



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 90072** DE 2016

(28 DIC 2016)

Radicación: 11-181966

"Por la cual se archiva una investigación"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 78351 del 18 de diciembre de 2012³, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura"), abrió una investigación y formuló Pliego de Cargos contra **EFIGAS S.A. GAS NATURAL S.A. E.S.P.** (en adelante la "**EFIGAS**"), para determinar si habría infringido lo dispuesto en los numerales 2 (aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes), 3 (subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales) y 6 (obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización) del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, esto es, abuso de posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural, para fortalecer su poder en el mercado conexo de instalación, reparación y/o mantenimiento de redes internas para el suministro del servicio público de gas natural domiciliario en la ciudad de Armenia (Quindío).

SEGUNDO: En la misma decisión se ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos en contra de **CARLOS ALBERTO MAZNETH DAVILA** (Representante Legal de **EFIGAS**) y **SEBASTIÁN VEGA BOJANINI** (Secretario General de **EFIGAS**), para determinar si habrían infringido lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

TERCERO: Que la presente investigación tuvo como origen la denuncia presentada por **LUIS FELIPE LEÓN LEÓN**, en su condición de representante legal de **GASECOM CONSTRUCCIONES S.A.S.** (en adelante la "**GASECOM**") en contra de **EFIGAS**, donde manifestó que esta última empresa presuntamente estaría ejerciendo conductas de competencia desleal y abuso de posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural domiciliario en la ciudad de Armenia (Quindío). La denuncia fue presentada ante la Superintendencia de Servicios Públicos, entidad que dio traslado de la misma a la Superintendencia de Industria y Comercio mediante oficio radicado con el número 11-181966 del 30 de diciembre de 2011.

La denuncia se fundamentó, entre otros, en los siguientes argumentos:

- **EFIGAS** estaría privando la libertad de escogencia del usuario final para contratar con quien realizar las revisiones técnicas de calidad en las instalaciones y reparaciones de las redes internas domiciliarias.
- Las redes internas instaladas por **GASECOM** presuntamente son rechazadas por no cumplir con la revisión técnica y con el objetivo que se contratara la instalación de una nueva red con **EFIGAS**, en detrimento económico del usuario final.
- **EFIGAS** probablemente no informaba a los usuarios la existencia de firmas independientes autorizadas para llevar a cabo las instalaciones y reparaciones de redes internas, restringiendo así,

¹ Mediante el cual se modificó la estructura y se determinaron las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

² Modificado por el Decreto Ley No. 019 de 2012.

³ Folios 522 a 532 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

el derecho a la libre escogencia, presentando al usuario únicamente el listado de contratistas que **EFIGAS** tenía a su cargo.

- **EFIGAS** presuntamente realizaba cobros globales, sin discriminar los conceptos cobrados, así mismo facturaba trabajos no realizados.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación y Pliego de Cargos a los investigados, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas conforme lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los investigados, mediante radicado No. 11-181966-00029-002 del 12 de febrero de 2013⁴, solicitaron la nulidad de todo lo actuado, en virtud de lo consagrado en el artículo 120 y en el numeral 6) del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y, en consecuencia, que se repusiera el término del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Sin perjuicio de lo anterior, los investigados presentaron memorial de ofrecimiento de garantías⁵, así como el memorial de descargos y solicitud de pruebas⁶.

QUINTO: Que mediante Resolución No. 13162 del 22 de marzo de 2013⁷, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió la solicitud de nulidad presentada por los investigados, en el sentido de restituirles un término de once (11) días hábiles para que solicitaran, aportaran, y/o complementaran las pruebas que pretendieran hacer valer dentro de la investigación.

SEXTO: Que una vez comunicada la Resolución No. 13162 del 22 de marzo de 2013, y corrido el término de 11 días hábiles restituido, mediante Resolución No. 10163 del 24 de febrero de 2014⁸, la Delegatura decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la investigada y decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles.

SÉPTIMO: Que mediante radicado No. 11-181966-00214-002 del 17 de julio de 2014⁹, los investigados solicitaron la nulidad del testimonio del señor **HERNÁN MOLINA VALENCIA**, por haberse cometido un error en la citación, lo cual habría privado a los investigados de la práctica de la prueba.

OCTAVO: Que la solicitud nulidad fue resuelta en la diligencia practicada el día 21 de julio de 2014, en la que se resolvió acceder a la solicitud de nulidad y se procedió a practicar de nuevo el testimonio del señor **HERNÁN MOLINA VALENCIA**.

NOVENO: Que el 13 de octubre de 2016, una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012¹⁰, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")¹¹, en el cual recomendó no sancionar a **EFIGAS**, teniendo en cuenta que no se encontró acreditado que haya incurrido en las infracciones previstas en los numerales 2, 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo, recomendó no sancionar a los investigados **CARLOS ALBERTO MAZNETH DAVILA** y **SEBASTIÁN VEGA BOJANINI**, por no haber incurrido en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

A continuación, se resumen los principales aspectos del Informe Motivado, el cual se puede dividir en tres partes: (i) etapa de instrucción, (ii) mercado y posición de dominio; y (iii) consideraciones finales, conclusiones y recomendaciones.

