



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

RESOLUCIÓN-NÚMERO -- 32505 DE 2011  
16 JUN 2011

Radicación: 05 044752

Por la cual se ordena el archivo 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, en el Decreto 3523 de 2009, 1687 de 2010,  
en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,*

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 2003536 del 21 de septiembre de 2005, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante el "Delegado") ordenó abrir investigación para determinar si la sociedad GAS NATURAL S.A. E.S.P., (en adelante "GAS NATURAL") 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.

Así mismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si el señor JOSÉ MARÍA ALMACELLAS GONZÁLEZ, representante legal de GAS NATURAL, incurrió en la responsabilidad establecida en el numeral 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas a las que se refiere el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Los hechos que dieron origen a la apertura de investigación, fueron resumidos en el Informe Motivado en los siguientes términos:

*1.1 La actuación administrativa se inició a raíz de la queja presentada por el Personero Municipal de Sibaté, quien se fundamentó en un escrito presentado por la empresa Gas Natural América's G.R. ante dicha entidad, en contra de la empresa Gas Natural S.A. E.S.P., como consta en la comunicación radicada con el número 05044752 del 11 de mayo del 2005. Dicha queja, tal como obra en el expediente, fue admitida por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia.*

*1.2. De la comunicación de la Personería Municipal de Sibaté se desprenden los siguientes hechos denunciados, los cuales se pueden resumir así:*

*"Dentro de las estrategias para la comercialización GAS NATURAL S.A. pretende otorgar aval exclusivo a una sola empresa que será la encargada de las instalaciones internas domiciliarias; empresa que a su vez hará parte de la FUERZA DE VENTA INTEGRAL, figura creada por ellos, con el privilegio de ser la única que cuente con la línea de crédito para financiar la instalación interna y cuyo cargo será imputado a la factura de venta del servicio durante el plazo al que se acoja el usuario. Al parecer ya le fue otorgado Aval exclusivo a la firma instaladora*

RESOLUCIÓN NÚMERO 32505 DE 2011 Hoja N°. 2

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

***GAS CONSULTORES<sup>1</sup>, no obstante existir innumerables empresas debidamente inscritas ante GAS NATURAL con el lleno de los requisitos y convenios vigentes que brindan la asesoría técnica, las instalaciones internas y el mantenimiento general.<sup>2</sup> (Negrilla fuera del texto)<sup>3</sup>***

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución de apertura a los investigados y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante oficio No. 05044752-00020000 del 27 de febrero de 2006<sup>4</sup> y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Delegado ordenó practicar las pruebas solicitadas y decretó las pruebas de oficio que consideró conducentes.

Se ordenó practicar visita administrativa a la sociedad GAS NATURAL, la cual tuvo lugar el día 20 de abril del mismo año, en la cual se aportaron al expediente los documentos enviados por el Investigado<sup>5</sup>.

**TERCERO:** Que culminada la etapa probatoria, la Delegatura de Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") presentó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante el "Superintendente") el Informe de Investigación correspondiente debidamente motivado<sup>6</sup>, en el cual recomendó archivar la investigación por considerar que los investigados no actuaron en contravención de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. De igual forma, se recomendó declarar que el señor JOSÉ MARÍA ALMACELLAS GONZÁLEZ no contravino lo dispuesto en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. A continuación, se hará una breve descripción del análisis realizado en el citado Informe.

La Delegatura consideró necesario determinar si GAS NATURAL habría abusado de su posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural por redes en el municipio de Sibaté. Según la queja presentada por GAS NATURAL AMÉRICA'S G.R. (en adelante GAS AMÉRICAS), este abuso de posición de dominio se realizó presuntamente mediante el otorgamiento de un "aval exclusivo" a la empresa GAS CONSULTORES LTDA (en adelante GAS CONSULTORES) para la construcción de instalaciones internas domiciliarias de gas natural, de acuerdo con los hechos descritos en la queja.

Para tal efecto, la Delegatura estableció si GAS NATURAL contaba con posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural por redes en el municipio de Sibaté, para el momento en que se concretaron los hechos. Para tal efecto, la Delegatura analizó los siguientes factores: (i) el agente económico; (ii) la descripción del sector de gas natural en Colombia; (iii) el mercado de la distribución y comercialización de gas natural por redes de tubería; en relación con lo cual se tuvo en cuenta a los usuarios y los precios; (iv) la cuota de participación en el mercado, en relación con lo cual se examinó la participación en el mercado geográfico relevante, (v) la participación a nivel nacional y; (vi) las barreras a la entrada de dicho mercado.

<sup>1</sup> El nombre completo de la sociedad señalada es GAS CONSULTORES LTDA. y se dedica al diseño y construcción de instalaciones domiciliarias y equipos para gas natural.

<sup>2</sup> Obrante a folios 2 a 4 del cuaderno No. 1 del expediente.

<sup>3</sup> Obrante a folio 1119 del cuaderno No. 5 del expediente.

<sup>4</sup> Obrante a folios 104 a 107 del cuaderno No. 1 del expediente.

<sup>5</sup> Obrante a folio 151 del cuaderno No. 1 del expediente.

<sup>6</sup> Obrante a folios 1119 a 1141 del cuaderno No. 5 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO\* ... 32505 DE 2011 Hoja N°. 3

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

Analizados los factores mencionados, la Delegatura encontró que la empresa GAS NATURAL tiene posición dominante en el mercado de distribución y comercialización de gas natural por redes en el municipio de Sibaté, al ser la única empresa prestadora de este servicio en dicho lugar.

En seguida, se realizó el análisis pertinente con el fin de determinar la existencia de un presunto abuso de posición de dominio por parte de GAS NATURAL en mercados conexos o ligados al mercado de distribución y comercialización de gas natural por redes en el municipio de Sibaté.

Con el fin de determinar lo anterior, fue necesario considerar el mercado conexo relevante en donde, presuntamente, se habrían presentado conductas que constituirían un abuso de posición de dominio por parte de la empresa GAS NATURAL.

Para tal efecto y en atención a la queja, se examinó el mercado de construcción de redes externas y acometidas y el mercado de construcción de redes internas en el municipio de Sibaté; conexos al mercado en el cual GAS NATURAL es dominante.

En relación con el mercado de construcción de redes externas y acometidas, la Delegatura constató que GAS NATURAL contrató, legalmente<sup>7</sup> y sin contravenir el régimen de protección de la competencia, a la empresa GAS CONSULTORES para la construcción de dichas obras en el municipio de Sibaté. Según lo anterior, la Delegatura no consideró necesario estudiar la conducta de GAS NATURAL sobre este mercado.

En el mercado de construcción de redes internas participan las empresas que se dedican a la realización de la infraestructura que permite la distribución y el consumo domiciliario de gas natural. Al respecto, la Delegatura encontró que GAS NATURAL no discriminó, en abuso de su posición de dominio, a las empresas participantes de este mercado conexo, ya que no otorgó un "aval exclusivo" a la empresa GAS CONSULTORES para la construcción de redes internas. Así mismo, la Delegatura determinó que las diferencias existentes entre el tratamiento que GAS NATURAL le daba a GAS CONSULTORES y a GAS AMÉRICAS, respondía a razones objetivas, extensibles a cualquier empresa en condiciones similares.

En conclusión, la Delegatura recomendó archivar la presente investigación, toda vez que no encontró que los hechos, fundamento de la queja, dieran lugar a una contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Consecuentemente, la Delegatura recomendó no sancionar al señor JOSÉ MARÍA ALMACELLAS GONZÁLEZ considerando que al no haber existido una conducta anticompetitiva por parte de la empresa GAS NATURAL, su representante legal para la época de los hechos, no incurrió en la responsabilidad establecida en el numeral 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al no haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas a las que se refiere el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

**CUARTO:** Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, se dio traslado a los

<sup>7</sup> Es responsabilidad a toda costa del distribuidor construir las redes locales de gas y las acometidas, según lo indica el Concepto CREG 0010547 de 2001.

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

investigados del Informe Motivado, quienes el 6 de abril de 2011 presentaron sus escritos con las observaciones al mismo<sup>8</sup>, cuyos argumentos se incluyen a continuación:

#### 4.1. DESCARGOS

En primer lugar, la sociedad GAS NATURAL indicó que comparte el análisis realizado por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en cuanto a que los comportamientos objeto de la investigación no implican que la compañía haya incurrido en una infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Por otro lado, GAS NATURAL señaló que la Delegatura no probó la posición de dominio de esta empresa para la época de los hechos. Lo anterior se fundamenta en que el raciocinio de sustituibilidad del Informe Motivado no se realiza "a partir una (sic) aproximación econométrica y del análisis de preciso de indiferencia que permiten calcular el grado de rivalidad de los sustitutos"<sup>9</sup>. Según lo anterior, GAS NATURAL manifestó que la deficiencia teórica del análisis de sustituibilidad presentado en el Informe Motivado "impide concluir de manera definitiva que el gas natural es un bien insustituible"<sup>10</sup>, con lo cual, el mercado relevante podría extenderse a todos los sustitutos del producto analizado<sup>11</sup> y, por lo tanto, las consideraciones sobre la posición de dominio de GAS NATURAL podrían variar.

En relación con las observaciones presentadas, este Despacho encuentra que si bien son acertadas en cuanto a lo que la literatura económica recomienda a la hora de realizar un análisis de sustituibilidad, no resultan aplicables para el caso en concreto, dado que nos encontramos frente a una situación de posición de dominio legal, tal y como se comprobó en el Informe Motivado<sup>12</sup>, sobre la cual la Delegatura se pronunció en los siguientes términos:

*"En los municipios donde Gas Natural presta los servicios de distribución y comercialización de gas natural por redes, la empresa cuenta con el 100% del mercado y ejerce el monopolio natural<sup>13</sup> del servicio. La Resolución CREG 112 de 2007 prevé:*

*"Que la actividad de Distribución de **gas natural es considerada un monopolio natural y en consecuencia es eficiente que sólo exista un distribuidor en cada mercado relevante (...)**"<sup>14</sup>. (Negritas fuera de texto)*

Según lo anterior, la Ley considera que la actividad de distribución de gas natural por redes es un monopolio natural lo cual implica una posición de dominio inherente a la empresa que presta este servicio en un mercado relevante determinado. Asimismo, vale la pena anotar que los mercados relevantes para distribución de gas natural por redes son

<sup>8</sup> Obrante a folios 1143 a 1145 del cuaderno No. 5 del expediente.

<sup>9</sup> Obrante a folio 1143 del cuaderno No. 5 del expediente.

<sup>10</sup> Obrante a folio 1145 del cuaderno No. 5 del expediente.

<sup>11</sup> *Ibidem*. Nota al pie número 2.

<sup>12</sup> Obrante a los folios 1119 a 1141 del cuaderno No. 5 del expediente.

