competencia, estas exigencias se consideran excesivas por cuanto restringen el acceso al mercado de instalación de redes internas.

b) Presentación de al menos 50 certificaciones de conformidad de instalaciones por cada uno de los instaladores que se pretenden inscribir

De acuerdo con lo manifestado por las investigadas en diferentes oportunidades, el requisito en cuestión tiene como propósito asegurar la experiencia profesional de los instaladores que se registren, para así asegurar la prestación adecuada del servicio. Las investigadas también manifestaron que:

"En el expediente quedó demostrado que en la sola ciudad de Cali se construyeron en el año 2011 más de 12.000.000 (sic) instalaciones internas (ver gráfico 2 de la Resolución de apertura).

Si a esa cantidad se agregan las instalaciones que se construyeron en el país, es claro que el requisito exigido por GDO no es excesivo y por tanto no le impide a una empresa entrar al mercado⁶⁵.

En últimas, GDO argumenta que con este requisito propende por la seguridad de los usuarios finales, al garantizar que la persona que haga la instalación de su red interna sea no solamente idóneo a la luz de las normas técnicas, sino que también tenga experiencia en su oficio.

El argumento de las investigadas no está llamado a prosperar en la medida en que, de aceptarse, nunca habría nuevos entrantes al mercado de instalaciones de redes de gas natural o, en el mejor de los casos, su entrada estaría supeditada a mayores barreras de las necesarias para proteger al consumidor, conforme a la regulación actual. Si se dejara al arbitrio de las compañías de gas natural la imposición de los requisitos, existiría el natural incentivo de marginalizar a aquellas empresas que no estuvieran asociadas comercialmente a aquella, con el objetivo de trasladar la posición de dominio que se tiene en el mercado de distribución y comercialización de gas al de instalación de redes internas. Lo anterior con el agravante de que, mientras los cargos en el primer mercado son regulados, no lo son en el segundo, con lo cual los precios monopólicos serían potencialmente mayores.

⁶⁴ Folio 2247, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁶⁵ Folio 2250, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

Radicación: 11- 87446

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho no encuentra justificable el requisito de una experiencia laboral mínima para acceder al registro del instalador ante el distribuidor, puesto que es la regulación que rige la materia, y no GDO, quien debe definir los requisitos para la certificación de idoneidad de los instaladores de redes. En consecuencia, este Despacho considera que a la luz de las normas de protección de competencia, este requisito excede los impuestos por la regulación y genera barreras de entrada artificiales para el acceso al mercado.

c) Tener oficina abierta para los usuarios en los municipios en los que el instalador preste el servicio

Respecto de este requisito, la Delegatura manifestó en el Informe Motivado que considera este requisito como indispensable, sujeto a que se exija únicamente en el lugar en el que la empresa tiene su registro mercantil.

Por su parte, en el sentir de las investigadas, este es un requisito indispensable para que una empresa preste un servicio, más aún cuando éste requerirá que el usuario final y/o el distribuidor local tengan contacto con el instalador después de que instaló la red y hasta que se expida la certificación de conformidad de la instalación, lo cual puede no ocurrir de manera inmediata.

Respecto de este punto, este Despacho se aparta de la posición de la Delegatura y coincide con la de las investigadas en que el requisito de tener una oficina de atención es indispensable para poder prestar un buen servicio. Éste no es un requisito excesivo ni que impida el acceso al mercado a los instaladores, por cuanto el propósito mismo del registro ante el distribuidor parte del hecho que el instalador tiene la intención de ofrecer y prestar sus servicios de instalación de redes en el lugar en el que se pretende registrar, y siendo así, es razonable exigir que tenga un punto de contacto en ese lugar.

d) Acreditar experiencia en construcción de instalaciones adjuntando constancia de 50 instalaciones por año en los últimos 3 años

Sobre este punto, las investigadas insistieron en que este es un requisito mínimo de seguridad para la instalación de redes internas, y que dado el gran número de instalaciones de gas que se llevan a cabo anualmente en el país, este no es un requisito difícil de cumplir.

Frente a este requisito, la Delegatura señaló que "[...] para acreditar la experiencia que establece este requisito, la firma contratista debe haber ingresado al mercado con una anterioridad mínima de tres años"⁶⁶. Al respecto, las investigadas manifestaron que esta aseveración es errada, dado que la firma instaladora puede ser nueva en el mercado, pero contratar personal con experiencia en instalación de redes.

Este Despacho considera que si este requisito se analiza de manera aislada, resultan razonables los argumentos de las investigadas por cuanto es cierto que la experiencia exigida a la empresa se puede certificar si se contrata personal con experiencia. Sin embargo, se debe analizar este requisito en conjunto con del literal a) anterior, puesto que en ese, se evidencia que GDO exige que todo el personal tenga experiencia en la

⁶⁶ Folio 2225, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **4907** DE 2013 Hoja N°. 39

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

instalación de redes. Como se concluyó en el citado literal, ese requisito resulta restrictivo de la competencia por cuanto impide el acceso al mercado de personas que cuenten con la acreditación laboral pero que aun no tengan experiencia en instalación.

Ahora, si GDO exige que la empresa acredite experiencia contractual y a su vez exige que todo el personal tenga experiencia en instalación de redes internas de gas natural, se puede concluir que el requisito de la experiencia de la empresa también resulta restrictivo de la competencia si se analiza en conjunto con el del literal a) anterior.

e) Copia del certificado del Sistema de Gestión de Calidad 9001:2008

Sobre este punto, la Delegatura señaló lo siguiente:

"El Despacho considera que este requisito provoca un efecto excluyente para quienes tienen las facultades técnicas, competencias laborales y autorizaciones pertinentes para desarrollar actividades de construcción de redes internas pero que carecen del certificado de Sistema de Gestión de Calidad 9001:2008"⁶⁷.

Las investigadas manifestaron su desacuerdo frente a esta afirmación, y señalaron que el costo de la certificación es de aproximadamente 10 millones de pesos, lo cual no es excesivo para una empresa, y que dicho certificado pretende garantizar la calidad de la prestación del servicio y atención al cliente por parte de una empresa, lo cual es en pro de los usuarios y no resulta restrictivo ni excluyente.

Este Despacho difiere de la posición de las investigadas, y considera que exigir una certificación de calidad ISO sí restringe el acceso al mercado, por más que la intención de GDO sea brindar seguridad a los usuarios. Desde el punto de vista del derecho de la competencia, se insiste, GDO no está facultado para exigir requisitos más gravosos a los establecidos por la regulación, porque de ese modo está creando barreras adicionales a un mercado que es de libre competencia. Se reitera que el encargado de establecer los requisitos que eventualmente pueden restringir las barreras de entrada pero que son válidos cuando se quiere proteger un valor superior, como proteger la seguridad, es únicamente el regulador, y no las empresas participantes en el mercado.

Vale mencionar en este punto lo manifestado por el señor PATRUSIM SALAZAR, representante legal de CS & REDES, en testimonio practicado en el marco de esta investigación:

"Doce. Copia del certificado del sistema de gestión de calidad 9001-2008. Este es el más complicado de todos puesto que aunque la empresa lo quiere tener, seguramente el proceso de adquisición de este certificado no es de un mes ni de dos meses, seguramente va a ser mínimo de un año, año y medio o dos años, además de los costos que representa para la empresa en este momento. Entonces es extraño que se exija este certificado, cuando dicho certificado toma tanto tiempo y mientras tanto qué podemos hacer los constructores de redes internas de gas si no podemos surtir este requisito, que lógicamente es algo muy importante para la empresa tenerlo, un beneficio para la empresa, pero al igual que el punto anterior, no creo que Gases de

⁶⁷ Folio 2225, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

F - - - 4 9 0 7

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 40

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

*Occidente esté en la potestad de pedir este certificado para inscribir una empresa como instalador de redes internas de gas*⁶⁸.