⁴ Folios 538 a 541 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵ Folios 542 a 547 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁶ Folios 548 a 572 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁷ Folios 999 a 1003 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁸ Folios 1126 a 1137 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁹ Folio 1625 a 1631 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹⁰ Folio 1672 a 1673 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹¹ Documento obrante a folios 1719 a 1780 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

9.1. Etapa de Instrucción

(i) Inicio de la actuación

La investigación se originó en la denuncia presentada por **GASECOM** por presuntas conductas de competencia desleal y abuso de posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural domiciliario en la ciudad de Armenia (Quindío), por parte de **EFIGAS**. En la denuncia se expuso que esta última supuestamente estaría llevando acabo las siguientes conductas:

- **EFIGAS** estaría privando la libertad de escogencia del usuario final para contratar con quien realizar las revisiones técnicas de calidad en las instalaciones y reparaciones de las redes internas domiciliarias.
- Las redes internas instaladas por **GASECOM** presuntamente son rechazadas por no cumplir con la revisión técnica y con el objetivo que se contrate la instalación de una nueva red con **EFIGAS**, en detrimento económico del usuario final.
- **EFIGAS** probablemente no informaba a los usuarios la existencia de firmas independientes autorizadas para llevar a cabo las instalaciones y reparaciones de redes internas; restringiendo así, el derecho a la libre escogencia, presentando al usuario únicamente el listado de contratistas que **EFIGAS** tenía a su cargo.
- **EFIGAS** presuntamente realizaba cobros globales, sin discriminar los conceptos cobrados; así mismo facturaba trabajos no realizados.

Con base en los hechos narrados en la denuncia y los documentos soporte de la misma, la Delegatura procedió a adelantar actuaciones preliminares consistentes en realizar visitas, tomar declaraciones y hacer requerimientos para determinar si era procedente la apertura de la investigación; lo que concluyó, luego del análisis correspondiente del material probatorio recaudado, en la expedición de la Resolución No. 78351 del 18 de diciembre de 2012, en la que se abrió investigación y se formuló pliego de cargos en contra de **EFIGAS**, por presuntamente haber incurrido en las conductas previstas en los numerales 2, 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992¹². En el mismo acto administrativo se decidió formular pliego de cargos en contra de **CARLOS ALBERTO MAZNETH DAVILA** y **SEBASTIÁN VEGA BOJANINI**, representante legal y secretario general y jurídico de **EFIGAS**, respectivamente, por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas objeto de investigación.

Para el efecto, se establecieron dos mercados relevantes, un mercado principal, consistente en la distribución y comercialización del servicio público de gas natural en la ciudad de Armenia (Quindío); y el mercado conexo de instalación, reparación y/o mantenimiento de las redes internas para el suministro del servicio público de gas natural en la ciudad de Armenia (Quindío).

Igualmente se determinó que **EFIGAS** ostentaba una posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural en la ciudad de Armenia (Quindío), dado que, analizado el poder de mercado, se pudo establecer que la distribución de gas, para el periodo objeto de investigación, era un monopolio natural en dicha ciudad y que **EFIGAS** era la única empresa en la región que participaba en la actividad, por lo tanto, contaba con una cuota de mercado del 100%.

¹² **Artículo 50. Abuso de posición dominante.** Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

(...)

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

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

(...)

6. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización."

“Por la cual se archiva una investigación”

Luego de lo anterior, y analizada la actividad económica de **EFIGAS**, se concluyó que esta empresa presuntamente estaría incurriendo en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, al encontrarse que sus conductas se adecuarían a las infracciones previstas en los numerales 2, 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, dado que:

- Existían quejas reiteradas contra **EFIGAS** por cobros indebidos o que no correspondían con la realidad de los trabajos.
- Existían cobros globales realizados por **EFIGAS**, sin discriminación ni precisión de los conceptos cobrados, así como cobros de red interna que no se habrían realizado.
- Existían cobros por pruebas de hermeticidad y revisión técnica con independencia del cargo por conexión, cuando aquellas son actividades incluidas en este último, sin que se puedan cobrar conceptos adicionales al usuario.
- **EFIGAS** habría rechazado los trabajos de **GASECOM**, con lo cual se demoraría el suministro de gas a los usuarios; así mismo se obligaría al usuario a contratar directamente con **EFIGAS** y se haría incurrir en doble gasto al usuario.

De acuerdo con la anterior, el presunto abuso de la posición de dominio de **EFIGAS** se presentaba en el mercado de distribución y comercialización del servicio público de gas natural, para fortalecer su poder en el mercado conexo de instalación, reparación y/o mantenimiento de las redes internas para el suministro del servicio público de gas natural, a través de las siguientes acciones:

- Obstrucción de **EFIGAS** a la aprobación de las redes internas y la subordinación del suministro de gas al pago de la evaluación de conformidad por fuera del cargo de conexión y otros actos discriminatorios contra usuarios que no contrataran directamente con **EFIGAS** lo relacionado con las redes internas; conductas que se enmarcan en lo previsto en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior acarrearía una discriminación de las demás empresas que ofrecen el servicio de instalación de redes internas, ya que **EFIGAS** aparentemente no realizaría la conexión cuando la instalación no la hiciera uno de sus contratistas.
- Realización de cobros adicionales por la evaluación de conformidad por fuera del cargo de conexión, lo que vulneraría el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.
- Impidiendo el acceso al mercado de servicios complementarios y al de certificación de redes internas, aprovechando su posición de dominio en el mercado de comercialización y distribución de gas natural, conducta que describe el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992; norma que además se ve vulnerada por todas las conductas antes descritas.