<sup>13</sup> "Un monopolio natural se da cuando una sola empresa puede producir toda la producción del mercado con un coste menor que si hubiera varias empresas. Si una empresa es un monopolio natural, es más eficiente dejar que abastezca a todo el mercado que tener varias empresas compitiendo". En R. Pindyck y D. Rubinfeld; *Microeconomía*; Ed. Prentice Hall; Quinta Edición; Madrid; 2001; p. 358.

<sup>14</sup> Resolución CREG 112 de 2007

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

definidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en adelante CREG, y existe en ellos una sola empresa operante en aras de la eficiencia del mercado. Según lo anterior, existen características intrínsecas al servicio de distribución de gas natural por redes que hacen que sea un monopolio natural. Adicionalmente, la regulación de dicho servicio por parte de una entidad pública que, entre otras disposiciones, no permite que opere más de un distribuidor en cada mercado relevante, hace que esta actividad sea también un monopolio legal.

Al respecto, la teoría económica considera que "[l]as barreras a la entrada legales crean un monopolio legal. Un monopolio legal es un mercado en donde la competencia y la entrada de nuevas empresas están restringidas por la concesión de una franquicia pública, una licencia gubernamental, una patente o por derechos de autor"<sup>15</sup>.

Por su parte, la doctrina precisa que cuando la posición de dominio se encuentra reconocida por una Ley, no será necesario realizar análisis complementarios tendientes a confirmar tal posición en un mercado:

*"(Cuando la posición dominante viene establecida directamente por una Ley) 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 Merzi convenzionali porto di Genova (1991), donde el Tribunal de Justicia, frente a una 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>>"<sup>16</sup>.*

Lo anterior permite evidenciar la razón por la cual en el presente caso, esta Superintendencia se eximió de la necesidad de realizar un análisis econométrico de sustituibilidad, tal como se indica en las observaciones presentadas por la sociedad GAS NATURAL, toda vez que la posición de dominio con que cuenta dicha sociedad ya ha sido reconocida legalmente.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que al ser el mercado de construcción de redes internas conexo al de distribución y comercialización, se hace referencia a un mismo bien o producto, el gas natural, lo cual exime a la autoridad de adelantar un análisis técnico de sustituibilidad.

**QUINTO:** Habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho procede a resolver el presente caso en los siguientes términos:

### 5.1. COMPETENCIA

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la Ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad "Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones"

<sup>15</sup> Parkin, Michael; *Economía*; Pearson Addison Wesley; p.258.

<sup>16</sup> Pellisé Capell, Jaume. *La Explotación Abusiva de una Posición Dominante*. Civitas. Madrid España. 2005. Página 194.

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

*quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".*

El numeral 1 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 8 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, 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*".

Así mismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, en concordancia con los numerales 10, 13 y 14 del artículo 3 del Decreto 1687 y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153, 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.

## **5.2. MARCO NORMATIVO**

De conformidad con la Resolución No. 2003536 del 21 de septiembre de 2005, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, en este caso se examinó la presunta infracción a las siguientes normas:

### **5.2.1. Prohibición general**

Señala el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: "*Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos*".

### **5.2.2. Abuso de posición dominante**

De acuerdo con el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se considera abuso de posición de dominante<sup>17</sup> "*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*".

<sup>17</sup> La posición dominante se encuentra definida en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 como "*La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*".

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

**5.3. DE LA CONDUCTA INVESTIGADA**

Resulta fundamental para este Despacho identificar los mercados en los cuales participaba y/o tenía influencia GAS NATURAL.

De conformidad con el Informe Motivado, estos mercados son tres, a saber, (i) el mercado de distribución y comercialización de gas natural por redes en el municipio de Sibaté (ii) el mercado de construcción de redes externas y acometidas en el municipio de Sibaté (iii) el mercado de construcción de redes internas en el municipio de Sibaté. A continuación, este Despacho expone los principales elementos que caracterizan estos mercados.

**5.3.1. El sector del gas natural en Colombia**

Según la definición de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, el gas natural es un tipo de gas combustible compuesto principalmente por gas metano y otros gases como etano, dióxido de carbono y vapor de agua, el cual es usado principalmente como combustible<sup>18</sup>. En la Tabla No. 1 se describen los usos y aplicaciones de este producto discriminando de acuerdo al segmento de mercado en el cual se utiliza, así:

**Tabla No. 1. Usos y aplicaciones del gas natural.**

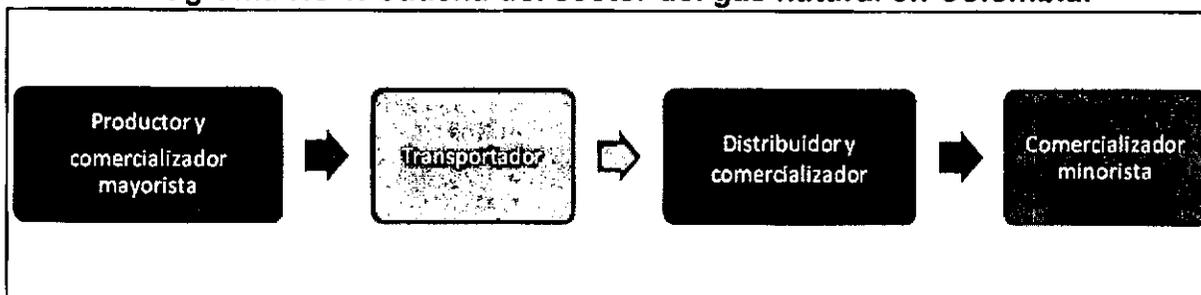
SEGMENTO DEL MERCADO	USOS/APLICACIONES
INDUSTRIAL	Generación de vapor
	Industria de alimentos
	Secado
	Cocción de productos cerámicos
	Tratamientos térmicos
	Temple y recocido de metales
	Generación eléctrica
	Producción de petroquímicos
	Sistema de calefacción
	Hornos de fusión
COMERCIO Y SERVICIOS	Calefacción central
	Aire acondicionado
	Cocción / preparación de alimentos
	Agua caliente
ENERGÍA	Cogeneración eléctrica
	Centrales térmicas
RESIDENCIAL	Cocina
	Calefacción
	Agua Caliente
	Aire Acondicionado
GAS NATURAL VEHÍCULAR (GNV)	Carros
	Taxis
	Buses

Elaboración SIC

<sup>18</sup>Comisión de Regulación de Energía y Gas. Definición CREG. En: [http://www.creg.gov.co/html/i\\_portals/index.php?p\\_origin=internal&p\\_name=content&p\\_id=](http://www.creg.gov.co/html/i_portals/index.php?p_origin=internal&p_name=content&p_id=). Consultada en Febrero de 2011.

La industria del gas natural, se compone de cuatro eslabones en su cadena productiva. Dichos eslabones se ilustran en el Diagrama No. 1:

**Diagrama No 1. Cadena del sector del gas natural en Colombia.**



Elaboración SIC

De conformidad con el esquema descrito, la industria de gas natural en Colombia está compuesta por los siguientes agentes:

- **Productor-Comercializador Mayorista:** Es la empresa que produce y extrae gas natural de los yacimientos. Actúa como comercializador mayorista ante grandes usuarios como industrias, termoeléctricas y distribuidores de gas natural. Puede participar en el mercado secundario de suministro y transporte<sup>19</sup> y exportar el producto según la regulación vigente de la CREG. Actualmente existen ocho (8) empresas productoras en el país<sup>20</sup>.
- **Transportador:** Es la empresa que se encarga de movilizar el gas a través del conjunto de gasoductos que conforman el Sistema Nacional de Transporte<sup>21</sup>. El gas es llevado desde el punto de ingreso al sistema de transporte de los lugares de producción hasta las estaciones puerta de ciudad<sup>22</sup>, en donde el gas es inyectado al sistema de distribución<sup>23</sup> de las empresas distribuidoras. De manera alternativa, el gas puede ser transportado directamente hasta los puntos de recibo de las grandes industrias o generadores termoeléctricos (grandes consumidores). En Colombia operan actualmente ocho (8) empresas transportadoras<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Mercado Secundario: "Es el mercado de gas natural y de capacidad de transporte, donde los Remitentes con Capacidad Disponible Secundaria y/o Agentes con Derechos de Suministro de Gas pueden comercializar libremente sus derechos contractuales". Resolución CREG 033 de 1999.

<sup>20</sup> Actualmente las empresas productoras son: BP SANTIAGO OIL COMPANY, CHEVRON PETROLEUM COMPANY, ECOPETROL, EQUION ENERGÍA LIMITED, HOCOL S.A., INTEROIL COLOMBIA EXPLORATION AND PRODUCTION, PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA LTD Y TEPMA.

<sup>21</sup> 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 033 de 1999.

<sup>22</sup> Estación puerta de ciudad: "Es la estación reguladora de la cual se puede desprender un sistema de distribución o un subsistema de transporte". Resolución CREG 011 de 2003.

<sup>23</sup> Sistema de distribución: "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.

<sup>24</sup> Actualmente 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.

RESOLUCIÓN NÚMERO 32505 DE 2011 Hoja N° 9

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

- Distribuidor y comercializador: Es la empresa que se encarga de conducir el gas a través de redes de gasoductos, denominadas sistema de distribución, desde la estación puerta de ciudad hasta la conexión del usuario final. Este agente tiene el carácter de comercializador cuando presta el servicio de distribución a clientes regulados según lo estipula el Decreto 3429 de 2003 de Ministerio de Minas y Energía<sup>25</sup>. También puede ser comercializador minorista cuando participa en el mercado secundario de suministro y transporte.
- Comercializador minorista: Es la empresa que compra o vende gas a título oneroso. Generalmente es una firma que obtiene gas para desarrollar sus actividades y tiene la posibilidad de vender sus remanentes<sup>26</sup> en el mercado secundario de suministro y transporte. En este sentido, distribuidores y grandes consumidores pueden ser también comercializadores.
- Usuario final: Comprende a los usuarios regulados y a los no regulados:
  - *Usuarios regulados*: Su consumo es inferior a 100 mil pies cúbicos día (kpcd) o su equivalente en metros cúbicos (m<sup>3</sup>). En esta categoría se encuentran los usuarios residenciales y los pequeños usuarios industriales y comerciales.
  - *Usuarios no regulados*: Su consumo es superior a 100 mil pies cúbicos día (Kpcd) o su equivalente en metros cúbicos (m<sup>3</sup>). En este nivel de consumo se encuentran los grandes usuarios comerciales e industriales, los distribuidores de gas natural vehicular GNV y las termoeléctricas.

De acuerdo con el Informe Motivado, la empresa GAS NATURAL se ubica en el tercer eslabón de la cadena, donde desarrolla la actividad de distribución y comercialización de gas natural.

