



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

RESOLUCIÓN NÚMERO - - - - - 4 4 4 DE 2013 17 ENE 2013

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

Por la cual se ordena el cierre de una investigación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009
y en los Decretos 2153 de 1992, 4886 de 2011¹ y 019 de 2012 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 36446 del 30 de junio de 2011² (en adelante, "resolución de apertura"), el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante, "Delegado") ordenó abrir investigación en contra de GAS NATURAL S.A. E.S.P. (en adelante, "GAS NATURAL" o "investigada") a fin de determinar si actuó en contravención de lo dispuesto en los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que señalan:

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

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. [...]

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. [...]"

De igual manera, se abrió investigación en contra de la señora MARIA EUGENIA CORONADO ORJUELA, en su calidad de representante legal de GAS NATURAL y como persona natural (junto con GAS NATURAL, "investigadas"), para determinar si incurrió en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, subrogado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

La actuación administrativa contra GAS NATURAL se inició a raíz de la queja presentada el 3 de enero de 2010³ por la sociedad SIGMA LTDA., a través de su gerente, el señor JAIME VEGA MORA.

La resolución de apertura se fundamentó en que GAS NATURAL, como empresa de servicios públicos domiciliarios dedicada a las actividades de distribución y comercialización de gas natural, presuntamente habría incurrido en prácticas restrictivas de la competencia por abusar de su posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural, al negar el acceso de algunos organismos de inspección (terceras empresas) al mercado conexo de inspección periódica de redes internas de gas natural.

¹ Mediante el cual se derogan los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

² Cuaderno Público No. 14 Folios 5960 a 5974.

³ Cuaderno Público No. 1 Folios 210 a 231.

AK

RESOLUCIÓN NÚMERO 1117 DE 2013 Hoja N°. 2

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

En particular, la Delegatura fundamentó su apertura en las siguientes conductas de GAS NATURAL:

- Negarse a incorporar dentro de su operación de distribución y comercialización de gas natural los servicios de empresas acreditadas para realizar la inspección y certificación de redes internas de gas natural, de tal forma que pudieran ejecutar las inspecciones periódicas⁴ ordenadas por el numeral 5.23 de la Resolución CREG No. 067 de 1995⁵. Dicha conducta presuntamente afectaría el mercado de las inspecciones de las instalaciones de gas.
- Abstenerse de contratar los servicios de revisión periódica de ciertos organismos acreditados, cuando éstos fueran escogidos por un usuario final para una revisión de redes internas, haciendo uso de su posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural.
- No permitir el desempeño empresarial de dichos organismos de revisión, al restringir su ingreso al mercado de la inspección, verificación y certificación de instalaciones de gas.

Con la documentación allegada al expediente durante la averiguación preliminar, el Delegado consideró que existía mérito suficiente para abrir investigación por presuntas conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, complementado por la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 019 de 2012.

SEGUNDO: Que una vez notificada la resolución de apertura a las investigadas y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 7861 del 23 de febrero de 2012⁶, y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Delegado decretó las pruebas solicitadas por las investigadas que consideró conducentes y pertinentes; así mismo, ordenó de oficio la práctica de otras.

TERCERO: Que mediante escrito radicado el 14 de marzo de 2012⁷, las investigadas interpusieron recurso de reposición contra la Resolución No. 7861 del 23 de febrero de 2012, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 29676 del 11 de mayo de 2012⁸.

CUARTO: Que mediante Resolución No. 32157 del 28 de mayo de 2012⁹ se ordenó la reprogramación de unas diligencias testimoniales.

⁴ Las revisiones periódicas a las que se refiere el artículo 9 de la Resolución CREG No. 059 de 2012 se conocen también como "inspecciones quinquenales", "inspecciones periódicas" o "revisiones técnicas reglamentarias - RTR". En la presente resolución estos términos se consideran sinónimos.

⁵ Resolución CREG No. 067 de 1995, por la cual se establece el Código de Distribución de Gas Combustible por Redes.

⁶ Cuaderno Público No. 14 Folios 6474-6486.

⁷ Escrito radicado bajo el número 09-141786-00331-0002. Cuaderno Público No. 15 Folios 6528-6535.

⁸ Cuaderno Público No. 16 Folios 6709-6719.

⁹ Cuaderno Público No. 16 Folios 6729-6731.

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 3

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

QUINTO: Que mediante Resolución No. 45302 del 31 de julio de 2012 se reprogramaron las diligencias que no se pudieron realizar en las fechas anteriormente programadas.

SEXTO: Que el 17 de agosto de 2012 se llevó a cabo la audiencia verbal de descargos en la que las investigadas expusieron sus argumentos y las bases de su defensa¹⁰.

SÉPTIMO: Que el 30 de agosto de 2012, una vez culminó la etapa probatoria, el Delegado presentó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante "Superintendente") el informe motivado con el resultado de la etapa de instrucción¹¹ (en adelante "Informe Motivado"). En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992¹², se dio traslado del mencionado informe a las investigadas, cuyos principales aspectos se resumen a continuación:

7.1. HECHOS PROBADOS

El Informe Motivado inició con un resumen de los hechos probados a lo largo de la investigación, que fueron los siguientes: (i) la actividad de distribución de gas natural se considera como un monopolio natural en el respectivo mercado relevante; (ii) el Código de Distribución de Gas (Resolución CREG No. 067 de 1995) establece que se debe realizar una revisión de las instalaciones de gas a intervalos no superiores a 5 años; (iii) los organismos de inspección requieren de una acreditación a efectos de realizar la revisión de las instalaciones de gas; (iv) una distribuidora de gas natural se puede acreditar, a su vez, como organismo de inspección de instalaciones de gas ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (en adelante "ONAC") y anteriormente ante esta Superintendencia; y (v) la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante "CREG") profirió la Resolución No. 059 del 25 de junio de 2012, a través de la cual modificó el numeral 5.23 del anexo general de la Resolución CREG No. 067 de 1995, que regula, entre otras, la revisión de instalaciones internas de gas natural.

7.2. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El Informe Motivado definió la posición de dominio como aquella que ejerce una empresa cuando está en capacidad de modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable relevante para modificar el equilibrio de mercado, siempre y cuando pueda mantener su decisión y la modificación de las condiciones del mercado durante un período significativo, y durante el cual la reacción de sus competidores efectivos y/o potenciales, o de los consumidores, no sea suficiente para disuadir a dicho agente de la realización de tal conducta.

Señaló que una empresa puede abusar de su posición de dominio en diferentes escenarios: (i) cuando la conducta abusiva se efectúa íntegramente en el mismo mercado

¹⁰ Cuaderno Público No. 16. CD obrante a folio 7069.

¹¹ Mediante memorando con radicado 09-141786-397-2 del 30 de agosto de 2012, obrante en el Cuaderno Público No. 16, folios 7096 a 7155 7157 y CD obrante a folio 7159.

¹² Modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.

22

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

Frente a este último escenario, puntualizó que los elementos que determinan una situación de abuso para reforzar posición de dominio o incrementar el poder de mercado en el mercado conexo son: (i) la existencia de un mercado determinado, en el cual un agente tenga posición de dominio; (ii) la existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y 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.

7.3. CADENA DEL GAS NATURAL

El Informe Motivado hizo una descripción detallada de la composición y funcionamiento de la cadena del gas natural en Colombia, los principales usos del producto y, adicionalmente, expuso las cifras de volúmenes de gas consumidos y número de usuarios de gas natural en el país.

En relación con GAS NATURAL, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, “la Delegatura”) concluyó que, desde 2006 a la fecha, el 98% de sus usuarios son residenciales y sólo el 2% no residenciales. Dado que GAS NATURAL 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 Energía¹³.

7.4. MERCADOS COMPLEMENTARIOS

La Delegatura analizó los mercados complementarios a los de distribución y comercialización de gas natural, y en particular mencionó el de la revisión periódica de redes internas, que constituye el objeto de estudio de la presente investigación.

Puntualizó que para las revisiones periódicas no se requiere de la infraestructura de una red de distribución sino de un recurso humano capacitado así como de implementos técnicos y materiales para desarrollarlo, y que dicha actividad se puede hacer directamente por la distribuidora o a través de organismos de inspección debidamente acreditados ante la SIC o la ONAC, los cuales listó en una tabla¹⁴. Concluyó así, que el distribuidor tenía la potestad de seleccionar el organismo de inspección que realizaría la actividad de revisión quinquenal de redes.

¹³ “Artículo 2. 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 competida, conforme con lo establecido en el artículo 3° del presente Decreto”.

¹⁴ Ver Tabla No. 4 del Informe Motivado. Cuaderno Público No. 16 Folio 7111.

7.5. EXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO DE GAS NATURAL

El Informe Motivado analizó la existencia de posición de dominio de GAS NATURAL en el mercado de distribución de gas natural. Analizó su cuota de participación en el mercado entre 2008 y 2011, y encontró que durante ese periodo la investigada atendió el 37% de los consumidores nacionales, y que es la única empresa que distribuye gas en Bogotá (con el 100% del mercado), por tratarse de un monopolio natural.

Teniendo en cuenta que para la época de los hechos investigados cualquier distribuidor de gas natural podía acreditarse para realizar las revisiones quinquenales de redes, o podía contratar a organismos externos acreditados, éstos últimos concurrían a dicho mercado en la medida en que el distribuidor (en este caso GAS NATURAL) decidiera tercerizar el servicio en mención. Así, el quejoso, SIGMA LTDA., al ser una empresa que interviene en el mercado conexo de la inspección de redes internas de gas, encontraba que su actividad económica estaba supeditada a los procesos de contratación que realizaban las empresas de distribución de gas natural de Bogotá, pues allí desarrollaba el 95% de sus servicios.

7.6. MERCADO AFECTADO

La Delegatura consideró que el mercado afectado es la prestación del servicio de revisión quinquenal de instalaciones de gas en Bogotá.

En consecuencia, el informe analiza si GAS NATURAL abusó de la posición de dominio que tiene en el mercado de distribución de gas natural en la ciudad de Bogotá con el fin de ganar poder de mercado en la revisión quinquenal de instalaciones de gas natural.

7.7. CONSIDERACIONES RELACIONADAS CON LA REVISIÓN QUINQUENAL

El Informe Motivado analizó el marco regulatorio de las revisiones quinquenales, y en particular los siguientes aspectos:

7.7.1. Entidades intervinientes

La Delegatura describió el origen y las funciones de las entidades que intervienen en la reglamentación de la revisión quinquenal de redes de gas natural: CREG, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, ONAC, y Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD.

7.7.2. Obligación de seguridad del distribuidor de gas natural

El Informe Motivado señaló las obligaciones que trae la Resolución CREG No. 067 de 1995, respecto de las responsabilidades del distribuidor (en este caso GAS NATURAL) sobre el cumplimiento de las normas de seguridad de las redes.

También señaló que antes de la modificación del numeral 5.23 de la mencionada resolución CREG, el cual estaba vigente para el momento de los hechos investigados, **era responsabilidad expresa y exclusiva del distribuidor la inspección quinquenal de las instalaciones internas de gas natural, aunque su costo corriera por cuenta del usuario.**

7.7.3. Libertad respecto de quién realizaba la revisión periódica de las instalaciones de gas

La Delegatura puntualizó que la regulación vigente para la época de los hechos investigados permitía que la empresa distribuidora de gas natural realizara directamente la revisión quinquenal de las instalaciones de gas en su condición de organismo de inspección acreditado ante la SIC, o que la empresa distribuidora escogiera a un tercero igualmente acreditado para el efecto.

7.8. PROCESOS DE SELECCIÓN ADELANTADOS POR GAS NATURAL

Al respecto, la Delegatura empezó por aclarar que, en términos generales, los procesos de selección adelantados por GAS NATURAL para escoger la empresa que realizaría la revisión periódica de instalaciones de gas natural, consistían en invitaciones dirigidas a un número plural de oferentes que cumplieran con unos requisitos mínimos previamente analizados por GAS NATURAL, tales como la acreditación y capacidad operativa del organismo de inspección. Dichos procesos se realizaban con una periodicidad de uno o dos años.

Frente al proceso de selección No. 10150230-EGC-0091-2008, adelantando en el año 2008, en el que SIGMA LTDA. participó pero no resultó adjudicataria, el Informe Motivado listó las empresas que fueron convocadas, de las cuales 9 presentaron propuesta a GAS NATURAL. También señaló cuáles habían sido los requisitos técnicos, de experiencia y de desempeño exigidos; cuáles eran habilitantes, y cuáles otorgaban puntaje dentro del proceso de selección adelantado. También se analizaron en detalle los criterios de evaluación de las ofertas económicas.