(ii) Descargos de los investigados

Los investigados presentaron para sustentar su defensa los siguientes argumentos:

- Falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para adelantar la investigación, ya que **EFIGAS** es una empresa de servicios públicos domiciliarios, por lo tanto, la competente para conocer de la investigación sería la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- Inconstitucionalidad de las normas que confieren atribuciones para conocer de actos contra la libre competencia por parte de empresas de servicios públicos.
- Las quejas que dieron origen a la investigación se basan en normas de promoción de la competencia expedidas por la **CREG**, por lo que la Superintendencia de Industria y Comercio no puede pronunciarse sobre la forma como debe entenderse las normas expedidas por aquella entidad, porque se estaría atribuyendo funciones que no le corresponden.
- El artículo 34 de la Ley 142 de 1994, presuntamente violado, no es aplicable a la investigación, porque el mercado relevante no es el de servicios públicos; así mismo la presunta violación de este artículo es indeterminada por lo que los investigados se encuentran en indefensión frente a esa imputación.

“Por la cual se archiva una investigación”

- Deben diferenciarse las pruebas de escape, hermeticidad y funcionamiento, incluidas en el cargo por conexión, de la revisión técnica de calidad que corresponde a la certificación de redes, que no está incluida en el cargo por conexión.
- Los investigados dieron explicación de cada una de las quejas presentadas que originaron la investigación, anexando según el caso, soporte de los argumentos de defensa.
- En el proceso de conexión del gas natural se verifican los mismos requisitos y documentos exigidos por la ley, sin importar si el instalador es contratista de **EFIGAS** o no, esta última no discrimina ni diferencia para aprobar una conexión.
- **EFIGAS** contrató a **CONSTRUCERT S.A.S.**, firma independiente que otorga las certificaciones de las redes internas, por lo que no puede hablarse de discriminación o diferenciación en las instalaciones.

(iii) Nulidades

Dentro del Informe Motivado, además de la referencia a las nulidades procesales propuestas por los investigados y que fueron resueltas por la Delegatura antes de esta instancia procesal, se hace un análisis detallado de unas nulidades adicionales propuestas por los investigados, esto es, falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer del asunto de la investigación, y obtención de pruebas con violación del debido proceso.

La nulidad por falta de competencia fue propuesta en el escrito de descargos, en la audiencia del artículo 155 del Decreto 19 de 2012 y en el escrito radicado con el No. 11-181966-230 de 25 de noviembre de 2014¹³. El argumento principal de la nulidad se encuentra basado en el hecho que **EFIGAS** es una empresa de servicios públicos y en que las normas supuestamente violadas, y que fundamentan la queja que dio origen a la investigación, son normas técnicas expedidas por la **CREG**, de promoción de la competencia y normas generales sobre servicios públicos domiciliarios, correspondiéndole la competencia para investigar los hechos generados por su incumpliendo a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Por otra parte, la nulidad de obtención de pruebas con violación del debido proceso, fue planteada en el escrito radicado con el No. 11-181966-230 de 25 de noviembre de 2014 y su argumento principal radica en que dentro de la diligencia de recepción de la declaración del señor **LUIS FELIPE LEÓN LEÓN**, practicada el 11 de marzo de 2014, este último aportó un documento que no tenía relación con los hechos investigados, dado que, según lo afirmado por los solicitantes, los hechos relatados en el documento son posteriores a la apertura de la investigación; alegaron, además, que el documento fue suscrito en la diligencia y que luego de la entrega del documento no se permitió a los apoderados de los investigados formular preguntas al declarante sobre el documento aportado.

En lo que tiene que ver con la nulidad de falta competencia, la Delegatura argumentó que por expresa disposición del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009¹⁴, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para conocer sobre los hechos objeto de investigación. El anterior argumento tiene respaldo jurisprudencial en la Sentencia C-172 de 2014¹⁵, donde se analizó la constitucionalidad, entre otros, del artículo citado, precisamente frente a lo regulado y establecido en la Constitución Política en relación con los servicios públicos, y se concluyó, luego de las debidas consideraciones, que la Ley 1340 de 2009 le había dado la competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio para adelantar las funciones administrativas sobre protección de la competencia, sin importar el sector de la economía donde se desarrollara la actividad económica cuestionada.

Para efectos del presente análisis conviene citar de nuevo los siguientes extractos de la mencionada jurisprudencia, como también lo hizo le Delegatura:

¹³ Folios 1702 a 1711 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹⁴ **“Artículo 6. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.** La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.”

¹⁵ Sentencia C-172/2014, Corte Constitucional, Sala Plena M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 19 de marzo de 2014.

“Por la cual se archiva una investigación”

“5.6.- En criterio de la Corte, con esta nueva normatividad el Congreso de la República efectivamente modificó las reglas previstas en las leyes 142 de 1994 y 689 de 2001 para la protección de la libre competencia. Contrario a lo propuesto por algunos intervinientes, no es de recibo el argumento según el cual aquellas disposiciones conservan su vigencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios. **La ley 1340 de 2009 es una norma especial (régimen de libre competencia) y posterior, de la misma jerarquía que las leyes 142 de 1994 y 689 de 2001, cuyo propósito fue precisamente el de unificar las normas sobre protección a la libre competencia y centralizar las funciones administrativas en una sola autoridad - la SIC-, con independencia de cuál sea el sector económico en el que se desarrolle la actividad.**”

5.7.- En el escenario descrito la pregunta que surge es entonces si al haber atribuido a la SIC la función de conocer de las investigaciones administrativas e imponer las multas por infracción a las reglas sobre libre competencia, “en forma privativa” y “cualquiera sea la actividad o sector económico”, el Legislador desbordó sus límites constitucionales y despojó al Presidente de la República de la función de ejercer, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que prestan dichos servicios.