### 5.3.2. Mercado de la distribución y comercialización de gas natural por redes de tubería en el municipio de Sibaté

Según la Resolución CREG 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".*

La empresa GAS NATURAL presta el servicio público de distribución de gas natural por redes de tubería a usuarios regulados y no regulados. Al respecto de la sustituibilidad del gas natural, como se dijo anteriormente, este Despacho concluye que al ser el servicio de distribución de gas natural por redes un monopolio natural, este servicio posee características intrínsecas que hacen que la empresa prestadora cuente con una posición de dominio en el mercado relevante. Según lo anterior y dado que el mercado conexo de

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Se entiende por remanente la Capacidad Disponible Secundaria y/o sus Derechos de Suministro de Gas. Resolución CREG 033 de 1999.

RESOLUCIÓN NÚMERO 32505 DE 2011 Hoja N°. 10

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

construcción de redes internas hace referencia a un mismo bien o producto, el gas natural, no es necesario realizar un análisis adicional -ni cualitativo ni cuantitativo- al respecto.

La empresa en cuestión realiza su actividad económica en la ciudad de Bogotá D.C. y en los municipios de Soacha y Sibaté, los cuales comprenden su mercado geográfico relevante según lo establece la Resolución CREG 033 de 2004<sup>27</sup>. Sin embargo, teniendo en cuenta que la investigación surge de los hechos denunciados en el municipio de Sibaté, el análisis que se realizó en el Informe Motivado y que realizará este Despacho, se limita a considerar la posición de dominio que la empresa ejerce en el área de influencia delimitada por el municipio de Sibaté.

Así, la actividad de la empresa GAS NATURAL, para efectos del análisis de posición de dominio que nos compete, queda circunscrita al servicio de distribución de gas natural por redes a usuarios regulados y no regulados en el municipio de Sibaté. A continuación se describen las principales características de este servicio en ese mercado:

#### 5.3.2.1 Usuarios

Los usuarios residenciales del servicio de distribución de gas natural por redes en Sibaté se clasifican por estrato socioeconómico, mientras que los no residenciales están agrupados según el segmento del mercado al que pertenecen. La siguiente tabla presenta la información sobre los usuarios residenciales y no residenciales que son fueron atendidos por la empresa GAS NATURAL durante los años 2005 a 2010:

<sup>27</sup> 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."

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

**Tabla No. 2. Usuarios residenciales y no residenciales de la empresa GAS NATURAL entre los años 2005 y 2010 para el municipio de Sibaté.**

AÑO	SECTOR	ESTRATO	USUARIOS #	%
2005	RESIDENCIAL	ESTRATO 1	62	4,20%
		ESTRATO 2	804	54,00%
		ESTRATO 3	617	41,40%
		ESTRATO 4	4	0,30%
	NO RESIDENCIAL	COMERCIAL	3	0,20%
TOTAL GENERAL			1490	100%
2006	RESIDENCIAL	ESTRATO 1	227	7,40%
		ESTRATO 2	1967	63,90%
		ESTRATO 3	846	27,50%
		ESTRATO 4	1	0,03%
	NO RESIDENCIAL	COMERCIAL	37	1,20%
TOTAL GENERAL			3.078	100,00%
2007	RESIDENCIAL	ESTRATO 1	268	7%
		ESTRATO 2	2415	67%
		ESTRATO 3	929	24%
	NO RESIDENCIAL	COMERCIAL	48	2%
TOTAL GENERAL			3.680	100%
2008	RESIDENCIAL	ESTRATO 1	280	7%
		ESTRATO 2	2651	67%
		ESTRATO 3	954	24%
	NO RESIDENCIAL	COMERCIAL	63	2%
TOTAL GENERAL			3.958	100%
2009	RESIDENCIAL	ESTRATO 1	318	7%
		ESTRATO 2	2905	68%
		ESTRATO 3	967	23%
	NO RESIDENCIAL	COMERCIAL INDUSTRIAL	82	2%
TOTAL GENERAL			4270	100%
2010	RESIDENCIAL	ESTRATO 1	336	7%
		ESTRATO 2	3090	68%
		ESTRATO 3	1000	22%
	NO RESIDENCIAL	COMERCIAL INDUSTRIAL	111	2%
TOTAL GENERAL			4537	100%

Fuente: Sistema Único de Información de Servicios Públicos: <http://www.sui.gov.co>.  
Cálculos SIC.

Según la información anterior, para el 2005, año en que se presentó la queja contra GAS NATURAL, la empresa contaba con 1.490 usuarios, de los cuales el 99.8% pertenecían al sector residencial de usuarios regulados y el 0.2% al sector del comercio. Entre los años 2006 y 2010, GAS NATURAL continuó concentrando su actividad en el segmento residencial de usuarios regulados, el cual, en promedio, representó el 98% de sus consumidores. Por su parte, el segmento no residencial fue equivalente al 2% restante.

### 5.3.2.2 Tarifas

Los servicios de distribución y comercialización de gas natural que prestan las empresas de servicios públicos domiciliarios cuentan con tarifas previamente avaladas por la CREG. Así, la Resolución CREG 11 de 2003 establece los criterios generales para la remuneración de estas actividades por parte de los usuarios regulados<sup>28</sup>. En particular, la Resolución CREG 033 de 2004 aprueba el "Cargo Promedio de Distribución y Cargo Máximo Base de Distribución" de gas combustible por redes para la empresa GAS NATURAL en los municipios de Bogotá D.C., Soacha y Sibaté.

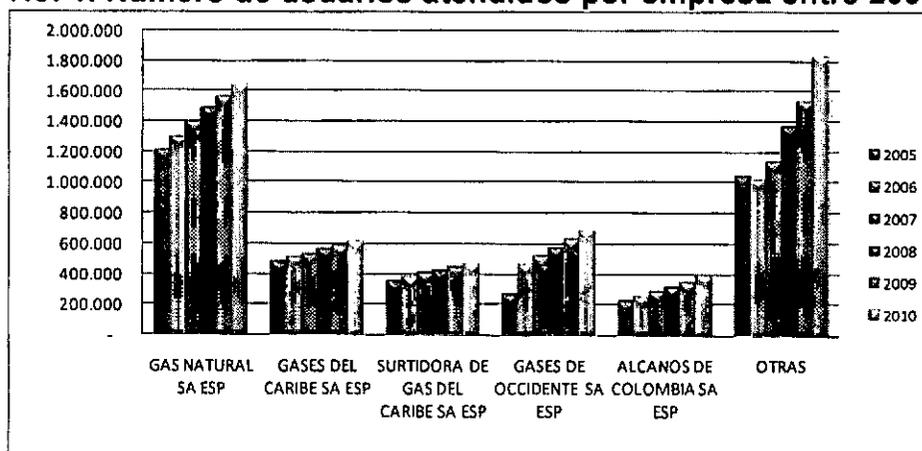
<sup>28</sup> Como anteriormente se explicó, las tarifas para usuarios regulados están definidas por la CREG mientras que las tarifas para los usuarios no regulados no están sometidas a la vigilancia de la CREG y resultan de una negociación libre entre la empresa prestadora del servicio público y el "gran consumidor".

### 5.3.2.3 Cuota de Participación en el Mercado

Para los efectos de esta investigación, se analizó la participación de la Empresa investigada en el mercado relevante de producto y geográfico. A continuación se muestra la participación de GAS NATURAL en el mercado relevante bajo estudio y a nivel nacional, aclarando que esta última sólo se indica con el fin de ilustrar el tamaño de la Empresa.

A nivel nacional existen 32 empresas distribuidoras y comercializadoras de gas natural. A continuación, se presenta un análisis de la participación de las empresas que prestan el servicio de distribución y comercialización de gas natural según el número de usuarios, para los años 2005 a 2010.

**Gráfica No. 1. Número de usuarios atendidos por empresa entre 2005 y 2010.**



Fuente: Sistema Único de Información de Servicios Públicos. [www.sui.gov.co](http://www.sui.gov.co). Cálculos SIC.

Como se observa en la gráfica anterior, la participación de GAS NATURAL en el mercado de la distribución y comercialización, según la cantidad de usuarios, fue siempre la mayor en el periodo de tiempo estudiado. En promedio, entre 2005 y 2010 la empresa atendió el 32% de los consumidores nacionales; lo anterior ilustra la importancia de la Empresa en el país.

En relación con la participación de la Empresa en el mercado relevante, se aclara que en los municipios donde GAS NATURAL presta los servicios de distribución y comercialización de gas natural por redes, la empresa cuenta con el 100% del mercado y ejerce el monopolio natural del servicio. Sobre esto se cita la Resolución CREG 112 de 2007:

*"Que la actividad de Distribución de gas natural es considerada un monopolio natural y en consecuencia es eficiente que sólo exista un distribuidor en cada mercado relevante;*

(...) <sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Resolución CREG 112 de 2007.

RESOLUCIÓN NÚMERO 32505 DE 2011 Hoja N°. 13

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

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se presenta el número de usuarios residenciales y no residenciales atendidos por GAS NATURAL entre los años 2005 a 2010:

**Tabla No. 3. Usuarios de la empresa GAS NATURAL en Sibaté para los años 2005 al 2008.**

AÑO	RESIDENCIALES	NO RESIDENCIALES	TOTAL	%PARTICIPACIÓN
2005	1.487	3	1.490	100%
2006	3.041	37	3.078	100%
2007	3.612	48	3.660	100%
2008	3.895	63	3.958	100%
2009	4.188	82	4.270	100%
2010	4.726	111	4.537	100%

Fuente: Sistema Único de Información de Servicios Públicos. <http://www.sui.gov.co>.  
Cálculos: SIC.

#### 5.3.2.4 Barreras a la entrada

Las barreras económicas de acceso al mercado están dadas por la estructura misma del mercado y por los costos hundidos. En este sentido, las principales barreras económicas pueden generarse ante la necesidad de grandes requerimientos de capital que permitan a los potenciales competidores hacerse a la infraestructura tecnológica y funcional necesaria para prestar este servicio en condiciones de competitividad. La existencia de costos hundidos<sup>30</sup> aunada al arraigo y posicionamiento de la empresa ya operante en el mercado, así como a sus posibilidades de maniobrabilidad dada su capacidad ociosa de producción, revelan un alto nivel disuasorio para los potenciales competidores que pretendan incursionar en este mercado.

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. Tal y como lo establece la Resolución CREG 011 de 2003, los cálculos que determinan dichos cargos tienen en cuenta la Inversión Base, la cual comprende las inversiones existentes y los proyectos de inversión futuros.