La Delegatura resaltó que SIGMA LTDA. ha sido invitada a participar en los concursos de GAS NATURAL en oportunidades anteriores, por lo cual la Delegatura descartó la hipótesis de exclusión en la recepción de ofertas por parte de la investigada. Adicionalmente, destacó que inclusive empresas acreditadas que no tuvieran experiencia específica con empresas del grupo al que pertenece GAS NATURAL, han sido invitadas a participar en sus concursos.

El Informe Motivado prosiguió en el análisis detallado de los puntajes asignados a SIGMA LTDA. en el concurso antes referido, demostrando que en algunos de los criterios obtuvo puntajes altos, mientras que en otros tuvo puntajes medios o bajos. Destacó en particular el puntaje del criterio de calificación "trabajos previos", que resultó ser negativo en el caso de SIGMA LTDA. y lo llevó a obtener el puntaje total más bajo frente a las demás empresas concursantes.

La Delegatura señaló que:

42

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 7

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

"En relación con la calificación que obtuvo la sociedad SIGMA LTDA. en el ítem correspondiente a "trabajos previos" con el grupo GAS NATURAL indicó lo siguiente¹⁵:

'Despacho. Preguntado: Doctor, usted tiene conocimiento si de pronto la empresa SIGMA LTDA. tuvo algún tipo de inconvenientes, o recuerda usted si alguno de estos resultados fue desfavorable para SIGMA, en cuanto al control de calidad posterior que les realizan dentro del proceso de certificación?¹⁶

Contestó: [...] a raíz de la pérdida de la acreditación ese tema genera una calificación, nos generó un problema de falta de confianza, el contratista debió darnos aviso en el momento en que perdió la acreditación, haber dicho señores perdí la acreditación, no puedo ejecutar más inspecciones hasta tanto no solvente yo mi situación, la aclare o encuentre yo alguna solución, no lo hizo, lo hizo ya cuando se vio abocado porque venía ejecutando actividad sin acreditación durante 8 días antes, creo que eran 8 o 10 días si mal no recuerdo. Entonces eso hace que se pierda la confianza en un contratista, y obviamente ese reporte se dio al área de compras y área jurídica de la compañía. [Se destaca]

Encuentra esta Delegatura que el puntaje asignado a la sociedad SIGMA LTDA. en la evaluación técnica del ítem 7, se relaciona con los inconvenientes que la misma presentó en su calidad de contratista de GAS NATURAL en anteriores oportunidades. Pues si bien, le fue suspendida la acreditación a dicho organismo el 21 de abril de 2008, fue hasta el 29 de abril de 2008 que informó a GAS NATURAL sobre dicha suspensión,¹⁷ y durante estos ocho días continuó realizando visitas de inspección."¹⁸

Así, la Delegatura concluyó con base en el acervo probatorio, que no evidenció, en el marco del concurso objeto de análisis, que GAS NATURAL hubiera discriminado a la quejosa o hubiera intentado obstruir su entrada a competir en el concurso. Por el contrario, SIGMA LTDA. fue invitada a participar, pero su desempeño en la evaluación de "trabajos previos" con GAS NATURAL le impidió objetivamente continuar participando en la evaluación económica.

También concluyó que, de acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente, no se encontró ningún tipo de práctica tendiente a restringir la competencia ejecutada por GAS NATURAL en contra de SIGMA LTDA., en el marco de las convocatorias realizadas con el

¹⁵ Diligencia de testimonio llevada a cabo en día 28 de marzo de 2012 al señor Jorge Meza Rivero en su calidad de responsable de operaciones de RTR de GAS NATURAL. Cuaderno Público No. 15 Folio 6564.

¹⁶ Minuto 25:56.

¹⁷ En diligencia de testimonio del día 3 de agosto de 2012, el señor Gerardo Rueda en su calidad de Ex-Director de Comercial de GAS NATURAL, indicó la fecha en que SIGMA LTDA le informó a GAS NATURAL sobre la suspensión de la acreditación así:

"Despacho. Preguntado: ¿Esa fue la fecha exacta en la que le comunicó a Gas Natural que había perdido la acreditación?

Contestó: El 29 de abril del 2008, envié una carta informándonos que había perdido la acreditación, carta que fue radicada el 30 de abril en la oficina de Gas Natural." Cuaderno Público N° 16, folio 7064, minuto 7:38

¹⁸ Informe Motivado. Cuaderno Público No. 16 Folios 7141 – 7142.

RESOLUCIÓN NÚMERO 059 - 444 DE 2013 Hoja N°. 8

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

objeto de escoger una compañía que llevara a cabo las actividades de revisión técnica reglamentaria de instalaciones internas de gas natural.

Finalmente, el Informe Motivado concluyó que en términos de asignación de procesos, GAS NATURAL utiliza un criterio coherente en relación con la capacidad técnica y operativa del organismo de inspección que resulte ganador, y en tal sentido no se encontró evidencia que pudiese indicar que GAS NATURAL hubiera manipulado los procesos de selección con el fin de impedir el acceso de la quejosa al mercado de inspección de redes internas en la ciudad de Bogotá.

7.9. MODIFICACIÓN A LA RESOLUCIÓN CREG No. 067 DE 1995

En el Informe Motivado se presentó un análisis detallado respecto de las reformas que trajo la expedición de la Resolución CREG No. 059 de 2012.

La Delegatura elaboró una tabla que compara el numeral 5.23 de la Resolución CREG No. 067 de 1995, antes y después de la modificación de la Resolución CREG No. 059 de 2012.

Para el caso objeto de estudio, la modificación más significativa es la del artículo 9, que traslada la obligación de la revisión de las instalaciones de gas natural del distribuidor de gas natural al usuario de la red, y de esta manera busca abrir la competencia a los organismos acreditados de inspección, que el usuario podrá elegir libremente. No obstante, el distribuidor de gas es el responsable de verificar el cumplimiento de la obligación del usuario.

7.10. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Respecto de la investigación, la Delegatura manifestó lo siguiente:

"En conclusión, con fundamento en el análisis que se ha efectuado a lo largo del informe motivado, esto es, acorde con el marco de regulación y reglamentación técnica anterior a la Resolución CREG 059 de 2012 y que de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente no se evidenció una práctica restrictiva de la competencia; a que de conformidad con la información sobre los concursos para seleccionar los participantes que realizaban la revisión de las instalaciones de gas no se encontró alguna situación anormal y, en atención a que SIGMA realizó revisiones mientras tenía suspendida la acreditación, esta Delegatura considera que bajo las anteriores circunstancias GAS NATURAL habría actuado bajo una negativa justificada a contratar como se aprecia:

"La negativa a contratar es, en principio una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor o con un cliente.

En principio, la ley deja libertad a las empresas individuales a negarse a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por intención apoyar alguna restricción considerada ilegal o constituya un intento para monopolizar el

42

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 9

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

*mercado. Sin embargo existen casos en los que la práctica es comprensible y refleja condiciones de mercado*¹⁹.

*En conclusión, del material obrante en el expediente, la Delegatura no encontró que GAS NATURAL ejerciera las conductas establecidas en los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992*²⁰.

La Delegatura recomendó no sancionar a GAS NATURAL, teniendo en cuenta los hallazgos de la investigación.

Asimismo, recomendó no sancionar a la señora MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA, por no haber incurrido en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

OCTAVO: Que estando dentro del término legal, las investigadas se pronunciaron sobre el Informe Motivado en los siguientes términos:

Dividieron sus conclusiones sobre los resultados de la investigación en 3 capítulos: en el primero, manifestaron su conformidad con las conclusiones presentadas por el Delegado en el Informe Motivado; en el segundo expusieron argumentos adicionales que refuerzan la conclusión sobre la inocencia de los investigados; y en el tercero se refirieron a la absoluta inocencia de la señora María Eugenia Coronado Orjuela, tal y como se resume a continuación.

8.1. VALORACIÓN DEL ANÁLISIS DE LA DELEGATURA

No obstante estar de acuerdo con las conclusiones a las que se llegó en el Informe Motivado, las investigadas hicieron hincapié en los siguientes elementos para soportar aún más las conclusiones presentadas.

En primer lugar, reconocieron que la Delegatura ha tenido un entendimiento uniforme y consistente sobre la Resolución CREG No. 067 de 1995, marco normativo previsto para la época de los hechos. En particular, destacaron el análisis de la Delegatura respecto de la responsabilidad exclusiva del distribuidor para efectuar las revisiones, directamente o con el tercero a quien libremente decidiera contratar, por lo cual es claro que una empresa que procediera en tal sentido estaría cumpliendo con la ley y la regulación vigente para ese momento.

De otra parte, señalaron que, de acuerdo con los aspectos que la Delegatura tuvo en cuenta para concluir que no se evidenció una práctica restrictiva de la competencia, y conforme al apego al marco legal, al diseño de los procesos de contratación, y a la conducta que tuvo GAS NATURAL en el concurso No. 10150230-EGC-0091-2008, la conducta por la cual se inició este procedimiento administrativo no genera ninguna preocupación para el régimen de competencia.

¹⁹ Ver www.worldcat.org. Pinkas Flint. *Tratado de defensa de la libre competencia*. Estudio Exegético de D.L. 701. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002. Página 1147.

²⁰ Informe Motivado. Cuaderno Público No. 16 Folios 7154 – 7155.

RESOLUCIÓN NÚMERO - - - 4 4 4 DE 2013 Hoja N°. 10

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

En tercer lugar, para las investigadas, las conclusiones a las que llegó la Delegatura *"evidencian de forma clara que la investigada invitó a Sigma a los procesos de contratación; que Sigma participó bajo las mismas exigencias técnicas y económicas (de los términos de referencia); que Sigma fue evaluada objetivamente en cada una de sus ofertas; que Sigma fue adjudicataria de contratos de Gas Natural cuando resultó "ganadora" en los procesos de selección; y en todo caso que fue tratada objetivamente por parte de Gas Natural S.A. ESP."*

Finalmente, manifestaron respecto de la modificación de la Resolución CREG No. 067 de 1995 a través de la expedición de la Resolución CREG No. 059 de 2012, que a partir del cuadro comparativo de la regulación que realizó la Delegatura, se desprende que GAS NATURAL estaba actuando conforme a Derecho para la época de los hechos investigados.

8.2. ELEMENTOS DE JUICIO ADICIONALES

8.2.1. No se probó que Gas Natural S.A. E.S.P. tenga posición de dominio

Las investigadas manifestaron que, con base en la definición de posición dominante señalada en la resolución de apertura y en el Informe Motivado, no se probó que GAS NATURAL tuviese posición de dominio. En particular, señalaron que la determinación de la posición de dominio, en consonancia con lo establecido por esta Superintendencia, dependerá de: (i) la definición del mercado relevante; y (ii) la prueba concreta sobre todos los elementos fácticos que se exigen por esta Entidad para demostrar la existencia de posición dominante.

8.2.1.1. *Mercado relevante*

Las investigadas manifestaron que difieren de la definición de mercado relevante realizada por la Delegatura, que resulta de suma importancia para definir con posterioridad si existe o no posición dominante.

Respecto de la definición del mercado de producto, afirmaron, a diferencia de lo señalado por la Delegatura, que éste no corresponde únicamente al gas natural. Teniendo en cuenta pronunciamientos previos de esta Superintendencia sobre la definición del mercado relevante, argumentaron que existen pruebas suficientes en el expediente que permiten concluir que no es acertado definir el mercado de producto como gas natural.

Señalaron que se han realizado *"varios estudios especializados en los que –por sectores– se ha determinado cuáles fuentes energéticas son sustitutos del gas natural"*. Específicamente, indicaron, a la luz de un análisis económico efectuado por la Unidad de Planeación Minero Energética – UPME²¹, que es claro que existe una competencia entre las distintas fuentes energéticas, y que en ninguno de los segmentos analizados el mercado es en sí mismo el gas natural.

Afirmaron que el análisis de sustituibilidad y de elasticidad cruzada en cada uno de los segmentos (residencial, comercial, público, industrial, y transporte) es indispensable, toda vez que el gas natural ha sido y es un producto que tiene y tendrá una mayor o menor

²¹ Unidad de Planeación Minero Energética. *La Cadena del Gas Natural en Colombia*, pp. 110 y ss.

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 11

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

sustituibilidad frente a otras fuentes energéticas dependiendo del segmento de mercado que se analice. Citaron como ejemplo la sustituibilidad que se ha dado en el sector residencial, en el que consumidores de gas licuado de petróleo (GLP) y energía eléctrica se desplazaron hacia el mercado del gas natural para utilizarlo como insumo para cocinar y calentar agua. También mencionaron, entre otros, un ejemplo de la preferencia del gas natural frente a otros energéticos en el sector comercial.

Así, concluyeron que el gas natural sí cuenta con sustitutos (como GLP, energía eléctrica, carbón, entre otros), los cuales pueden ser más atractivos dependiendo del sector que se analice, razón por la que no puede limitarse el análisis de al mercado de producto gas.