Este Despacho no controvierte el hecho alegado por GDO, de que es deseable que todas las empresas cuenten con una certificación de calidad. Sin embargo es claro que GDO no puede exigir dichos requisitos si la regulación no los contempla, en la medida en que no los considera indispensables para la seguridad y satisfacción del consumidor.

f) Acreditar afiliación al RUC y al RUE

El Registro Uniforme de Evaluación de Contratistas (RUC) y el Registro de Proveedores (REPRO) son registros privados, administrados por el Consejo Colombiano de Seguridad⁶⁹ y Achilles⁷⁰, respectivamente.

Las investigadas manifestaron su desacuerdo con la posición de la Delegatura, fundamentados en que las afirmaciones del Informe Motivado no están sustentadas en pruebas.

Este Despacho manifiesta que, al igual que para el caso del certificado del sistema de calidad, el RUC y el RUE son requisitos que no están exigidos en la regulación, y que GDO no tiene la facultad de exigir a empresas que buscan registrarse en su sistema, pero que seguirán siendo independientes de GDO por cuanto del registro ante el distribuidor no se deriva una relación contractual con las empresas instaladoras. Así, este Despacho concluye que los requisitos aquí mencionados también exceden los de la regulación y obstaculizan el acceso al mercado de instalación de redes por parte de terceros que no tengan contratos de prestación de servicios con GDO.

9.3.4.5. Conclusión respecto de los requisitos impuestos por GDO para el registro de instaladores

Del análisis precedente se puede concluir que los requisitos impuestos por GDO para el registro de instaladores de redes excedieron los establecidos en la regulación. Algunos de esos requisitos son razonables y no generan cargas adicionales a los terceros que buscan registrarse ante GDO, es decir, no constituyen barreras de entrada u obstrucciones de acceso al mercado. Sin embargo, este Despacho considera que otros de ellos generan cargas adicionales a las impuestas por la regulación y la Ley, y crean una barrera artificial a la entrada al mercado de distribución de redes internas de gas en la zona en la que opera GDO, por lo cual obstruyen el acceso a ese mercado.

Como se analizará más adelante, durante el periodo de cuatro meses en el que estuvieron vigentes los requisitos arriba analizados, ninguno de los instaladores independientes que venía operando en el mercado geográfico relevante y que solicitó el registro, logró cumplir

⁶⁸ Testimonio a Patrusim Salazar Hernández, practicado el 24 de agosto de 2011. CD obrante a folio 179, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶⁹ <http://www.consejocolombianodeseguridad.org.co/ruc.php>

⁷⁰ <http://www.achilles.com/es/Achilles-colombia/>

con los requisitos exigidos por GDO, aun cuando algunos de ellos incluso estuvieran registrados ante otros distribuidores de gas natural⁷¹.

9.3.5. Control sobre las redes instaladas y expedición de las certificaciones de conformidad

Al igual que el registro de instaladores de redes internas de gas es un requisito exigido por la regulación que constituye un mecanismo de control (denominado control subjetivo), la evaluación de las redes que se instalen, y la expedición de una certificación de conformidad en el evento en que los resultados de las pruebas sobre la red sean idóneos, constituye un mecanismo de control que se ha denominado control objetivo.

El certificado de conformidad es definido como el documento emitido de acuerdo a las reglas de un sistema de certificación, en el cual se manifiesta la adecuada confianza de que un producto, un proceso o un servicio debidamente identificado está conforme con una norma técnica u otro documento normativo específico.⁷²

Para el caso de las instalaciones internas de gas natural, la regulación exige que antes de su puesta en servicio, es necesario realizar unas pruebas técnicas para verificar su adecuado funcionamiento. Algunas de las disposiciones relevantes sobre la materia se citan a continuación:

Resolución SIC No. 14471 de 2002⁷³:

"1.2.6.4 Evaluación de la conformidad

1.2.6.4.1 Certificación de conformidad de instalaciones nuevas

a) En cumplimiento de lo previsto en los artículos 7o. y 8o. del Decreto 2269 de 1993, la proyección, construcción, ampliación y reforma de las instalaciones objeto del presente reglamento deberán demostrar, en forma previa a su puesta en servicio, a través de certificación de conformidad expedida de acuerdo con lo señalado en esta circular, el cumplimiento de los requisitos, medidas de seguridad mínimas y garantías de servicio que se deben observar al proyectar, construir, ampliar, reformar las instalaciones para el suministro de gas en edificaciones residenciales y comerciales, así como las exigencias mínimas de los recintos donde se ubiquen los artefactos a gas y las condiciones de su conexión y de su puesta en marcha, en las condiciones previstas en el numeral 1.2.6.3 de este Capítulo;

b) La verificación previa al suministro del servicio a que se refiere el numeral 2.23 de la resolución CREG 067 de 1995, se entenderá surtida con la expedición de certificación de conformidad emitida según lo señalado en este reglamento y por lo mismo su costo se entiende comprendido en el valor de la conexión".

Resolución CREG No. 067 de 1995⁷⁴:

⁷¹ De acuerdo con la información del Expediente, CONSTRUISAA S.A.S. estaba registrada ante LLANOGAS y SURTIGAS. Folios 4 a 9, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷² Litoral l) del artículo 2 del Decreto 2269 de 1993, por el cual se organiza el sistema nacional de normalización, certificación y metrología.

⁷³ Por la cual se fijan unos requisitos mínimos de calidad e idoneidad.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

"2.23. Las instalaciones, antes de ser puestas en servicio, deberán someterse a las pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento, y en general a todas aquellas que establezcan los reglamentos, normas o instrucciones vigentes. Pruebas que deberá realizar el distribuidor. El costo de la prueba estará incluido en el cargo de conexión." (Subrayas fuera del texto original).

Así, es claro que la revisión de la instalación de redes internas, y la expedición del respectivo certificado de conformidad buscan garantizar la seguridad del suministro del servicio de gas natural, y son por tanto un mecanismo de control que estaba en cabeza del distribuidor, al momento de los hechos investigados.

9.3.5.1. Características de la revisión de redes internas y expedición de certificado de conformidad

De acuerdo con lo descrito por la Delegatura en el Informe Motivado:

"En desarrollo de la evaluación de conformidad deben hacerse pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento⁷⁵, observando el Procedimiento Único de Inspección⁷⁶ y comprobando que la instalación se haya hecho en cumplimiento de la Norma Técnica Colombiana NTC-2505, cuarta actualización⁷⁷. Asimismo, debe hacerse una verificación de los extremos terminales de conductos de evacuación de gases, corroborar la idoneidad de los materiales o si cuentan con la certificación de conformidad, en los casos que se requiera, y, probar la concentración de CO en el ambiente⁷⁸.

Igualmente, a la persona que certifique la instalación le corresponderá establecer el volumen de aire necesario en relación con las potencias de los artefactos a instalar y 'deberá dejar constancia por escrito de dicho cálculo, determinando si se trata de un recinto confinado o no confinado⁷⁹, siendo esto parte del mismo procedimiento de revisión inicial, que de conformidad con la Resolución SIC No. 14471 de 2002, incluye la certificación^{80,81}. (Subrayas fuera del texto original).