En relación con los costos hundidos, el Documento CREG 021 de 2004 le reconoce a la empresa GAS NATURAL una inversión existente al año 2002 de \$314.852.839.674 y un programa de proyectos de inversión futuros que asciende a \$155.860.000.000 y que cubre los años 2003 a 2007. Según lo anterior, la inversión necesaria para una empresa del tamaño de GAS NATURAL a 2007 es de \$470.712.839.674. La cifra anterior no tiene en cuenta los Gastos de Administración, Operación y Mantenimiento (AO&M) que ascienden a \$67.013.734.270 para el año 2007, según los cálculos de la CREG presentados en el documento ya citado.

<sup>30</sup> Los costos hundidos son costos fijos que no pueden ser recuperados si un negocio es vendido o abandonado. Ver Sullivan, Lawrence A. & Grimes, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. West Group, 2000. Pg. 55. Ver también Tirole, Jean. *The Theory of Industrial Organization*. MIT Press, 1.988. Pgs. 307 – 308 (Refiriéndose a los costos hundidos como los costos asociados con inversiones que producen una serie de beneficios a largo plazo pero que no pueden ser recuperados).

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

Por su parte, las barreras legales en este mercado se refieren a las Áreas de Servicio Exclusivo<sup>31</sup>. GAS NATURAL no cuenta actualmente con ninguna de éstas. Sin embargo, la Resolución CREG 112 de 2007 ha determinado que la distribución de gas natural por redes es un monopolio natural, por lo cual, considera que es económicamente eficiente que exista un único distribuidor por mercado relevante. Lo anterior explica la existencia de monopolios regionales-locales en la distribución de gas natural en cada uno de los mercados relevantes que han sido previamente definidos por la CREG.

Bajo este escenario, este Despacho concluye que la empresa GAS NATURAL tiene un predominio en el mercado de gas natural en el municipio de Sibaté, el cual muy difícilmente podrá alterarse en un horizonte de corto o mediano plazo. Lo anterior, se ajusta parcialmente a la definición de posición dominante, entendida ésta como la capacidad de una empresa de modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable del mercado analizado, durante un periodo perdurable, en tanto la tarifa es regulada para los usuarios residenciales.

Descrito el mercado de distribución y comercialización de gas natural relevante a esta investigación, es preciso anotar que en la industria del gas natural confluyen otra serie de actividades que configuran mercados distintos y conexos a los que conforman la cadena básica del sector, ilustrada en el Diagrama No. 1.

### **5.3.3. Mercados conexos al mercado de la distribución y comercialización de gas natural por redes en el municipio de Sibaté**

Al mercado de la distribución y comercialización de gas natural se encuentran vinculadas las actividades que hacen posible el suministro de gas al usuario final en su domicilio o empresa. Para conectar a un usuario al servicio de gas natural se requiere la construcción de dos tipos de redes: La red externa o local y la red interna. Ambas se unen en una obra llamada acometida.

- Red externa o local<sup>32</sup>: Es el conjunto de redes y tuberías que conforman el sistema de suministro del servicio público a una comunidad del que se derivan las acometidas de los inmuebles. La red local es de propiedad exclusiva de la empresa distribuidora y le corresponde a ésta construirla o contratar a un tercero para que a través suyo lo haga<sup>33</sup>.
- Red interna<sup>34</sup>: Es el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro de servicio público al inmueble a partir del medidor, o, en el caso de los suscriptores o usuarios sin medidor, a partir del registro de corte del inmueble. La red interna es propiedad del usuario, quien debe contratar su construcción directamente con firmas instaladoras técnicamente confiables e independientes, en este tipo de obras, de la empresa distribuidora de gas<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Es el área geográfica correspondiente a los municipios y otras áreas urbanas sobre las cuales se otorga exclusividad en la distribución domiciliar 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.

<sup>32</sup> Resolución CREG 108 de 1997. Definiciones.

<sup>33</sup> Al respecto ver el concepto CREG 0010547 de 2001.

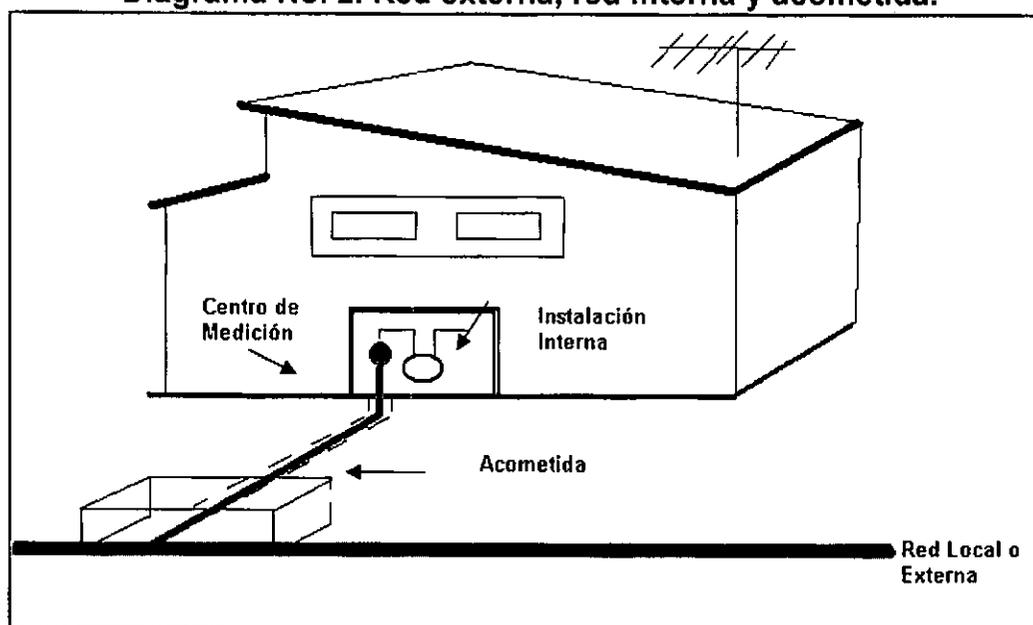
<sup>34</sup> Resolución CREG 108 de 1997. Definiciones.

<sup>35</sup> Al respecto ver el concepto CREG 0010547 de 2001.

- **Acometida**<sup>36</sup>: Es la obra que permite la unión entre la red de la empresa distribuidora y la del usuario, ya que es la derivación de la red local del servicio respectivo que llega hasta el registro de corte del inmueble. Los elementos necesarios para la acometida deben ser suministrados por el distribuidor e instalados por el mismo o por quien él contrate<sup>37</sup>.

El siguiente diagrama ilustra cada una de las construcciones descritas anteriormente:

**Diagrama No. 2. Red externa, red interna y acometida.**



Elaboración SIC

De la descripción anterior, el Informe Motivado distingue dos mercados conexos relevantes a la investigación: El mercado de construcción de redes externas y acometidas, y el mercado de construcción de redes internas.

#### **5.3.3.1 Mercado de construcción de redes externas y acometidas en el municipio de Sibaté**

La Resolución CREG 108 de 1997 prevé que es responsabilidad de la empresa distribuidora de gas la construcción y el mantenimiento de la red externa y las acometidas, de modo que ésta tiene la libertad legal de escoger quién realiza dichas obras en un municipio dado.

De acuerdo con el Informe Motivado, en el municipio de Sibaté, GAS NATURAL contrató a la empresa GAS CONSULTORES, tal como consta en el contrato MCR-018 de 2005 que reposa en el expediente<sup>38</sup>, el cual no fue objeto de estudio según se indicó en el Informe Motivado, ya que en el mismo no ocurrió ningún tipo de conducta reprochable a la luz de las normas de protección de la competencia.

<sup>36</sup> Resolución CREG 108 de 1997. Definiciones.

<sup>37</sup> Resolución CREG 067 de 1995 y Concepto CREG 10547 de 2001.

<sup>38</sup> Obrante a folio 511, cuaderno No. 3 del expediente.

### 5.3.3.2 Mercado de construcción de redes internas para la distribución y el consumo de gas natural en el municipio de Sibaté

Mientras que en el mercado de construcción de redes externas y acometidas, es la empresa distribuidora de gas la que escoge el constructor de estas obras; en el mercado de redes internas, es el usuario final quien contrata la empresa con la que desea realizar su instalación interna. Las firmas instaladoras no pueden ser escogidas por la distribuidora y comercializadora de gas natural.

Sin embargo, la empresa GAS NATURAL cuenta con un listado de firmas instaladoras técnicamente idóneas<sup>39</sup> que puede ser consultado por el cliente a la hora de escoger la empresa que realizará su instalación interna.

Descritos los mercados de distribución de gas natural por redes, construcción de redes externas y acometidas, y construcción de redes internas en el municipio de Sibaté, a continuación se presenta la relación entre éstos y la presunta conducta anticompetitiva investigada.

### 5.3.4 La conducta anticompetitiva investigada

Conforme con la Resolución de Apertura y el Informe Motivado, GAS NATURAL fue acusada de restringir la libre competencia, por violar el artículo 1 la Ley 155 de 1959, y el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Estas normas están dirigidas a la represión de abusos de posición de dominio.

#### 5.3.4.1 Del abuso de la posición de dominio

En virtud de lo previsto por el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, existirá posición dominante cuando se tenga *"[l]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado"*.

Según lo ha entendido esta Superintendencia<sup>40</sup>, un agente económico tendrá posición de dominio en un mercado, cuando esté en capacidad de modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable relevante para modificar el equilibrio del mercado, siempre y cuando pueda mantener su decisión y la modificación de la condiciones del mercado durante un periodo 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.

De acuerdo con lo señalado en el acápite 5.3.2 de esta Resolución, GAS NATURAL ostenta posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural por redes en el municipio de Sibaté. La cualidad de monopolio natural de este servicio hace que sea

<sup>39</sup> GAS NATURAL cuenta con el Registro Único de Firms Instaladoras RUF1, el cual corresponde a un listado de empresas que están constituidas legalmente, debidamente registradas ante la Superintendencia de Industria y Comercio, tienen el RIT y el RUT actualizado y se encuentran técnicamente certificadas por el SENA, el SGS o ICONTEC.

<sup>40</sup> Oficio 94039809 de septiembre 6 de 1994.

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

económicamente eficiente y legalmente aceptable la existencia de una sola empresa de distribución y comercialización de gas natural en cada mercado relevante.

**5.3.4.2 Abuso de posición de dominio de GAS NATURAL en mercados conexos o ligados al mercado de distribución y comercialización de gas natural por redes en el municipio de Sibaté**

Tal como lo contempla la Ley, dentro de las conductas empresariales que resultan contrarias a la libre competencia, se encuentra el abuso de posición de dominio. Según el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, la posición de dominio consiste en la "[...] posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".

De los preceptos legales previstos en dicho Decreto<sup>41</sup>, se desprende que las conductas abusivas y sus efectos, en principio, deben recaer en el mismo mercado en el cual determinado agente ostenta posición dominante. Sin embargo, el poder de mercado de una empresa puede alcanzar mercados distintos del mercado "dominado", situación que admite la posibilidad de que conductas de abuso y sus efectos puedan recaer en un mercado distinto de aquél en el que el actor detenta posición dominante<sup>42</sup>.