Ahora bien, en cuanto al mercado geográfico, las investigadas manifestaron no estar de acuerdo con la definición de la Delegatura que establece que éste corresponde al área de la ciudad de Bogotá D.C. En su concepto, no hay razones para limitar así el mercado geográfico porque (i) no es la única zona donde GAS NATURAL ofrece sus servicios; y (ii) tampoco es la única zona donde las empresas certificadoras ofrecen sus servicios.

Específicamente señalaron que los servicios de revisiones periódicas son contratados por GAS NATURAL no sólo para Bogotá, sino también para los municipios de Soacha y Sibaté, y que tanto SIGMA LTDA. como sus competidores, concursan para desarrollar su actividad en varias zonas del país, y no exclusivamente en Bogotá. Adicionalmente, afirmaron que todas las empresas podían ser adjudicatarias en otras zonas diferentes de Bogotá D.C., y que no es necesario que tengan presencia en la ciudad donde desarrollan la actividad, sino que los equipos necesarios pueden ser trasladados de una zona a otra.

8.2.1.2. Posición de dominio

Según las investigadas, los elementos fácticos necesarios para que haya posición dominante no fueron probados.

En primer lugar, consideran que GAS NATURAL no está en capacidad de determinar las condiciones del mercado de distribución de gas, ni de modificar "significativamente y unilateralmente" las variables del mismo, si se tiene en cuenta que es un mercado fuertemente regulado, cuyas condiciones están definidas bajo decisiones de la CREG, y que existe competencia derivada de otras fuentes energéticas a las que pueden trasladarse los competidores.

En segunda medida, consideran que dado que la CREG tiene dentro de sus funciones fijar las tarifas de venta del distribuidor a sus usuarios finales, así como regular la actividad del prestador del servicio, no es posible que GAS NATURAL pueda sostener de forma perdurable una modificación significativa de cualquier variable relevante del mercado.

Posteriormente, señalaron que la Delegatura no probó que un consumidor no migraría a otra fuente energética ante un movimiento abusivo de GAS NATURAL, y que al contrario, de los estudios realizados por Pablo Roda Fornaguera y la UPME, se desprende que los consumidores tienen incentivos, en los diferentes segmentos, para migrar a otras fuentes energéticas o para no cambiar de la que actualmente consumen hacia el gas natural.

44

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 12

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

Con base en lo anterior, argumentan que monopolista y posición de dominio son dos categorías diferentes, por lo que el monopolio natural del que habla la CREG en la Resolución 108 de 1997 no implica tener posición de dominio.

Finalmente, consideran que la definición de posición dominante que se debe tener en cuenta en el presente caso es la que aparece en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 y no la que se señala en la Ley 142 de 1994, puesto que no es aplicable.

8.2.2. No se dan las condiciones para ejercer posición de dominio en "mercados conexos"

Las investigadas argumentaron que las condiciones para que se configure un abuso de posición de dominio en un mercado conexo no se verificaron, toda vez que no existen en el presente caso.

En primer lugar afirmaron que GAS NATURAL no tiene posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural en Bogotá, Soacha y Sibaté. En segunda medida, consideran que no se cumple la condición de que el producto principal y el secundario sean bienes distintos, toda vez que bajo la regulación vigente para la época de los hechos, la actividad de inspección era exclusivamente de la distribuidora. Señalaron que no se probó que la conducta de GAS NATURAL tuviera algún efecto tendiente a cerrar el mercado, por lo que, en su opinión, en ausencia de prueba alguna del efecto de cierre del mercado, no es posible hablar de abuso en mercado conexo. Posteriormente, indicaron que la conducta de GAS NATURAL es lícita y está justificada en razón de la generación de seguridad para la vida e integridad de las personas que utilizan el gas natural. Finalmente, manifestaron que no hay prueba de la finalidad anticompetitiva en ese mercado conexo, y que las pruebas practicadas evidencian un trato idéntico y objetivo para todas las empresas oferentes.

8.2.3. No ha habido abuso de posición dominante de Gas Natural S.A. E.S.P.

Sobre este punto, las investigadas manifestaron que no ha habido ninguna conducta abusiva por parte de GAS NATURAL, por las siguientes razones:

8.2.3.1. Sobre la actuación general de GAS NATURAL

Manifestaron que GAS NATURAL ha generado una mayor apertura en sus procesos de selección, invitando a más empresas y publicando en prensa y en la página web la convocatoria para hacerla más transparente, y provocar mayor concurrencia a los mismos. La única condición necesaria para participar en estos procesos era que las empresas tuvieran acreditación vigente, ante la SIC o la ONAC, según el momento de su obtención, tal como lo exige la normatividad vigente para ese tipo de actividades.

Por otra parte, afirmaron que resultó probado que todos los oferentes que participaban en los procesos de selección lo hacían bajo idénticos términos de referencia y que los contratos que eran adjudicados coincidían con aquello por lo cual se había concursado.

Finalmente, sostienen que GAS NATURAL trató de forma objetiva a todas las empresas que resultaban adjudicatarias, permitiéndoles ejecutar sus contratos en condiciones de normalidad y conforme a lo pactado, y que no había favorecimientos, discriminación,

sanciones injustificadas, presiones u obstrucciones para que los contratistas adjudicatarios realizaran sus labores.

8.2.3.2. *Sobre la actuación de GAS NATURAL respecto de SIGMA*

Las investigadas señalaron que SIGMA ha sido invitada constantemente a los concursos que realiza GAS NATURAL, ha participado en los procesos de contratación, ha sido adjudicataria de contratos con la investigada, y que luego de haber superado el incidente que tuvo con la SIC (donde perdió su acreditación), fue invitada a participar en nuevos procesos con GAS NATURAL y le fueron asignadas otras labores de inspección.

Afirmaron que en todos los procesos en los que SIGMA participó su propuesta fue evaluada de forma objetiva y neutral, bajo los mismos parámetros técnicos, financieros y organizacionales que los demás proponentes. Indican que fue probado que la investigada ejecutó varios contratos con SIGMA, en condiciones de normalidad, con asignación regular de inspecciones, sin alterar o modificar el contenido del contrato, u hostigar a SIGMA con multas o sanciones.

Resaltan que la única vez que GAS NATURAL no podía legalmente continuar trabajando con SIGMA fue cuando la SIC le suspendió la acreditación, decisión que fue conocida por la investigada 8 días después, periodo en el cual SIGMA certificó instalaciones sin tener acreditación vigente.

Por último, señalaron que al conocer la decisión de la SIC, GAS NATURAL le suspendió el contrato a SIGMA y a su costa recertificó las 800 instalaciones que había certificado SIGMA. Manifestaron que ante la solicitud de SIGMA, GAS NATURAL le permitió ceder su contrato a otra empresa certificadora, y que cuando la SIC levantó la suspensión de la acreditación, era imposible jurídicamente que GAS NATURAL pudiera o tuviera la potestad legal para obligar al cesionario que le devolviera el contrato a SIGMA. Por lo anterior, afirman las investigadas que "no devolverle el contrato cedido" nunca fue una negativa a trabajar con SIGMA.

8.3. **SOBRE LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA**

En este punto las investigadas señalaron una serie de pruebas que, en su opinión, son demostrativas de la conducta proba, lícita y transparente de la señora MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA, por lo que no puede imputársele responsabilidad alguna.

NOVENO: Que 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, le corresponde "[v]ejlar 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

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 14

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

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 2011²², 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 2012²³, en concordancia con los numerales 8, 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 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

La resolución de apertura examinó si GAS NATURAL actuó en contravención a lo dispuesto en los numerales 2 y 6 del artículo 50 del 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 que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: [...]

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. [...]

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. [...]

9.3. DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

La posición de dominio, definida como "[...] posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado"²⁴, es una condición de algunas empresas que no es en sí misma reprochable.

²² Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

²³ Ibid.

²⁴ Decreto 2153 de 1992, artículo 45 numeral 5.

4/

Sin embargo, el régimen de competencia sí condena el abuso de esa posición dominante²⁵, lo cual ocurre, entre otras, cuando la firma que ostenta tal posición realiza alguna de las conductas a las que se refiere el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Tal y como se analizó en el Informe Motivado, una empresa puede abusar de su posición de dominio en diferentes escenarios:

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

9.4. CASO CONCRETO

Como se mencionó anteriormente, el caso que nos ocupa tiene origen en la queja presentada ante esta Superintendencia por el señor JAIME VEGA MORA en su calidad de gerente de SIGMA LTDA., el pasado 3 de enero de 2010, en contra de GAS NATURAL, por el supuesto abuso de posición dominante de ésta.

El alegado abuso consistiría, en esencia, en negarse a contratar con empresas acreditadas para realizar inspección y certificación de las redes internas de gas natural, impidiendo que estas pudieran llevar a cabo las revisiones periódicas de las que era responsable GAS NATURAL en su calidad de empresa de distribución de gas natural, tal como lo disponía el numeral 5.23 de la Resolución CREG No. 067 de 1995, vigente para la época de los hechos investigados.

En este orden de ideas, este Despacho procederá a determinar si se configuró el alegado abuso de posición dominante. Para ello, se realizará un análisis sobre cada uno de los elementos necesarios para tomar una decisión de fondo, y posteriormente se abordarán uno a uno los argumentos presentados por las investigadas como respuesta al Informe Motivado.

²⁵ Decreto 2153 de 1992, artículo 46, modificado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009:

"Artículo 46. Prohibición. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico."

RESOLUCIÓN NÚMERO - - 4 4 4¹ DE 2013 Hoja N°. 16

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

9.4.1. Definición del mercado relevante y posición de dominio

Si bien en el Informe Motivado elaborado por la Delegatura se realizó una descripción del sector de gas natural en Colombia y del mercado presuntamente afectado, este Despacho retomará los conceptos allí expuestos, en aras de compartir la definición realizada por la Delegatura o hacer las precisiones que resulten procedentes.

9.4.1.1. *Mercado de producto*

a) El sector del gas natural en Colombia

El gas natural es un combustible compuesto principalmente por metano y otros gases como etano, dióxido de carbono y vapor de agua²⁶. De acuerdo con la Tabla No. 1 del Informe Motivado, los segmentos de clientes a los cuales está dirigido este energético son: (i) industrial, (ii) comercio y servicios, (iii) energía, (iv) residencial, y (v) Gas Natural Vehicular (GNV).

De conformidad con lo expuesto en el Informe Motivado, los principales usos y aplicaciones del gas natural dependen del segmento en el cual se utilice. Así, en el sector industrial es utilizado, entre otras actividades, para la generación de vapor, en sistemas de calefacción y en generación eléctrica. En el sector de comercio y servicios es demandado para sistemas de calefacción central y aire acondicionado, y para la cocción y preparación de alimentos. En el segmento de energía se utiliza para la cogeneración eléctrica y en centrales térmicas. En el sector residencial es utilizado para cocinar alimentos, obtener agua caliente y en sistemas de calefacción o aire acondicionado. Finalmente, en el sector de GNV es utilizado como combustible vehicular de automóviles, taxis y buses.

Dependiendo del sector en que se utilice el gas natural es posible encontrar diferentes combustibles sustitutos como la electricidad, el carbón mineral, el fuel oil y el gas licuado de petróleo (GLP), entre otros. Sin embargo, vale la pena señalar que el uso de un determinado combustible está dado por su disponibilidad, precio, eficiencia y tecnología utilizada, factores que determinan la competitividad de un energético para los distintos segmentos del mercado y, por ende, las preferencias de los consumidores y la posibilidad real de sustitución.

Al respecto, esta Superintendencia ha señalado que, debido a diferencias significativas en precios, utilización, disponibilidad, calidad, y localización de la oferta²⁷, así como a los procedimientos de conversión que un usuario se vería obligado a realizar²⁸, no existe sustitución perfecta de otros energéticos con el gas natural, en ninguno de los segmentos del mercado en los cuales se distribuye. De esta forma, no es posible sostener que el mercado relevante en este caso es más amplio que la distribución y comercialización de gas natural.

²⁶ Tomado de: http://www.creg.gov.co/html/i_portals/index.php?p_origin=internal&p_name=content&p_id=MI-66&p_options= Comisión de Regulación de Energía y Gas. Página consultada el 10 de febrero de 2012.

²⁷ Ver, por ejemplo, Resolución SIC No. 60249 de 2011.

²⁸ Los equipos usados para el aprovechamiento del gas natural como combustible son diferentes de aquellos que utilizan otros energéticos, razón por la cual el consumidor incurriría en costos adicionales si decide cambiar su fuente de energía. Los costos de cambio de una fuente energética a otra, representan un costo de transacción que, en la mayoría de los casos, es suficientemente alto para desincentivar la sustituibilidad.

