



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **8796** DE 2012

Radicación: 05 -111448

27 FEB 2012

Por la cual se ordena el archivo de una investigación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E),
 en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas
 en la Ley 1340 de 2009 y en los Decretos 2153 de 1992, Decreto 4886 de 2011¹ y el
 Decreto 0019 de 2012 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 43270 del 28 de agosto de 2009, 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 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si la señora MARIA EUGENIA CORONADO ORJUELA, representante legal de "Gas Natural" incurrió en la responsabilidad establecida en numeral 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 6 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:

"El señor JUAN CARLOS MARTÍNEZ en calidad de representante legal de MELTRONIC LTDA. interpuso queja el 2 de Noviembre de 2005, en la cual indica que:

"MELTRONIC LTDA. vendió un Controlador Contra Falla en Llama fabricado por nuestra empresa, de referencia PQ3001 No de serie 108 a la empresa FERRELECTRICALDERAS. La empresa anteriormente mencionada procedió a instalar el dispositivo electrónico, como sistema de seguridad contra falla en llama, en una conversión de una caldera de ACPM a GAS la cual se encuentra ubicada en el cuarto de máquinas del HOTEL NIAGARA, localizado en la Cra. 3 No 20-35, en la ciudad de Bogotá.

En una de las visitas de obra por parte de GAS NATURAL el día 5 de septiembre del año 2005, el ingeniero OSCAR AVELLA realizó una inspección visual y procedió a dejar constancia de la revisión en tres documentos de visita de obra, uno de ellos indica entre otros, la no aceptación del programador fabricado por nuestra empresa y el correspondiente reemplazo por un equipo de marca importada. Cabe mencionar que el ingeniero indica la

¹ Mediante el cual se Deroga el Decreto 3523 de 2009 y el Decreto 1687 de 2010.

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

*marca del equipo que se debe instalar para que la conversión de la caldera pase la prueba técnica*².

Un hecho adicional, corresponde a la instalación realizada en la empresa PATMORAL ILUMINACIONES, en la cual GAS NATURAL S.A. E.S.P., según lo mencionado por el señor JUAN CARLOS MARTÍNEZ se negó a certificar la instalación, poniendo en conocimiento de esta Delegatura este hecho así:

"Esta revisión fue efectuada en la empresa PATMORAL ILUMINACIONES ubicada en la dirección Av. Caracas sur No 24-75 de BOGOTÁ. El interventor encargado de la revisión es el señor RICARDO HERNÁNDEZ Inspector de redes de Gas Cod SGS 139 interventor que pertenece a la sociedad RTG LTDA identificada con NIT 804.009.092-6 (...).

En tal acta aparece una aclaración al error 30 texto el cual citamos a continuación "Quemador no idóneo para trabajar con gas natural HC pto #1, original de ACPM es no autorizado marca Becket. Se debe hacer cambio".

*(...) Cabe mencionar que en tal quemador se encontraba un controlador contra falla en llama de referencia PQ2001 vendido por nuestra empresa a la sociedad RECONAL*³.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de apertura a los investigados y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 33958 de 2010⁴ y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁵, el Delegado ordenó practicar las pruebas solicitadas y decretó de oficio las que consideró conducentes y pertinentes.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 12305 del 8 de Marzo de 2011⁶, se reprogramaron y adicionaron algunas pruebas dentro de la investigación de la referencia. Posteriormente, mediante Resolución No. 27337 del 26 de Mayo de 2011⁷, se aceptó la solicitud realizada por el Apoderado de la parte investigada, de desistir de unas pruebas dentro de dicha investigación.

CUARTO: Que mediante Resolución No. 70653 del 1 de diciembre de 2011⁸, se limitaron unas pruebas dentro de la investigación y se decretó de oficio la práctica de unas otras.

QUINTO: Que culminada la etapa probatoria, la Delegatura para la 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 motivado⁹, en el cual recomendó no sancionar a la empresa GAS NATURAL S.A. E.S.P. ni a MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA en calidad de persona natural

² Cuaderno público 1 del expediente.

³ Cuaderno 4, Comunicación con radicado 05-111448-44.

⁴ Cuaderno 25, Resolución No. 33958 de 2010.

⁵ Modificado por el Decreto 0019 del 10 de enero de 2012.

⁶ Cuaderno 30., Resolución No. 12305 de 2011.

⁷ Cuaderno 36, Resolución 27337 de 2011

⁸ Cuaderno 36 Resolución No, 70653 de 2011.

⁹ Cuaderno 36, Mediante memorando con radicado 05-111448-360-02 del 12 de diciembre.

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

por los hechos objeto de la presente investigación, toda vez que considera que no se comprobó la existencia de las conductas descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. A continuación, se hará una breve descripción del análisis realizado en el citado Informe.

El Informe de la Delegatura parte del estudio del mercado relevante para lo cual analizó los siguientes factores: (i) El sector de gas natural en Colombia; (ii) el mercado de la distribución y comercialización de gas natural por redes en la ciudad de Bogotá; (iii) los usuarios residenciales del servicio de distribución de gas natural; (iv) cuota de participación de la investigada en el mercado.

En desarrollo de dicho análisis en el Informe Motivado se señala que: "*Que la empresa GAS NATURAL S.A. E.S.P 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, 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, no es necesario realizar un análisis adicional- ni cualitativo ni cuantitativo- al respecto.*"

Respecto al mercado afectado la Delegatura indicó que, teniendo en cuenta los hechos de la queja, el objeto social de MELTRONIC, así como las manifestaciones del señor Martínez relativas a la participación de esa empresa en la fabricación de equipos utilizados en las instalaciones de gas industrial, el mercado afectado está determinado por la oferta y la demanda de Programadores o Controladores contra Falla en Llama.

Posteriormente, 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 vecinos al mercado de distribución y comercialización de gas natural por redes en la ciudad de Bogotá.

Con el fin de determinar lo anterior, la Delegatura se refiere a lo previsto en el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, según el cual la posición de dominio consiste en "*(...) la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.*", respecto de lo cual señala que, si bien las conductas abusivas y sus efectos, en principio, deben recaer en el mismo mercado en el cual un agente económico tiene la posición de dominio también pueden existir conductas de abuso cuyos efectos pueden recaer en un mercado distinto de aquél en el que el actor detenta una posición dominante.

Con fundamento en lo expuesto, señala la Delegatura que una empresa podría abusar de su posición de dominio en los siguientes escenarios:

- a. *Cuando la conducta abusiva se produce íntegramente en el mismo mercado en el que la empresa detenta posición de dominio.*
- b. *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.*
- c. *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*

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

dominado, teniendo en cuenta que, sin posición de dominio en el mercado dominado no podría haber abuso en el mercado conexo."

Concluye la Delegatura que en el presente caso nos encontramos en el escenario descrito en el literal c), esto es, abuso de posición de dominio con el fin de incrementar el poder de mercado en el mercado no dominado.

Por lo tanto, el análisis del caso en concreto inicia haciendo alusión a los elementos que determinan una situación de abuso, y que refuerzan una posición de dominio o incrementan el poder económico en el mercado conexo, en los siguientes términos:

- *"La existencia de un mercado determinado, en el cual un agente ostenta una posición dominante.*
- *La existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y consecuencial 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.*

Teniendo en cuenta dichos elementos, la Delegatura examina si en el caso en estudio se presentan los mismos.

Así, frente al primer elemento concluye que la empresa GAS NATURAL ostenta posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural por redes en la ciudad de Bogotá, al ser la única que presta este servicio en dicho lugar.

Con el fin de analizar la configuración del segundo elemento, la Delegatura relacionó los mercados complementarios a la distribución y comercialización de gas natural y que podrían resultar afectados por la intervención de GAS NATURAL, para luego, analizar la participación que tiene Gas natural en el mercado de Financiación y en mercados diferentes a la financiación.

En relación con la participación de Gas Natural en mercados diferentes a la financiación, la Delegatura indica que de acuerdo con la Resolución de Apertura de Investigación se afirmó que GAS NATURAL intervino directamente en los mercados de asesoría, diseño, construcción de redes internas de gas, suministro e instalación de equipos y conversión de equipos a través de la estrategia comercial "PLAN INTEGRAL INDUSTRIAL: CASSETAS DE MAMPOSTERIA, INSTALACIONES INTERNAS, CONVERSIONES DE EQUIPOS CON TRENES Y/O QUEMADORES".

Al respecto la Delegatura concluyó lo siguiente:

"En este orden de ideas, es posible afirmar que antes de 2008 GAS NATURAL S.A. E.S.P. realizaba la instalación de los equipos de gas industrial con el usuario a través de contratistas y que posteriormente fue a través de GAS NATURAL SERVICIOS LTDA. Si bien GAS NATURAL SERVICIOS LTDA., es una empresa controlada por GAS NATURAL S.A. E.S.P. lo cierto es que ésta última solo tiene un interés que motiva a que las empresas asuman dicha instalación; que se realice la conversión de equipos de la manera más rápida y eficiente posible y poder prestar el servicio público de gas natural.

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

Ahora bien, de la información aportada por GAS NATURAL S.A. E.S.P. se observa que si bien esta empresa y su subsidiaria intervienen en el mercado de instalaciones de gas, finalmente existe una libertad en este mercado en la medida que existen contratistas que pueden realizar instalaciones de equipos y venta de equipos por fuera de la política comercial de GAS NATURAL S.A. E.S.P. Esto puede verse en la relación de instalaciones realizadas entre 2007 y 2010 para las cuales el vendedor del equipo al usuario final fue GAS NATURAL S.A. E.S.P., GAS NATURAL SERVICIOS LTDA. o sus empresas contratistas.