Por ejemplo, existen distintos mecanismos por medio de los cuales una empresa puede aprovechar su posición de dominio para incidir sobre otros mercados no dominados. Tal es el caso de las ventas atadas<sup>43</sup>, la negación a la venta<sup>44</sup>, la compresión de márgenes<sup>45</sup> y las cláusulas de exclusividad<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Al respecto ver el numeral 5° del artículo 45° y artículo 50° del Decreto 2153 de 1992.

<sup>42</sup> "Como hemos visto, en su concepción objetiva del abuso de posición dominante, las Autoridades Comunitarias han llegado a flexibilizar su relación entre posición de dominio y abuso hasta el punto de plantear serias dudas sobre la necesidad de un vínculo causal. Parece entonces que una concepción objetiva del abuso, poco preocupada por los medios y el vínculo causal, ha de posibilitar también la apreciación de un abuso en un mercado distinto del dominado. Si entre abuso y posición de dominio se admite una relación mediata del tipo dominio-resultado o, simplemente, no se considera necesario ningún vínculo causal, se tiene que convenir también que no es necesario que el abuso y la posición de dominio coincidan siempre en un mismo mercado, pues no es imprescindible detentar una posición de dominio en un mercado para poder realizar en él una conducta o un resultado abusivo... Esta posibilidad adquiere además especial relevancia, cuando una empresa controla un recurso esencial que otras necesitan para desarrollar sus actividades en otros mercados, ya que abre la posibilidad de usar el poder que genera la dependencia para incidir sobre ellos". En Pellisé Capell, Jaume; La explotación abusiva de una posición dominante; Ed. Civitas; Madrid; 2005; p. 332-333.

<sup>43</sup> "Un monopolista en un mercado puede usar su control sobre los precios en ese mercado para forzar a los compradores aguas abajo a firmar contratos que apalanquen su monopolio dentro de este otro mercado. Específicamente, el monopolista puede colocar a cada comprador aguas abajo en un dilema del prisionero, al fijar precios más favorables para el bien si el comprador firma un contrato que lo vincule... esto permite al monopolista en un mercado impedir, ineficientemente, la entrada al otro mercado". En Simpson, John and Wickelgren, Abraham; *Bundle discounts, leverage theory, and downstream competition*; American Law and Economics Review; Oxford University Press; 2007; p. 370. (Traducción SIC).

<sup>44</sup> "Cuando un monopolista integrado verticalmente puede vender tanto a su fabricante aguas abajo como a un fabricante rival, la negativa a suministrar al fabricante rival es similar a la venta atada de bienes complementarios. Los resultados aquí recaudados demuestran que el uso del apalancamiento del monopolio es un dispositivo excluyente efectivo y rentable". En Whinston, Michael; Tying, Foreclosure, and Exclusion; *The American Economic Review*; American Economic Association; Vol. 80; No. 4; septiembre de 1990; p. 856. (Traducción SIC).

<sup>45</sup> "El hecho de que una compañía dominante, tanto en el mercado de una materia prima como en el de su correspondiente producto derivado, mantenga un margen entre el precio que cobra por la materia prima a las compañías que compiten con ella en la fabricación del producto derivado y el precio que cobra por el producto derivado, insuficiente para reflejar los propios costes de transformación de la compañía dominante (en este caso, el margen mantenido por BS entre sus precios para el azúcar industrial y el azúcar al por menor, comparado con sus propios costes de envasado), con el resultado de que se restringe la competencia en relación con el producto derivado, es un abuso de posición dominante". En Comisión de las Comunidades Europeas; 18 de julio de 1988; *Naiper Brown vs. British Sugar*.

<sup>46</sup> "Habida cuenta de que la posición cuasimonopolística de que disfrutaba Tetra Pak en los mercados asépticos y su posición preeminente en los mercados no asépticos, distintos, pero estrechamente conectados, colocaban a dicha empresa en una situación comparable al disfrute de una posición dominante sobre los referidos mercados considerados

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

- (i) Cuando la conducta abusiva se produce 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 tienen 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.

Según expone el Informe Motivado, en la presente investigación los hechos denunciados e investigados imponen el análisis de la conducta desde los aspectos ii) y iii), esto es, abuso de la posición de dominio con el fin de reforzar tal posición de dominio en el mercado dominado o incrementar el poder de mercado en el mercado no dominado. Las anteriores situaciones no han sido extrañas a lo estudiado por otras autoridades de competencia<sup>47</sup>.

Respecto de ii) el análisis de la conducta no tiene sentido económico, en tanto que la empresa GAS NATURAL ya es dominante y monopolista natural en el mercado de distribución de gas, de manera que no tiene incentivo alguno para reforzar o mantener su posición de dominio en el mercado dominado y, conforme a la estructura de los costos de entrada, no existe en el corto y mediano plazo, posibilidades de que otra empresa entre al mercado de distribución de gas en el municipio de Sibaté.

Así las cosas, partiendo de la premisa anterior y teniendo en cuenta la queja que provocó la apertura de la presente investigación, se analiza conforme con las pruebas obrantes en el expediente, la posibilidad que tuvo GAS NATURAL de usar su posición de dominio para fortalecer su poder de mercado en el mercado conexo de instalación de redes internas de gas natural.

### 5.3.5 Caso Concreto

Tal y como se expuso anteriormente, por regla general, el abuso y sus efectos recaen en el mismo mercado en el cual el agente que lo ejecuta goza de posición dominante. Sin embargo, el abuso de la posición de dominio y sus efectos en un mercado pueden alcanzar mercados distintos del dominado y conexos con éste.

Los elementos que determinan una situación de abuso para reforzar posición de dominio o incrementar el poder de mercado en el mercado conexo se pueden resumir de la siguiente manera:

*en su conjunto*". En Tribunal de Justicia de la Unión Europea; 14 de noviembre de 1996; Tetra Pak vs. Comisión de las Comunidades Europeas.

<sup>47</sup> Véase: Case C-333/94 P *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*, [1996] ECR I-5951 (European Court of Justice); Case C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities*, [1991] ECR I-3359 (European Court of Justice); *Dwr Cymru Cyfyngedig v Albion Water Ltd & Anor*, [2008] EWCA Civ 536 (Court of Appeals of England and Wales); Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental B.V. v Commission of the European Communities* [1978] 1 CMRL 429 (European Court of Justice).

RESOLUCIÓN NÚMERO 32505 DE 2011 Hoja N°. 19

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

- La existencia de un mercado determinado, en el cual un agente tenga posición de dominio.
- La existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y consecencial con el mercado dominado.
- El agente que tiene la posición de dominio debe usar ese poder con el fin de obtener una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto de aquél en el cual posee dicho dominio<sup>48</sup>.

A continuación se examinará si en el caso objeto de estudio se configuran los citados elementos.

**5.3.5.1 La existencia de un mercado determinado, en el cual un agente tiene posición de dominio**

Tal y como se expuso en el acápite 5.3.2 de la presente Resolución, la empresa GAS NATURAL tiene posición dominante en el mercado de distribución y comercialización de gas natural por redes en el municipio de Sibaté, al ser la única que presta este servicio en dicho lugar.

**5.3.5.2 Mercados conexos o vecinos al mercado en el cual se ostenta posición de dominio**

Según lo expuesto en el acápite 5.3.3 de esta Resolución, existen otros mercados vecinos o conexos al de la distribución y comercialización de gas natural, cuya finalidad es el efectivo suministro de este servicio al usuario final. En particular son relevantes en este estudio; a) el mercado de construcción de redes externas y acometidas en el municipio de Sibaté y; b) el mercado de construcción de redes internas en el municipio de Sibaté.

Respecto del mercado de distribución y comercialización de gas natural por redes, la Resolución CREG 108 de 1997 prevé que es responsabilidad de la empresa distribuidora de gas la construcción y el mantenimiento de la red externa y las acometidas, de modo que ésta tiene la libertad legal de escoger quien realiza dichas obras en un municipio dado. Como se mencionó anteriormente, en dicho municipio, GAS NATURAL contrató a la empresa GAS CONSULTORES, tal como consta en el contrato MCR-018 de 2005 que reposa en el expediente<sup>49</sup>, el cual no fue objeto de estudio, ya que en el mismo no ocurrió ningún tipo de conducta reprochable a la luz de las normas de protección de la competencia.

De otro lado, está el mercado de construcción de redes internas para la distribución y consumo de gas natural. Este mercado tiene ciertas particularidades que lo distinguen del mercado de distribución de gas natural: i) el usuario final es quien contrata libremente a una firma instaladora para la construcción de la red interna y/o la instalación de los gasodomésticos y; ii) no existen restricciones legales que impidan que la empresa que realiza las redes externas de un municipio, en el marco de un contrato con la empresa

<sup>48</sup> Díez, Estella, F. UNIVERSIDAD ANTONIO NEBRIJA. *La Doctrina del Abuso en los Mercados Conexos: Del "Monopoly Leveraging" a las "Essential Facilities"*. Revista de Derecho Mercantil, N. 248. Julio de 2003, p. 5.

<sup>49</sup> Obrante a folio 511, cuaderno No. 3 del expediente.

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

distribuidora, también pueda construir las redes internas de los usuarios finales, si éstos la escogen dentro de las varias firmas instaladoras activas en el mercado.

A continuación, se analizará si se configuró un posible abuso por parte de GAS NATURAL respecto de los agentes instaladores participantes en el mercado de construcción de redes internas en el municipio de Sibaté.

#### 5.3.5.2.1 Mercado de construcción de redes internas

Conforme con las pruebas que obran en el expediente, la empresa GAS NATURAL pone a disposición del cliente final una lista de firmas instaladoras de redes internas que considera idóneas, dado que cumplen con ciertos requisitos técnicos y legales. Bajo toda circunstancia, esta lista es opcional, y se denomina el Registro Único de Firmas Instaladoras (RUFÍ). Las empresas que deseen ser parte de él deben cumplir con los siguientes requisitos exigidos por GAS NATURAL:

- La empresa debe estar constituida legalmente en la Cámara de Comercio.
- Estar registrados y certificados por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Contar con el RIT y el RUT.
- Los técnicos instaladores deben estar certificados, bien sea por el SENA, por SGS o por ICONTEC.

Adicionalmente, todas las firmas inscritas en el RUFÍ tienen la posibilidad de firmar un convenio de colaboración con GAS NATURAL. Dicho convenio tiene como objeto:

*"(...) establecer un sistema de colaboración que simultáneamente favorezca la extensión del servicio de gas en el Distrito Capital, Soacha y Sibaté, a la vez que facilite a LA INSTALADORA el incremento de negocios relacionados con la realización de instalaciones internas (...)"<sup>50</sup>.*

Las obligaciones de la firma instaladora incluyen realizar las actuaciones definidas para la ejecución del objeto del convenio y mantener al día los requisitos y calidades exigidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y/o por la reglamentación vigente<sup>51</sup>.