La Corte considera que, a diferencia de lo alegado en la demanda, **la regulación adoptada por el Legislador no desconoce los artículos 365 y 370 de la Constitución, ni indirectamente el artículo 4º del mismo estatuto. Por el contrario, el modelo de control adoptado por el Legislador –concentrado y unificado en la SIC- se refleja como expresión legítima de su potestad de configuración para regular la prestación de los servicios públicos, en general (art. 365 CP), y las funciones administrativas de inspección control y vigilancia del Presidente de la República y de la SSPD, en particular (art. 370 CP). De la misma forma, es uno de los instrumentos a través del cual el Estado ejerce su función de intervención en la economía para impedir que se obstruya la libertad de empresa y reprimir el abuso de la posición dominante (arts. 333 y 334 CP).**” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En lo que tiene que ver con la nulidad por obtención de pruebas con violación del debido proceso, la misma fue desestimada por la Delegatura, toda vez que el documento aportado por el interrogado en la diligencia estaba sometido a lo preceptuado en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil¹⁶, y no a las reglas comunes para las demás pruebas aportadas al Expediente, en tal sentido, al darse cumplimiento a dicha norma, dando traslado de la prueba a las partes por el término de 3 días siguientes a la diligencia, como efectivamente se hizo, no habría lugar a vicio alguno, y menos cuando los investigados controvirtieron dicha prueba mediante escrito con radicado No. 11-181966-00093002 del 14 de marzo de 2014¹⁷. En todo caso, la Delegatura advirtió que al momento de valorar las pruebas en conjunto se analizaría lo correspondiente al contenido y autoría del documento aportado.

9.2. Mercado y posición de dominio

En este punto la Delegatura, para la apertura de la investigación y la formulación de cargos, consideró que había en un mercado principal, el de comercialización y distribución de gas natural, donde **EFIGAS** tendría posición de dominio; y un mercado conexo, el de instalación, reparación y/o mantenimiento de redes internas, sobre el cual se presentaría el abuso de la posición de dominio y los efectos de las conductas anticompetitivas.

(i) Mercado principal

Como ya se dijo, el conjunto de mercados donde **EFIGAS** tendría la posición era el de comercialización y distribución de gas natural, el cual fue delimitado desde dos dimensiones, el mercado de producto y el mercado geográfico. Al respecto, es importante mencionar que la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante **CREG**), en la Resolución No. 011 de 2003, consideró pertinente establecer definiciones de mercado relevante tanto para la distribución como para la comercialización de Gas Natural.

¹⁶ “Artículo 228. Práctica del interrogatorio. La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

7. Los testigos podrán presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declaran, los cuales se agregarán al expediente y se darán en traslado común por tres (3) días, sin necesidad de auto que lo ordene.”

¹⁷ Folios 1190 a 1203 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

Para la determinación del mercado de producto se analizaron los conceptos de distribución y comercialización de gas natural, principalmente como eslabones de la cadena productiva que atiende la demanda de los usuarios regulados, como los residenciales y los pequeños industriales y comerciantes, que son sobre los cuales tuvo origen a la investigación. En este punto, en primera medida se concluyó que los conceptos analizados eran etapas claves en términos de atención de la demanda de usuarios finales del servicio público de gas natural y que dichas actividades (distribución y comercialización) corresponden al mercado donde **EFIGAS** tendría posición dominante.

Luego de lo anterior, se procedió a analizar la existencia de productos sustitutos que pudieran reemplazar al gas natural como combustible, por tener usos y características y precios similares, esto es, las opciones con que cuentan los usuarios para reemplazar el gas natural domiciliario sin mayores costos y en el corto plazo. Para el efecto la Delegatura llevó a cabo el análisis de sustituibilidad del gas natural desde los puntos de vista de usos, características y precios, donde se analizaron las similitudes y diferencias, entre el gas natural y la energía eléctrica (en adelante **EE**) y el gas licuado de petróleo (en adelante **GLP**), principalmente, y en menor medida con el carbón y la leña.

Así las cosas, en cuanto a los usos del gas natural en el sector residencial y comercial, esto es, cocción, calentamiento de agua, calefacción, aire acondicionado y otros artefactos, se concluyó que los posibles sustitutos solo podrían ser el **GLP** y la **EE**, ya que, frente al carbón y la leña, aunque se usan en la cocción y el calentamiento de agua; debido a su disponibilidad, seguridad y relación con el medio ambiente, ha venido disminuyendo su participación en los hogares.

En lo que tiene que ver con las características de disponibilidad, se establecieron fuertes diferencias con la leña, el carbón y el **GLP**, lo anterior por la forma como se suministra el gas natural, el cual siempre está disponible para el usuario ya que el mismo es distribuido por tuberías directamente a los hogares. En el caso especial del **GLP**, se pudo determinar que para los años 2010, 2011, 2014 y 2015, en el departamento del Quindío, no era distribuido por red, por lo que solo se podía acceder mediante cilindros, por lo tanto, a efectos del análisis tendría la misma consideración que la leña y el carbón.

Frente a la calidad, se estableció que el gas natural, a diferencia de la leña, el carbón y el **GLP**, es el que menos gases contaminantes emite y en tal sentido, en este aspecto, la diferencia se presenta por un sustancial menor impacto al medio ambiente.

Finalmente, en el análisis de precios, el cual se hizo frente a los principales sustitutos, esto es **GLP** y **EE**, se concluyó que estos dos no son sustitutos del gas natural debido a la diferencia significativa de sus precios. En el caso de la **EE**, su precio era 251% mayor al del gas natural, y en el caso del **GLP**, 71% mayor. En tal sentido, una persona que tenga gas natural no va a tener incentivos vía precios para cambiar a alguno de los posibles sustitutos enunciados.