(...)

Así mismo se observa que GAS NATURAL S.A. E.S.P. y GAS NATURAL SERVICIOS LTDA. han venido perdiendo participación en el mercado de instalaciones industriales, respecto a la contratación de equipos para este sector.

Tabla No. 3. Instalaciones de gas Industrial periodo 2007-Septiembre 2010

| Equipos contratados | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | PARTICP . % 2007 | PARTIC P. % 2008 | PARTICP . % 2009 | PARTICP. % 2010 |
|---|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------------------|-------------------------|-------------------------|------------------------|
| Gas Natural Servicios Ltda.- Gas Natural S.A. E.S.P. | 0 | 4 | 4 | 1 | 0,00% | 15,38% | 26,67% | 20,00% |
| Empresas Contratistas De Gas Natural Servicios Ltda.- Gas Natural S.A. E.S.P. | 17 | 10 | 3 | 0 | 73,91% | 38,46% | 20,00% | 0,00% |
| Empresas no Contratistas Con Gas Natural Servicios Ltda.- Gas Natural S.A. E.S.P. | 6 | 12 | 8 | 4 | 26,09% | 46,15% | 53,33% | 80,00% |
| TOTAL | 23 | 26 | 15 | 5 | 100,00% | 100,00% | 100,00% | 100,00% |

Fuente: Gas Natural S.A. E.S.P. Elaboración SIC.

Se puede apreciar que tanto GAS NATURAL S.A. E.S.P. como GAS NATURAL SERVICIOS LTDA. tuvo (sic) una participación directa entre el 2007 y 2010¹⁰ no superior al 27% de los equipos industriales instalados en un año, y que sus

¹⁰ Gas Natural S.A. ESP o sus contratistas, hasta abril de 2008 y Gas Natural Servicios Ltda. o sus contratistas, a partir de mayo de 2008. Cuaderno público No. 15, comunicación 05-111448-92, Cuaderno publico No. 29, comunicación con radicado 05-111448-178 Cuaderno público No. 29, comunicación 05-111448-179 y Cuaderno público No. 32 Comunicación. 05-111448-284

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

contratistas pasaron de tener una parte del mercado equivalente al 73,91%, a prácticamente no tener ninguna participación en el mismo. Ello denota, que si GAS NATURAL S.A. E.S.P. o su subsidiaria hubieran tenido un interés particular en el mercado de instalación de equipos industriales en dicho sector, la información relacionada anteriormente no da cuenta de ello o de alguna conducta obstructiva en ese mercado; incluso las empresas que no han sido contratistas o que a la fecha no tenían relación contractual con las empresas del grupo GAS NATURAL aumentaron su participación en la venta de equipos para instalaciones industriales. Por el contrario, es posible determinar que aún cuando GAS NATURAL S.A. E.S.P. o GAS NATURAL SERVICIOS LTDA. han tenido alguna injerencia en estos mercados, este propósito para el caso en particular- tiene un razonamiento económico ajustado al objeto social de esta empresa, el cual tiene como finalidad garantizar que el usuario de gas en cualquier sector tenga acceso a la distribución de este combustible."

En cuanto a la participación de GAS NATURAL en el mercado de financiación la Delegatura concluyó:

" Según lo reportado por GAS NATURAL S.A. E.S.P.¹¹ entre 2007 y 2009, la financiación descendió del 41% de los clientes dados de alta, a 8% en el 2008 y 0% en el 2009, lo que refleja directamente que GAS NATURAL SERVICIOS LTDA., asumió el papel de otorgar financiación para los clientes del sector industrial que así lo demandaran, devaluando un interés directo de GAS NATURAL S.A. E.S.P. en el mercado de la financiación".

Respecto a la concurrencia de GAS NATURAL en el mercado de MELTRONIC LTDA. por parte de GAS NATURAL S.A E.S.P., la Delegatura constató lo siguiente:

"(...) siendo el mercado de controladores contra falla en llama sobre el cual se presume una afectación por una conducta de obstrucción, es posible afirmar que, tanto GAS NATURAL SERVICIOS LTDA. como GAS NATURAL S.A. E.S.P no acuden directamente a dicho mercado. Si bien es cierto que durante el periodo comprendido entre 2007 y 2010 hubo ocasiones en las que GAS NATURAL SERVICIOS LTDA. se desempeñó como contratista de equipos industriales, es posible constatar a través de la información requerida en el acto de pruebas, y lo observado en su momento de las ofertas de GAS NATURAL S.A. E.S.P. a los potenciales usuarios del servicio de gas, que cuando se hace referencia a un equipo industrial, éste comprende un conjunto de elementos constitutivos y adecuados a una caldera, horno o algún otro equipo. Así, se tiene que el controlador contra falla en llama no es un equipo que haya sido adquirido de manera individual por GAS NATURAL S.A. E.S.P. o su subsidiaria.

El objeto social de la empresa MELTRONIC LTDA., los hechos de la queja, y lo manifestado por JUAN CARLOS MARTINEZ sobre la participación de la compañía en el mercado de equipos utilizados en las instalaciones de gas industrial, permite establecer que el mercado donde participa la empresa MELTRONIC LTDA. está definido por la oferta y la demanda de Programadores o Controladores contra Falla en Llama.

¹¹ Cuaderno 15, comunicación con radicado 05-111448-92

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

Este dispositivo, si bien hace parte de las instalaciones de equipos industriales que utilizan gas natural, es un elemento integrante del mismo que para efectos de la adaptación y funcionamiento de un gasoindustrial, no se reconoce como un producto separado".

Teniendo en cuenta lo anterior, aunque los productos de Meltronic LTDA. están relacionados con los mercados conexos donde GAS NATURAL S.A. E.S.P. participó en el año 2008 y actualmente interviene a través de GAS NATURAL SERVICIOS LTDA. dicha intervención no es directa y reduce la posibilidad de que exista concurrencia en un mismo mercado donde pueda existir una obstrucción."

Luego de hacer el análisis de los mercados conexos, la Delegatura analizó si GAS NATURAL incurrió en una conducta de obstrucción en contra de MELTRONIC, al negarse a aceptar la utilización de sus controladores contra falla en llama en instalaciones industriales de gas en la ciudad de Bogotá, con el argumento de la falta de certificación de su producto. Para tal efecto, la Delegatura consideró que debían examinarse los siguientes aspectos:

"La obligatoriedad de la Norma Técnica NTC 3649 como estándar de calidad para controladores contra falla en llama y la competencia de GAS NATURAL S.A. E.S.P. como responsable de la seguridad de las instalaciones internas

(...)

De acuerdo con lo anterior, es claro el reconocimiento por parte del quejoso y del investigado, de la importancia en los lineamientos técnicos con los que debe contar, la fabricación y el funcionamiento de un controlador contra falla en llama. Adicionalmente, se reconoce que en Colombia no existe una norma técnica obligatoria, sin embargo, GAS NATURAL S.A. E.S.P. considera que ante la ausencia de un reglamento técnico, se tiene que cumplir los lineamientos de la Norma Técnica NTC-3649. Por otra parte, si bien JUAN CARLOS MARTINEZ PINZON, reconoce la categoría técnica de dicha norma, no se muestra conforme con la posición de GAS NATURAL S.A. E.S.P. de negar, a través de la inspección realizada por los interventores de redes internas, la instalación de los equipos fabricados por la empresa MELTRONIC LTDA.

Es en este punto debe hacerse un pronunciamiento sobre el alcance de la sentencia del 15 de Abril de 2010, dentro de una acción popular presentada por JUAN CARLOS MARTINEZ contra la Superintendencia de Industria y Comercio y otras.

En esta acción, en la cual se solicitó "Ordenar al CONSEJO NACIONAL DE NORMAS Y CALIDADES y a sus dependencias e instituciones adscritas entre ellas a la Superintendencia de Industria y Comercio la inclusión de la Norma Técnica Colombiana NTC 3649 como norma de obligatorio cumplimiento" el Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la sentencia del a-quo parcialmente, la cual ordenaba al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo "para que siga con el proceso de implementación de la NTC 3649 denominada "CONTROLES Y DISPOSITIVOS DE SEGURIDAD PARA CALDERAS DE CONTROL DE COMBUSTION AUTOMATICO" y ordenó al Ministerio de Protección Social "que

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

estudie la posibilidad de imprimirle carácter obligatorio a la norma técnica NTC 3649 sobre controles y dispositivos de seguridad para las calderas de control de combustión, según la necesidad, oportunidad, conveniencia y pertinencia".

Esta sentencia, acredita que la Norma Técnica NTC 3649 no es un Reglamento Técnico o Norma Técnica Colombiana Oficial Obligatoria en Colombia a la fecha.

Ahora, la Comisión de Regulación de Energía y Gas, tiene dentro de sus funciones de acuerdo con el numeral 73.4 del artículo 73 de la ley 142 de 1994 "Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio".

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Resolución 67 de la CREG establece dentro del mercado de gas natural como un mínimo técnico, las normas técnicas colombianas. Así en el Literal II Numeral 1 NORMAS TÉCNICAS APLICABLES se indica lo siguiente.

"2.1. Para los efectos pertinentes a este Código, todo distribuidor o usuario del sistema de distribución, deberá cumplir como mínimo con las Normas Técnicas Colombianas expedidas para el efecto. En caso de no existir normas colombianas, se emplearán normas de reconocido prestigio internacional y aceptadas por el Ministerio de Minas y Energía, el cual las compilará en un Código de Normas Técnicas y de Seguridad.