En cuanto a la financiación del pago de la construcción de la red interna, el RUFÍ les brinda a las empresas instaladoras la posibilidad de ofrecerles a sus clientes la facilidad de pago de la instalación a través de la factura mensual del servicio de gas natural<sup>52</sup>. Este beneficio es exclusivo para los usuarios que contraten con las empresas inscritas en el RUFÍ y que cumplan con los requisitos exigidos por GAS NATURAL<sup>53</sup>.

Adicionalmente, las firmas instaladoras que quieran tener acceso a los créditos<sup>54</sup> deben aportar los siguientes documentos:

- Cotización firmada por el cliente.

<sup>50</sup> Obrante a folio 136 del cuaderno No. 1 del expediente.

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Obrante a folio 31 del cuaderno No. 1 del expediente.

<sup>54</sup> Obrante a folio 28 del cuaderno No. 1 del expediente.

- Contrato de construcción de bien inmueble y prenda sin tenencia de instalación interna y/o gasodomésticos instalados.
- Pagaré firmado por el cliente con huella y endosado por la firma instaladora.
- Carta de conformidad de los gasodomésticos si la instalación los incluye.

Nuevamente, es importante aclarar que el acceso por parte del cliente al mercado de construcción de redes internas es libre. Las firmas instaladoras no son contratistas de GAS NATURAL<sup>55</sup>, ni son escogidas por ésta, sino que cada cliente contrata con la empresa con quien quiere realizar su instalación interna. Además, la firma instaladora puede o no ser parte del RUF<sup>56</sup>.

Según lo expuesto, el mercado de construcción de redes internas es un mercado conexo al de la distribución y comercialización de gas natural. En el caso objeto de estudio, incluso para el año 2005, la empresa quejosa GAS AMÉRICAS, actuaba en este mercado junto con 17 otras empresas<sup>57</sup> cuya intención era realizar instalaciones internas en el municipio de Sibaté, lugar donde la empresa GAS CONSULTORES había realizado las redes externas actuando como contratista de GAS NATURAL<sup>58</sup>.

**5.3.5.3 El agente que ostenta la posición de dominio debe usar ese poder, aunque haya sido adquirido por méritos propios y de forma totalmente legal, para perjudicar la competencia, ganar una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto**

A continuación, se analizará si la empresa GAS NATURAL abusó de la posición de dominio que tiene en el mercado de distribución y comercialización de gas natural por redes en el municipio de Sibaté, con el fin de ganar poder de mercado alterando la competencia en el mercado construcción de redes internas para usuarios de gas natural en dicha población, beneficiando a algunos actores de este mercado.

#### 5.4 MARCO REGULATORIO

Existen algunas disposiciones legales que hacen referencia a los mercados conexos a la distribución y comercialización de gas natural, y que guardan relación con el caso objeto de estudio, entre ellas se deben tener en cuenta las siguientes:

- El artículo 4.14.<sup>59</sup> del Código de Distribución, Resolución CREG 067 de 1995, faculta al distribuidor a suministrar los elementos necesarios para la instalación

<sup>55</sup> Obrante a folio 28 del cuaderno No. 1 del expediente. Del mismo modo, véanse folios 698 y 707 del cuaderno No. 4 del expediente. Diligencia de testimonio del Señor José María Almacellas González: "Pregunta 5: ¿Qué clase de relación hay entre Gas Natural S.A. E.S.P y las firmas instaladoras internas, que hacen parte del RUF? En general, relación contractual, ninguna, fuera de que algunas son contratistas nuestras para hacer redes externas (SIC) y acometidas, donde sí que hay una relación contractual, estipulada con un contrato con todo lo que requiere la ley, pero con el resto no hay una relación contractual(...)". "Pregunta 42: (...) Otros que no tiene ningún tipo de contrato con nosotros. Son firmas instaladoras, bien estructuradas, que trabajan absolutamente por todas las zonas de Bogotá, todos los estratos y traen instalaciones de... pues, digamos, de todo tipo, residenciales y comerciales".

<sup>56</sup> Véase respuesta No. 8 de la declaración del doctor José María Almacellas González, representante legal de Gas Natural, obrante a folio 699 del cuaderno No. 4 del expediente.

<sup>57</sup> Obrante a folios 87 y 95 del cuaderno No. 1 del expediente.

<sup>58</sup> Es responsabilidad a toda costa del distribuidor construir las redes locales de gas y las acometidas, según lo indica el Concepto CREG 0010547 de 2001.

<sup>59</sup> Artículo 4.14. Los elementos necesarios para la instalación interna, según lo definido en la Ley 142 de 1994, podrán ser suministrados por el distribuidor e instalados por él mismo o por cualquier otro personal autorizado y registrado en la

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

interna, los cuales pueden ser instalados por él mismo o por cualquier otro personal autorizado y registrado en la empresa. Pero "(...) *no será negocio exclusivo del distribuidor (...)*".

- Por su parte, la Resolución CREG 057 de 1996 dispone que "(...) *la red interna no será negocio exclusivo del distribuidor y por lo tanto, cualquier persona cualificada podrá prestar el servicio (...)*"<sup>60</sup>.
- A su vez, el párrafo del artículo 19<sup>61</sup> de la Resolución CREG 108 de 1997, prevé:

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

Si bien la regulación le otorgan a las empresas de distribución la posibilidad de llevar un registro de firmas calificadas para construir y realizar el mantenimiento de la red interna, lo cierto es que no les confieren la atribución de limitar el número de registradas, o de negar dicho registro a las personas que reúnan las condiciones técnicas establecidas por las autoridades competentes, ni mucho menos para favorecer monopolios, o impedir que las personas calificadas, según las normas, puedan ejercer su profesión u oficio.

Bajo este contexto, el usuario final tiene la posibilidad de elegir libremente la empresa que se encargue de la construcción de la red interna requerida para obtener el suministro de gas natural.

#### 5.4.1 Conductas discriminatorias en el mercado conexo

Los comportamientos abusivos de discriminación se encuentran previstos en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y presuponen la aplicación a consumidores o proveedores de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionan a éstos una desventaja competitiva frente a otros, todo ello bajo el supuesto de que quien aplica dichas políticas goza de una posición de dominio en el mercado.

Esta conducta supone una discriminación<sup>62</sup> sobre determinados agentes económicos del mercado llevada a cabo por la empresa que ostenta posición de dominio, la cual está

empresa. No será negocio exclusivo del distribuidor y serán instalados a cargo del usuario. Resolución 039 del 23 de octubre de 1995.

<sup>60</sup> Artículo 108, párrafo. Resolución CREG 057 de 1996.

<sup>61</sup> Resolución CREG 108 de 1997. Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones.

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

basada en condiciones no objetivas, que vulneran el principio del Derecho de la Competencia que promulga la igualdad con que deben competir en el mercado todos los agentes económicos. Así, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes pone a unos competidores por encima de otros, ubicándolos en una situación desventajosa.

No obstante lo anterior, la situación descrita en párrafos preliminares no se presenta cuando se aplican distintas condiciones para supuestos diferentes, ya que ello implica tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual.

Como se anotó anteriormente, una empresa puede abusar de su posición de dominio en un mercado, mediante actos que le permitan ganar poder de mercado en un mercado distinto al dominado, teniendo en cuenta que, sin posición de dominio en el mercado dominado no podría haber abuso en el mercado conexo en razón a la relación directa y consecuencial entre éstos. En los hechos investigados, los mercados tienen una relación directa y consecuencial, pues la construcción de la instalación interna tiene como fin el consumo de gas natural distribuido por la empresa GAS NATURAL. Sin embargo, no se pudo verificar en el expediente que GAS NATURAL tuviera algún interés económico o mantuviera la unidad de control y propósito de GAS CONSULTORES. Con lo cual, se verifica que, al menos de manera directa, GAS NATURAL no participa ni participó del mercado de construcción de instalaciones internas en el municipio de Sibaté.

Ahora bien, no únicamente se verifica un abuso en mercados conexos cuando la empresa dominante en el mercado dominado tiene participación directa en el mercado conexo. También se puede verificar abuso si su conducta tiende a buscar algún tipo de beneficio derivado del favorecimiento de un tercero integrado parcialmente con la empresa dominante, y conforme a dicha integración parcial, por ejemplo, vía contrato, la empresa dominante se vea beneficiada financieramente por el poder de mercado adquirido por la empresa vinculada y actuante en el mercado conexo. Así, en el presente caso, se buscó determinar si existió una conducta abusiva por parte de GAS NATURAL, consistente en el favorecimiento a la firma GAS CONSULTORES. Para ello, se pretendió verificar las afirmaciones de la queja:

- Otorgando "aval exclusivo" para la instalación de las redes internas domiciliarias.
- Haciéndola parte de la fuerza de venta integral, a través del privilegio de servirse de una línea de crédito que le daba la posibilidad al usuario de pagar a través de la factura de gas la financiación de las instalaciones internas necesarias para prestar el servicio en el municipio de Sibaté.

Teniendo en cuenta lo anterior, los hechos investigados se estudian a la luz de los supuestos previstos en la norma citada anteriormente<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Se entiende por discriminación, la "práctica de un trato diferenciado por el que un vendedor favorece a ciertas empresas o consumidores, sin que la diferenciación se justifique por la existencia de diferencias en las condiciones en se realiza la transacción". Ver Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa. Julio Pascual y Vicente. Editorial Civitas.

<sup>63</sup> De acuerdo con el numeral 2º del artículo 50º del Decreto 2153 de 1992, constituye abuso de la posición dominante "[l]a 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"

#### 5.4.2 Aplicar condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes

En el caso *sub examine*, se tiene que la operación equivalente es la construcción de redes internas en el municipio de Sibaté. La posible discriminación se habría configurado cuando, sin ningún tipo de justificación, en forma arbitraria y caprichosa, se concede un trato diferencial para operaciones que están en un mismo plano de mercado.