RESOLUCIÓN NÚMERO - - 4 4 71 DE 2013 Hoja N°. 17

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

Sobre el particular, el *Diagnóstico fallas del mercado de gas natural en Colombia*²⁹ concluye que si bien la **sustitución del gas natural por el sustituto más cercano (combustibles líquidos) es técnicamente posible, el costo de conversión de las térmicas y de los usuarios residenciales hace que, desde el punto de vista de la política de competencia, la sustitución no sea posible.**

b) Cadena productiva del gas natural

El sector de gas natural en Colombia se encuentra dividido en las siguientes actividades:

- Producción³⁰: 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.
- Transporte³¹: una vez extraído el gas, se transporta a través del Sistema Nacional de Transporte (SNT)³² hasta las estaciones puerta de ciudad³³, donde es inyectado al sistema de distribución³⁴ de las empresas distribuidoras. Cuando se trata de grandes

²⁹ Tomado de: <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/archivosEventos/5831.pdf>. Frontier Economics. "Diagnóstico fallas del mercado de gas natural de Colombia". Primera entrega del proyecto de visión de largo plazo del mercado de gas natural de Colombia. P. 23. Febrero de 2010. Contratado por el Ministerio de Minas y Energía. Página consultada el 2 de noviembre de 2012.

³⁰ Actualmente las empresas productoras son: CANACOL ENERGY COLOMBIA S.A., CHEVRON PETROLEUM COMPANY, ECOPELROL S.A., EQUION ENERGÍA LIMITED, HOCOL S.A., INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION AND PRODUCTION, PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA LTD. PETROBRAS COLOMBIA LIMITED, PETROLIFERA PETROLEUM COLOMBIA LIMITED, SANTIAGO OIL COMPANY, SOLANA PETROLEUM EXPLORATION COLOMBIA LIMITED, TEPMA S.A. y WELL LOGGING S.A.S. Tomado de: http://cregas.creg.gov.co/pls/directdcd/directorio_fmt.listar_sector_pub?sectact=GP. Página consultada el 2 de noviembre de 2012.

³¹ En la actualidad las empresas transportadoras son: COINOBRAS GAS S.A. E.S.P., GASODUCTO DEL TOLIMA S.A. E.S.P., PROMIGAS S.A. E.S.P., PROMOTORA DE GASES DEL SUR S.A. E.S.P., SOCIEDAD TRANSPORTADORA DE GAS DEL ORIENTE S.A. E.S.P., TRANSOCCIDENTE S.A. E.S.P., TRANSPORTADORA DE GAS INTERNACIONAL S.A. E.S.P., y TRANSPORTADORA DE METANO E.S.P. S.A. Tomado de: http://cregas.creg.gov.co/pls/directdcd/directorio_fmt.listar_sector_pub?sectact=GT Página consultada el 2 de noviembre de 2012.

³² 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". Resolución CREG No. 033 de 1999.

³³ "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.

³⁴ "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.

41

RESOLUCIÓN NÚMERO 147 DE 2013 Hoja N°. 18

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

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 regulados³⁵. Adicionalmente, los distribuidores pueden ser comercializadores minoristas cuando participen en el mercado secundario de suministro y transporte.

Vale la pena resaltar que, 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 combustible³⁶.

- 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 oneroso³⁷. 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.

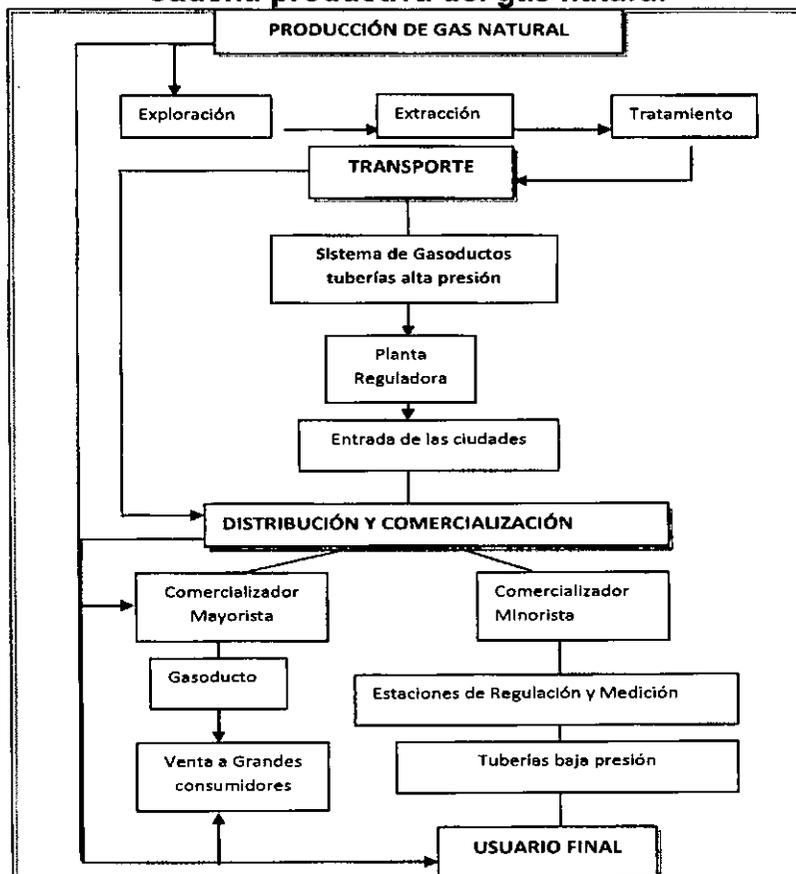
En el Diagrama 1 que se presenta a continuación se puede observar la estructura de la cadena productiva del gas natural.

³⁵ 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.

³⁶ De acuerdo con la información obtenida del Sistema Único de Información SUI, en el año 2011 operaron dos (2) empresas distribuidoras de gas natural en los municipios de Floridablanca, Girón y Piedecuesta en el departamento de Santander.

³⁷ Decreto 3429 de 2008, artículo 1.

Diagrama 1
Cadena productiva del gas natural



Fuente: Resolución No. 32505 de 2011 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

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.

c) Mercado donde participa GAS NATURAL

La empresa GAS NATURAL presta el servicio público de distribución y comercialización de gas natural a usuarios regulados y no regulados en Bogotá y los municipios de Soacha y Sibaté, los cuales, de acuerdo con la Resolución CREG No. 033 de 2004³⁸, comprenden su mercado geográfico relevante.

³⁸ Resolución CREG 033 de 2004 "Por la cual se aprueban el Cargo Promedio de Distribución de gas combustible por red y el Cargo Máximo Base de Comercialización de gas combustible por redes, para el mercado relevante conformado por Bogotá D.C. y los municipios de Soacha y Sibaté en el departamento de Cundinamarca, según solicitud tarifaria presentada por la empresa Gas Natural S.A. E.S.P."

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 20

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

Según la Resolución CREG No. 108 de 1997, el servicio público de gas combustible "[e]s el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición".

- d) Cuota de participación de GAS NATURAL en el mercado de distribución de gas natural

En este punto vale la pena señalar que, como se mencionó en el literal b) de este numeral, de acuerdo con la Resolución CREG No. 112 de 2007, la actividad de distribución de gas natural es considerada como un monopolio natural, por lo cual es eficiente que en cada mercado relevante exista solamente un distribuidor.

En este sentido, de acuerdo con la información disponible en el Sistema Único de Información (SUI), se encontró que GAS NATURAL es monopolista en el mercado de distribución de gas natural en Bogotá y los municipios de Soacha y Sibaté, toda vez que atiende la totalidad de usuarios en dicha zona, tal y como se observa en la Tabla 1.

Tabla 1
Participación de GAS NATURAL en el mercado de distribución de gas natural en Bogotá, Soacha y Sibaté – usuarios no residenciales y residenciales

Año	Suscriptores en Bogotá, Soacha y Sibaté			Total suscriptores atendidos por GAS NATURAL	% Participación GAS NATURAL
	No residenciales	Residenciales	Total		
2008	30.951	1.454.407	1.485.358	1.485.358	100%
2009	35.024	1.534.099	1.569.123	1.569.123	100%
2010	77.766	3.188.109	3.265.875	3.265.875	100%

Fuente: http://reportes.sui.gov.co/reportes/SUI_ReporteGas.htm Página consultada el 2 de noviembre de 2012.

9.4.1.2. Mercado geográfico

En consonancia con el análisis anterior, el mercado geográfico relevante en el que participa GAS NATURAL es Bogotá y los municipios de Soacha y Sibaté.

9.4.1.3. Posición de dominio de GAS NATURAL en el mercado de distribución de gas natural y mercados conexos

- a) Determinación legal de la posición dominante de una empresa de servicios públicos

De acuerdo con el artículo 14.13 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).

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 21

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

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", la determinación de la posición dominante en la prestación de servicios públicos domiciliarios debe realizarse teniendo en cuenta lo señalado en la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, de acuerdo con el literal d) del numeral 9.4.1.1., en el cual se concluyó que la participación de GAS NATURAL en el mercado de distribución de gas natural en Bogotá, Soacha y Sibaté es del 100%, es posible determinar que la empresa tiene posición de dominio en dicho mercado.

No obstante lo anterior, de acuerdo con lo establecido en el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992³⁹, este Despacho también llevará a cabo el análisis de otros factores que, además de la participación del 100% en el mercado de distribución de gas, permiten concluir que la empresa investigada tiene posición de dominio.

b) Barreras de entrada al mercado de distribución de gas natural

Como lo ha reiterado esta Superintendencia en oportunidades anteriores, 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.

Las barreras a la entrada que se presentan con mayor frecuencia, y que son relevantes para el presente análisis (por lo menos algunas de ellas), son: (i) barreras legales; (ii) costos hundidos; (iii) tiempo de entrada; (iv) escala de entrada; (v) identidad de marca; (vi) requerimientos tecnológicos e inversión en capital; (vii) costos de transporte; (viii) acceso a fuentes de abastecimiento.

En cuanto a las barreras legales presentes en el mercado de distribución de gas natural, es importante señalar que las Leyes 142 y 143 de 1994, y demás disposiciones regulatorias pertinentes, definieron que la actividad de distribución de energía eléctrica debe operar a través de una sola red de distribución por mercado, es decir, como monopolio natural, por el hecho de reconocer que es económicamente eficiente que exista un único distribuidor por mercado relevante definido por la CREG. 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 Exclusivo⁴⁰ a las que hace referencia la Ley 142 de 1994⁴¹, también constituyen una barrera legal a la entrada al mercado de distribución de

³⁹ Numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992: "Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado."

⁴⁰ Dichas áreas son definidas por la Resolución CREG No. 057 de 1996 (artículo 1), como el "área geográfica correspondiente a los municipios y otras áreas urbanas sobre las cuales se otorga exclusividad en la

22

RESOLUCIÓN NÚMERO 447 DE 2013 Hoja N°. 22

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

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 exclusividad⁴². Es de resaltar que en la actualidad GAS NATURAL no cuenta con área de servicio exclusivo en Bogotá, Soacha o Sibaté.

De otra parte, las barreras económicas de acceso al mercado están dadas por los costos hundidos y requerimientos tecnológicos e inversión en capital. De conformidad con la Resolución CREG No. 011 de 2003, para el cálculo de los cargos por 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.

Así, según el Documento CREG 021 de 2004⁴³, en 2002 la empresa GAS NATURAL tenía una inversión que ascendía a \$314.852.839.674 y un programa de proyectos de inversión futuros que ascendía a \$155.860.000.000 y que cubría los años 2003 a 2007. Las cifras anteriores dan cuenta de las altas inversiones en las que debería incurrir un nuevo competidor que quisiera entrar al mercado de distribución de gas natural, lo cual se constituye en una barrera a la entrada a dicho mercado.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho concluye que es poco probable que la posición de la empresa GAS NATURAL en Bogotá, Soacha y Sibaté, sea alterada en el corto o mediano plazo.

- c) Posición dominante de GAS NATURAL en el mercado de distribución de gas natural

Se debe resaltar que, de acuerdo con lo señalado en el literal d) del numeral 9.4.1.1, en el mercado de distribución de gas natural en Bogotá, Soacha y Sibaté, GAS NATURAL tiene

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.

⁴¹ 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. (...)".

⁴² 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.

⁴³ El Documento CREG 021 de 2004 presenta el estudio y los cálculos de los cargos de distribución y comercialización de gas natural por redes que se aprobaron mediante la Resolución CREG 033 de 2004, para la ciudad de Bogotá D.C. y los municipios de Soacha y Sibaté.

RESOLUCIÓN NÚMERO - - 4 4 4 DE 2013 Hoja N°. 23

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

una participación del 100%, por lo que es monopolista en dicho mercado. De otra parte, tal y como se mencionó en el literal b) del numeral 9.4.1.1, la actividad de distribución de gas es considerada un monopolio natural por ser eficiente y económicamente rentable la existencia de un único distribuidor de gas por zona geográfica.

Lo anterior sumado a la existencia de las barreras a la entrada analizadas más arriba, permite concluir a este Despacho que GAS NATURAL ostenta posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural en Bogotá, Soacha y Sibaté.