En conclusión, luego del análisis de productos se encontró que el gas natural no tiene sustitutos en ninguno de los segmentos del mercado de usuarios residenciales, comerciales o industriales donde se distribuye y comercializa dicho producto.

Por otra parte, y para la determinación del mercado geográfico, la Delegatura, luego de establecer que para la fecha de los hechos **EFIGAS** tenía por concesión del Ministerio de Minas y Energía de área de servicio exclusivo en 8 municipios del departamento del Quindío, entre otras áreas, lo que le permitía prestar en forma exclusiva el servicio de distribución y comercialización de gas natural domiciliario en dicha zona.

Argumentó la Delegatura que se tomó como mercado geográfico la ciudad de Armenia (Quindío), ya que, además de ser Armenia uno de los municipios en donde **EFIGAS** contaba con servicio exclusivo, tanto la denuncia que dio origen a la investigación, como los hechos que con posterioridad fueron objeto de averiguación, determinaron que en esa ciudad se estaba presentando la distorsión del mercado.

Al respecto, este Despacho advierte que, aunque en 2015, con la Resolución 006, la **CREG** definió como mercado relevante geográfico el conjunto de municipios de Armenia, Circasia, La Tebaida, Montenegro, Quimbaya, Calarcá, Filandia y Salento, esta definición se adopta con posterioridad a la terminación de los contratos de exclusividad de distribución y comercialización en 2014, razón por la cual este Despacho acoge la definición de mercado geográfico presentada por la Delegatura en el Informe Motivado.

“Por la cual se archiva una investigación”

Por lo anterior, se concluyó que los mercados principales donde **EFIGAS** podía tener posición de dominio, era el de distribución y comercialización del servicio público de gas domiciliario en la ciudad de Armenia (Quindío).

9.2.2. Mercado conexo

Luego de establecer el mercado principal, se procedió a la determinación del mercado conexo, esto es, la instalación, reparación y/o mantenimiento de redes internas, para lo anterior, se tuvo en cuenta que existía una relación directa y consecuencial entre este mercado y el de distribución y comercialización de gas natural, toda vez que la instalación, reparación y/o mantenimiento de redes internas tiene como objetivo que llegue al usuario final el gas distribuido y comercializado.

La Delegatura, además, resaltó el hecho que el mercado conexo tiene la particularidad que puede ser ofrecido por agentes diferentes al distribuidor y/o comercializador de gas natural, ilustrando cual fue la participación de **EFIGAS** y de sus competidores en el mercado conexo durante el periodo objeto de investigación.

9.2.3. Posición de Dominio

Para llegar a la conclusión de la existencia de la posición de dominio, se tomó como punto de partida el numeral 14.13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, donde se define la posición dominante de la siguiente manera:

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

(...)

14.13. Posición dominante. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.”

A partir de lo anterior y del hecho que **EFIGAS**, dentro del periodo objeto de investigación, operó de manera exclusiva como distribuidor y comercializador de gas natural, la Delegatura determinó la cobertura efectiva del investigado en la ciudad de Armenia (Quindío), encontrándose que el número de suscriptores del servicio de gas natural, es superior al número de usuarios potenciales, con una participación del 68%, en promedio, en el mercado mencionado. En tal sentido, atendiendo **EFIGAS** más del 25% de los usuarios de la ciudad de Armenia (Quindío) y, además, teniendo en exclusividad la distribución y comercialización del gas natural en dicha ciudad como consecuencia de la concesión de área de servicio exclusivo otorgada por el Ministerio de Minas y Energía, se evidencia la posición de dominio de **EFIGAS** en el mercado de distribución y comercialización de gas natural en la ciudad de Armenia (Quindío) para el periodo 2009 a 2013.

Luego de determinada la posición de dominio, la Delegatura procedió a señalar las características del abuso de la misma, cuando los efectos escapan del mercado principal hacia el mercado conexo:

- La existencia de un mercado determinado donde se presente la posición de dominio, en el caso de **EFIGAS**, el mercado distribución y comercialización del servicio público de gas natural en Armenia (Quindío).
- La existencia de un mercado conexo o vecino con el que se tenga relación directa y consecuencial con el mercado dominado, en el caso de **EFIGAS**, la instalación, reparación y/o mantenimiento de redes internas.
- El agente con posición de dominio debe usar tal condición para obtener una ventaja competitiva o eliminar la competencia; aspecto que se analizará más adelante en cada una de las conductas imputadas a los investigados.

9.2.3. Abuso de Posición de Dominio de EFIGAS

En esta parte, procedió la Delegatura a analizar cada una de las conductas que presuntamente constituirían infracciones al régimen de libre competencia económica, por encontrarse previstas en los numerales 2, 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. En tal sentido, le correspondió evaluar si **EFIGAS** decidió sistemáticamente y de diferentes formas a: (i) privar al usuario de su libertad de

“Por la cual se archiva una investigación”

elección frente a la realización de las revisiones técnicas, (ii) subordinar la prestación del servicio público de gas natural domiciliario a la contratación de la red interna, (iii) rechazar las instalaciones de la red interna por diferentes motivos a los previstos en la ley, (iv) discriminar los tiempos de conexión del servicio en perjuicio y como obstáculo para el desarrollo de la actividad económica de terceros, (v) cobrar la evaluación y/o certificado de conformidad por fuera del cargo de conexión como acto discriminatorio y desincentivo para los usuarios al momento de contratar con terceros, (vi) obstruir o impedir la inscripción de terceros en el registro de instaladores y, (vii) realizar actos restrictivos de la competencia en su calidad de empresa de servicios públicos.