2.4. Las condiciones técnicas de los aparatos, accesorios, materiales, montaje, calidad, protección y seguridad que han de reunir las conexiones de gas a que se refiere este reglamento serán objeto de instrucciones o Normas Técnicas Colombianas y sus revisiones, o en su defecto las normas internacionales que regulan la materia y aceptadas por el Ministerio de Minas y Energía."

Igualmente en el Literal II numeral 2.4 CALIDAD DE LOS MATERIALES DE CONSTRUCCIÓN se indica:

"2.11. Las tuberías, equipos, materiales y accesorios utilizados en todos los sistemas de distribución, deberán cumplir como mínimo con las Normas Técnicas Colombianas y sus revisiones, o en su defecto las normas internacionales que regulan la materia y aceptadas por el Ministerio de Minas y Energía."

Este código lo que consagra es la utilización de las normas técnicas como un piso de especificaciones necesarias para la cadena del gas, en esta medida, la CREG considera que este límite es necesario para garantizar el buen funcionamiento del servicio público, independiente que la norma sea o no, de obligatorio cumplimiento. Como se ha afirmado antes, las normas o estándares tienen como fin establecer una solución común a un problema técnico, no a volverla jurídicamente exigible.

Tampoco la Superintendencia puede desconocer la fuerza vinculante de la resolución CREG 67 de 2003, la cual como todo acto administrativo no anulado por la entidad judicial competente goza de la presunción de legalidad propia de los mismos.

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

Ahora bien, el proceso de aceptar en una industria una norma técnica es voluntario, esto no quiere decir que en transacciones comerciales no pueda exigirse estándares de calidad, como lo indica el artículo 13 del Decreto 2269 de 1993.

"En las transacciones comerciales podrá requerirse el cumplimiento de normas técnicas y la utilización de certificados de conformidad expedidos por los organismos acreditados a que se refiere este Decreto."

Adicionalmente, la utilización de estándares internacionales como referencia interna, tal y como lo menciona la Resolución CREG 67 no es solo una disposición normativa de alcance nacional, sino que está relacionada con los compromisos suscritos por Colombia a nivel internacional.

Es así como en el "Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", dentro del capítulo denominado "ACUERDO SOBRE OBSTACULOS TECNICOS AL COMERCIO se indica:

"Cuando existan normas internacionales o sea inminente su formulación definitiva, la institución con actividades de normalización utilizará esas normas, o sus elementos pertinentes, como base de las normas que elabore salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos no sean eficaces o apropiados, por ejemplo, por ofrecer un nivel insuficiente de protección o por factores climáticos u otros factores geográficos fundamentales, o por problemas tecnológicos fundamentales."

Cabe anotar, que la norma técnica colombiana NTC 3649 cuyos apartes relevantes se verán a continuación, no es sino una traducción técnica de la norma ASME CSD-1.

Por último y respecto al responsable por las fallas de seguridad en el sistema de distribución, y quien debe verificar el cumplimiento de los estándares de calidad, la misma resolución CREG 67 de 1995, establece lo siguiente:

"2.24 El distribuidor será responsable por el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, protección del 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 (...)."

Esto conlleva a afirmar que finalmente quien debe hacer seguimiento a los requisitos mínimos de seguridad de las instalaciones de gas, inclusive las instalaciones internas, es el distribuidor, para el caso concreto, GAS NATURAL S.A. E.S.P."

"Sobre las certificaciones de producto y sus efectos sobre la competencia"

En la medida que la certificación de conformidad es la verificación de un estándar ya implementado, se debe analizar cuáles son los efectos competitivos y anticompetitivos de la implementación, por parte de una empresa, de un sistema de calidad.

Se tiene que los estándares pueden generar los siguientes efectos competitivos:

- 1. Permite a los consumidores identificar entre productos de buena calidad de productos de mala calidad.*
- 2. Facilitan la entrada a otros mercados si el estándar es común en varios países o regiones.*

Ahora, se tiene que los estándares pueden generar las siguientes restricciones a la competencia:

- 1. Generar costos asimétricos entre las empresas intervinientes del mercado.*
- 2. Aumentar el mínimo de producción eficiente de la industria, al aumentar los costos fijos de la industria.*
- 3. Aumenta las barreras de entrada.*
- 4. Puede afectar el desarrollo de soluciones alternativas a un problema técnico.*
- 5. Puede fomentar conductas exclusorias al utilizar el estándar como una manera de eliminar a la competencia al utilizar como estándar obligatorio una norma ya implementada por solo algunas empresas o por la firma dominante*

Sobre estos puntos, debe observarse ahora el efecto de la implementación de la Norma Técnica NTC 3649 dentro del mercado donde compete MELTRONIC LTDA.

Respecto a los efectos pro-competitivos de la NTC 3649, tenemos que observar que las soluciones técnicas que dieron origen a las normas técnicas colombianas datan de los años cincuenta. Por otro lado en Colombia, la última revisión del estándar NTC 2505 fue aprobada el 1° de agosto de 2001 y respecto a la NTC 3649 su última revisión data del 19 de octubre de 1994. Es decir, son estándares que pueden ser considerados como consolidados y que no obedecen a tecnologías nuevas.

El quejoso reconoce que las soluciones técnicas de la NTC 3649 son las que acepta la industria como mínimo de evaluación. Dada la importancia de seguir esta norma, el señor JUAN CARLOS MARTINEZ efectuó un esfuerzo para que sus productos (controladores contra falla en llama) cumplieran con este estándar. Lo que resulta contradictorio de las afirmaciones del quejoso, es que por una lado intenta cumplir el estándar de la Norma Técnica NTC 3649 y por otro lado, no acepta que la ausencia de certificación impida que el cumpla a plenitud con el estándar. Los apartes ya citados, exigen la certificación de conformidad para evaluar los elementos utilizados en las instalaciones de gas industrial. Si un elemento no está certificado conforme a la norma, no puede considerarse que la instalación cumple con el estándar.

Las certificaciones de calidad de producto, son señales para el mercado. El esfuerzo de adquirir la certificación para diferenciarse de otros productos, genera un efecto procompetitivo en la medida que permite que un posible comprador evalúe dicho esfuerzo a la hora de hacer una selección entre los posibles oferentes. Si los productos certificados en general tienen calidades aceptables, las empresas tenderán a escoger tales productos, para el caso el Estado consideró que la aplicación de las normas técnicas y su certificación, permite hacer de manera idónea dicha diferenciación, pero ello no quiere decir que la certificación automáticamente califique

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

un producto como de buena calidad, ya que solo la experiencia permite hacer esa evaluación a través del tiempo. La certificación tan solo reduce el costo de averiguar si el producto logra cumplir con su cometido.

De no existir la certificación, la falta de información en dicho mercado generaría que la calidad del producto se convirtiera en un factor secundario y se hicieran estimaciones poco objetivas sobre las propiedades de estos bienes. En consecuencia, podrían prosperar productos de menor calidad a menor precio, sustituyendo a productos de buena calidad que incurren en mayores costos de fabricación y por consiguiente ofrecidos a mayores precios.

Es evidente que si bien, la certificación va dirigida para las empresas instaladoras, sus efectos también se reflejan en el usuario final. En la medida que, dado que no existe la certificación, el instalador probablemente preferiría optar por comprar materiales, elementos y dispositivos de menor precio y baja calidad –utilizados por el usuario final- pero que le permiten reducir sus costos.

En el caso que nos competen (sic), el instalador debe asegurarse que la conexión interna, cumpla con los requisitos técnicos exigibles para toda la red, esto incluye como una parte integrante del sistema, al controlador contra falla en llama dentro de los dispositivos de seguridad del equipo industrial. Los componentes de la instalación y el equipo industrial deben ser verificados de dos formas: a) como parte integrante de la red interna ya instalada y b) que potencialmente pueda cumplir con las exigencias propias de la operación a gas. La certificación de conformidad de producto es una forma rápida y eficiente de evaluar la capacidad de los elementos de la red, dentro de los cuales se encuentra el controlador contra falla en llama.

Frente a la pregunta, si es posible recomendar la instalación de un controlador contra falla en llama no certificado y del cual no se conocen las pruebas a las que ha sido sometido, el perito GONZALO RODRIGUEZ G. indicó:

"No, aunque las entidades del estado Colombiano responsables por la regulación y control de calderas a vapor, aún no ha sido posible que aprueben un "Reglamento de Calderas" para la República de Colombia que ya está terminado y listo para su promulgación y socialización, las normas internacionales existentes sobre este tema, fijan que cualquier dispositivo de seguridad y/o control usado en calderas, debe ser certificado por algún laboratorio de pruebas (Apto para operar con las funciones de seguridad mínimas aceptables)."

Esta solución como se observa no es legalmente exigible, ni obligatoria, pero si (sic) necesaria dentro de los requisitos mínimos de funcionamiento, para la operación de un equipo industrial que funciona con gas natural. Es evidente que si bien el sistema de calidad no garantiza completamente la seguridad del sistema, sí reduce un riesgo que es importante y real dada la naturaleza volátil del combustible.

Una irregularidad en el funcionamiento del controlador contra falla en llama puede ser catastrófico en la medida que cuando "(...) ocurra un fallo en llama por razón diferente al cierre de la válvula principal de combustible, podría ocurrir una explosión ya que la llama al apagarse y el monitoreo de la llama al no estar operativo, seguirá entrando

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

gas combustible o fuel oil a la cámara de combustión que está muy caliente (del orden de los 2800 grados F) y con presencia del aire del ventilador de la caldera que aun opera, se completan las condiciones para que ocurra reignición con explosión".