- d) Mercados conexos al mercado de la distribución y comercialización de gas natural– mercado del servicio de revisión periódica de redes internas

En este punto es preciso anotar que para suministrar el gas natural al usuario final de manera segura y de acuerdo con las obligaciones técnicas que impone la regulación, en el mercado de distribución y comercialización de gas natural se desarrollan actividades complementarias que configuran mercados distintos y conexos a los que conforman la cadena básica del sector.

Dentro de las actividades complementarias se pueden encontrar: (i) asesoría en diseño de instalaciones de redes internas; (ii) diseño y construcción de redes internas; (iii) mantenimiento de redes internas; (iv) suministro e instalación de equipos y accesorios necesarios para usuarios industriales y comerciales; (v) conversión de equipos de diversas clases de combustible a gas natural; (vi) financiación del diseño e instalación de la red interna, los equipos y accesorios necesarios para el suministro del gas natural; y (vii) revisión periódica de redes internas de gas.

De acuerdo con el Informe Motivado, la revisión periódica de redes internas de gas es una actividad complementaria y perfectamente separable de la actividad de distribución, como quiera que para su prestación no se requiere de la infraestructura de una red de distribución, sino de un recurso humano capacitado así como de implementos técnicos y materiales para desarrollarlo. Esta actividad se puede hacer directamente por la distribuidora⁴⁴ o a través de organismos de inspección debidamente acreditados⁴⁵.

En la Tabla 2 se presentan los organismos de inspección que actualmente se encuentran acreditados por la ONAC y anteriormente por esta Superintendencia.

⁴⁴ “Un distribuidor puede acreditarse como organismo de inspección, mas sin embargo esta deberá hacerlo como tipo C según lo establecido bajo la NTC-ISO/IEC 17020 y según lo establecido en el artículo 3-1 de la Resolución 1509 de 05 de junio de 2009 del Ministerio de Industria y Comercio”. Cuaderno Público N° 16, folio 6734.

⁴⁵ De acuerdo con la ONAC “los requisitos para que un organismo de inspección de acredite ésta relacionado por el cumplimiento de implementación y mantenimiento de los siguientes documentos:

-NTC-ISO/IEC 17020:2002.

-R-AC-01 versión 7 Reglas del Servicio de Acreditación.

-Documentos normativos y reglamentarios según el alcance específico de la acreditación, de acuerdo a los requisitos especificados en la Resolución 1509 de 05 de junio de 2009 del Ministerio de industria y Comercio.

-CEA-02 Criterios de Aplicación de Políticas de Trazabilidad de las Mediciones”. Cuaderno Público No. 16, folio 6732.

Tabla 2
Organismos de Inspección actualmente acreditados para realizar la inspección en las instalaciones de gas natural

Acreditados por la ONAC	Acreditados por la SIC
- APPLUS COLOMBIA LTDA	- CONCALI CONSTRUCCIONES CALI S.A.S.
- COMERCIALIZADORA S&E Y CIA S.A.	- GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.
- CONDUGAS S.A.	- MADIGAS INGENIEROS S.A. E.S.P.
- CONSTRUCERT S.A.S	- METROGAS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.
- CONSTRUIIN LTDA.	- REINDUSTRIALES S.A.S.
- ECA, Interventorías y Consultorías de Colombia Ltda.	- REVISIONES TÉCNICAS EN GAS LTDA.
- GASGUAJIRA S.A. E.S.P.	- S.G.S. COLOMBIA S.A.
- GASES DEL CARIBE S.A. ES.P.	- SERVIGAS & COSTRUCCIONES LTDA.
- LLANOGAS S.A. E.S.P	- SIGMA LTDA.
- MTE S.A. C.I.	- SYSTEMS ENGINEERING CONSULTING S.A.S.
- SERVICONFORT COLOMBIA S.A.S	
- SOCIEDAD DE AUTOGASES DE COLOMBIA.	
- SURTIGAS S.A. E.S.P.	
- TECNIENSAYOS LTDA.	
- T&E SERVICES	
- TUV RHEINLAND COLOMBIA S.A.S.	

Fuente: Cuaderno Público No. 16, folio 6732-6733.

De acuerdo con la Resolución CREG No. 067 de 1995, antes de su modificación por la Resolución CREG No, 059 de 2012, la prestación del servicio de revisión periódica de redes internas estaba restringido por la regulación, por ser responsabilidad exclusiva del distribuidor, y estaba sujeto a la reglamentación técnica.

Desde el punto de vista regulatorio, el distribuidor, y no el usuario, tenía la potestad de realizar por su propia cuenta la revisión quinquenal de redes de sus usuarios, o podía seleccionar el organismo de inspección (tercero) que se encargaría de llevarla a cabo. Por su parte, la reglamentación técnica establecía la posibilidad de que, tanto el distribuidor como un organismo externo, se acreditaran para realizar la revisión de redes.

Así, tal y como lo señaló la Delegatura, según la regulación aplicable para la época de los hechos investigados, el servicio de revisión quinquenal de redes internas dependía de la actividad de distribución de gas natural, toda vez que los organismos interesados en prestar el servicio de revisión quinquenal debían concurrir a dicho mercado cuando el distribuidor hubiese decidido tercerizarlo. En el caso concreto de GAS NATURAL, los organismos de inspección debían participar en los procesos de selección organizados por la investigada.

En consonancia con el Informe Motivado, la actividad de SIGMA LTDA. estaba supeditada a los procesos de contratación que realizaban las empresas de distribución de gas⁴⁶, en particular aquellos que realizó GAS NATURAL en la zona geográfica donde participa, pues es en dicha zona geográfica en donde SIGMA LTDA. desarrollaba el 95% de sus servicios⁴⁷. Es decir, que si la quejosa deseaba prestar sus servicios, debía vincularse con

⁴⁶ Ver Resolución CREG 059 de 2012.

⁴⁷ En el evento en que SIGMA LTDA pretendiera desarrollar la actividad de inspección técnica reglamentaria en una zona geográfica diferente a la ciudad de Bogotá, enfrentaría una serie de barreras económicas que le

22

RESOLUCIÓN NÚMERO 447 DE 2013 Hoja N°. 25

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

GAS NATURAL, que posee el 100% de la participación de mercado en el servicio de distribución de gas natural en Bogotá, Soacha y Sibaté, y la actividad de inspección es considerada como un mercado conexo a éste.

9.4.2. Mercado afectado

De acuerdo con lo expuesto en los numerales anteriores, este Despacho considera que en el presente caso el mercado afectado es la prestación del servicio de revisión quinquenal de instalaciones de gas en Bogotá, Soacha y Sibaté, lugares en los que GAS NATURAL presta el servicio de distribución de gas natural.

9.4.3. Consideraciones respecto de la regulación de las revisiones periódicas de redes de gas natural para la época de los hechos investigados

Tal y como lo expuso la Delegatura en el Informe Motivado, y como se analizó más arriba en esta resolución, la revisión periódica o inspección quinquenal de redes internas de gas natural se considera una actividad complementaria a las de distribución y comercialización de gas natural.

Al respecto, este Despacho se permite reiterar algunos de los aspectos fundamentales del funcionamiento y regulación de las inspecciones quinquenales, que fueron analizados de manera detallada en el Informe Motivado.

- La prestación del servicio público domiciliario de gas natural se considera como una actividad riesgosa, y por tanto la regulación impone al distribuidor el deber de adecuarse a los supuestos de seguridad que le son aplicables:

"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 el 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 de conexión, el distribuidor podrá cobrar un cargo. [...]"⁴⁸.

- Para la época de los hechos investigados, las inspecciones quinquenales eran de responsabilidad exclusiva y expresa del distribuidor de gas natural, como lo disponía la Resolución CREG No. 067 de 1995, antes de que fuera modificada por la Resolución CREG No. 059 de 2012:

impedirían el acceso inmediato a un mercado geográfico diferente al de la capital. Así las cosas, las principales barreras que encontraría esta sociedad, se generarían en la necesidad de conseguir un monto determinado de capital inicial con el fin de desarrollar la infraestructura tanto tecnológica como funcional para prestar el servicio de certificación en condiciones de competitividad. En ese sentido, vale la pena resaltar que actualmente la empresa SIGMA LTDA. no se encuentra desarrollando objetos contractuales en ámbitos territoriales ajenos al mismo, y por tanto, el desarrollo de su actividad económica en otros puntos del territorio nacional presentaría amplias complicaciones.

⁴⁸ Resolución CREG No. 067 de 1995, por la cual se establece el Código de Distribución de Gas Combustible por Redes.

RESOLUCIÓN NÚMERO 467 DE 2013 Hoja N°. 26

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

V. 5.1 Revisión a las instalaciones y medidores del usuario. [...]

5.23 "[E]l distribuidor estará obligado a inspeccionar las instalaciones del usuario periódicamente y a intervalos no superiores a cinco años, o a solicitud del usuario, consultando las normas técnicas y de seguridad. Realizará pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento, a fin de garantizar el cumplimiento de las condiciones de este Código y de los contratos que se suscriban con el usuario. El costo de las pruebas que requieren estarán a cargo del usuario".

- La regulación aplicable permite a las empresas distribuidoras de gas natural acreditarse como organismo de inspección ante la ONAC⁴⁹, y anteriormente ante esta Superintendencia⁵⁰.
- Para la época en la que ocurrieron los hechos investigados, el distribuidor de gas natural tenía la potestad de seleccionar el organismo de inspección que realizaría dichas inspecciones.
- El costo de la inspección quinquenal corre por cuenta del usuario del servicio público, aunque la responsabilidad de la realización de la inspección, para la época de los hechos investigados, estuviera en cabeza del distribuidor de gas natural.
- A partir de la expedición de la Resolución CREG No. 059 de 2012⁵¹ se modificaron algunas normas, entre ellas el antes referido numeral 5.23 de la Resolución CREG No. 067 de 1995, estableciendo que el usuario realizará la revisión de la instalación de gas de acuerdo con las disposiciones que se encuentran a continuación:

"ARTÍCULO 9. Modificar el numeral 5.23 del Anexo General de la Resolución CREG 067 de 1995, el cual quedará así:

5.23. El usuario deberá realizar una Revisión Periódica de la Instalación Interna de Gas entre el Plazo Mínimo entre Revisión y el Plazo Máximo de Revisión Periódica con Organismos de Inspección Acreditados en Colombia para esta actividad o con las empresas distribuidoras, las cuales podrán realizar la actividad directamente como Organismo Acreditado o a través de sus contratistas que se encuentren acreditados, cumpliendo las condiciones y procedimientos establecidos por las normas técnicas o reglamentos técnicos aplicables. El costo de esta revisión estará a cargo del usuario. El distribuidor será responsable de verificar el cumplimiento de esta obligación del usuario, para lo cual se establecen los siguientes pasos:

(i) El distribuidor deberá notificar al usuario, a partir del Plazo Mínimo entre Revisión, su obligación de hacer la Revisión Periódica de la Instalación Interna de Gas.

⁴⁹ A través del Decreto 4738 de 2008 se suprimieron las funciones de acreditación de la SIC y se designó como organismo nacional de acreditación a la ONAC "corporación de carácter privado, de naturaleza mixta, sin ánimo de lucro".

⁵⁰ Resolución 14471 del 17 de mayo del 2002, "Por la cual se fijan unos requisitos mínimos de calidad e idoneidad".

⁵¹ Por la cual se modifica el Anexo General de la Resolución CREG 067 de 1995, el parágrafo del artículo 108 de la Resolución CREG 057 de 1996 y el artículo 108.2 de la Resolución CREG 057 de 1996 y se establecen otras disposiciones.

RESOLUCIÓN NÚMERO 447 DE 2013 Hoja N°. 27

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

La notificación deberá ser enviada por el distribuidor al usuario en forma escrita y anexa a la factura del servicio. Así mismo, las siguientes facturas de los meses anteriores al Plazo Máximo de Revisión, deberán incluir un campo adicional en donde el distribuidor esté informando al usuario el vencimiento de este plazo.

(ii) El usuario tendrá la obligación de realizar la Revisión Periódica de su Instalación Interna de Gas, obtener el Certificado de Conformidad de su instalación conforme a las normas técnicas vigentes expedidas por las Autoridades Competentes y dentro del Plazo Máximo de Revisión.

(iii) El distribuidor deberá tener un listado actualizado de los Organismos de Inspección Acreditados que podrán realizar la Revisión Periódica de la Instalación Interna de Gas. Lo aquí dispuesto no confiere a los distribuidores la atribución de limitar el número de Organismos incluidos en la base de datos, o de negar su inclusión a las personas que reúnan las condiciones establecidas por las autoridades competentes. En todo caso, las empresas no están facultadas para favorecer monopolios, o impedir que las personas calificadas, según las normas, puedan ejercer su profesión u oficio.