De acuerdo con la regulación vigente para la época de los hechos investigados, las pruebas sobre las redes internas las debía realizar el distribuidor, y estaban incluidas dentro del cargo de conexión, por lo cual el usuario no debía cancelar ningún monto por

⁷⁴ Por la cual se establece el Código de Distribución de Gas Combustible por Redes. La norma aquí citada era la vigente para la época de los hechos investigados, pero fue modificada por la Resolución CREG No. 059 de 2012.

⁷⁵ Numeral 2.23 de la Resolución CREG No. 067 de 1995.

⁷⁶ Resolución del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo No. 1509 de 2009.

⁷⁷ Resolución SIC No. 14471 de 2002, en concordancia con el numeral 2.1 de la Resolución CREG No. 067 de 1995.

⁷⁸ Esta prueba no puede arrojar concentraciones mayores a 50 ppm de CO en el ambiente. Resolución SIC No. 14471 de 2002.

⁷⁹ Resolución SIC No. 14471 de 2002

⁸⁰ Resolución SIC No. 14471 de 2002. "[e]ntiéndase por revisión la verificación y certificación de la instalación para su puesta en servicio o continuación del mismo". (Negrilla añadida).

⁸¹ Informe Motivado, p. 20. Folio 2218, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

esta revisión inicial. Las pruebas las puede realizar directamente⁸² el distribuidor, o a través de organismos acreditados⁸³ o habilitados⁸⁴.

Una vez realizado el análisis sobre la red y habiendo verificado su buen funcionamiento, el certificado de conformidad es expedido por una entidad debidamente acreditada ante el ONAC o la SIC para el efecto.

Cabe mencionar en este punto, que por razones técnicas o de alto riesgo sobre el funcionamiento de la red, el distribuidor puede negarse a suministrar gas natural a través de una red interna determinada. Lo anterior a la luz de lo dispuesto en el artículo 17 de la Resolución CREG No. 108 de 1997⁸⁵:

"Artículo 17º. Negación del servicio. La empresa solo podrá negar la solicitud de conexión del servicio en los siguientes casos:

- a) Por razones técnicas susceptibles de ser probadas que estén expresamente previstas en el contrato.*
- b) Cuando la zona haya sido declarada como de alto riesgo, según decisión de la autoridad competente.*
- c) Cuando el suscriptor potencial no cumpla las condiciones establecidas por la autoridad competente.*

La negación de la conexión al servicio, deberá comunicarse por escrito al solicitante, con indicación expresa de los motivos que sustentan tal decisión. Contra esa decisión procede el recurso de reposición ante la empresa, y en subsidio el de apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos, conforme a las normas legales, que regulan los recursos ante las empresas de servicios públicos".

9.3.5.2. Requisitos impuestos por GDO para la construcción de redes internas

En abril de 2011, GDO publicó un listado de requisitos relativos a la construcción de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales, que se reproduce a continuación:

⁸² Lo que se denomina Certificación Directa, de acuerdo con la Resolución SIC No. 14471 de 2002.

⁸³ Los organismos deben estar acreditados por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC).

⁸⁴ Organismos en proceso de acreditación, una vez que dentro del trámite correspondiente se haya satisfecho la evaluación documental y ordenado la correspondiente auditoría de campo. Resolución SIC No. 14471 de 2002.

⁸⁵ *Por la cual se señalan los criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones.*

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

Tabla 6
Requisitos relativos a la construcción de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales impuestos por GDO

No.	REQUISITO
1	<p>Someter a aprobación de la empresa distribuidora GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP el diseño de la(s) instalación(es) interna(s) de gas natural, previa a su construcción, tal como lo indica el numeral 1.2.6.3.4.2 literal a) con sus incisos.</p> <p>El costo del estudio de diseños para su aprobación es de diez por ciento (10%) de un salario mínimo legal mensual legal vigente multiplicado por el número de instalaciones que contemple el diseño.</p>
2	<p>Los materiales a utilizar en la construcción, ampliación y/o reforma de cada instalación de gas natural deben contar con su respectivo certificado de calidad de producto o norma técnica a través de una entidad acreditada, y la factura correspondiente.</p> <p>Los instrumentos de medición tales como manómetros, analizadores de gas combustible y detectores de monóxido de carbono deberán contar con certificado de calibración o verificación por un laboratorio. Estos certificados deberán ser presentados ante GASES DE OCCIDENTE S.A. para acreditar su cumplimiento.</p>
3	<p>Todos los instaladores y demás personal que emplee la firma en la construcción de instalaciones internas de gas natural deberán estar afiliadas al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y riesgos profesionales). Para lo cual deberán aportar constancias de las respectivas afiliaciones y pagos antes de iniciar la obra y al finalizarla.</p>
4	<p>La conexión del servicio de gas natural se hará conjuntamente con la firma constructora, con el fin de que un Organismo de Inspección acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia – ONAC, pueda emitir el certificado de conformidad de la instalación interna de gas natural, tal como lo ordena el numeral 1.2.6.4 de la Resolución 14471 de 2002 proferida por la mencionada Superintendencia.</p>
5	<p>Comprometerse con el cumplimiento de normas técnicas nacionales y las especificaciones técnicas exigidas por GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP para la construcción de instalaciones internas de gas natural en edificaciones de uso residencial, en edificaciones multifamiliares (edificios y conjuntos residenciales), y comerciales.</p>
7	<p>Comprometerse con el ofrecimiento y cumplimiento de la garantía mínima de 3 años en la instalación y materiales utilizados. Cumplir con los demás requisitos exigidos por la ley.</p>

Fuente: Folio 12, Cuaderno Público No. 1 del Expediente⁸⁶.

Como se pasa a analizar, algunos de estos requisitos establecidos por GDO para la construcción de redes internas exceden los previstos en la regulación.

⁸⁶ Esta misma información reposa en los folios 617 a 618, Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

9.3.5.3. Requisitos impuestos por GDO que se consideran restrictivos de la competencia

a) Someter diseños a aprobación de GDO con costo

En este requisito, GDO estableció que se debía pagar un 10% de un salario mínimo legal mensual vigente para el estudio de diseños.

Respecto de este punto, el Despacho concuerda con el análisis de las investigadas, de que la aprobación de los diseños por parte de GDO no es exclusivamente al momento de expedición de licencias de construcción.

Ahora bien, frente al cobro de dicho estudio, dado que se pudo comprobar durante la investigación que GDO no cobró monto alguno a las empresas instaladoras independientes, por cuanto ninguna logró obtener el registro, se considera que este requisito no afectó la competencia.

b) Cumplimiento de las normas técnicas y las especificaciones técnicas exigidas por GDO

En consonancia con el análisis que hizo este Despacho en el acápite precedente, considera que GDO no tiene la facultad para exigir a los constructores de redes internas de gas natural el cumplimiento de normas técnicas que no estén previstas en la regulación, aun cuando con su exigencia se pretenda promover la seguridad de los usuarios. Lo anterior, por cuanto las autoridades reguladoras son quienes están llamadas a determinar cuáles son los requisitos que todos los instaladores deben cumplir para considerarse idóneos para ofrecer y prestar sus servicios de instalación de redes.

9.3.6. Cobro de evaluación de conformidad por fuera del cargo de conexión en instalaciones nuevas

En consonancia con el análisis precedente, y de acuerdo con lo que se expone en el acápite siguiente, la regulación vigente al momento de los hechos investigados establecía la responsabilidad en cabeza del distribuidor, de realizar de manera directa o a través de terceros, la evaluación de conformidad de las redes internas de gas instaladas en su zona de distribución. El costo de tal evaluación estaba cubierto dentro del cargo de conexión.