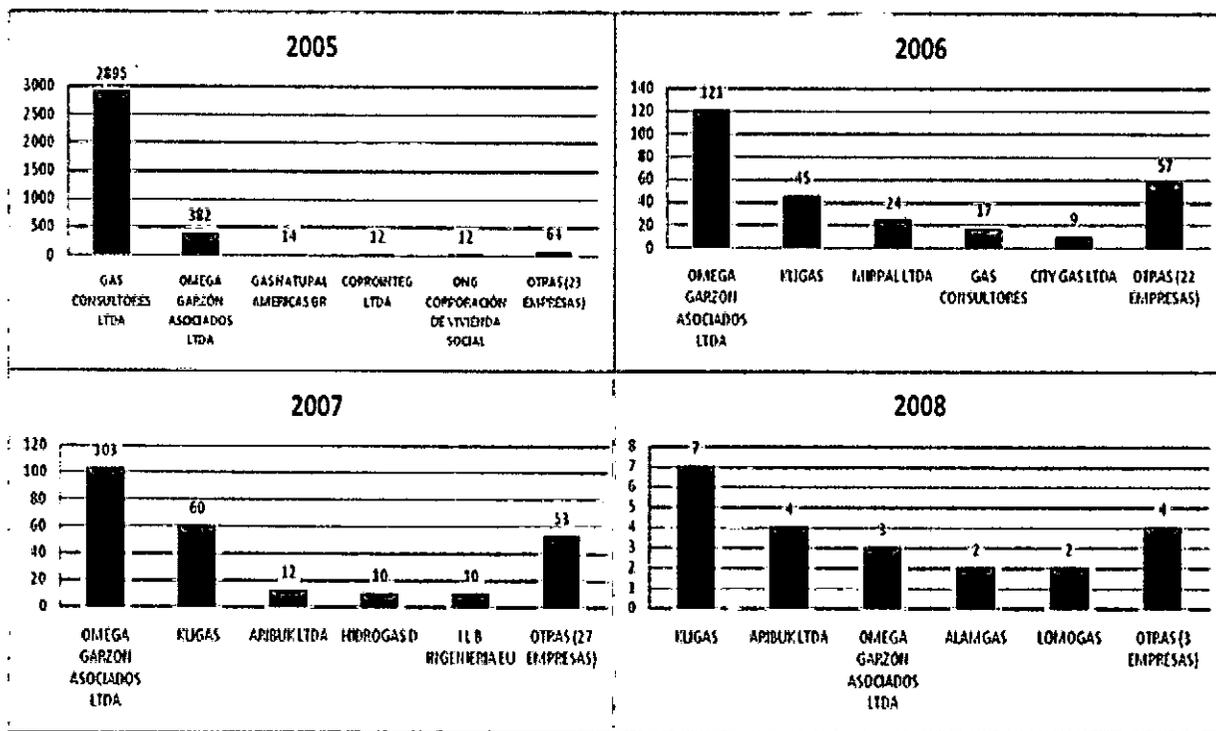
Precisando el alcance de estas definiciones en términos de las normas de competencia, encontramos que para que la discriminación se presente, es requisito indispensable que tanto los discriminados como los beneficiados por el trato favorable desarrollen operaciones que puedan ser consideradas como equivalentes.

Hechas las anteriores precisiones, encontramos:

- a) Las sociedades GAS CONSULTORES y GAS AMÉRICAS hacían parte, para la época de los hechos, del RUFÍ<sup>64</sup>.
- b) GAS NATURAL firmó un convenio de colaboración con todas las empresas instaladoras que se encontraban inscritas en el RUFÍ, el cual les permite a éstas ofrecer a sus clientes facilidades de pago con respecto al valor de los bienes y servicios adquiridos. Dicha facilidad consiste en diferir el costo total de los productos adquiridos en cuotas que, previa autorización del usuario, son cargadas a la factura mensual del servicio público de gas natural domiciliario.
- c) El convenio firmado entre GAS NATURAL y GAS CONSULTORES, al cual el quejoso le atribuyó carácter de "aval exclusivo", no contenía ninguna obligación o cláusula diferente a los suscritos con otras empresas instaladoras en el municipio de Sibaté. Por lo tanto, entre dichas sociedades no se celebró ningún acuerdo o contrato otorgándole exclusividad de algún tipo a GAS CONSULTORES.
- d) Se probó que el consumidor estaba facultado para escoger a la empresa que realizaría su instalación interna. Tal como lo muestra la siguiente gráfica, fueron varias las empresas que prestaron los servicios de construcción de instalaciones de redes internas de gas en el municipio de Sibaté desde el año 2005 hasta, por lo menos, el año 2008:

<sup>64</sup> Obrante a folios 23 y 24 del cuaderno No. 1 del expediente.

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



Gráfica No.2. Usuarios atendidos por firma instaladora entre los años 2005 y 2008

Fuente: Información aportada por las intervinientes, folios 1106-1110. Cálculos SIC

Si bien es cierto que GAS CONSULTORES fue seleccionada mayoritariamente por los usuarios, esto sólo ocurrió en el año 2005. Tal como lo indica la evidencia en el expediente, durante los años 2007 y 2008 la empresa realizó sólo una instalación<sup>65</sup>. Por otra parte, es importante notar que durante el periodo en cuestión, 68 empresas instaladoras<sup>66</sup>, entre ellas la empresa quejosa<sup>67</sup>, prestaron sus servicios en el municipio de Sibaté y, aunque algunas pocas concentraron la realización de los trabajos de instalación, todas contaron con la posibilidad de participar en el mercado.

- e) La única ventaja con la que contó en un comienzo GAS CONSULTORES para ser la firma mayoritariamente seleccionada, estuvo fundamentada una situación de mercado y dentro de la legalidad correspondiente, como lo es el hecho de que GAS NATURAL la haya seleccionado para realizar la red externa en Sibaté. Según lo expone el señor Ricardo Antonio Donado Arenas, Director de expansión de GAS NATURAL, en su testimonio:

*“(…) es lógico que si soy el dueño de una casa me da más tranquilidad ejecutar la instalación interna con la empresa que yo veo que está abriendo las calles y haciendo los tendidos (realizando la red externa) que con una empresa que no conozco, que es la primera vez en la vida que veo, y que no se qué experiencia tiene, ni qué trayectoria”<sup>68</sup>. (Negritas fuera de texto)*

<sup>65</sup> Obrante a folios 1108 a 1110 del cuaderno No. 5 del expediente.

<sup>66</sup> Obrante a folios 1106 a 1010 del cuaderno No. 5 del expediente.

<sup>67</sup> La empresa GAS AMÉRICAS realizó 14 instalaciones domiciliarias de gas en Sibaté en el año 2005.

<sup>68</sup> Testimonio de RICARDO ANTONIO DONADO ARENAS, Director de Expansión de GAS NATURAL. Obrante a folio 682 del cuaderno No. 4 de expediente.

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

Sin embargo, esta situación de mercado no restringió la escogencia de los usuarios finales respecto de las empresas disponibles para realizar sus instalaciones internas.

- f) Se logró establecer además, que una vez el usuario elegía al instalador, éste le ofrecía una serie de alternativas para el pago de la instalación interna de su hogar, bien sea de contado, en tres contados, a través de la tarjeta de crédito, o a través de la factura de gas natural. La persona era libre de escoger la alternativa de pago según sus preferencias.

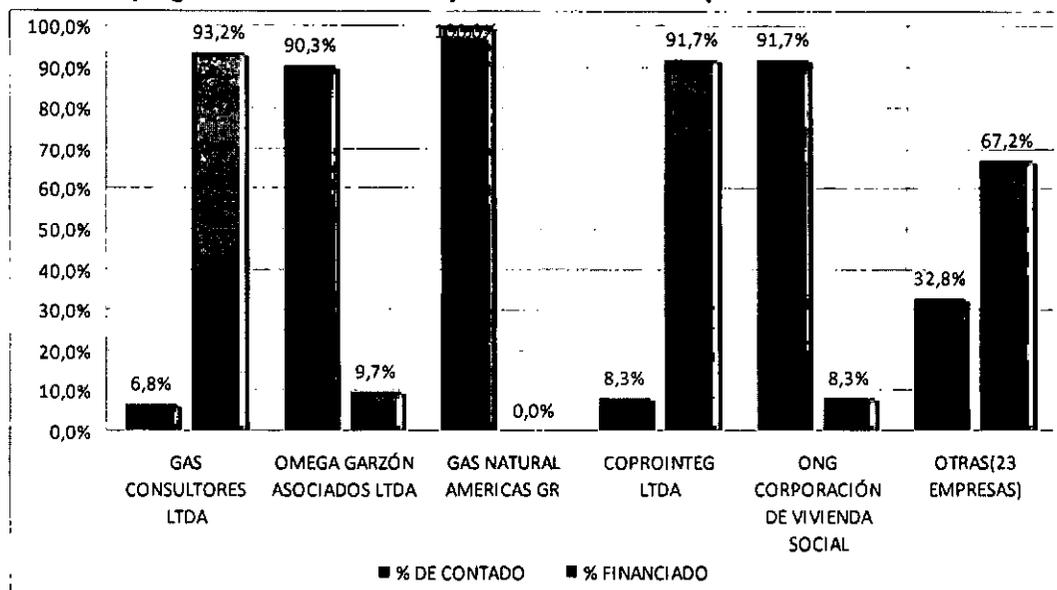
Al respecto, el señor JULIÁN VARGAS GARCÍA, representante legal de GAS CONSULTORES, en testimonio recepcionado el 6 de diciembre de 2006, manifestó en una de sus respuestas que:

*"(...) todas las firmas instaladoras que están inscritas en el RUI pueden tomar esa herramienta de financiación a través de la factura. El que quiera utilizar, lo utiliza y el que no, dice yo prefiero vender de contado. (...) La financiación es una alternativa más que tiene el usuario y que todas las firmas tienen herramientas para poderla utilizar, no hay exclusividades"<sup>69</sup>.*

Para el 2005, año en que se abrió la investigación objeto de este estudio, varias firmas instaladoras utilizaron la herramienta de financiación que les fue ofrecida por GAS NATURAL. La Gráfica No. 3 muestra los porcentajes de instalaciones pagadas de contado y financiadas para las principales firmas instaladoras en dicho año.

Así mismo, la gráfica muestra que las instalaciones realizadas por la empresa quejosa, GAS AMÉRICAS, fueron todas canceladas de contado.