Las empresas tendrán la obligación de divulgar dicho listado en su página web y deberán suministrarlo al usuario con la notificación de que trata el numeral (i) anterior y en cualquier momento y por cualquier medio a petición del usuario.

(iv) En todo caso es obligación del usuario informarse sobre los organismos que se encuentran acreditados para la realización de la Revisión Periódica de las Instalaciones Internas de Gas, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Organismo Nacional de Acreditación (ONAC), a través de las facturas del servicio o de un anexo de éstas, expedidas dentro de los Plazos Mínimo y Máximo de Revisión, o en las oficinas y página web del distribuidor.

(v) Si faltando un mes para el cumplimiento del Plazo Máximo de Revisión Periódica la empresa distribuidora no ha recibido copia del Certificado de Conformidad por parte de algún Organismo de Inspección Acreditado o del usuario, procederá a avisarle a éste en la factura de dicho mes, acerca de la fecha en la que suspenderá el servicio en caso de no realizarse la inspección a la instalación interna y lo invitará a hacer la revisión en mención.

PARÁGRAFO 4. Hasta que termine la vigencia de los contratos de concesión especial para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas natural por red de tubería en forma exclusiva en las áreas que a la fecha de publicación de la presente Resolución se encuentran concesionadas, se aplicará lo siguiente:

5.23 El distribuidor que presta el servicio en áreas de servicio exclusivo estará obligado a inspeccionar las instalaciones del usuario dentro del Plazo Mínimo entre Revisión y Máximo de Revisión, o a solicitud del usuario, consultando las normas técnicas y de seguridad. Realizará pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento, a fin de garantizar el cumplimiento de las condiciones de este Código y de los contratos que se suscriban con el usuario. El costo de las pruebas que se requieran, estarán a cargo del usuario". (Resaltado fuera del texto)

Así, a partir de la modificación de la norma, el usuario tiene el deber de realizar la revisión periódica con organismos de inspección acreditados o con las empresas distribuidoras que se encuentren acreditadas para el efecto. En consonancia, el usuario

AR

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 28

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

debe informarse sobre los organismos que se encuentran acreditados para la realización de la revisión periódica de las instalaciones de gas. Ahora bien, en atención de esta disposición, el distribuidor también es responsable de verificar el cumplimiento de la obligación del usuario.

- Para mayor ilustración sobre los cambios que se produjeron con la Resolución CREG No. 059 de 2012, a continuación se reproduce la tabla elaborada por la Delegatura en el Informe Motivado, en la que compara el numeral 5.23 de la Resolución CREG No. 067 de 1995 antes y después de la modificación de la Resolución CREG No. 059 de 2012.

Tabla 3
Comparación de regulación de revisión quinquenal de redes de gas natural

Ítem	Resolución CREG 067 de 1995 sin modificación del numeral 5.23 del anexo general (aplicable para la fecha de los hechos objeto de estudio)	Resolución CREG 067 de 1995 modificada por la Resolución CREG 059 de 2012
Distribuidor-GAS NATURAL	Tenía únicamente a su cargo la obligación de realizar el procedimiento de revisión quinquenal de las instalaciones de gas de sus usuarios.	Tiene la responsabilidad de verificar el cumplimiento de la obligación del usuario en cuanto de la realización de la revisión quinquenal de las instalaciones de gas.
	Se mantiene la responsabilidad de garantizar que el servicio se preste con calidad y seguridad para el usuario.	
Usuario	No elegía el organismo de inspección que debía realizar la revisión quinquenal.	Elige el organismo de inspección a efectos de realizar dicha revisión.
Certificador	Su actividad económica se encontraba supeditada a la elección por parte del distribuidor.	Su actividad económica se encuentra supeditada a la elección por parte del usuario.
Reglamentación Técnica Resolución N°14471 de 2002	Están habilitados para ejercer la actividad de revisión quinquenal, tanto los organismos de inspección acreditados como las distribuidoras que hayan recibido habilitación para el efecto.	
Mercado para el servicio de revisión quinquenal.	Teniendo en cuenta que el procedimiento en mención estaba a cargo del distribuidor, se encuentra que para el presente caso, los concursos realizados por GAS NATURAL configuraban el mercado para el servicio de la revisión quinquenal, al cual concurrían diferentes organismos de certificación acreditados.	Como consecuencia de la nueva regulación, se está ante la presencia de un mercado puesto que la facultad de elección del organismo de certificación está en cabeza del usuario.

Fuente: Informe Motivado, p. 57. Cuaderno Público No. 16 Folio 7152.

9.4.4. Procesos de selección adelantados por GAS NATURAL y análisis del concurso No. 10150230-EGC-0091-2008

Sobre este punto, el Despacho se permite manifestar que está de acuerdo integralmente con el análisis y las conclusiones presentadas por la Delegatura en el Informe Motivado.

RESOLUCIÓN NÚMERO 117 DE 2013 Hoja N°. 29

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

Sin perjuicio de ello, a continuación se resaltan los aspectos más relevantes de la forma en la que GAS NATURAL convoca procesos de selección, y en particular lo que se refiere al Concurso No. 10150230-EGC-0091-2008.

De acuerdo con la información que reposa en el expediente, la gran mayoría de los procesos de selección para la inspección periódica de redes internas de gas natural convocados por GAS NATURAL, se desarrollan mediante la modalidad de invitaciones para presentar propuestas, que se dirigen a varios organismos de inspección de redes de gas natural. Cabe mencionar que GAS NATURAL realiza una preselección de estos organismos, con base en criterios generales tales como la acreditación de dichos organismos y su capacidad operativa. Las convocatorias se realizan bajo los siguientes criterios, tal como lo indicó el señor Alejandro Arango en su calidad de Técnico en Compras Redes y Servicios de Negocios de GAS NATURAL:

Despacho Preguntado: *¿Cuáles son los criterios a través de los cuales se realizan las invitaciones para que los organismos participen en dichos concursos?*

Contestó: *La contratación de organismos de certificación está limitada a las empresas que tienen acreditación ante la ONAC, Gas Natural saca el listado de la ONAC de las empresas que tienen acreditación y de esas regularmente hace un proceso llamado RFI que es solicitarles una información básica donde se comprueba que ellos tienen la certificación al día y se les pide una información de carácter general como número de personas que tienen acreditadas, tipo de equipos que manejan y con base en esta información se hace la invitación a esas empresas. La invitación se hace a través de un portal de internet que maneja Gas Natural y que es tercero a través del cual ponemos las especificaciones generales de compra incluidos los términos de referencia y las empresas acceden a este portal. Las empresas hacen preguntas y tienen una fecha límite para presentar su oferta. Cuando se llega la fecha y hora límite se cierra el portal y ellos han puesto allí toda su documentación y nosotros hacemos el análisis de las ofertas.”⁵²*

Ahora bien, respecto del proceso de selección No. 10150230-EGC-0091-2008, adelantado en el año 2008, se pudo determinar que su objeto fue conseguir que todas las instalaciones internas de gas natural fueran revisadas con la periodicidad establecida en la regulación. Con base en las pruebas que reposan en el expediente se pudo determinar que GAS NATURAL tuvo en cuenta diversos criterios de carácter objetivo a efectos de seleccionar los organismos que contrataría para realizar la revisión de las instalaciones de gas en la ciudad de Bogotá.

Para el proceso de selección en comento, GAS NATURAL convocó a 13 organismos certificadores debidamente acreditados, entre los que se encontraba el quejoso SIGMA LTDA., sociedad que no resultó adjudicataria en el proceso. A continuación se resumen las particularidades de este proceso de selección, y las razones por las cuales SIGMA LTDA. no resultó adjudicataria del mismo:

- Como criterios para seleccionar al adjudicatario del proceso de selección No. 10150230-EGC-0091-2008, GAS NATURAL contempló una serie de requisitos técnicos, los cuales se constituyeron como requisitos habilitantes de las propuestas. Una vez evaluados los

⁵² Diligencia de testimonio llevada a cabo en día 28 de marzo de 2012 al señor Alejandro Arango Alzate en su calidad de Técnico en Compras Redes y Servicios de Negocios de GAS NATURAL. Cuaderno Público 15 Folio 6566.

requisitos habilitantes, se analizó la oferta económica de los organismos que resultaron habilitados.

- Los requisitos técnicos generales, aplicables a todos los organismos que presentaran su propuesta, consistieron fundamentalmente en:

[REDACTED]

En adición a los requisitos técnicos generales, GAS NATURAL exigió, únicamente para aquellas empresas que hubieran celebrado y ejecutado contratos similares con la investigada, los siguientes:

[REDACTED]

53

[REDACTED]

⁵⁸ En diligencia de testimonio llevada a cabo el día 27 de marzo de 2012, el señor Andres Soto Pinto, en su calidad de Encargado de Ingeniería y Calidad de instalaciones y revisiones quinquenales de GAS NATURAL, definió el nivel de defectología así:

"Despacho Preguntado: ¿A qué hace referencia con el Índice de defectología?

Contestó: Es de esa muestra aleatoria que se sacaba, qué tanto porcentaje de esa muestra presentaba inconsistencias en cuanto a aplicación de criterios técnicos para cada uno de los organismos de inspección en un valor histórico de os trabajos realizados por ellos." Cuaderno Público No. 15 Folio 6549. Minuto 19:40

22

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 31

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

- En relación con la evaluación de ofertas económicas, la evaluación económica se constituyó en una oferta de precios que realizaban todos los organismos de inspección participantes, en función de un precio base de concurso ("k" de contratación).
- Respecto de la participación de SIGMA LTDA. en los procesos de selección convocados por GAS NATURAL, fue posible determinar que ésta fue convocada para participar en el proceso de selección adelantado en el año 2008, y además había sido, no sólo invitada sino adjudicataria en concursos anteriores [REDACTED]. En consecuencia, este Despacho comparte la conclusión de la Delegatura respecto de que SIGMA LTDA. no fue objeto de ningún tipo de exclusión en cuanto a la recepción de ofertas y posterior participación en el concurso objeto de análisis.
- De acuerdo con la información que reposa en el expediente y el análisis de la Delegatura, se encontró que los procesos de selección convocados por GAS NATURAL para este fin, no estaban exclusivamente orientados a organismos que tuvieran experiencia en inspección de redes, sino también organismos sin experiencia específica⁶⁰. Por tanto, no se evidenció que GAS NATURAL haya implementado algún tipo de restricción que le impidiera tanto a la sociedad SIGMA LTDA. como a nuevos competidores, presentar una oferta y hacer parte de los concursos realizados por dicha distribuidora.

[REDACTED] En relación con la evaluación de la propuesta de SIGMA LTDA. en el concurso No. 10150230-EGC-0091-2008, la Delegatura analizó la evaluación realizada por GAS NATURAL y pudo evidenciar [REDACTED]

[REDACTED] Frente a los requisitos habilitantes aplicables a las empresas que hubieran celebrado contratos con GAS NATURAL, y en particular frente al requisito de trabajos previos, se evidenció que SIGMA LTDA. obtuvo un puntaje muy deficiente. Ello, debido a que durante la ejecución de un trabajo anterior, a SIGMA LTDA. le fue suspendida la acreditación como organismo de inspección mediante Resolución No. 11554 del 21 de abril de 2008 de esta Superintendencia⁶², y a pesar de ello continuó ejecutando inspecciones de redes, [REDACTED]

59 [REDACTED]

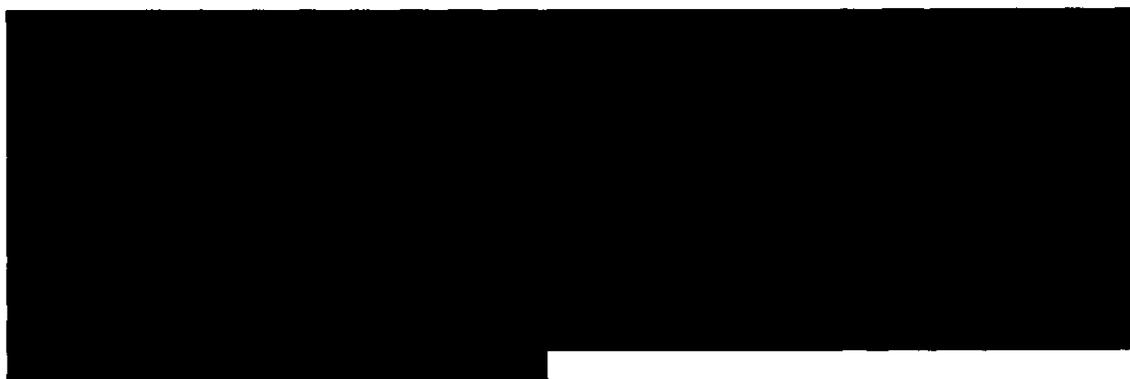
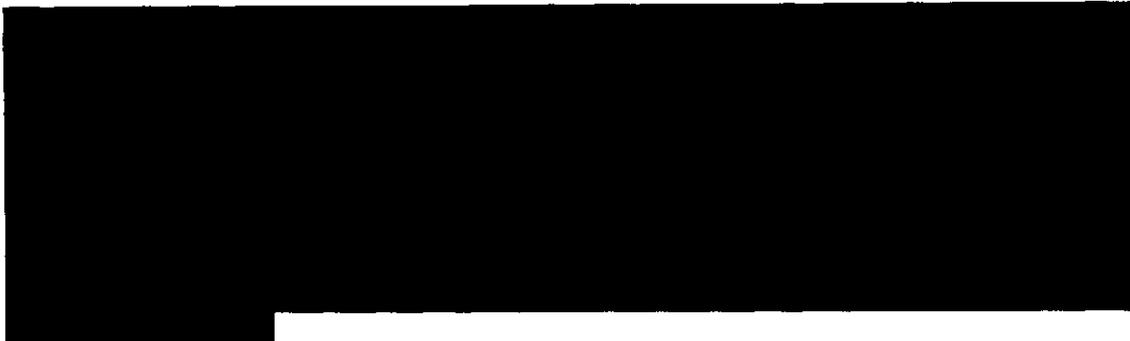
⁶⁰ Cfr. Informe Motivado, numeral 8.2. Cuaderno Público No. 16 Folios 7152.