De acuerdo con las pruebas que se recaudaron en la investigación, los testimonios practicados y la valoración de los documentos, no se encontró evidencia de que GDO estuviera cobrando la evaluación de conformidad por fuera del cargo de conexión. Por tanto, este Despacho coincide con la posición de las investigadas en que este es un cargo que no fue probado, y por el cual no se debe generar sanción.

No obstante, durante la investigación, y como se mencionó anteriormente en esta Resolución, fue posible evidenciar que durante el periodo investigado algunos usuarios remuneraron la evaluación de conformidad de redes internas nuevas a organismos de inspección, algunos de los cuales tienen convenio con GDO para instalar redes internas⁸⁷ o

E - - 4 9 0 7
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 46

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

para realizar inspecciones quinquenales⁸⁸. Con base en la información que reposa en el expediente, el Informe Motivado señaló:

"Por lo anterior, esta Delegatura concluye que los usuarios que están pagando a organismos no vinculados, para realizar inspecciones iniciales, lo hacen por:

1. *Desconocimiento de la obligación de Gases de Occidente de certificar instalaciones nuevas.*
2. *Desconocimiento del procedimiento de Gases de Occidente para certificar instalaciones nuevas.*

Para evitar que el usuario termine remunerando la evaluación de conformidad de una instalación nueva a un organismo de inspección o, incluso, indirectamente a GASES DE OCCIDENTE por un 'Servicio Asociado', se debe ordenar a GASES DE OCCIDENTE que divulgue su relación con CONSTRUCERT, como única empresa autorizada por GASES DE OCCIDENTE para hacer revisiones iniciales a su nombre, así como el procedimiento operativo para que el usuario pueda solicitar al distribuidor la evaluación de conformidad inicial⁸⁹.

Frente al párrafo antes citado, las investigadas consideraron que el mismo resulta confuso si se compara con el artículo 3 de la Resolución CREG No. 059 de 2012⁹⁰, y solicitaron aclaración.

El mencionado artículo dispone lo siguiente:

"Artículo 3. Modificar el numeral 2.23 del Anexo General de la Resolución CREG 067 de 1995, el cual quedará así:

2.23. Las instalaciones, antes de ser puestas en servicio, deberán contar con un Certificado de Conformidad emitido según lo señalado en los reglamentos técnicos aplicables, para lo cual se someterán a las pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento y en general a todas aquellas que establezcan los reglamentos, normas o instrucciones vigentes. La realización de estas pruebas será responsabilidad del usuario y éste la deberá realizar con los organismos que se encuentran debidamente acreditados para la realización de la Revisión Periódica de las Instalaciones Internas de Gas. El usuario asumirá el costo de dicha revisión."

Al respecto, este Despacho se permite aclarar que antes de la expedición de la Resolución CREG No. 059 de 2012, el artículo 2.23 del Anexo General de la Resolución CREG No. 067 de 1995 disponía lo siguiente:

*"2.23. Las instalaciones, antes de ser puestas en servicio, deberán someterse a las pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento, y en general a todas aquellas que establezcan los reglamentos, normas o instrucciones vigentes. **Pruebas que deberá realizar el distribuidor. El costo de la prueba estará incluido en el cargo de conexión.**" (Subrayas fuera del texto original).*

⁸⁸ [REDACTED]

⁸⁹ Folio 2229, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁹⁰ Resolución CREG No. 059 de 2012, por la cual se modifica el Anexo General de la Resolución CREG 067 de 1995, el párrafo del artículo 108.2 de la Resolución CREG 057 de 1996 y se establecen otras disposiciones.

RESOLUCIÓN NÚMERO **4907** DE 2013 Hoja N°. 47

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

Como se ve de la simple comparación de las normas antes y después de la modificación a la que se hace referencia, es claro que antes de la modificación de 2012, la norma establecía que las pruebas para las instalaciones internas nuevas estaban a cargo del distribuidor y su costo estaba incluido en el cargo de conexión. Esto estuvo vigente durante la época de los hechos investigados.

Dado que al momento de la expedición de la presente Resolución se ha modificado la norma, y las pruebas para las instalaciones internas nuevas y su costo están a cargo del usuario, la recomendación hecha por la Delegatura pierde vigencia.

Sin embargo, este Despacho recomienda a GDO, en aras del cumplimiento de los principios de transparencia y eficacia, mantener informados a sus usuarios sobre las normas aplicables y sobre los cambios que se presenten, para evitar que ocurran errores como el que se analizó del pago innecesario de las inspecciones iniciales cuando la norma establecía algo diferente.

9.3.7. Configuración de la conducta anticompetitiva por parte de GDO

En los acápites anteriores se analizaron los requisitos impuestos por GDO en abril de 2011 tanto para el registro de instaladores de redes internas como para la construcción de las redes y su evaluación. Se demostró suficientemente que algunos de estos requisitos son restrictivos de la competencia, por cuanto crean barreras de entrada artificiales en el mercado y, en consecuencia, obstaculizan su acceso.

A continuación se analiza por qué dichos requisitos impuestos por GDO, y que exceden los de la regulación, constituyen un abuso de posición de dominio y se enmarcan dentro de la conducta establecida en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Tal como se pudo determinar durante la investigación, el mercado de instalación de redes internas de gas natural es conexo al mercado de distribución y comercialización de gas natural.

GDO tiene participación en los dos mercados, y en el de distribución y comercialización de gas natural ostenta posición de dominio. Por el contrario, en el mercado de instalación de redes internas de gas natural tiene una participación minoritaria, dado que éste es un mercado nacional en el que puede participar cualquier empresa que cumpla con los requisitos impuestos por la regulación para ofrecer y prestar sus servicios.

Para sustentar lo anterior, en el Informe Motivado la Delegatura analizó la doctrina de los mercados complementarios para determinar el presunto abuso de posición de dominio que se presentaría en este caso, en el que GDO aprovecharía la posición de dominio que ostenta en el mercado de distribución y comercialización de gas natural para aumentar o conservar su participación en el mercado de instalación de redes internas de gas natural, en el que no tiene una posición dominante.

De acuerdo con la doctrina, y según consta en el Informe Motivado⁹¹, los elementos que determinan una situación como la descrita son: (i) la existencia de un mercado

⁹¹ Folio 2218, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

determinado, en el cual un agente tenga posición de dominio; (ii) la existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y consecencial 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.

Dado que los primeros dos elementos han sido suficientemente probados a lo largo de la investigación, este Despacho se concentrará en estudiar los hechos que permiten afirmar la existencia de una ventaja competitiva por parte de GDO en el mercado de instalación de redes internas de gas natural como consecuencia del abuso de su posición de dominio en los mercados de distribución y comercialización de gas.

9.3.7.1. Los requisitos impuestos por GDO en abril de 2011 constituyen un abuso de su posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural y le generan una ventaja competitiva en el mercado de instalación de redes internas de gas

Como se ha demostrado suficientemente a lo largo de esta investigación, GDO ostenta posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural en el mercado geográfico definido.

Se pudo demostrar que GDO participa en el mercado conexo de instalación de redes internas de gas natural a través de 7 contratistas, y que para 2011, cerca del 96% de las nuevas instalaciones en Cali y Yumbo se hicieron a través de dichos contratistas (en una zona geográfica determinada), y sólo el 4% restante las realizaron las empresas independientes que no tienen relación contractual alguna con GDO, y para las cuales antes de abril de 2011 tampoco se les exigía ningún tipo de registro.

Con base en lo anterior, y aun cuando se ha determinado que el mercado de instalación de redes internas de gas natural es un mercado nacional, también quedó comprobado que la conducta investigada en el mercado afectado se dio en las áreas geográficas en las que GDO opera y no a nivel nacional. Adicionalmente, se comprobó que en el mercado de Cali y Yumbo la prestación de este servicio es altamente concentrado en la medida en que GDO tiene una altísima participación.