**Gráfica No. 3. Porcentaje de instalaciones financiadas vs porcentaje de instalaciones pagadas de contado por los usuarios para el año 2005**

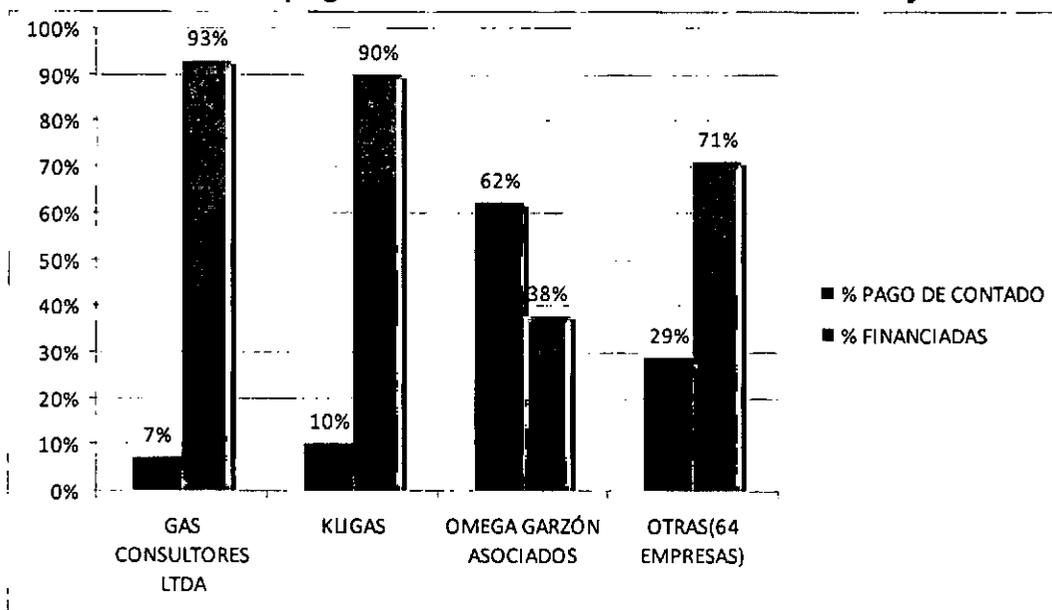


Fuente: Información aportada por las intervinientes, folios 1106-1110. Cálculos SIC

<sup>69</sup> Obrante a folio 467 del cuaderno No. 3 del expediente.

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

**Gráfica No. 4. Porcentaje de instalaciones financiadas vs. porcentaje de instalaciones pagadas de contado entre los años 2005 y 2008**



Fuente: Información aportada por las intervinientes, folios 1106-1110. Cálculos SIC.

Así las cosas, de acuerdo con la información que obra en el expediente se pudo establecer que durante los años 2005 a 2008, la firma instaladora GAS CONSULTORES utilizó la financiación para el 93% de las instalaciones internas realizadas en Sibaté, vendiendo de contado el restante 7%; KLIGAS utilizó en el 90% de sus ventas la financiación y el restante 10% lo vendió de contado; OMEGA GARZÓN ASOCIADOS vendió el 62% de sus instalaciones internas de contado, financiando sólo el 38% de sus construcciones. Así mismo, se evidenció que las demás empresas utilizaron para el 71% de sus obras la herramienta de financiación y sólo vendieron el 29% de contado. Lo anterior ratifica de nuevo que no sólo la firma GAS CONSULTORES tuvo acceso a la herramienta de la financiación.

- g) El pago de la obligación adquirida por la construcción de la red interna se garantiza con una carta de instrucciones y con un pagaré en blanco otorgados por el cliente a favor de la instaladora, la cual, a su vez, lo endosa a nombre de la sociedad Gas NATURAL. Ésta última se reserva, en todo tiempo, el derecho de rechazar o aceptar la compra de la cartera en cuestión, de acuerdo con sus políticas de financiación.

De acuerdo con lo anterior, se comprobó que las firmas instaladoras podían vender de contado o financiando la construcción de las redes internas de gas. En Sibaté, durante los años 2005 a 2008, el 83% de las instalaciones fueron financiadas a través de la factura de gas domiciliario, mientras que el 17% se canceló de contado.

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

**Tabla No. 4.**  
**Instalaciones financiadas vs instalaciones canceladas de contado entre los años 2005 a 2008**

	INSTALACIONES PAGADAS DE CONTADO	INSTALACIONES FINANCIADAS	TOTAL INSTALACIONES
<b>CANTIDAD</b>	689	3297	3986
<b>PORCENTAJE</b>	17,3%	82,7%	100%

Fuente: Información aportada por las intervinientes, folios 1106-1110. Cálculos SIC

Teniendo en cuenta lo enunciado en los numerales anteriores, la investigación encontró que el cliente tenía libertad tanto para escoger la firma instaladora, que podía hacer parte o no del RUFÍ, como para determinar el modo en que pagaba por los bienes y servicios contratados. Este pago podía realizarse de tres maneras -de contado, financiado en la factura de gas natural o a través de otro medio de pago- todas las cuales eran igualmente posibles de ofrecer a sus clientes por cualquiera de las empresas pertenecientes al RUFÍ. Lo anterior permite concluir que no hubo discriminación por parte de GAS NATURAL hacia alguna de las firmas instaladoras que pertenecía al RUFÍ.

Al respecto, debe tenerse en cuenta el testimonio rendido por el señor RICARDO DONADO ARENAS en su calidad de Director de Expansión de GAS NATURAL, quien manifestó lo siguiente:

*"(...) lo que nosotros tenemos como política es que no importa quien venda la instalación, nosotros, si está bien ejecutada, conectamos el servicio, porque nuestro negocio es cobrar un peaje por el paso del gas por nuestros tubos; o sea, cualquiera instalación la haga quien la haga es una oportunidad de negocio para nosotros. Es más: si hay una firma instaladora que vende una instalación y nosotros no le damos el servicio estamos perdiendo un dinero por un lucro cesante de una inversión que hemos hecho y que no estamos usufructuando. Es decir, por lo menos a nivel de compañía esto no se da"<sup>70</sup>.*

Ahora bien, reposa en el expediente, el convenio de colaboración comercial e inscripción de firmas instaladoras No. 221 que GAS NATURAL firmó con GAS AMÉRICAS el 22 de noviembre de 2004, en cuya cláusula novena se establecieron claramente las causales de suspensión y terminación del convenio, que son las mismas que se registran en los convenios firmados con las demás empresas pertenecientes al RUFÍ. Fue así como en el numeral 9.1 del contrato se determinó que:

*"Gas Natural podrá suspender la ejecución del convenio de colaboración comercial a LA INSTALADORA, en los siguientes eventos: a) En caso que la instaladora mantenga desactualizada la información indispensable relacionada con su domicilio, dirección de oficina o establecimiento de*

<sup>70</sup> Obrante a folio 675 del cuaderno No. 4 del expediente.

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

*comercio, nombre e identificación de su representante legal, se suspenderá el convenio hasta que sean actualizados los datos. b) Si la instaladora supera el 10% del nivel de rechazos<sup>71</sup>, a la primera oportunidad, la suspensión<sup>72</sup> será por el término de una semana, si reincide por un mes, a la tercera será definitiva (...)"<sup>73</sup>*

Respecto de la empresa quejosa, el Director de Expansión de GAS NATURAL, señor RICARDO ANTONIO DONADO ARENAS, manifestó en diligencia de testimonio que la empresa GAS AMÉRICAS, tenía desde el año 2004 un convenio de colaboración que había sido bloqueado "(...) por algún reclamo de un cliente en el cual se había hecho una instalación interna y había habido intoxicaciones (...)"<sup>74</sup>.

Dado lo anterior, al momento en que se adelantó la gasificación en el municipio de Sibaté, GAS AMERICAS, no tenía vigente el referido convenio y, por lo tanto, no contaba con la herramienta de financiación, aún cuando sí hacía parte del RUFÍ.<sup>75</sup>

Con fundamento en lo expuesto, este Despacho no encuentra elementos probatorios para determinar que GAS NATURAL, como empresa que goza de posición dominante en el mercado de distribución y comercialización de gas natural en el municipio de Sibaté, haya incurrido en conductas abusivas discriminatorias en el mercado conexo de construcción de redes internas respecto de las firmas instaladoras que hacían parte del RUFÍ y prestaban sus servicios en dicha población.

Por las razones presentadas, este Despacho considera que no es posible concluir que el investigado haya actuado en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por lo cual este Despacho recomienda archivar la presente actuación.

## **5.5 RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS**

De conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992<sup>76</sup>, aplicable para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para "[i]mponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción (...)"

Así, para que se configure la responsabilidad del administrador y representante legal de la sociedad GAS NATURAL para la época de los hechos, señor JOSÉ MARÍA ALMACELLAS GONZÁLEZ, por la infracción a las normas sobre libre competencia, debe haber sido

<sup>71</sup> Los rechazos hacen referencia a las obras de instalación interna que no cumplen con los requisitos técnicos y de calidad que exige la reglamentación vigente a la hora de inspecciones por parte de GAS NATURAL.

<sup>72</sup> Se refiere a la suspensión del convenio, lo cual, entre otros, implica la suspensión del beneficio del pago de la financiación de instalaciones a través de la factura.

<sup>73</sup> Obrante a folio 924 del cuaderno No. 4 del expediente.

<sup>74</sup> Obrante a folio 673 del cuaderno No. 4 del expediente.

<sup>75</sup> Obrante a folio 733 del cuaderno No. 4 del expediente.

<sup>76</sup> Modificado por el artículo 26° de la Ley 1340 de 2009, que establece que está sujeta a las sanciones allí contempladas "[...] 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, [...]".

RESOLUCIÓN NÚMERO 000-32505 DE 2011 Hoja N°. 30

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

establecida la responsabilidad de la empresa a que pertenece. De tal suerte que, la responsabilidad de los administradores presupone la de la empresa.

En el caso particular, al no existir violación a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en los términos ya indicados, este Despacho encuentra que el señor JOSÉ MARÍA ALMACELLAS GONZÁLEZ, como representante legal de GAS NATURAL para la época de los hechos, no es responsable de la conducta prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido que, para que haya responsabilidad del representante legal es menester que se haya establecido previamente la responsabilidad de la empresa a que pertenecen por la infracción a las normas sobre libre competencia.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Ordenar la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante Resolución No. 2003536 del 21 de septiembre de 2005, en contra de la sociedad GAS NATURAL S.A. E.S.P. y del señor JOSÉ MARÍA ALMACELLAS GONZÁLEZ, en su condición de representante legal de GAS NATURAL S.A. E.S.P. para la época de los hechos, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notifíquese personalmente el contenido de la presente Resolución al doctor GERMÁN HUMBERTO HENAO SARMIENTO, en su calidad de representante legal de la sociedad GAS NATURAL S.A. E.S.P. y Apoderado especial del señor JOSÉ MARÍA ALMACELLAS GONZÁLEZ, entregándole 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 16 JUN 2011 4

  
**JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO**

Proyectó:  
Revisó:  
Aprobó:

<sup>V.B.S.C.</sup>  
Julio Castañeda/ Rosa Castro/Patricia Calderón <sup>feb</sup>  
Carlos Pablo Márquez/Juan Pablo Herrera  
Carolina Salazar

**NOTIFICACIONES:**

Doctor

**GERMÁN HUMBERTO HENAO SARMIENTO**

C.C. 80.398.224

T.P. 105933 del CSJ

Apoderado

Representante Legal

**GAS NATURAL S.A. E.S.P.**

**JOSÉ MARÍA ALMACELLAS GONZÁLEZ**

NIT 800007813- 5

Dirección: Calle 71 A No. 5-30

Bogotá, D.C.

Fax: 3485518