61 [REDACTED]

⁶² La Resolución No. 11544 de 2008 resolvió recurso de reposición y confirmó en todas sus partes la Resolución No. 45052 de 28 de diciembre de 2007, mediante la cual se impuso sanción a la sociedad SIGMA LTDA. Cuaderno Público No. 9, folios 2554 y 2575.

63 [REDACTED]

42



- Por último, se evidenció que GAS NATURAL concluyó la evaluación técnica, evaluando en el ítem 8 el nivel de defectología de los trabajos de RTR con GAS NATURAL para el año 2008 y, una vez más el puntaje obtenido por SIGMA LTDA. fue el más bajo entre los participantes⁶⁵.
- Este Despacho comparte las conclusiones de la Delegatura en este punto, en las que manifestó lo siguiente:

"En términos generales, esta Delegatura acorde con las pruebas practicadas, no evidenció que en el marco del concurso objeto de análisis, la empresa GAS NATURAL, haya discriminado a la quejosa o haya intentado obstruir la entrada de la misma a dicho concurso. Por el contrario, tal como fue analizado anteriormente, SIGMA LTDA fue invitada a participar de éste, pero su desempeño en la evaluación de "trabajos previos" con la compañía, le impidió objetivamente continuar participando en la evaluación económica."⁶⁶

(...)

⁶⁴ 

⁶⁵ Cfr. Tabla No. 2 del Informe Motivado. Cuaderno Público No. 16 Folio 7140.

⁶⁶ Informe Motivado. Cuaderno Público No. 16 Folios 7144 y 7145.

"[...] las opiniones de diferentes organismos de inspección que han participado junto a SIGMA LTDA en los procesos de selección adelantados por GAS NATURAL, reafirman las conclusiones mencionadas respecto de la objetividad en el desarrollo de dichos concursos. De manera que, en consideración de esta Delegatura y acorde con las pruebas practicadas no se encontró ningún tipo de práctica contraria a la libre competencia ejecutada por GAS NATURAL en contra de SIGMA LTDA, y en general de ningún participante, en el marco de las convocatorias realizadas con el objeto de realizar actividades de inspección técnica reglamentaria.

Por último, tal como se mencionó en líneas anteriores, esta Delegatura no evidenció ningún tipo de preferencia o ventaja concedida por GAS NATURAL a la sociedad SERVICONFORT en el concurso N° 10150230-EGC-0091-2008, de hecho, en la tabla que se presenta a continuación se relaciona el total de operaciones a programar asignadas a cada organismo de inspección que resultó adjudicatario del proceso."⁶⁷

9.4.5. Sobre la negativa a contratar

Este Despacho estima conveniente complementar el análisis expuesto en el acápite anterior con la visión de lo que en la doctrina internacional se conoce como negativa a contratar, que se puede definir así:

*"La negativa a contratar es, en principio una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, **sin justificación**, a contratar con un proveedor o con un cliente. (Subrayado fuera de texto original)*

En principio, la ley deja libertad a las empresas individuales a negarse a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por intención apoyar alguna restricción considerada ilegal o constituya un intento para monopolizar el mercado. Sin embargo existen casos en los que la práctica es comprensible y refleja condiciones de mercado"⁶⁸.

En el caso que nos ocupa, no es posible afirmar que haya existido una negativa injustificada de GAS NATURAL a contratar a SIGMA LTDA. como contratista acreditado para realizar revisiones quinquenales a las redes internas de gas natural de sus usuarios, debido a que no se encontró que haya existido práctica alguna por parte de GAS NATURAL para negar a SIGMA LTDA. la oportunidad de presentarse a participar en las convocatorias abiertas. Por el contrario, y tal como se expuso más arriba, se encontró que, en varias oportunidades, GAS NATURAL ha abierto convocatorias, que cuentan, entre otras, con las siguientes características:

- Incluyen a un número plural de participantes (entre ellos, SIGMA LTDA.).
- Tienen requisitos claros y objetivos sobre la habilitación de participantes
- Incluyen criterios claros de la forma en la que se calcula el puntaje para las empresas que resulten habilitadas para participar en las convocatorias.

⁶⁷ Informe Motivado. Cuaderno Público No. 16 Folios 7146.

⁶⁸ Ver www.worldcat.org. Pinkas Flint. *Tratado de defensa de la libre competencia*. Estudio Exegético de D.L. 701. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002. Página 1147.

RESOLUCIÓN NÚMERO 447 DE 2013 Hoja N°. 34

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

En lo que atañe a los criterios de calificación del proceso de selección No. 10150230-EGC-0091-2008, las pruebas evidencian que se aplicaron los criterios arriba descritos, y además se pudo corroborar que el bajo puntaje otorgado a SIGMA LTDA. obedeció a criterios objetivos respecto de las competencias técnicas que debía tener todo contratista y del desempeño que hubiera tenido en contratos anteriores con GAS NATURAL.

Adicionalmente, de las pruebas que obran en el expediente se puede apreciar que una de las razones por las cuales SIGMA LTDA. ha obtenido puntajes menores en las licitaciones realizadas por GAS NATURAL –y que a su vez le han impedido ser contratista de la misma en algunas oportunidades-, es su incumplimiento pasado de obligaciones legales y contractuales en la prestación de servicios (tales como la pérdida de su acreditación y la prestación de servicios sin estar acreditado), situación que ha sido tenido en cuenta por GAS NATURAL para decidir su contraparte en contratos futuros. Para este Despacho, el que una empresa considere el incumplimiento pasado de obligaciones legales y contractuales como criterio para abstenerse de contratar con la empresa que las ha incumplido, no puede ser considerado como un criterio injustificado para negarse a contratar, incluso cuando la negativa proviene de una firma dominante.

Por lo anterior, en este caso no se configura la hipótesis de negativa injustificada a contratar por parte de GAS NATURAL. Para el Despacho también es claro que tampoco se configuró por parte de GAS NATURAL conducta alguna tendiente a concluir que se aplicaron condiciones discriminatorias entre los diferentes participantes en los concursos, que pudieran llevar a concluir que SIGMA LTDA. o cualquier otro, pudiera estar arbitrariamente en una situación desventajosa frente a los demás participantes del mercado de inspecciones periódicas, como consecuencia de un abuso de la posición de dominio que ostenta GAS NATURAL en el mercado de distribución y comercialización de gas natural.

También fuerza concluir, con base en el análisis precedente y el acervo probatorio que reposa en el expediente, que no es posible afirmar que GAS NATURAL haya actuado de manera tal que obstruyera o impidiera el acceso al mercado de inspecciones quinquenales de redes internas de gas natural a SIGMA LTDA. o a cualquier otro tercero, puesto que, como se evidenció, existieron criterios objetivos de calificación en las convocatorias públicas que abrió GAS NATURAL para seleccionar contratistas que realizaran las inspecciones quinquenales de las redes internas de sus usuarios. Adicionalmente, GAS NATURAL tenía la responsabilidad exclusiva sobre la realización de tales inspecciones, que la regulación le permitía llevar a cabo directamente o a través de terceros.

En consecuencia de lo anterior, este Despacho ordenará el cierre de la presente investigación por no haberse configurado ninguna de las conductas antes descritas por las cuales se abrió la investigación en contra de GAS NATURAL.

9.4.6. Abuso de posición de dominio en el mercado conexo

De acuerdo con lo señalado anteriormente, este Despacho comparte la conclusión presentada por la Delegatura en el Informe Motivado, según la cual GAS NATURAL no abusó de su posición de dominio en el mercado conexo de revisión quinquenal de redes de gas natural.

RESOLUCIÓN NÚMERO 447 DE 2013 Hoja N°. 35

“Por la cual se ordena el cierre de una investigación”

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

9.4.7. Respuesta a las observaciones de las investigadas frente al Informe Motivado

9.4.7.1. Sobre el mercado relevante

Las investigadas difieren de la definición de mercado relevante realizada por la Delegatura y afirman que el mercado de producto no corresponde únicamente a gas natural. En su opinión, de acuerdo con un análisis económico efectuado por la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME, existe una competencia entre las distintas fuentes energéticas. Así, concluyen que el gas natural sí cuenta con sustitutos, los cuales pueden ser más atractivos dependiendo del sector que se analice, razón por la que no puede limitarse el análisis al mercado de producto gas.

En cuanto al mercado geográfico, señalaron que no hay razones para limitar el mercado geográfico a la ciudad de Bogotá porque: (i) no es la zona donde GAS NATURAL ofrece sus servicios; y (ii) tampoco es la zona donde las empresas certificadoras ofrecen sus servicios. En opinión de las investigadas, el análisis de mercado relevante geográfico debe hacerse sobre el área geográfica donde tiene lugar la comercialización o influencia de gas natural y no sobre el lugar donde ocurrieron los hechos denunciados.

En relación con el mercado de producto, este Despacho considera preciso señalar que, a diferencia de lo afirmado por las investigadas, esta Superintendencia en la Resolución No. 8796 del 27 de febrero de 2012⁶⁹, indicó que si bien es posible encontrar diferentes combustibles sustitutos del gas natural, las diferencias significativas en precios, utilización, disponibilidad, calidad y localización de la oferta, así como los costos en que debe incurrir un usuario para realizar la conversión, no permiten concluir que exista sustitución perfecta del gas natural con otras fuentes de energía y, por lo tanto no se incluyen en la definición del mercado relevante. En otras palabras, si bien puede haber algún grado menor de sustituibilidad de algunos combustibles con el gas natural, dicha sustituibilidad no es suficiente para que exista una presión competitiva efectiva sobre los distribuidores y comercializadores de gas natural.

Ahora bien, en cuanto a la delimitación del mercado geográfico, el Despacho comparte parcialmente lo afirmado por las investigadas respecto de que no hay razones para limitar el mercado geográfico a la ciudad de Bogotá. En efecto, coincide con lo afirmado en las observaciones respecto de que Bogotá no es la zona donde la investigada ofrece sus servicios, por lo que considera pertinente remitirse al literal c) del numeral 9.4.1.1, en el cual se indicó que GAS NATURAL presta el servicio público de distribución de gas natural en Bogotá, Soacha y Sibaté.

Sin embargo, no son de recibo los argumentos de que el mercado geográfico no se debe limitar a Bogotá porque no es la zona donde las empresas de inspección ofrecen sus servicios, y que el análisis de mercado geográfico debe hacerse sobre el área geográfica donde tiene lugar la comercialización de gas natural y no sobre el lugar donde ocurrieron los hechos denunciados.

⁶⁹ Por medio de la cual se ordenó el archivo de la investigación contra GAS NATURAL S.A. E.S.P. para determinar si contravino lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

44

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 36

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

Si bien esta Superintendencia no desconoce la posibilidad que tendrían las empresas que realizan la inspección de las redes internas de prestar sus servicios en otras ciudades, considera importante señalar que en los casos de abuso de posición dominante, el mercado geográfico obedece al área geográfica donde se produjo el presunto abuso⁷⁰, que, como quedó demostrado anteriormente, fue precisamente en la zona donde la investigada presta sus servicios y donde SIGMA LTDA. realiza el 95% de su actividad.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que las mismas investigadas señalaron que los servicios de revisiones periódicas son contratados por GAS NATURAL no sólo para Bogotá, sino también para los municipios de Soacha y Sibaté, este Despacho concluye que el mercado geográfico donde se produjo el presunto abuso abarca a Bogotá, Soacha y Sibaté.