Durante la investigación también se pudo comprobar que antes de abril de 2011, y a pesar de que lo ordenaba la regulación, GDO no exigía a las empresas instaladoras registrarse ante GDO, así es que éstas podían operar, y en efecto operaban en la zona de influencia de GDO. Así lo manifestó el señor NESTOR JULIÁN ARANGO, gerente de CONSTRUISAA S.A.S.:

"PREGUNTA: Cuéntenos un poco el tema de las exigencias que le está realizando Gases de Occidente para ser autorizadas.

RESPUESTA: Bueno, las exigencias de Gases, en lo que nosotros tenemos de experiencia frente al registro que deben expedir las empresas distribuidoras, nosotros estamos registrados en diferentes partes del país, y nos pedían: el RUFÍ de la empresa, el certificado de Cámara de Comercio, o sea de existencia de la empresa, la cédula de la persona, representante legal, ampliada, y el RUT, y una competencia laboral de cualquiera de los instaladores que tuviéramos trabajando en la empresa.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

Pero Gases de Occidente, además de esos requerimientos, nos pidió que teníamos que tener mínimo 10 instaladores, haber hecho un mínimo de instalaciones, que estas instalaciones estuviesen certificadas por una empresa acreditada ante la ONAC o ante la Superintendencia para expedir certificados de conformidad de instalaciones nuevas, ¿sí?, que teníamos que tener un proceso ISO, ya establecido de calidad, que teníamos que estar registrados ante el... bueno, otros dos, no me acuerdo ahora, pero igual yo en las pruebas físicas que mandé ahí están los requerimientos que Gases nos pide. O sea, unas exigencias desbordadas, locas, que ninguna resolución, según el conocimiento que nosotros tenemos, las avala para hacer esa clase de exigencias.

De hecho, ninguna de las empresas distribuidoras donde estamos registrados nosotros, caso de ALCANOS, LLANOGAS, o SURTIGAS por ejemplo, que son empresas igual de grandes a Gases, nos habían pedido pues unas cosas tan locas. Y de hecho, nosotros veníamos instalando desde hace dos años, y Gases venía vendiéndole a los constructores los contadores, y nunca nos habían pedido ni siquiera un registro, y nosotros veníamos dos años continuos y nunca nos dijeron "ustedes tienen que estar registrados". Obviamente al pedirnos el registro este año en abril, cuando empezamos a trabajar en barrios, nos pidieron todos esos requisitos diferentes a los que la Resolución 14471 exige.

PREGUNTA: *¿Este registro lo implementaron desde abril de este año?*

RESPUESTA: *Sí. Para terceros, lo están exigiendo desde abril de este año con esos requisitos.*

PREGUNTA: *¿Antes no existía ningún mecanismo de registro?*

RESPUESTA: *No señor. Ellos no tenían ningún mecanismo para registrar terceros.*

(...)

PREGUNTA: *¿Conoce usted alguna firma instaladora que haya sido efectivamente avalada por Gases de Occidente?*

RESPUESTA: *Los contratistas que ellos tienen. Los contratistas que trabajan para ellos... Ellos sí están avalados por Gases de Occidente, y están registrados en la base de datos de Gases de Occidente, pero porque son contratistas de Gases.*

PREGUNTA: *¿No hay una empresa independiente?*

RESPUESTA: *No. Yo soy la primera.⁹²*

Una vez GDO implementó el requisito del registro establecido en la regulación en abril de 2011, y durante los 4 meses en los que duraron vigentes las exigencias que se investigan, los instaladores que solicitaron el registro ante GDO no pudieron obtenerlo, debido a las exigencias adicionales que ésta exigía, y a pesar de que estaban registrados ante otros distribuidores, como se evidencia de la cita anterior.

Dada la posición de dominio que ostenta GDO en el mercado de distribución y comercialización de gas natural en el mercado geográfico definido, y teniendo en cuenta que además tiene participación indirecta y mayoritaria en el mercado de instalación de

⁹² Testimonio practicado el 11 de agosto de 2011. CD obrante a folio 87. Minutos 10 a 14, Cuaderno público No. 1 del Expediente.

redes internas de gas en Cali y Yumbo, la imposición de los requisitos adicionales a los exigidos por la regulación no le afecta el funcionamiento de ninguno de los dos mercados.

Por el contrario, respecto del mercado de instalación de redes internas de gas natural, el hecho de no tener registrados instaladores diferentes a sus propios contratistas, le asegura mantener su participación, e incluso aumentarla, en este mercado.

9.3.7.2. La ventaja competitiva que adquiere GDO en virtud de su conducta configura una obstrucción para el acceso de otras empresas al mercado de instalación de redes de gas

Tal como se analizó en los acápite anteriores, durante los meses de abril a agosto de 2011, GDO implementó requisitos para el registro de instaladores independientes y construcción de redes internas instaladas por ellos, adicionales y más gravosas que las exigidas en la regulación vigente.

Dichas exigencias impidieron el registro de los instaladores independientes que no cumplieran con los requisitos impuestos por GDO, que durante el mencionado periodo fueron todos los que se presentaron a solicitar el registro.

Así, este Despacho concluye que GDO, en aparente cumplimiento de las disposiciones regulatorias impuestas por las autoridades competentes en materia de gas natural, decidió dar cumplimiento a la exigencia del registro, y a través de esa exigencia regulatoria lo que generó fue una obstrucción al acceso al mercado de instalación de redes internas de gas natural a aquellos instaladores independientes que no tenían relación contractual con GDO.

En consecuencia, con base en el análisis precedente y la valoración de las pruebas que obran en el expediente, es posible concluir que GDO incurrió en abuso de posición de dominio al restringir el acceso de terceros al mercado de instalación de redes internas de gas natural, razón por la cual este Despacho procederá a imponer una sanción por tal concepto. Adicionalmente, y por todo lo analizado en acápite anteriores, se concluye que GDO incumplió lo previsto en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, por abusar de su posición de dominio.

9.3.8. Sobre los documentos aportados por las investigadas con las observaciones al Informe Motivado

En el escrito de observaciones al Informe Motivado que presentaron las investigadas, mencionaron los siguientes documentos que no reposaban en el expediente, y los cuales anexaron al escrito:

- (i) Certificaciones expedidas por el señor JOSÉ DARÍO MARTÍNEZ ESCUDERO, gerente técnico de GDO el 19 de noviembre de 2012, que certifican: (i) "(...) las ventas de cargos por conexión (sin red interna) realizadas por la empresa a usuarios residenciales y comerciales en los municipios del Valle del Cauca y municipios del Cauca donde la Compañía presta sus servicios, desde el año 2009 a octubre de 2012" y (ii) "(...) las ventas de redes internas y conexiones al servicio de gas natural realizadas por la Empresa a usuarios residenciales y comerciales en los municipios

RESOLUCIÓN NÚMERO **000-4907** DE 2013 Hoja N°. 51

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

del Valle del Cauca y municipios del Cauca donde la Compañía presta sus servicios desde el año 2009 a octubre de 2012".

- (ii) Pliego de condiciones del proceso de selección abreviada Proceso SIC No. 07 de 2012, abierto por la Superintendencia de Industria y Comercio, con el objeto de *"adquirir a título de compraventa cuatro (4) vehículos automotores nuevos, que cumplan con las especificaciones técnicas requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio, así (...)"*.