Es por eso que no puede considerarse que la afirmación del quejoso en la cual "(...) el ingeniero Oscar Avella no realizó ningún tipo de Prueba técnica ni efectuó ningún tipo de protocolo para determinar ni la calidad ni el funcionamiento de la conversión de gas lo único que fue hizo fue abrir el tablero, mirar la conversión" implique una omisión u obstrucción al producto de MELTRONIC LTDA., al contrario, se observa que el ingeniero verificó primero los productos instalados antes de hacer las pruebas de la instalación.

Por lo anterior, la NTC 3649 es un sistema efectivo de información sobre la calidad del producto, de un modelo ya probado y exigible no solo en Colombia sino en otras jurisdicciones.

Ahora, respecto a los efectos anticompetitivos del estándar se tiene que su implementación no era costosa en su momento para MELTRONIC LTDA. Así, en comunicación del 24 de Junio de 2008, donde el ICONTEC cotiza el proceso de certificación de los controladores contra falla en llama, se tiene que el costo del proceso de certificación era de SEIS MILLONES SESENTA MIL PESOS (\$6.060.000). Esto comparado con las ventas realizadas por la empresa MELTRONIC LTDA., durante el periodo 2005 a 2010, hace pensar que la implementación de la certificación de producto, no era una barrera de entrada significativa para esta empresa; lo anterior teniendo en cuenta que para ese mismo periodo MELTRONIC LTDA. realizó ventas por valor de \$94.717.172, cuantía a la que al descontar el costo asociado a la fabricación de estas referencias genera como resultado un margen de utilidades, por valor de \$31.746.296. En ese sentido, no es comprensible la racionalidad económica por la cual la empresa se abstiene de certificar un producto que registra este volumen de ventas a pesar de la ausencia de certificación."

3. "Sobre la obstrucción a MELTRONIC LTDA.

Respecto de las posibles conductas de GAS NATURAL S.A. E.S.P. encaminadas a obstruir los productos fabricados por MELTRONIC LTDA. se ha establecido lo siguiente:

- a) Se determinó que GAS NATURAL S.A. E.S.P. y MELTRONIC LTDA. no concurren a los mismos mercados.*
- b) Se determinó que el interés de GAS NATURAL S.A. E.S.P. en el mercado de instalaciones se encuentra encaminado a garantizar que el potencial cliente pueda acceder rápidamente a la prestación del servicio de gas público domiciliario; objeto principal de la actividad del distribuidor.*
- c) Que la única razón por la cual GAS NATURAL S.A. E.S.P. se ha negado a la instalación o uso de los dispositivos de MELTRONIC LTDA. obedece a una exigencia técnica y legal, como lo es el cumplimiento de las normas técnicas que exige la CREG en desarrollo de sus facultades.*

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

d) *Por lo anterior, de existir una obstrucción al mercado lo cual no es el caso, ésta es legalmente justa y económicamente eficiente, por lo tanto no susceptible de sanción bajo las normas de protección de la competencia".*

En conclusión, la Delegatura recomendó no sancionar a la empresa GAS NATURAL S.A. E.S.P. ni a MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA en calidad de persona natural por los hechos objeto de la presente investigación, toda vez que considera que no se comprueba la existencia de las conductas descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

QUINTO: 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 investigados del Informe Motivado, quienes el 27 de diciembre de 2011 presentaron sus escritos con las observaciones al mismo¹², cuyos argumentos se incluyen a continuación:

5.1. En primer lugar, el Apoderado de GAS NATURAL manifiesta su conformidad con las conclusiones presentadas por la Delegatura, en cuanto a que la conducta de la empresa investigada y su representante legal, no contiene elementos anticompetitivos que ameriten reproche alguno por parte de esta Entidad.

El Apoderado enfatizó en tres elementos que en su opinión soportan aún más las conclusiones a las que llegó el Delegado, los cuales describe en los siguientes términos; (i) **"No hay evidencia de ánimo anticompetitivo en las políticas y comportamientos de las investigadas"**; (ii) **"No hay ninguna evidencia de los efectos del supuesto abuso"**; (iv) **"Total respecto de las libertades económicas en los mercados conexos diferentes a la financiación"**.

No obstante lo anterior, el Apoderado señala que difiere de algunas de las conclusiones a las que llega la Delegatura, respecto de las cuales se refirió en los siguientes términos:

"4. No hay posición de dominio"

Frente a ello, de una parte, la existencia de un monopolio natural no necesariamente equivale ipso iure a la existencia de una posición dominante y, de otra, como se verá en los apartes que siguen, en el caso que nos ocupa no hay tal dominancia.

(...)

El Delegado parte del supuesto (sic) que el mercado- productor en cuestión se limita al gas natural. Y, en un solo párrafo salta a concluir que en la medida que hay monopolio natural existe posición de dominio.

Obran en el expediente pruebas suficientes que indican que existen sustitutos imperfectos que deberían ser considerados dentro del mercado relevante, por ser igualmente útiles como fuentes de energía, para diversos usos y que inciden fuertemente en el análisis de elasticidad cruzada.

¹² Cuaderno 36, comunicación con radicado 05-111448-00 - 00365-0002

RESOLUCIÓN NÚMERO 8796 DE 2012 Hoja N°. 14

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

En ese sentido, al incorporar dentro del mercado relevante otras fuentes de energía que son sustitutos de gas natural, es posible considerar que existía un monopolio natural respecto de ese servicio particular, pero no habrá una posición de dominio en el mercado, por cuanto dependerá del poder que ostenten los distribuidores de las otras fuentes de energía en ese mercado relevante.

*Para efectos de aclarar lo anterior, se resalta que el gas natural ha sido y es un producto que, según el segmento de mercado que se analice, tiene y tendrá una mayor o menor sustituibilidad frente a otras fuentes energéticas i.e. no será igual para el sector residencial que para el sector industrial. En ese sentido, el análisis de sustituibilidad y elasticidad cruzada en cada uno de esos segmentos es indispensable, y de hecho lleva a concluir que el mercado -producto es mucho más amplio que sólo gas: **"En las residencias el gas natural se utiliza para cocción de alimentos y calentamiento de agua para la ducha. Solo algunos usuarios de estratos 5 y 6 están empezando a utilizar este combustible para elevar las temperaturas ambientales al interior de las residencias. El gas natural en sus primeras etapas de desarrollo en Bogotá y Soacha sustituyo (sic) el cocinol, un derivado del petróleo utilizado para cocinar por los estratos bajos, que además de su alto costo y los esfuerzos logísticos que exigía su distribución (incluidos racionamientos) era contaminante y peligroso. A medida que se expandió la red de distribución, el gas natural, ha venido desplazando como energético para cocinar y calentar agua a la energía eléctrica, por su menor precio, y al GLP por precio y comodidad."***

*No obstante, para el sector industrial la conclusión varía sustancialmente a favor de la inexistencia de una posición de dominio: **"El gas natural no es competitivo para generar energía eléctrica a los precios actuales [...] Obviamente el gas no compite para un usuario que no ha incurrido en inversiones, tampoco resulta competitivo para un industrial que ya cuenta con equipos e instalaciones para generar con algún sustituto."***

(...)

Las anteriores consideraciones son conclusivas de que el gas natural cuenta con sustitutos, inclusive más atractivos dependiendo del sector y segmento que se analice. Po eso, no puede simplemente limitarse al análisis al mercado producto -gas, por cuanto está eliminado de tajo otra serie de productos que son igualmente o incluso mejores- fuentes de energía que el gas natural por consideraciones en torno a la inversión en instalaciones y precio del servicio."

En relación con el mercado relevante geográfico determinado por la Delegatura el Apoderado señaló:

"(...) las condiciones de competencia para los 'mercado conexos' (que supuestamente hubieran sido afectados) no son sensiblemente distintas entre Bogotá D.C., Soacha y Sibaté.

De tal forma, el análisis deberá hacerse sobre el área geográfica donde tiene lugar la comercialización o influencia de gas natural que como se concluye a simple vista, no tiene nada que ver con la determinación del lugar en que ocurrieron unos hechos denunciados".

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

Con fundamento en lo anterior el Apoderado manifiesta que en atención a que el producto con el cual compite la sociedad investigada es una fuente de energía, para el respectivo análisis deben compararse las participaciones de las empresas de distribución de otras fuentes de energía que son sustitutos imperfectos del gas natural.

A lo anterior agregó *"Siendo así, a pesar del monopolio natural del que habla la CREG en su resolución 108 de 1997, lo cierto es que los distintos tipos de usuarios pueden preferir - con base en una gama amplia de consideraciones- una fuente energética distinta a la del gas natural. Lo anterior excluye una afirmación como la realizada dentro del informe motivado, según la cual el monopolio natural ipso iure implica tener posición de dominio"*.

En adición a lo anterior, el Apoderado pone de presente que en la medida en que la posición de dominio se encuentra definida en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, el análisis del caso en estudio debe hacerse de acuerdo con tal definición. Respecto de lo cual señala:

"Al respecto, esa capacidad de determinar las condiciones de un mercado deber ser en razón a una conducta unilateral de quien ostenta ese poder de mercado y particularmente sobre los precios que puede cobrar en éste."

De otro lado, la justificación de la existencia de las Comisiones de Regulación para los servicios públicos de la ley 142 de 1994 es precisamente promover la competencia o asegurarse - por vía de regulación que el monopolista sea económicamente eficiente."

Siendo así, estando en presencia de un mercado fuertemente regulado las condiciones mismas del mercado están definidas bajo decisiones de la autoridad administrativa corresponden i.e CREG, lo cual implica que el monopolista no puede determinar unilateralmente las condiciones de ese mercado y mucho menos de manera perdurable".