Así mismo, se procedió a analizar, si como producto de las anteriores actuaciones, **EFIGAS**, (i) desfavoreció a terceros prestadores en el mercado de instalación, reparación y/o mantenimiento de redes internas, provocando una artificial ventaja competitiva; (ii) supeditó la prestación del servicio público domiciliario de gas natural al pago de una evaluación por fuera del cargo por conexión u otros condicionamientos, y; (iii) obstruyó el acceso al mercado conexo de diseño, construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural, toda vez que se habrían generado barreras para que otros competidores cumplan con su objeto social.

Se aclara que la Delegatura, de entrada, puso de presente lo siguiente:

*“(...) No obstante, una vez analizadas las evidencias recabadas, se pudo determinar que no existe certeza sobre los hechos que constituyen el presunto abuso de posición dominante por parte de **EFIGAS** (...)”*

9.2.3.1 Presunta privación de la libertad de elección del usuario frente a la realización de las revisiones técnicas.

Esta imputación se encontró desvirtuada, toda vez que se logró demostrar que, para la fecha de los hechos, conforme la normatividad vigente, el usuario no tenía la posibilidad de elegir quien realizaba las revisiones técnicas, ya que era responsabilidad exclusiva del distribuidor realizar dicha actividad. Es así como el numeral 2.23 de la Resolución **CREG** No. 067 de 1995, disponía lo siguiente:

*“2.23. Las instalaciones, antes de ser puestas en servicio, deberán someterse a las pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento, y en general a todas aquellas que establezcan los reglamentos, normas o instrucciones vigentes. **Pruebas que deberá realizar el distribuidor.** El costo de la prueba estará incluido en el cargo de conexión (Resolución 039 del 23 de Octubre de 1995)”* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

La anterior norma fue derogada por el artículo 3 de la Resolución **CREG** No. 059 de 2012, que prescribió lo siguiente:

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

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

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

*“2.23 Las instalaciones, antes de ser puestas en servicio, deberán someterse a las pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento, y en general a todas aquellas que establezcan los reglamentos, normas o instrucciones vigentes. **Pruebas que deberá realizar el distribuidor.** El costo de la prueba estará incluido en el cargo de conexión (Resolución 039 del 23 de octubre de 1995)”.* (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como se estableció en el Informe Motivado, para la fecha de los hechos, la ciudad de Armenia (Quindío) era un área de servicio exclusivo otorgada mediante concesión a **EFIGAS**, por lo tanto, a pesar de la modificación regulatoria, era aplicable la disposición anterior, esto es, que el distribuidor

“Por la cual se archiva una investigación”

era el responsable de las revisiones técnicas y por tanto el usuario no tenía la posibilidad de escoger quien la podía practicar.

En tal sentido, no se encuentra violación del régimen de competencia por cuanto no se vulneró la libertad de elección del usuario frente a la realización de las revisiones técnicas, ya que, para la fecha de los hechos, estos últimos no tenían dicha facultad.

9.2.3.2 Presunta subordinación de la prestación del servicio público de gas natural domiciliario a la contratación de la red interna

En relación con esta imputación, la Delegatura concluyó que no existían pruebas que pudieran dar cuenta, con certeza, toda vez que se evidenció que **EFIGAS**, en sus procedimientos y protocolos para la prestación del servicio gas natural domiciliario, solicitaba los mismos documentos y exigía el cumplimiento de los mismos requisitos a los usuarios, sin importar si su red interna era construida por un contratista de **EFIGAS** o un tercero, sin que se encontrara prueba en contrario de tal circunstancia o de la exigencia de requisitos adicionales o diferentes a usuarios cuyas redes fueran instaladas por terceros, por lo que no se encontró ningún acto discriminatorio por parte de **EFIGAS**.

Además, se probó igualmente que la actividad de validación de la red interna, por la que **EFIGAS**, cobraba \$10.000, no se hacía únicamente a los usuarios que contrataban la instalación de la red interna con terceros, sino también con aquellos cuya red era instalada por contratistas de **EFIGAS**, solo que, en el caso de estos últimos, el cobro de la suma mencionada se abonaba al cargo por conexión.

La Delegatura llamó la atención sobre la importancia de la verificación de la red interna por parte del distribuidor, toda vez que implicaba no solo el cumplimiento de la normatividad que regula la materia, sino que, igualmente, la seguridad y protección de los usuarios. Además de lo anterior, se hizo referencia al hecho que las evaluaciones de conformidad no eran realizadas por **EFIGAS**, sino por un tercero contratado acreditado para el efecto, quien es el que evaluaba la red interna y determinaba el rechazo o conformidad de la misma, quedando por fuera de **EFIGAS** tal decisión.

En el Informe Motivado se señala que no existió prueba que demostrará la exigencia de un pago adicional para llevar a cabo la reparación de la red interna, por el contrario, se encontró que, cuando se verificaba una anomalía, el contratista de **EFIGAS** generaba una cotización al usuario, y solo si este aceptaba se generaba el cobro de la misma. Pero además de lo anterior, se encontró que en el caso que las redes internas instaladas por terceros, cuando no superaban las pruebas de conformidad, el usuario se comunicaba con el tercero que la había instalado y este llevaba a cabo las reparaciones correspondientes.