Las investigadas solicitaron que tales documentos fueran tenidos en cuenta al momento de resolver el presente asunto. Aun cuando las investigadas no solicitaron formal ni expresamente la inclusión y reconocimiento de tales documentos como pruebas dentro del expediente, sí se aportaron con el fin de soportar algunos de los argumentos elaborados en su escrito de observaciones al Informe Motivado. Por tanto este Despacho considera pertinente pronunciarse al respecto.

Este Despacho se permite aclarar que la etapa para aportar documentos, para que sean tenidos en cuenta como pruebas dentro de la investigación, ya se encuentra agotada. De acuerdo con lo señalado 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.

(...)"

Por lo anterior, los documentos anteriormente referenciados no pueden ser tenidos en cuenta como pruebas documentales dentro de la presente investigación, como se refleja en la parte resolutive de esta Resolución. Más aún cuando no aportan elementos de juicio adicionales 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 GDO abusó de su posición de dominio.

Debe recordarse que las investigaciones por la supuesta comisión de prácticas restrictivas de la competencia se rigen por un procedimiento reglado, con etapas preclusivas que garantizan el derecho de defensa de los investigados y la eficiencia de la administración. En el presente caso, la oportunidad para allegar pruebas precluyó el día que se profirió el informe motivado y se cerró la etapa de investigación, por lo cual no es dable aportar o tener como pruebas las allegadas por las investigadas en etapa posterior y de forma extemporánea.

9.3.9. Sobre la solicitud de nulidad procesal de las investigadas

En desarrollo de la audiencia verbal a la que se refiere el artículo 155 del Decreto No. 19 de 2012, que se llevó a cabo el 21 de septiembre de 2012, las investigadas alegaron algunos vicios de procedimiento en la investigación, que podrían generar nulidades en el caso que se investigan. Posteriormente, mediante memorial radicado el 24 de septiembre de 2012, las investigadas reiteraron sus alegaciones en este sentido.

Cabe señalar que el escrito no contiene, en estricto sentido, una solicitud de nulidad por parte de las investigadas, por cuanto en él no existe ninguna solicitud a la Delegatura o a este Despacho. De hecho, el encabezado del memorial fue el siguiente:

"[...] por medio del presente memorial, presento mis alegatos de conclusión para efectos de que sean tenidos en cuenta al momento de resolver el presente proceso"⁹³.

Después de tal encabezado hay un único título denominado "NULIDADES PROCESALES", y al final del mismo, una vez se presentan los argumentos que a continuación se analizan, no hay un acápite de solicitud ni petición alguna, sino simplemente la firma del apoderado de las investigadas.

No obstante lo anterior, este Despacho dará aplicabilidad a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, que dispone lo siguiente:

"Artículo 21. Vicios y otras Irregularidades del proceso. Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3° del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.

Cuando se aleguen vicios u otras irregularidades del proceso, la autoridad podrá resolver sobre ellas en cualquier etapa del mismo, o en el mismo acto que ponga fin a la actuación administrativa".

Así, este Despacho considerará por presentadas las alegaciones sobre las nulidades procesales manifestadas por las investigadas en la audiencia verbal y en el memorial radicado posteriormente ante la Delegatura⁹⁴. En consecuencia, este Despacho procede a analizar los argumentos expuestos por las investigadas.

9.3.9.1. La facultad de vigilancia de las empresas de servicios públicos corresponde a la SSPD

Las investigadas manifestaron que la facultad de vigilancia de las empresas de servicios públicos y sus actividades corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos

⁹³ Folio 2194, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁹⁴ El Despacho da cuenta del error mecanográfico del memorial, y manifiesta su entendimiento respecto de que el verdadero escrito de alegato de conclusiones u observaciones al Informe Motivado, fue el radicado el 20 de noviembre de 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

Domiciliarios, y que la Superintendencia de Industria y Comercio no es la autoridad competente para investigar a las sociedades que son empresas de servicios públicos (ESP), ni para determinar la infracción de las resoluciones expedidas por la CREG por carecer de competencia para ello. Así, las investigadas alegan que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, la falta de competencia es causal de nulidad.

De otra parte, en criterio de las investigadas, la derogatoria de las normas que se estableció con la expedición de la Ley 1340 de 2009 no aplica respecto de las disposiciones de la Ley 142 de 1994. Así, debe entenderse vigente la competencia conferida mediante la Ley 142 de 1994 a la SSPD en materia de control y vigilancia del régimen de libre competencia, por cuanto la Ley 1340 de 2009 no derogó expresamente los artículos correspondientes de la Ley 142 de 1994 (artículo 79).

Al respecto, este Despacho manifiesta su acuerdo con las investigadas respecto de que la autoridad de vigilancia de las ESP es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. En efecto, entre sus funciones están las de vigilar y controlar lo siguiente:

"Que las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios cumplan con la Ley 142 de 1.994, con sus normas reglamentarias y las que expidan las Comisiones de Regulación. Que se cumplan los contratos de condiciones uniformes celebrados entre las empresas de servicios públicos y los usuarios. Que los subsidios se destinen a las personas de menores ingresos. Que las Empresas de Servicios Públicos cumplan con los indicadores de gestión señalados por las Comisiones de Regulación. Que las obras, equipos y procedimientos cumplan con los requisitos técnicos señalados por los Ministerios."⁹⁵

No obstante, la SSPD no tiene competencia para vigilar y sancionar a las ESP en torno a las normas sobre protección de la competencia, dado que a partir de la expedición de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio se considera como la autoridad nacional en materia de protección de competencia:

"ARTÍCULO 6°. AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal."

(...)

"ARTÍCULO 8°. AVISO A OTRAS AUTORIDADES. En la oportunidad prevista en el numeral 4 del artículo 10 de esta ley, o, tratándose de una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados. Estas últimas podrán, si así lo consideran, emitir su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación y sin perjuicio de la posibilidad de intervenir, de oficio o a solicitud de la Superintendencia

⁹⁵ <http://www.superservicios.gov.co/home/web/guest/funciones>. Consultada por última vez el 11 de febrero de 2013.

RESOLUCIÓN NÚMERO 52. - 4907 DE 2013 Hoja N°. 54

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

de Industria y Comercio, en cualquier momento de la respectiva actuación. Los conceptos emitidos por las referidas autoridades deberán darse en el marco de las disposiciones legales aplicables a las situaciones que se ventilan y no serán vinculantes para la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión.

Parágrafo. La Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves".

(...)

"ARTÍCULO 33. TRANSITORIO. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *Las autoridades de vigilancia y control a las que excepcionalmente la ley haya atribuido facultades específicas en materia de prácticas restrictivas de la competencia y/o control previo de integraciones empresariales, **continuarán ejerciendo tales facultades durante los seis (6) meses siguientes a la vigencia de esta ley, de conformidad con los incisos siguientes.***

Las investigaciones que al finalizar el término establecido en el inciso anterior se encuentren en curso en materia de prácticas restrictivas de la competencia continuarán siendo tramitadas por dichas autoridades. Las demás quejas e investigaciones preliminares en materia de prácticas restrictivas de la competencia deberán ser trasladadas a la Superintendencia de Industria y Comercio". (Subrayas fuera del texto original).

De los artículos citados se puede deducir que la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única de competencia en Colombia, y que debe conocer de todos los temas, aun cuando sobre algunos de ellos existan entidades particulares de control y vigilancia.

Respecto de la competencia de esta Superintendencia frente a los asuntos de protección de la competencia en servicios públicos domiciliarios, la Sala de Consulta y Servicio Civil se ha pronunciado varias veces, y ha señalado lo siguiente:

"La Ley 142 de 1994 estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios para la telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. En desarrollo de lo anterior, la misma ley determinó en el numeral 32 del artículo 79 que fuera la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la competente para conocer de las prácticas desleales efectuadas por los prestadores de servicios públicos, así:

"Artículo 79, numeral 32: Adelantar las investigaciones de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la ley 142 de 1994".