Por otra parte, argumenta el Apoderado que así se concluyera que sí hay posición de dominio, en el presente caso, no se verificaron las condiciones para que pudiera presentarse abuso en un mercado conexo. Al respecto, manifiesta:

"5. No hay ejercicio de la posición de dominio hacia mercados conexos"

En el número anterior ya vimos que Gas Natural no tiene posición de dominio en su propio mercado pero resulta que este caso no se abrió por un presunto abuso en ese mercado, sino en los mercados conexos.

Y, si bien la anterior conclusión es debatible, no hay absolutamente ninguna duda que las condiciones para que pudiera presentarse abuso en un mercado conexo no se verificaron, por no existir, en el presente caso.

5.1. Condiciones para que se pueda ejercer dominio sobre mercados conexos

En la doctrina de la Superintendencia se han relevado algunos elementos para poder ejercer dominio en un mercado conexo. Esos elementos han sido precisados y

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

ampliados por el mismo autor citado por esa Entidad en la apertura de investigación (Fernando Díez Estella), así:

- La compañía afectada sea dominante en el mercado del producto principal.
- Tanto el producto principal como el secundario son bienes distintos.
- La práctica en cuestión tiene que provocar un efecto de cierre de mercado.
- La conducta en cuestión no puede justificarse objetivamente por razón de eficiencias."

Y, la Superintendencia ha agregado que el agente debe usar su poder de dominio con el fin de obtener una ventaja competitiva o eliminar en el cual se tiene dominio.

Como se advirtió por el señor Delegado y que procederé a aclarar, no se verifican esos ingredientes en el caso bajo estudio.

5.2. Las condiciones no se dan en este caso Resalto a continuación cuatro de los cinco elementos indispensables para que se presenta un abuso en un mercado conexo:

(i) Gas Natural S.A. E.S.P, a pesar de tener un monopolio natural en el mercado de distribución de gas en Bogotá, Soacha y Sibaté, no tiene una posición dominante en el mercado.

(ii) Lejos de que se haya dado un cierre del mercado conexo, se probó que el mercado de diseñadores, asesores e instaladores de gas natural tiene una fuerte competencia, se trata de un mercado suficientemente desagregado y cuya rivalidad es permanente.

(iii) La conducta de Gas Natural S.A. ESP es lícita y está justificada en razón de las eficiencias que pueden desprenderse de una negativa a contratar, como lo soporta la conclusión que en eventos algunos tipos de arreglos verticales responden a las razones de eficiencia económica.

(iv) En relación con la finalidad anticompetitiva, se hizo en precedencia, una expedición sobre las pruebas que demuestran la finalidad procompetitiva y lícita de Gas Natural S.A. ESP".

Otro de los aspectos que enfatiza el Apoderado en su escrito de observaciones es el relativo a la presunta conducta de obstrucción del mercado, por la que se dio inicio a la investigación de la referencia, respecto de lo cual señala:

"6. No eliminación ni obstrucción de la competencia.

(...)

"El diseño comercial y de políticas de Gas Natural S.A. ESP va dirigido a lograr una mayor penetración de este combustible, como alternativa a otro tipo de fuentes de energía. En ese sentido carecería de sentido una política que afectará la expansión de este servicio público.

En efecto, el gran número y la vigorosidad de la competencia que se observa en los mercados conexos identificados por esa entidad, dan cuenta de que no hay obstrucción alguna y mucho menos en cabeza del distribuidor de gas.

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

(...)

Dentro de los "mercados conexos" a la distribución de gas natural, Meltronic y todas las demás empresas se mueven con total libertad, sin injerencias indebidas por parte de las investigadas.

Esto es así y se observa incluso para Meltronic, que ha ofrecido sus productos a algunas empresas, pero no ha obtenido los contratos con éstas, no por presiones o conductas anticompetitivas de Gas Natural S.A. E.S.P., sino por decisiones racionales de cada uno de los empresarios.

(...)

"7. No discriminación"

Resultó probado en el expediente que las políticas empresariales de Gas Natural S.A. ESP y las conductas de sus empleados o colaboradores van en procura de obtener los mejores equipos, contratistas y condiciones para usuario, pero no a favorecer en forma alguna a uno u otro empresario, ni así mismo en ese ámbito.

En ese sentido, no hay ninguna predisposición por parte de los empleados o colaboradores de Gas Natural S.A. ESP, o política de empresa, para favorecer a empresarios de alguna nacionalidad específica, o marcas particulares, sino condiciones objetivo-técnicas que garanticen un servicio continuo y eficiente.

Está probado que lo que Gas Natural ha hecho, está orientado a tener certeza del cumplimiento de los estándares técnicos de calidad propios para los artefactos y dispositivos necesarios para la prestación adecuada y segura del servicio de gas natural."

(...)

8 La aplicación de estándares de seguridad no es una práctica obstructiva, ni discriminatoria.

En la apertura de investigación se partió del supuesto (sic) que la exigencia de estándares de calidad sería el posible instrumento para generar efectos restrictivos de la competencia. Contrario a lo anterior, el informe motivado resaltó las eficiencias y legalidad misma de exigirlos.

Por su parte, nótese que esas normas técnicas no las diseñó ni la formula ninguna de las investigadas, sino que se trata de una traducción de una norma foránea de alcance multinacional.

En segundo lugar, obsérvese que para los empresarios que participan en los mercados conexos resulta indefectible el tema de seguridad en las calderas, para mitigar riesgos de explosiones o fallas en los equipos que generen daños irreversibles a las personas o a las cosas".

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

En cuanto a la conducta que se imputó en la apertura de investigación a la señora María Eugenia Coronado, como representante legal de Gas Natural S.A. ESP, el Apoderado manifiesta que no se encuentra probado que la señora Coronado haya ejecutado, autorizado ni tolerado las conductas anticompetitivas objeto de investigación y que fueron relacionadas en la resolución de apertura, ni de ninguna otra.

SEXTO: Que mediante comunicación del 23 de diciembre de 2011, radicada bajo el número 05-111448--0364-003, el señor JUAN CARLOS MARTÍNEZ PINZÓN, como representante legal de la sociedad MELTRONIC, solicita el reconocimiento como tercero interesado en el trámite de la referencia y que en consecuencia, se le dé traslado del respectivo Informe Motivado.

SÉPTIMO: Que mediante Resolución 454 de 2012, este Despacho resolvió negar por extemporánea la solicitud de reconocimiento como tercero interesado presentada por el señor JUAN CARLOS MARTÍNEZ PINZÓN, representante legal de la sociedad MELTRONIC LTDA.

OCTAVO: Que mediante escrito radicado el 24 de enero de 2012 con el número 05-111448-00377-0002, el señor JUAN CARLOS MARTÍNEZ PINZÓN presentó oportunamente recurso de reposición contra la Resolución No.454 de 2012.

NOVENO: Que mediante Resolución 5253 del 10 de febrero de 2012, este Despacho resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución 454 de 2012.

DÉCIMO: 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:

10.1. COMPETENCIA

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

El numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2012¹³ señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, 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*

¹³ Mediante el cual se deroga el Decreto 3523 de 2009 y el Decreto 1687 de 2010.

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

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 2012¹⁴, 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, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas.

10.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con la Resolución No. 43270 del 28 de agosto de 2009, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, en este caso se examinó la presunta infracción a las siguientes normas:

10.2.1. 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".*

10.2.2. Abuso de posición dominante

De acuerdo con el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se considera abuso de posición de dominante¹⁵ *"Obstruir o impedir a terceros, el acceso a mercados o a los canales de comercialización".*

10.2.3. Aplicación del Decreto 0019 del 2012

De acuerdo con el inciso 5o del artículo 155 del Decreto 0019 del 2012¹⁶, *"Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado".*

Teniendo en cuenta lo previsto en la norma transcrita, y que en el presente caso en el Informe Motivado que el Delegado presentó al Superintendente se concluye que no se comprobó que GAS NATURAL hubiese incurrido en las conductas descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y, en consecuencia, se recomienda no sancionar a la mencionada empresa ni a la señora MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA, este Despacho acoge integralmente los argumentos expuestos en el referido informe, toda vez que comparte el análisis y las conclusiones a las que llegó la Delegatura.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ 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".*

¹⁶ Modifica el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009

De conformidad con lo anterior, este Despacho considera pertinente referirse a los siguientes aspectos del caso en estudio:

10.3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

10.3.1. Conducta investigada

Como se expone a continuación de manera sumaria, este Despacho no considera que en el presente caso se hubiera demostrado la existencia de una conducta anticompetitiva.

10.3.1.1. Conducta de obstrucción en el mercado conexo

A pesar de que, en este caso, la posibilidad de que se pueda presentar la conducta de obstrucción es reducida, ya que ni GAS NATURAL ni su subsidiaria participan directamente en el mercado del controlador contra falla en llama, se debe poner de presente que este Despacho comparte el análisis que hace la Delegatura en el Informe Motivado sobre la posible conducta de obstrucción, así como las conclusiones a las que ésta llegó.

Cabe señalar que si se llegase a considerar que la sociedad investigada concurre en el mercado afectado y que, en consecuencia, podría realizar una conducta de obstrucción en contra de MELTRONIC, no debe dejarse de lado que la Resolución No. 067 de 1995, mediante la cual la CREG por la cual se adopta el Código de Distribución de Gas Combustible por redes, establece los equipos que utilicen gas combustible deben cumplir con las Normas técnicas colombianas o internacionales que establezcan las condiciones y estándares técnicos de dichos equipos, razón por la que resulta aceptable que el Investigado exija el certificado de conformidad respecto de los equipos que hacen parte de las instalaciones de gas industrial.