9.2.3.3 Presunto rechazo de instalaciones por motivos diferentes a los previstos en la ley

Para el análisis de esta imputación se tuvo en cuenta el número de rechazos a las instalaciones de redes internas por parte de **EFIGAS** para la prestación del servicio público de gas natural domiciliario, el cual permitió determinar que, durante el periodo objeto de investigación, de 19.463 instalaciones realizadas fueron rechazadas tan solo 252, y de estas últimas, 38 correspondieron a instalaciones realizadas por terceros. Debe aclararse que los terceros instalaron 3.001 redes internas.

Además de lo anterior, en el Expediente no se encontró prueba que permitiera establecer que el rechazo de las instalaciones de redes internas realizadas por terceros obedeciera a razones distintas al incumplimiento de exigencias de carácter técnico. Lo anterior sin dejar de lado que la empresa que evalúa la conformidad de las instalaciones de las redes internas, era una empresa independiente de **EFIGAS**.

En tal sentido, no encontró la Delegatura prueba de la imputación formulada y por tanto la desestimó.

9.2.3.4 Presunta discriminación en tiempos de conexión del servicio en perjuicio y como obstáculo para el desarrollo de la actividad económica de terceros

La Delegatura luego de la descripción de la presunta conducta desplegada por **EFIGAS**, manifestó que no se probó la ocurrencia de la imputación formulada, por cuanto se pudo determinar que **EFIGAS** no solo cumplía con los plazos establecido en la regulación, esto es treinta (30) días hábiles, sino que, además, el tiempo que tardaba para la conexión del servicio en redes internas instaladas por terceros era inferior al empleado en las redes instaladas por sus contratistas. Se encontró que, dentro del periodo investigado, en promedio **EFIGAS** realizaba la conexión del servicio en veintiún (21) días en

"Por la cual se archiva una investigación"

redes instaladas por terceros, cuando, en el caso de redes instaladas por sus contratistas, se tardaba en promedio 47,4 días. Se debe aclarar que en el caso de **EFIGAS**, los 47,4 días incluían tanto la construcción de la red interna como la instalación del servicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, se podría llegar a considerar que existiría discriminación en los tiempos de instalación de redes internas de terceros, si los tiempos fueran mayores a los empleados en la conexión de redes instaladas por contratistas de **EFIGAS**, o si fueran cercanos a los establecidos en la regulación, hecho que no se demostró, por lo tanto, se reafirma el hecho que no se probó la existencia de la imputación formulada.

9.2.3.5 Presunto cobro de la evaluación y/o del certificado de conformidad por fuera del cargo de conexión como acto discriminatorio y desincentivo para los usuarios al momento de contratar con terceros

En lo que tiene que ver con esta imputación, la Delegatura procedió al análisis de la normatividad que regula lo correspondiente a la evaluación de conformidad, para así determinar, confrontando dichas normas con los hechos probados en el Expediente, si **EFIGAS** estaría incurriendo en la alguna conducta anticompetitiva, al presuntamente cobrar el certificado de conformidad por fuera del cargo de conexión a usuarios que hubieren contratado la instalación de las redes internas con terceros.

En lo que respecta al objeto de la presente investigación, se encontró que el cobro del certificado de conformidad o la revisión técnica, como así denominó la investigada, de las redes internas era realizado por **EFIGAS** a todos los usuarios, sin importar si la red interna había sido instalada por un tercero o por un contratista de la investigada, por lo tanto, no se evidencia infracción alguna al régimen de protección de la libre competencia y en consecuencia se desestima la imputación formulada.

Ahora bien, la Delegatura, en el análisis efectuado, tanto de la normatividad como de las pruebas obrantes en el Expediente, encontró que presuntamente, **EFIGAS** estaría cobrando el certificado de conformidad por fuera del cargo por conexión, lo que no debería presentarse, ya que se estaría presentando un cobro arbitrario e ilegal a los usuarios de la ciudad de Armenia (Quindío), por lo que recomendó dar traslado de la presente actuación a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

9.2.3.6 Presunta obstrucción o impedimento del registro de terceros como instaladores

La Delegatura, en este caso, pudo establecer que las afirmaciones del denunciante según las cuales, **EFIGAS** habría negado a **GASECOM** la inscripción en el registro de terceros autorizados, así como que el mencionado registro no existía o no cumplía con los requerimientos de la regulación, no tenían fundamento probatorio alguno, primero porque no existe prueba de la solicitud de inscripción o negación de la misma, solo un derecho de petición del 16 de marzo de 2010¹⁸ donde se solicita a **EFIGAS** que informe si **GASECOM** puede inscribirse y cuáles serían los requisitos, pero no se solicita la inscripción. Por el contrario, en el escrito de descargos¹⁹, **EFIGAS** manifestó que el registro se lleva sobre el personal autorizado que puede construir y realizar mantenimiento a las redes internas y no de empresas que se dedican a prestar este servicio y donde además manifestó que en su página web se encuentra el listado de personas autorizadas que se encuentran registradas ante dicha sociedad.

La manifestación realizada por **EFIGAS** en el escrito de descargos fue verificada por la Delegatura como resultado de la práctica de la prueba decretada en el artículo tercero de la Resolución No. 13163 del 24 de febrero de 2014, donde incluso se encontraron inscritas las personas autorizadas por **GASECOM** para realizar la instalación de redes internas.

Así las cosas, la Delegatura no encontró prueba alguna que permitiera evidenciar la existencia de la conducta imputada y por lo tanto desestimó la imputación formulada.