Sin embargo, el legislador en desarrollo del artículo 333 de la C.P., según el cual "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común (...) El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación", expidió la ley 1340 de 2009 cuya finalidad era dotar de competencias a la Superintendencia de Industria y Comercio, para que conociera de forma privativa y especializada de las prácticas comerciales restrictivas, de la promoción de la competencia y de las integraciones empresariales.

Así las cosas, la ley 1340 expedida el 24 de julio de 2009 en el artículo 6º señaló:
[...]

Adicionalmente, la ley 1340 de 2009 consagró un régimen de transición en los siguientes términos:
[...]

Es claro que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios perdió las funciones descritas en la ley 142 de 1994 para los servicios públicos anteriormente mencionados y las recibió la Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la entrada en vigencia de la ley 1341 de 2009. El artículo 79 de la ley 1341, sobre vigencia y derogatorias, dispuso: "La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación...". La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 47.957 de 30 de julio de 2009.

Quiere esto decir que a partir del 30 de julio de 2009 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dejó de ser competente para ejercer las funciones de que trata el artículo 79 numeral 32 de dicha ley frente a los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia y desde ese día la entidad competente para ejercerlas es la Superintendencia de Industria y Comercio."⁹⁸

De lo anterior queda claro que la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad de competencia nacional, y en particular respecto de los servicios públicos domiciliarios.

Esto también lo reitera la Corte Constitucional:

"2.2.1.3 Con el proyecto de ley que dio lugar a la aprobación de la Ley 1340 de 2009, se pretende dotar de competencias a la Superintendencia de Industria y Comercio para que conozca de forma privativa de las prácticas comerciales restrictiva—, de la promoción de la competencia y de la integraciones empresariales y así se pueda establecer en Colombia una entidad única y especializada que conozca de los asuntos sobre la libre competencia.

2.2.1.4 Con la aprobación definitiva de la Ley 1340 el 24 de julio de 2009 se concreta esta aspiración y en el artículo 6º titulado "Autoridad Nacional de protección de la competencia" se dispone que, "La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal" (Negrillas fuera del texto). Con esta Ley se logra centralizar en la SIC las funciones para garantizar la libre competencia que ejercían otras Superintendencia y entidades como las Comisiones de Regulación de Energía y Gas, CREG; de Telecomunicaciones, de Agua y

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 23 de febrero de 2012. CP: Dr. Enrique José Arboleda Perdomo.

Saneamiento Básico, que daban lugar a que se presentaran múltiples regulaciones y que se diera una falta de consistencia en la normatividad sobre la materia.⁹⁷

En consonancia con las normas y jurisprudencia citadas anteriormente, no queda duda de que la autoridad de competencia en materia de servicios públicos domiciliarios es la Superintendencia de Industria y Comercio, desde la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, y demás normas concordantes.

9.3.9.2. La vigilancia de las normas regulatorias de la CREG es de la SSPD

Las investigadas también alegaron que, de acuerdo con el Decreto 2153 de 1992, la SIC es la entidad encargada de vigilar el cumplimiento de las normas de **protección de la competencia** y que las normas regulatorias que expide la CREG en materia de competencia son para la **promoción de la competencia** en los mercados de servicios públicos y no para la protección de la misma. Así, consideran que la vigilancia de las normas regulatorias que expide la CREG le compete a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no a la SIC.

Sobre este punto, las investigadas concluyeron que la SIC no puede pronunciarse sobre la forma como deben entenderse las disposiciones expedidas por la CREG.

Este Despacho coincide con las afirmaciones de las investigadas, en cuanto a que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene la competencia para vigilar el cumplimiento de las normas regulatorias que expide la CREG, sino que dicha vigilancia recae en la SSPD. Cabe resaltar que en la presente investigación se estudian los temas relacionados con la violación a las normas de protección de la competencia derivadas de las conductas desplegadas por GDO durante el periodo de abril a agosto de 2011, como se ha analizado más arriba.

El objeto de la investigación no ha sido determinar si GDO ha cumplido o incumplido lo dispuesto en la regulación vigente de la CREG y así lo manifestó de manera contundente la Delegatura en el Informe Motivado:

"Más allá del incumplimiento de la regulación, la Delegatura procederá a realizar un análisis económico de los requisitos, evaluará el potencial obstructivo y determinará si esto ha implicado una violación de las normas sobre libre competencia, Vale la pena recalcar que se analizará cada uno de los requisitos, desde el punto de vista de la libre competencia y no desde la regulación técnica, es decir se analizará si la conducta realizada por GASES DE OCCIDENTE obstruye el acceso al mercado conexo. En relación con la regulación, esta es importante solamente para determinar si GASES DE OCCIDENTE estaba habilitado normativamente para hacer algunas de las exigencias, caso en el cual, no procedería el análisis de competencia (el cual se debería surtir en las etapas de formulación de la regulación).

(...)

En consecuencia, esta Superintendencia no sanciona el incumplimiento de una regulación sectorial, sino las conductas restrictivas de la competencia que no atienden al cumplimiento de una norma⁹⁸.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-537 de 2010. MP: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

⁹⁸ Folios 2222 a 2223, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

De lo anterior se concluye que la presente investigación se ha limitado a determinar si las investigadas incurrieron en conductas contrarias a la competencia, a la luz de las normas de protección de la competencia, pero en ningún momento ha pretendido pronunciarse sobre el cumplimiento de las normas regulatorias de la CREG por parte de GDO, ni sobre la idoneidad de la regulación aplicable al servicio público de gas natural de la CREG, puesto que esto está fuera de las competencias que la Ley le ha otorgado a la Superintendencia de Industria y Comercio.

9.3.9.3. Conclusión

Con base en el análisis precedente, este Despacho concluye que las alegaciones de nulidad hechas por las investigadas carecen de fundamento, y en consecuencia no están llamadas a prosperar, como se determinará en la parte resolutive de la presente Resolución.

9.3.10. Responsabilidad del señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO como persona natural investigada en su calidad de gerente de GASES DE OCCIDENTE

De conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para "*Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio*".

Como se ha reiterado en casos anteriores, este Despacho considera que la responsabilidad personal a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 es subsidiaria a la responsabilidad de la empresa que representa. Es decir que sólo en el caso en el que se encuentre responsable a la empresa a quien la persona natural representa, se le puede endilgar responsabilidad. En el presente caso se demostró que GDO incurrió en algunas de las conductas endilgadas en la Resolución de Apertura, por lo cual procederá a sancionarla.

Ahora, respecto de la responsabilidad endilgada al señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO, persona natural investigada en su calidad de gerente de GDO, durante la investigación se pudo comprobar que no tuvo conocimiento de los hechos que se endilgan a la empresa que representa, por la forma en la que funciona la gerencia general. En interrogatorio practicado durante la investigación, el señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO manifestó lo siguiente:

"PREGUNTA: *¿Podría relacionarnos un poco su experiencia profesional?*

RESPUESTA: *Soy ingeniero industrial, trabajé durante 22 años en Gases del Caribe en Barranquilla como gerente financiero, y ocupó el cargo de gerente desde octubre del 2010, gerente general de GASES DE OCCIDENTE en Cali."*

(...)