En efecto, las disposiciones de la mencionada resolución establecen lo siguiente:

" II.1 Normas técnicas aplicables

- 2.4. *Las condiciones técnicas de los aparatos, accesorios, materiales, montaje, calidad, protección y seguridad que han de reunir las conexiones de gas a que se refiere este reglamento serán objeto de instrucciones o Normas Técnicas Colombianas y sus revisiones, o en su defecto las normas internacionales que regulan la materia y aceptadas por el Ministerio de Minas y Energía.*

4.19. El diseño de las obras de infraestructura de tubería, equipos, medidores, reguladores, y demás elementos que se utilicen en conexiones de usuarios a los sistemas de distribución y los equipos que utilicen gas combustible deberán cumplir con las Normas Técnicas Colombianas (Código de Normas Técnicas y de Seguridad), o en su ausencia con las normas internacionales aceptadas por el Ministerio de Minas y Energía.

5.23. El 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

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

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. "(Destacados fuera de texto)

Así, y teniendo en cuenta que como en se señala en el Informe Motivado el Controlador contra Falla en Llama es un equipo utilizado como dispositivo de seguridad en máquinas o gasoindustriales, éste debe cumplir con lo previsto en la mencionada resolución respecto de las normas técnicas colombianas o internacionales. Por lo tanto, la exigencia de su certificado de conformidad por parte de GAS NATURAL, no puede entenderse como una obstrucción al mercado.

10.3.1.2. Conducta prevista en el artículo 1o de la Ley 155 de 1959

Teniendo en cuenta que la apertura de la investigación se abrió con el fin de determinar si la empresa investigada había actuado en contravención de dicha conducta, resulta necesario referirnos a dicha norma y a la interpretación actual que esta Entidad tiene respecto de la misma.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. Modificado. Decreto Especial 3307 de 1963, Art. 1. 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 y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".

Son varias las interpretaciones que se han hecho de la norma transcrita; sin embargo, lo pertinente es referirnos a la interpretación que ha hecho este Despacho apartándose de interpretaciones anteriores.

Así pues se ha considerado que las prohibiciones derivadas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 son tres:

- 1) Los acuerdos *"que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros"*.
- 2) *"Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"*.
- 3) *"Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a" "mantener o determinar precios inequitativos"*.

Para el caso que nos ocupa, es evidente que no nos encontramos frente a las prohibiciones descritas en el numeral 1 y 3, pues la conducta que se investigó no es un presunto acuerdo y, mucho menos, se trata de prácticas y procedimientos tendientes a mantener o determinar precios inequitativos, por lo que la única conducta que habría podido ser objeto de investigación, en virtud de la norma mencionada es la prevista en el

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

numeral 2, toda vez que se refiere a una práctica o procedimiento tendiente a limitar la libre competencia.

Sin embargo, teniendo en cuenta que este Despacho comparte el análisis y las conclusiones planteadas en el Informe Motivado respecto a la conducta de obstrucción, pues se considera que la negativa de GAS NATURAL a instalar o a usar el controlador contra falla en llama que fabrica MELTORNIC, no puede ser considerada una indebida restricción a la libre competencia, ya que se trató de una exigencia técnica legal, en aras de garantizar la seguridad de las instalaciones y, a su vez, proteger a sus usuarios, es claro que no se trata de una práctica de las previstas en el numeral 2 antes mencionado.

10.3.1.3. Responsabilidad de las personas naturales investigadas

De conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992¹⁷, 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 de la representante legal de la sociedad GAS NATURAL para la época de los hechos, señora MARIA EUGENIA CORONADO ORJUELA, por la infracción a las normas sobre libre competencia, debe haber sido 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 de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en los términos ya indicados, este Despacho encuentra que la señora MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA, como representante legal de GAS NATURAL para la época de los hechos, no es responsable de la conducta prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado 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.

10.3.2. Descargos del Apoderado de GAS NATURAL S.A E.S.P. al traslado del Informe Motivado

El Apoderado de la sociedad GAS NATURAL manifestó su conformidad con las conclusiones presentadas por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia en el Informe Motivado, en cuanto a que encontró que la conducta de la empresa investigada y de su representante legal no contiene elementos anticompetitivos. No obstante, manifiesta que difiere en algunas de las aproximaciones efectuadas en el

¹⁷Modificado 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, [...]".

mencionado Informe; por lo tanto, este Despacho considera pertinente pronunciarse frente a dichas observaciones.

10.3.2.1. Sobre la no existencia de posición de dominio

Señaló el Apoderado de GAS NATURAL 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. A continuación, este Despacho procede a analizar los diferentes argumentos presentados en los descargos.

A. Definición del mercado relevante

(i) Mercado relevante de producto

De acuerdo con el Apoderado, el análisis de mercado de producto no puede simplemente limitarse al gas natural y en el mismo deben incluirse aquellas fuentes de energía sustitutas.

En relación con este aspecto, debe tenerse en cuenta que el mercado de producto donde participa GAS NATURAL en ningún momento fue definido como el "mercado de gas natural" sino como el de "distribución y comercialización de gas natural por redes", razón por la cual no es pertinente realizar un análisis de sustituibilidad respecto de aquellos productos sustitutos del gas natural. En efecto, no tendría sentido tener en cuenta sustitutos del gas natural como combustible, cuando la conducta que se investiga ocurre específicamente por la utilización de redes como mecanismo de distribución del hidrocarburo y el mercado afectado fue definido como el de Controlador contra Falla en Llama, donde claramente la consideración de otros tipos de energéticos no cabría en un análisis de sustituibilidad.

No obstante lo anterior, resulta importante señalar que, a diferencia de lo señalado por el Apoderado, esta Superintendencia ha indicado en análisis anteriores 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 permite concluir que exista sustitución perfecta del gas natural con otras fuentes de energía. Así se señala, adicionalmente, en el estudio denominado "Diagnóstico fallas del mercado de gas natural en Colombia" desarrollado para el Ministerio de Minas y Energía donde se expuso lo siguiente:

"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.

(...)

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.

(...)

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

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 del 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"¹⁸.

Así las cosas, por la forma en que fue definido el mercado de la presente investigación no es pertinente incluir los sustitutos del gas natural como combustible, inclusión que, por las razones expuestas, tampoco resulta adecuada para un análisis de competencia, aún si se tratara del mercado de gas natural.

(ii) Mercado relevante geográfico

Respecto del análisis de mercado relevante geográfico realizado por el Despacho del Delegado, el Apoderado indica que éste 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.

Al respecto, este Despacho precisa que, de acuerdo con el Informe Motivado, en el cual se tuvo en cuenta lo establecido en la Resolución CREG 33 de 2004, el mercado geográfico definido para el presente caso, fue la ciudad de Bogotá D.C. y los municipios de Soacha y Sibaté. No obstante, para efectos de competencia, la Delegatura delimitó el análisis de la posible conducta a la ciudad de Bogotá, toda vez que fue allí donde ocurrieron los hechos denunciados. Es necesario diferenciar el mercado geográfico en el que la empresa investigada desarrolla su actividad económica de aquel sobre el cual recae la supuesta conducta reprochable y se producen sus efectos. Incluir los otros municipios por cuanto la CREG los incluyó para otros propósitos¹⁹, puede llevar a una conclusión errada en tanto se amplía de manera artificial el mercado geográfico afectado por la conducta investigada.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en la medida en que GAS NATURAL tiene posición de dominio en la distribución de gas natural en los municipios de Soacha, Sibaté y la ciudad de Bogotá y que no concurre en el mercado de Controladores contra Falla en Llama, las conclusiones a las que llegó la Delegatura en el Informe Motivado no habrían cambiado si el análisis de la posible conducta no se hubiera limitado a la ciudad de Bogotá.

(iii) Competencia efectiva

El Apoderado señaló que, a pesar del monopolio natural establecido por la CREG en la Resolución 108 de 1997, incluir en el análisis de mercado relevante la participación de las

¹⁸ 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 13 de febrero de 2012.

¹⁹ La CREG define los mercados relevantes de distribución de gas natural con fines meramente regulatorios.

RESOLUCIÓN NÚMERO 8796 DE 2012 Hoja N°. 25

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

empresas de distribución de otras fuentes de energía sustitutas imperfectas del gas natural, excluye la afirmación según la cual el monopolio natural implica tener posición de dominio.

De acuerdo con lo señalado en el punto (i) del presente literal, toda vez que el mercado de producto donde participa GAS NATURAL corresponde al mercado de "distribución y comercialización de gas natural por redes" y no al "gas natural", en la definición de mercado relevante de producto no se incluyeron otras fuentes de energía sustitutas del gas natural, por esta razón la competencia proveniente de empresas de distribución de otras fuentes de energía no puede tenerse en cuenta para determinar la posición de dominio de GAS NATURAL. Lo anterior es más claro aún si se tiene en cuenta que como se dijo en el Informe Motivado, el mercado afectado donde supuestamente se realizó la conducta investigada, "está determinado por la oferta y la demanda de Programadores o Controladores contra Falla en Llama".

Sobre la afirmación según la cual el monopolio natural no implica tener posición de dominio, este Despacho considera necesario precisar que:

- a. 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. [...]".
- 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 2011, este Despacho indicó que "la teoría económica considera que "[l]as barreras a la entrada legales crean un monopolio legal. (...) "²⁰.
- 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 *Merci 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>> "²¹ (Subrayado fuera de texto)

Como resultado de lo anterior, independientemente de que se incluyan en el mercado de producto definido otras fuentes de energía sustitutas del gas natural, es evidente que la

²⁰ Parkin, Michael; *Economía*; Pearson Addison Wesley; p.258.