9.4.6.2. Sobre la determinación de posición de dominio

Frente a este tema, las investigadas manifestaron su inconformidad frente al análisis y conclusiones del Informe Motivado, así:

- Indicaron que la presente investigación debe cerrarse por sustracción de materia, sobre todo porque no está acreditado en el expediente que GAS NATURAL tenga posición de dominio. Lo anterior lo fundamentaron en que a pesar del monopolio natural establecido por la CREG, en la definición del mercado relevante no se incluyeron los combustibles sustitutos del gas natural, por lo que no se tuvo en cuenta el poder que ostentan los distribuidores de los mismos en el mercado relevante.

Al respecto, se reitera que existen factores que no permiten concluir que exista sustitución perfecta del gas natural con otras fuentes de energía y por lo tanto no se incluyen en la definición del mercado relevante.

Adicionalmente, a continuación el Despacho considera importante exponer lo señalado en el estudio denominado "*Diagnóstico fallas del mercado de gas natural en Colombia*" desarrollado para el Ministerio de Minas y Energía.

"El costo de la conversión de las térmicas y de los usuarios residenciales y la alta concentración en la oferta del sustituto más cercano, combustibles líquidos, por parte de Ecopetrol hace que la sustitución sea factible técnica (sic) pero no desde el punto de vista de la competencia.

(...)

⁷⁰ Sobre este punto señala Jaime Pellisé Capell que "(...) una primera aproximación al mercado geográfico se puede hacer atendiendo al área geográfica a la que se extiende la actividad de la empresa o empresas encausadas o en la que se sitúan las personas afectadas por la misma. Sin embargo, como el mercado geográfico es el territorio en el que la empresa dominante se enfrenta a la competencia en sus prácticas abusivas, a los efectos del artículo 82 TCE, puede constituir un mejor criterio de aproximación el del área geográfica en la que se produce el abuso, en la que se sitúan las personas perjudicadas por la práctica en cuestión (...)". Jaime Pellisé Capell. "La explotación abusiva de una posición dominante", Ed. Librería Civitas, 2005, pp. 146 y 147.

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 37

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

La CREG analizó que con un número de supuestos sobre precios de gas y take or pay, podría ser rentable la sustitución por otros combustibles. Así, puede calcularse para qué centrales era rentable la conversión a líquidos.

(...)

De lo anterior puede apreciarse que para las plantas de bajo despacho la conversión a líquidos parece rentable.

Pero el análisis tiene el error de considerar que el Take or Pay es fijado de manera competitiva. Si no fuese así se incurre en un error de análisis conocido como la "falacia de celofán" que consiste en aumentar el tamaño del mercado relevante porque se parte de un mercado en el que ya se presenta poder de mercado. Un monopolista fija precios a nivel de sustituto con lo cual al analizar un mercado no competitivo y ampliarlo con análisis a los sustitutos sólo implica que se encontrarán otros sustitutos"⁷¹

- De otra parte, las investigadas afirman que para concluir la existencia de posición de dominio, la Superintendencia debe apegarse a la definición legal de posición dominante y considerar el hecho de que el mercado de distribución de gas natural es "*fuertemente regulado*", lo que implica que el monopolista no puede determinar unilateralmente las condiciones del mercado que están definidas por la CREG. Adicionalmente, indican que la definición de posición dominante que se debe tener en cuenta en el presente caso es la que aparece en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 y no la que se señala en la Ley 142 de 1994.

Este Despacho disiente de las afirmaciones de las investigadas en este punto. Como se ha mencionado en oportunidades anteriores⁷², en primer lugar, se debe tener en cuenta que la Ley 1340 de 2009, en su artículo 4, dispone lo siguiente:

"Normatividad aplicable. La 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, aplicable a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico."

Así las cosas, si se tiene en cuenta que existe un régimen particular para los servicios públicos domiciliarios, regido principalmente por la Ley 142 de 1994, se debe analizar si allí existen disposiciones específicas en materia de competencia. Son varias las disposiciones especiales frente a la posición de dominio y prácticas restrictivas, pero para el presente caso, este Despacho llama la atención sobre el artículo 14, que en su numeral 13, dispone lo siguiente:

⁷¹ Tomado de: <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/archivosEventos/5831.pdf> Frontier Economics. "*Diagnóstico fallas del mercado de gas natural en Colombia*". Primera entrega del proyecto de visión de largo plazo del mercado de gas natural en Colombia, p. 23, febrero de 2010. Página consultada el 2 de noviembre de 2012.

⁷² Ver, por ejemplo, Resolución No. 8796 del 27 de febrero de 2012.

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 38

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

"Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.13. Posición dominante. Es 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."

En consecuencia, para el análisis sobre la posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural, objeto de la presente actuación administrativa, se debe aplicar la norma antes citada por cuanto se trata de una norma especial para el sector de los servicios públicos domiciliarios, al cual, sin duda alguna, pertenece GAS NATURAL.

Ahora bien, frente al argumento de las investigadas sobre la imposibilidad de existencia de una posición de dominio en el mercado de los servicios públicos por tratarse de un mercado altamente regulado, este Despacho también disiente de la posición de las investigadas, por cuanto, si bien es cierto que en un mercado regulado las empresas tienen un menor margen de maniobra frente a sus actuaciones y frente a las disposiciones contractuales, también es cierto que el sector de los servicios públicos se funda sobre los principios de libertad regulada en el régimen tarifario⁷³, y le son aplicables, por defecto, las disposiciones del derecho comercial⁷⁴. De manera tal que por el hecho de ser un mercado regulado no se puede concluir, como lo pretenden las investigadas, que las empresas no puedan contravenir las disposiciones relacionadas con la protección de la libre competencia, ni puedan ejercer posición de dominio sobre otros competidores o sobre los usuarios.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que una de las razones por las cuales existe un régimen de libertad regulada en materia de tarifas de distribución de gas, es que no existe suficiente presión competitiva en el mercado para evitar que quien opera en el mismo se abstenga de cobrar precios supracompetitivos.

- Por último, las investigadas afirman que monopolio y posición de dominio son dos categorías diferentes, por lo que el monopolio natural del que habla la CREG en la Resolución 108 de 1997 no implica tener posición de dominio.

Sobre esta afirmación, este Despacho señaló en la Resolución No. 8796 del 27 de febrero de 2012 que consideraba pertinente precisar que:

a. De acuerdo con la Resolución CREG No. 112 de 1997, *"la 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. (...)"*.

⁷³ Ver, por ejemplo, Ley 142 de 1994, artículos 14.10, 14.11, 86 a 88.

⁷⁴ Ley 142 de 1994. *"Artículo 19. Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:*

(...)

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

b. Toda vez que las barreras a la entrada le otorgan a las empresas establecidas ventajas sobre los potenciales entrantes, éstas deben ser tenidas en cuenta para determinar si una empresa tiene posición de dominio en un mercado determinado.

c. El hecho de considerar la actividad de distribución de gas natural como un monopolio natural, se constituye en una barrera a la entrada de un nuevo competidor, toda vez que no permite que opere más de un distribuidor en cada mercado relevante.

d. En la Resolución No. 32505 de 2011⁷⁵, este Despacho indicó que "la teoría económica considera que "[l]as barreras a la entrada legales crean un monopolio legal (...)"⁷⁶.

e. Adicionalmente en dicha resolución se señaló que la doctrina ha precisado que:

"(...) el análisis de las autoridades comunitarias se limitará a examinar el contenido de los preceptos que establecen el monopolio de la empresa y ya no será necesario ningún otro o muy pocos análisis complementarios. Así lo recordó el Tribunal en Merciconvencionali porto di Genova (1991), donde el Tribunal de Justicia, frente a concesión portuaria, señala que <<... es jurisprudencia reiterada... que una empresa que disfruta de un monopolio legal... ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 (actual 82) TCE>>"⁷⁷. (Subrayado fuera de texto).

Así, de acuerdo con lo señalado anteriormente, es forzoso concluir que la investigada es monopolista en el mercado de distribución de gas natural, y que ostenta posición de dominio en dicho mercado.

9.4.7.2. Sobre las condiciones para que se ejerza la posición de dominio en mercados conexos

En criterio de las investigadas, las condiciones para que se configure un abuso de posición de dominio en un mercado conexo no se verificaron, toda vez que no existen en el presente caso debido a que:

- a. GAS NATURAL no tiene posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural en Bogotá, Soacha y Sibaté, y consideran que no se cumple la condición de que el producto principal y el secundario sean bienes distintos, toda vez que bajo la regulación vigente para la época de los hechos, la actividad de inspección era exclusivamente de la distribuidora.

Sobre este punto, el Despacho reitera lo señalado en el literal a), numeral 9.4.1.1 de la presente resolución, en el que se estableció que la investigada sí tiene posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural.

⁷⁵ Por medio de la cual se ordenó el archivo de la investigación a GAS NATURAL S.A. E.S.P. para determinar si contravino lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

⁷⁶ Parkin, Michael; Economía; Pearson Addison Wesley, p. 258.

⁷⁷ Pellisé Capell, Jaume. "La explotación abusiva de una posición dominante", Ed. Librería Civitas, 2005, p. 194.

RESOLUCIÓN NÚMERO 447 DE 2013 Hoja N°. 40

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

Ahora bien, no es de recibo el argumento de que no se cumple la condición de que el producto principal y el secundario sean bienes distintos, debido a que la actividad de inspección era exclusivamente de la distribuidora.

No se desconoce que bajo la normatividad vigente para la época de los hechos la responsabilidad de contratar el servicio de inspección de redes internas era de la distribuidora, en este caso GAS NATURAL. Sin embargo, no es cierto que lo anterior implique que la actividad de distribución de gas natural y la actividad de inspección de redes internas sean iguales.

No entiende este Despacho cómo las investigadas pretenden demostrar que el producto principal y el secundario son el mismo bien, si es evidente que si fueran el mismo bien tendrían las mismas funciones, lo cual claramente no ocurre.

- b. No se probó que la conducta de GAS NATURAL tuviera algún efecto tendiente a cerrar el mercado, por lo que, afirman que en ausencia de prueba alguna del efecto de cierre del mercado, no es posible hablar de abuso en mercado conexo.

Toda vez que ya quedó demostrado que la investigada no abusó de la posición de dominio que tiene en el mercado de distribución de gas natural, en su participación en el mercado de inspección de redes internas, el Despacho no se pronunciará frente a este argumento.

- c. La conducta de GAS NATURAL es lícita y está justificada en razón de la generación de seguridad para la vida e integridad de las personas que utilizan el gas natural, y no hay prueba de la finalidad anticompetitiva en ese mercado conexo.

El Despacho comparte las afirmaciones de las investigadas y considera que no es necesario realizar ningún pronunciamiento sobre las mismas.

9.5. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 establece la siguiente función:

"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. (...)"

Lo anterior implica que para poder imponer esta sanción a las personas naturales, debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa investigada de la cual la representante legal haga parte. En la presente investigación se concluyó que la investigada no incurrió en las conductas violatorias del derecho de la competencia que se le habían endilgado. Por tanto, la señora MARIA EUGENIA CORONADO ORJUELA, en su calidad de representante legal de GAS NATURAL y como persona natural no es susceptible de sanción por responsabilidad alguna, toda vez que no se encontró que GAS NATURAL, empresa a quien ella representa, haya incurrido en violación a las disposiciones sobre

RESOLUCIÓN NÚMERO 444 DE 2013 Hoja N°. 41

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

protección de la competencia que sirvieron de fundamento para abrir la presente investigación.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la sociedad GAS NATURAL S.A. E.S.P. no incurrió en las conductas previstas en los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante Resolución No. 36446 del 30 de junio de 2011, en contra de la sociedad GAS NATURAL S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que la señora MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA, en su calidad de representante legal de GAS NATURAL S.A. E.S.P. para la época de los hechos investigados, no incurrió los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, subrogado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO CUARTO: Ordenar la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante Resolución No. 36446 del 30 de junio de 2011 en contra de la señora MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA, en su calidad de representante legal de GAS NATURAL S.A. E.S.P. para la época de los hechos investigados, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto.

ARTÍCULO QUINTO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a GAS NATURAL S.A. E.S.P. a través de su representante legal o su apoderado, y a la señora MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA o su apoderado, entregándoles copia de la misma e informándole 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

17 ENE 2013

El Superintendente de Industria y Comercio,


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Carolina Liévano
Angela María Noguera 

Revisó: Felipe Serrano Pinilla 
Aprobó: Felipe Serrano Pinilla 

RESOLUCIÓN NÚMERO 14178 DE 2013 Hoja N°. 42

"Por la cual se ordena el cierre de una investigación"

Radicación: 09-141786

VERSIÓN PÚBLICA

NOTIFICACIONES:

**GAS NATURAL S.A. E.S.P.
MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA**

Apoderado

Doctor

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

C.C. N° 79.316.786 de Bogotá

T.P. N° 61.688 del C.S. de la J.

Calle 90 # 19 - 41 Of. 301

Teléfono: 2363995

Bogotá D.C.

42