PREGUNTA: *¿Podría relacionamos las funciones de la gerencia general?*

RESPUESTA: *Es la administración de todas las áreas de la compañía, fijar las estrategias, las políticas, velar por que se cumplan y velar por que la empresa cumpla con los objetivos de los accionistas, el objeto social de la compañía.*

PREGUNTA: *¿Conoce usted los requisitos para otorgar el registro a firmas instaladoras, que establece la Regulación CREG 108 de 1997?*

RESPUESTA: *Los requisitos todos no los conozco. Sé que existen unos requisitos pero no los conozco.*

PREGUNTA: *¿Conoce el registro que establece la Regulación CREG 108 de 1997?*

RESPUESTA: *En detalle no lo conozco. Sé que existe pero no lo conozco.*

(...)

PREGUNTA: *¿Usted participó en la formulación de dichas exigencias?*

RESPUESTA: *No. No participé en la formulación.*

PREGUNTA: *Si no participó, ¿le fueron puestas de presente en algún momento?*

RESPUESTA: *No. Realmente revisamos, a nivel de gerencia revisamos las políticas y los objetivos de las medidas que se tomen. Pero ya el área encargada, que son los que conocen en detalle toda la normatividad, ellos son los encargados de poner los requisitos.*

(...)

PREGUNTA: *¿Durante el tiempo durante el cual se exigieron dichos requisitos, del cual usted ya ha mencionado, tuvo usted conocimiento (...) que estaban haciendo esas exigencias?*

RESPUESTA: *Yo supe en un momento dado que no estábamos pidiendo ningún registro a los contratistas para registrarse, a los contratistas o constructores de internas, que no estábamos pidiendo ningún registro. Y supe que la norma exigía que los contratistas se registraran, entonces que íbamos a poner la norma, (...) porque decían que debían registrarse en la empresa. Que eso estaba en una regulación de la CREG, entonces supe que se iba a hacer en su momento. La idea era cumplir con las normas, además de que había una serie de problemas, relacionados con constructores de internas independientes.*

PREGUNTA: *¿Tuvo usted conocimiento de la aplicación de dichos requisitos una vez puesto en funcionamiento el registro?*

RESPUESTA: *No. En su momento exactamente no. Ahora a raíz de la investigación y de la declaratoria, pues me reuní con las personas encargadas que conocen el detalle, y en ese momento pues ya supe que básicamente se hicieron (sic) un registro para que estos constructores se registraran."⁹⁹*

⁹⁹ Interrogatorio practicado el 16 de agosto de 2012. Cuaderno Público No. 7 del Expediente, CD obrante a folio 2181. Minutos 2 a 12.

Del interrogatorio practicado, y de las demás pruebas que obran en el expediente, no se pudo comprobar que el señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO haya tenido conocimiento de los hechos.

Así también lo resaltaron las investigadas en su escrito de observaciones al Informe Motivado.

En consecuencia, este Despacho concluye que el señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO no autorizó, ejecutó ni toleró conductas violatorias de las normas de protección de la competencia, relacionadas con los hechos que se investigan en el presente caso, y por tanto no le impondrá sanción alguna por los cargos imputados en la Resolución de Apertura.

9.3.10.1. Aplicabilidad del artículo 200 del Código de Comercio

En el Informe Motivado, la Delegatura señaló lo siguiente:

"Durante la investigación, la Delegatura no encontró prueba que vinculara al Gerente General con la realización de la conducta, pero tampoco prueba de oposición, diligencia o fuerza mayor.

En este sentido, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 establece:

'DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES: Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

*En el cumplimiento de su función los administradores deberán:
(...)*

2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias...'

Teniendo en cuenta los deberes de diligencia que conlleva la representación legal de una sociedad, la Delegatura considera que al Despacho le corresponde determinar la aplicabilidad del artículo 200 del Código de Comercio, que establece:

*'En todos los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.'*¹⁰⁰
(Resaltado fuera del texto original).

Al respecto, este Despacho considera que dado que no se ha encontrado responsabilidad del señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO por las razones que se señalaron más arriba. Por tanto, se considera que el artículo 200 del Código de Comercio antes citado no tiene aplicabilidad en este caso.

¹⁰⁰ Informe Motivado, pp. 30-31. Folios 2230 a 2231, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

9.3.11. Dosificación de la sanción

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias 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, por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas de competencia, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"¹⁰¹.

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.

En el caso concreto, se ha establecido que GDO, al publicar y exigir tanto los requisitos para el registro de instaladores en su página web como para la construcción de redes internas de manera que pudiera expedir el respectivo certificado de conformidad durante los meses de abril a agosto de 2011, 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

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

- - - 4 9 0 7
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 61

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

acceso al mercado de instalación de redes internas de gas natural en el mercado geográfico definido.

Sin embargo, también se estableció que GDO no incurrió en la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, puesto que no se probó que GDO, directamente o a través del organismo de inspección con el que tiene convenio, estuviera cobrando la evaluación de conformidad por fuera del cargo de conexión.

Quedó demostrado que GDO ostenta posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural, y que con los requisitos adicionales impuestos para el registro de los instaladores de redes internas y la aprobación de las redes instaladas por ellos, abusó de dicha posición de dominio para conservar y/o fortalecer su participación, directa o indirecta, en el mercado de instalación de redes internas de gas natural.

Adicionalmente, es importante resaltar que el presente caso reviste una especial importancia si se tiene en cuenta que GDO es una empresa de servicios públicos que atiende a los usuarios del servicio público domiciliario de gas natural, 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) los requisitos para el registro de instaladores y la aprobación de sus instalaciones, que motivaron la apertura de la investigación que nos ocupa, estuvieron vigentes durante un periodo de cuatro meses, después del cual GDO los ajustó; (iii) GDO 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.

Con base en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra procedente imponer a GDO la multa de MIL TRESCIENTOS ONCE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 1.311.657.500,00), equivalente a dos mil doscientos veinticinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.225 SMMLV), y que corresponde al 2,23% de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: NO TENER en cuenta como pruebas los documentos anexados por las investigadas al escrito de Observaciones al Informe Motivado.

ARTÍCULO SEGUNDO: NEGAR las solicitudes de nulidad presentadas por las investigadas.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., con NIT 800167643-5, no contravino lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

RESOLUCIÓN NÚMERO 4907 DE 2013 Hoja N°. 62

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR que GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., con NIT 800167643-5, contravino lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

ARTÍCULO QUINTO: IMPONER una sanción pecuniaria a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., con NIT 800167643-5, por la suma de MIL TRESCIENTOS ONCE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 1.311.657.500,00), equivalente a dos mil doscientos veinticinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.225 SMMLV).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente Resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SEXTO: DECLARAR que el señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑEREZ ABELLO en su calidad de gerente general de GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., no toleró, ejecutó, autorizó o colaboró con las conductas endilgadas a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. y, por tanto, no incurrió en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO SÉPTIMO: ORDENAR a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que, ejecutoriada la presente decisión, realice la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. informa que:

Mediante Resolución 4907 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., por haber infringido lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 al abusar de su posición dominante en el mercado de distribución y comercialización de gas natural. Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

Dentro de los cinco (5) días siguientes a la publicación, deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia.

ARTÍCULO OCTAVO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., y al señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES

RESOLUCIÓN NÚMERO 4907 DE 2013 Hoja N°. 63

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN PÚBLICA

ABELLO, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

ARTÍCULO NOVENO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **18 FEB 2013**


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

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

NOTIFICACIONES:

GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.
ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO
Apoderado
Doctor
ANDRÉS JARAMILLO HOYOS
C.C. 7.562.626
T.P. No. 75.015 del CSJ
Calle 72 # 6 – 30 Piso 12
Teléfono: 3122900
Bogotá, D.C.