²¹ Pellisé Capell, Jaume. *La Explotación Abusiva de una Posición Dominante*. Civitas. Madrid España. 2005. Página 194.

empresa investigada es monopolista en el mercado de distribución de gas natural y por lo tanto ostenta posición de dominio en el mismo.

(iv) Mercado fuertemente regulado por mandato legal

Señaló el Apoderado que para concluir la existencia de posición de dominio el Despacho del Delegado 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.

No obstante compartir la conclusión presentada en el Informe Motivado según la cual el monopolio natural otorgado a la actividad de distribución de gas natural implica que la empresa GAS NATURAL ostenta posición de dominio en el mercado definido, este Despacho considera que al respecto es necesario realizar las siguientes precisiones.

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 "*[e]n caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico*", Tratándose el presente caso del mercado de la distribución de gas natural, es necesario remitirse a la Ley 142 de 1994 "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

Revisada dicha normatividad se encuentra que el artículo 14 establece un criterio específico para determinar la posición de dominio. En efecto el numeral 13 del artículo 14 señala que la posición de dominio debe entenderse como aquella que "*(...) 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)

Así, este Despacho encuentra que 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 y no, como lo señala el Apoderado, lo establecido en el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992²², según lo cual se deben examinar distintos factores que permitan concluir que la empresa investigada tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.

10.3.2.2. No hay ejercicio de la posición de dominio hacia mercados conexos

A. Condiciones para que se pueda ejercer dominio sobre mercados conexos

Señala el Apoderado que los elementos para poder ejercer posición de dominio en un mercado conexo son: (i) la compañía afectada sea dominante en el mercado de producto principal, (ii) tanto el producto principal como el secundario son bienes distintos, (iii) la práctica en cuestión tiene que provocar un efecto de cierre en el mercado y, (iv) la conducta no puede justificarse objetivamente por razón de eficiencias.

²² Numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992: "*Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.*"

RESOLUCIÓN NÚMERO 8796 DE 2012 Hoja N°. 27

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

Adicionalmente indica que, de acuerdo con la Superintendencia, el agente debe usar su poder de dominio con el fin de obtener una ventaja competitiva o eliminar la competencia en ese otro mercado.

B. Las condiciones para que se pueda ejercer dominio sobre mercados conexos no se dan en este caso

El Apoderado indica que no hay ejercicio de la posición de dominio hacia los mercados conexos toda vez que las condiciones para que pudiera presentarse un abuso en el mercado conexo no se verificaron por:

- a. GAS NATURAL, si bien tiene monopolio natural en el mercado de distribución de gas natural, no tiene posición de dominio por cuanto el mercado relevante debería incluir otras fuentes de energía;

Sobre este punto, tal y como se señaló en el literal (i) del numeral anterior, este Despacho reitera, de acuerdo con la definición de mercado relevante de producto realizada en este caso, que no es pertinente incluir otras fuentes de energía sustitutas del gas natural y que la empresa GAS NATURAL sí tiene posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural.

- b. Los mercados conexos al mercado de distribución y comercialización de gas natural por redes en la ciudad de Bogotá diferentes a la financiación presentan una fuerte competencia y no se dio en éstos un cierre del mercado.

Sobre la competencia que se presenta en los mercados conexos al de la distribución y comercialización de gas natural diferentes a la financiación, el Informe Motivado señaló la existencia de varias firmas instaladoras a las que el usuario final podía acudir: un hecho objetivo que no atenta contra la competencia. Sin embargo, aunque el Informe Motivado jamás hace referencia a un cierre de los mercados conexos, vale la pena señalar que la mera existencia de varias empresas no prueba que un cierre del mercado no hubiese ocurrido con anterioridad, será necesario analizar las condiciones particulares del mercado, así como las de las diferentes empresas que se encuentran en el mismo.

- c. La conducta de GAS NATURAL es lícita y está justificada en razón de las eficiencias que pueden desprenderse de una negativa a contratar.

Dado que en el Informe Motivado se señaló que la única razón por la cual GAS NATURAL S.A E.S.P. se ha negado a la instalación o uso de los dispositivos de MELTRONIC LTDA. obedece a una exigencia técnica y legal, como lo es el cumplimiento de las normas técnicas que exige la CREG en desarrollo de sus facultades, este Despacho no considera necesario realizar ningún pronunciamiento sobre la afirmación mencionada.

La anterior conclusión se aplica también frente a la afirmación del Apoderado según la cual la finalidad de la conducta de GAS NATURAL es procompetitiva.

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

C. No se presentó restricción de la competencia en los mercados conexos diferentes de la financiación

Como puede apreciarse en el Informe Motivado, en ningún momento se concluyó que las políticas de GAS NATURAL estuvieran encaminadas a cerrar los mercados conexos diferentes de la financiación; al contrario, una de las conclusiones a las que llegó el citado Informe fue precisamente que se logró determinar que el interés de GAS NATURAL en el mercado de instalaciones estaba encaminado a garantizar que el potencial cliente pudiera acceder rápidamente a la prestación del servicio de gas público domiciliario; objeto principal de la actividad del distribuidor.

D. No se presentó restricción de la competencia en el mercado de la financiación

Señala el Apoderado que jamás podría pensarse que GAS NATURAL tuviera posición de dominio en el mercado conexo de la financiación. Sustenta su afirmación en el hecho de que: (i) la financiación de este tipo de instalaciones no se hace sólo a través de GAS NATURAL, (ii) no hay prueba que indique que la intención de financiar a los usuarios de gas natural tuviera elementos anticompetitivos, (iii) GAS NATURAL entra en competencia directa con todo el sector financiero o con cualquiera que realice prestamos a terceros, (iv) no hay prueba de que haya una injerencia indebida en el mercado de financiación, ni efectos perjudiciales para éste.

Sobre este punto, el Despacho considera que no es acertada la observación del Apoderado toda vez que en el Informe Motivado en ningún momento se afirmó que GAS NATURAL tuviera posición de dominio en el mercado conexo de la financiación para realizar el pago de la construcción de nuevas instalaciones o adecuaciones y mucho menos que hubiera realizado una injerencia indebida en dicho mercado.

No obstante lo anterior, vale la pena señalar que los servicios financieros de las entidades bancarias no son comparables con los ofrecidos por GAS NATURAL. Según la información obrante en el expediente, existen dos diferencias fundamentales cuando la financiación es realizada por GAS NATURAL: (i) está la posibilidad de que no se cobren intereses y, (ii) el pago de la financiación se realiza mediante la factura del gas natural.

10.3.2.3. No eliminación ni obstrucción de la competencia

Se señala en los descargos que no existe obstrucción ni eliminación de la competencia, específicamente para la conducta descrita en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior debido a que no se probó la existencia de ninguna política ni conducta para negar el servicio de gas natural o para obstruir el acceso a mercados conexos.

A. No existen políticas para eliminar la competencia en los mercados

El Apoderado indica que las políticas de GAS NATURAL van encaminadas a lograr una mayor penetración del combustible como alternativa a otro tipo de fuentes de energía, razón por la cual no tendría sentido una política que afectara la expansión de este servicio.

Señala que en los mercados conexos identificados, el gran número y vigorosidad de la competencia dan cuenta de que no hay obstrucción alguna y mucho menos de la empresa GAS NATURAL.

B. No ha habido conductas tendientes a eliminar la competencia en los mercados conexos

Indica que no ha habido injerencias indebidas por parte de GAS NATURAL en los mercados conexos a la distribución de gas natural.

Sobre los literales A y B anteriores este Despacho no encuentra pertinente los comentarios del Apoderado toda vez que en el Informe Motivado, la Delegatura de Protección de Competencia no señaló que las políticas de GAS NATURAL tuvieran como fin eliminar la competencia en los mercados, ni tampoco que la empresa hubiese incurrido en conductas tendientes a eliminar la competencia.

No obstante lo anterior, se reitera, tal y como se señaló en el Informe Motivado, que la empresa GAS NATURAL participaba en los mercados conexos determinados, con el fin de garantizar al usuario de gas natural el acceso a la distribución de este combustible y facilitar a los clientes actuales y potenciales la adquisición de la infraestructura necesaria para acceder al gas natural, y que la única razón por la cual GAS NATURAL se negó a la instalación o uso de los dispositivos de MELTRONIC LTDA. fue por una exigencia técnica y legal, como lo es el cumplimiento de las normas técnicas que exige la CREG en desarrollo de sus facultades.

10.3.2.4. No discriminación

De acuerdo con lo manifestado por el Apoderado, las conductas de GAS NATURAL y sus empleados van en *"procura de obtener los mejores equipos, contratistas y condiciones para el usuario, pero no a favorecer en forma alguna a uno u otro empresario, ni a sí mismo en ese ámbito."*

A. No existen políticas para discriminar entre empresas instaladoras

Señala el Apoderado que las políticas de GAS NATURAL en ningún momento han tenido como objeto favorecer a uno u otro empresario.

No entiende este Despacho el sentido de la observación del Apoderado, si a la vez reconoce que en el Informe Motivado el Delegado manifestó que *"la única razón por la cual Gas Natural S.A. ESP se ha negado a la instalación o uso de dispositivos de Meltronic Ltda. obedece a una exigencia técnica y legal, como lo es el cumplimiento de las normas técnicas que exige la CREG en desarrollo de sus facultades"*,

B. No ha habido conductas para discriminar entre empresas

En los descargos presentados por el Apoderado se señala que las conductas de GAS NATURAL han estado orientadas a tener certeza del cumplimiento de los estándares técnicos de calidad propios de los artefactos y dispositivos necesarios para la prestación adecuada y segura del servicio de gas natural y que las conductas de los empleados y colaboradores de GAS NATURAL son lícitas y no se han apartado de los parámetros de neutralidad.

RESOLUCIÓN NÚMERO 8796 DE 2012 Hoja N°. 30

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

Como puede observarse, ni en la resolución de apertura y mucho menos en el Informe Motivado, se señaló que las conductas de GAS NATURAL estuvieran encaminadas a discriminar empresas instaladores, es decir que, el abuso de posición dominante por la ejecución de conductas discriminatorias no fue objeto de investigación en el presente caso, por esta razón el Despacho se abstiene de emitir pronunciamiento respecto de dicho comentario.

10.3.2.5. La aplicación de estándares de seguridad no es una práctica obstructiva, ni discriminatoria

Sobre este punto, el Apoderado manifiesta su conformidad con lo expuesto por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, según lo cual la aplicación de estándares de seguridad no es una práctica obstructiva ni discriminatoria, toda vez que el cumplimiento de normas técnicas se hace en pro de la seguridad y para mitigar riesgos de explosiones o fallas en los equipos.

10.3.3. Sobre la solicitud de reconocimiento como tercero interesado y las observaciones presentadas por el señor Juan Martínez Pinzón

Como se menciona en los considerandos de la presente Resolución, el señor Juan Carlos Martínez, mediante el derecho de petición con radica No. 05-111448-00364-0003, solicitó se le concediera el carácter de tercero interesado dentro del trámite de la referencia.

La mencionada solicitud fue resulta por este Despacho mediante la Resolución No. 454 del 13 de enero de 2012, en el sentido de rechazarla por ser extemporánea, no siendo viable su análisis de fondo, aduciendo como fundamento lo siguiente:

"En el presente caso, el acto administrativo que abrió formalmente la investigación fue la Resolución 43270 del 28 de agosto de 2009, posterior a la expedición de la Ley 1340. Por lo tanto, es plenamente aplicable el término previsto para la presentación de las solicitudes de reconocimiento de terceros interesados contenido en el aparte arriba transcrito, el cual para el caso en concreto vencía el día 05 de octubre de 2009, teniendo en cuenta que la publicación de la decisión se realizó el día 14 de septiembre del mismo año ."

El mencionado acto administrativo fue recurrido por el señor Martínez, mediante la comunicación con radicación No. 05111448-00377-0002, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 5253 del 10 de febrero del 2012, en el sentido de confirmar en todas sus partes el contenido de la Resolución No. 454 de 2012.

Respecto a los argumentos con fundamento en los cuales se confirmó la resolución No. 454 de 2012, este Despacho considera pertinente resaltar la diferencia que existe entre el quejoso que puede dar inicio a la investigación, en virtud de la queja que presenta ante esta Superintendencia y el tercero que solicita sea reconocido como tal en una actuación administrativa.

Para el efecto, a continuación se cita uno de los argumentos de la Resolución No. 5253 del 10 de febrero de 2012:

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

"Al respecto, es pertinente aclarar que si bien la investigación por prácticas comerciales restrictivas puede iniciarse en virtud de una queja, no quiere ello decir que el quejoso o denunciante sea un sujeto procesal de la investigación, pues en la medida en que su interés es el mismo interés general que protege la autoridad administrativa, la relación jurídico procesal que traba es entre el investigado y la administración.

En ese sentido, el Director de Protección al Consumidor señaló lo siguiente:

"Finalmente, este Despacho le informa al reclamante que quien denuncia ante una autoridad administrativa la posible inobservancia de una disposición legal con miras a que se adelante la correspondiente investigación administrativa, no es parte ante ella en tanto que su interés es el mismo interés general en cabeza de la comunidad. Por lo tanto, si lo que se pretendía era el reconocimiento de un interés directo, tenía el deber de acreditarlo y, como no lo hizo, no se puede acoger su petición de ajuste de precio del apartamento objeto de compraventa."²³

De modo que la actividad del quejoso, se limita a la presentación de la queja, a aportar las pruebas que tenga en su poder y, a recurrir la decisión de archivo que ordena no abrir la investigación.

Vale señalar que los sujetos procesales en este tipo de actuaciones son los que tienen derecho a solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas, interponer los recursos de ley y presentar las solicitudes que consideren necesarias para garantizar la legalidad de la actuación, por lo que el quejoso al no tener el carácter de sujeto procesal no puede ejercer ninguno de estos derechos.

Sin embargo, en algunos casos el quejoso además de presentar la queja, puede dentro del término previsto solicitar ser reconocido como tercero interesado, acreditando un interés directo e individual en la investigación, caso el cual al ser reconocido como tercero interesado, podrá ejercer los derechos que como sujeto procesal tiene. Es decir que además de quejoso será tercero, pero ello siempre y cuando presente su solicitud en la oportunidad prevista en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009.

Al remitimos a procedimientos administrativos sancionadores similares al que se adelanta por la presunta ocurrencia de una práctica comercial restrictivas, como lo es el proceso disciplinario, encontramos que, la Corte Constitucional expresamente ha señalado que el quejo no es sujeto procesal en este tipo de actuaciones.

"Los sujetos procesales en una actuación disciplinaria son el investigado y su defensor y el ministerio público cuando no es éste la autoridad que conoce del proceso, ni ejerce la función de vigilancia administrativa.

(...)

PROCESO DISCIPLINARIO-El quejoso no es sujeto procesal en la actuación disciplinaria.

²³ Resolución No. 36957 del 22 de julio de 2010

RESOLUCIÓN NÚMERO 5- - - 8796 DE 2012 Hoja N°. 32

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

El quejoso en la actuación disciplinaria, es la persona que pone la falta disciplinaria en conocimiento de la autoridad, su intervención se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio.²⁴

De lo anterior se tiene que el quejoso representa el mismo interés general que está en cabeza de la comunidad y es representado por esta Entidad en una investigación que se adelanta por prácticas comerciales restrictivas, mientras que el tercero tiene un interés individual directo en la investigación que debe acreditar oportunamente para que sea reconocido como tal; en otras palabras, el quejoso será tercero en este tipo de investigaciones siempre y cuando demuestre su interés directo e individual en el momento procesal que el artículo 19 prevé para ello, pues de lo contrario sus actuaciones y facultades se limitarán a las que se predicán de un quejoso.

Ahora bien, a partir de la presentación del Informe Motivado por parte del Delegado a este Despacho, el señor Martínez presentó varios documentos contentivos de observaciones al Informe y a los actos por medio de los cuales se le negó la solicitud de reconocimiento como tercero interesado, los cuales se relacionan a continuación:

| Documento | Radicado | Número de folios |
|-----------|---------------------|------------------|
| 1 | 05-11448-00363-0002 | 16 |
| 2 | 0511448-00366-0002 | 21 |
| 3 | 05-11448-00367-0002 | 9 |
| 4 | 05-11448-00368-0002 | 25 |
| 5 | 05-11448-00369-0002 | 59 |
| 6 | 05-11448-00374-0002 | 13 |
| 7 | 05-11448-00376-0002 | 15 |
| 8 | 05-11448-00387-0002 | 4 |

Al respecto, se debe poner de presente que en la medida en que las comunicaciones antes mencionadas se refieren al Informe Motivado y, en general, a los hechos de la investigación de la referencia, no resulta procedente pronunciarse al respecto, toda vez que MELTRONIC no fue reconocido como tercero interesado y, en consecuencia, no le asisten los derechos propios de los mismos.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante Resolución No. 43270 del 28 de agosto de 2009, en contra de la sociedad **GAS NATURAL S.A. E.S.P.** y de la señora **MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA**, 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.

²⁴Sentencia C-293/08. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 103 y 109 (parciales) de la ley 734 de 2002. Demandante: Luis Alberto Sepúlveda Villamizar. Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Bogotá, D.C., dos (2) de abril de dos mil ocho (2008).

RESOLUCIÓN NÚMERO 6-8796 DE 2012 Hoja N°. 33

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

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente Resolución al doctor **EMILIO JOSÉ ARCHILA**, en su calidad de apoderado de la sociedad **GAS NATURAL S.A. E.S.P.** y de la señora **MARIA EUGENIA CORONADO ORJUELA**, 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.

ARTÍCULO TERCERO: Comuníquese al señor **JUAN CARLOS MARTÍNEZ PINZÓN**, en su condición de Representante Legal de **MELTRONIC LTDA.**, como sociedad quejosa en la referida investigación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Dada en Bogotá D.C., a los

27 FEB 2012

El Superintendente de Industria y Comercio (E),



ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ

Proyectó: Carolina Liévano/ Nataly Zopó
Revisó y Aprobó: Carolina Salazar

NOTIFICACIONES:

Doctor
EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA
Apoderado
GAS NATURAL S.A. E.S.P.
MARÍA EUGENIA CORONADO ORJUELA
Calle 90 No. 19 – 41 Oficina 301
Teléfono: 6181697
Fax: 6781697
Bogotá

COMUNICACIONES:

Señor
JUAN CARLOS MARTÍNEZ PINZÓN
C.C. 79.758.225 de Bogotá
Representante Legal
MELTRONIC LTDA.
Carrera 7 A No. 13 -22 Sur
Teléfono: 2461961
Bogotá D.C.