9.2.3.7 Presunta realización de actos restrictivos de la competencia en su calidad de empresa de servicios públicos

El artículo 34 de la Ley 142 de 1994 establece lo siguiente:

¹⁸ Folios 51 a 55 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

¹⁹ Radicados No. 11-1819-31-2 del 12 de febrero de 2013 y 11-181966-40-2-23 de abril de 2013; Folios 548 a 572 y 1008 a 1037, respectivamente, del cuaderno público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

“Artículo 34. Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

34.1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio;

34.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa;

34.3. Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia;

34.4. Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en el que deba haber citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia;

34.5. Las que describe el Título V del Libro I del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal;

34.6. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta Ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos.”

Frente a este punto, la Delegatura, considerando el hecho que en la Resolución de Apertura se había dispuesto que de comprobarse que **EFIGAS** hubiere incurrido en las conductas arriba imputadas, necesariamente implicaría la vulneración del artículo 34 de la Ley 142 de 1994, y dado que no se comprobó la comisión de las conductas y por tanto tampoco la violación de la norma citada, **EFIGAS** no habría cometido conductas restrictivas de la libre competencia.

9.3. Consideraciones finales, conclusión y recomendaciones

En este punto, la Delegatura hizo referencia al hecho que en la denuncia presentada por **GASECOM**, se señalaban presuntos actos de competencia desleal. Al respecto manifestó la Delegatura que, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio tiene facultades administrativas para investigar actos de competencia desleal, los hechos denunciados no ameritan la apertura de una investigación administrativa, por cuanto las conductas denunciadas solo afectan el interés particular de los involucrados. En tal sentido, recomendó al denunciante acudir a los mecanismos legales correspondientes para el efecto, esto es, mecanismos alternativos de solución de conflictos o ejercer las acciones previstas en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996.

Con fundamento en lo anterior, la Delegatura concluyó que no existía fundamento probatorio suficiente que permitiera determinar un abuso de posición de dominio por parte de **EFIGAS** desde el mercado de distribución y comercialización de gas natural domiciliario en Armenia (Quindío), con efectos en el mercado conexo de instalación, reparación y/o mantenimiento de redes internas de gas natural en la misma ciudad.

Por lo anterior, la Delegatura recomendó no sancionar a **EFIGAS** por cuanto no se encontró acreditado que hubiera incurrido en las conductas previstas en los numerales 2, 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992; y como consecuencia de lo anterior, recomendó igualmente, no sancionar a **CARLOS ALBERTO MAZNETH DAVILA** y a **SEBASTIÁN VEGA BOJANINI**, por presunta violación del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

De otro lado, teniendo en cuenta que la Delegatura evidenció que presuntamente los cobros denominados “revisión técnica” y certificado de conformidad” realizados por **EFIGAS**, son actividades, que entiende la Delegatura, están comprendidas en el concepto de “verificación previa” y por lo tanto su costo está contenido en el cargo por conexión, recomienda dar traslado a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas para que investiguen si los cobros mencionados, que se están realizando por fuera del cargo por conexión, son ilegales.

DÉCIMO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los

"Por la cual se archiva una investigación"

investigados, quienes mediante radicación No. 11-181966-236-0002 del 15 de noviembre de 2016, presentaron observaciones a dicho Informe.

En el escrito mencionado, los investigados principalmente presentaron como observaciones, los mismos argumentos esgrimidos en el escrito de descargos, los cuales, considera este Despacho, fueron debidamente contestados por al Delegatura en el Informe Motivado y que comparte este Despacho íntegramente.

Sin perjuicio de lo anterior, en el escrito se encuentra que los investigados presentaron los siguientes argumentos, que no fueron expuestos en el escrito de descargos y sobre los cuales se dará respuesta en el presente acto administrativo.

- En el Expediente no se ha demostrado que **EFIGAS** tiene posición de dominio, debido a que la totalidad de los soportes que el Informe Motivado utilizó para definir la posición dominante en los mercados relevantes, no están en el Expediente. Las cifras que se utilizaron, se encuentran en estudios que se citan y que ninguno de ellos fue decretado e incorporado a este Expediente.
- El mercado geográfico no era la ciudad de Armenia (Quindío), sino la totalidad del país, ya que las firmas constructoras no actúan solo en ciudades específicas, operan en diversas ciudades del País.
- La actividad a la que se dedican empresas como **GASECOM** es la de construcción y no única y exclusivamente a la de redes internas de gas domiciliario, por lo que no se puede predicar dependencia de las actividades de construcción de redes internas con la distribución y comercialización de gas natural.
- Respecto de la recomendación de dar traslado a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, consideraron los investigados que la Superintendencia de Industria y Comercio no tenía ni tiene competencia para investigar el incumplimiento de normas regulatorias expedidas por la **CREG** ni por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Sobre el mismo punto, manifestaron que las normas de la **CREG** no pueden hacer referencia al cobro de actividades que no sean servicio público domiciliario ni a actividades complementarias del mismo.
- Finalmente, en el mismo tema, argumentaron que **EFIGAS** suspendió el cobro de la revisión técnica desde el ofrecimiento de garantías, por lo tanto, habría caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, ya que han transcurrido más de 3 años desde que se suspendió la conducta.

DÉCIMO PRIMERO: Que habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de investigaciones y conforme lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, este Despacho resolverá el presente caso en los siguientes términos:

11.1. 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."*

De manera concordante, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 hace referencia expresa a las facultades administrativas de la Entidad frente a las infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, como a continuación se transcribe:

"Artículo 6. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

(...)"

"Por la cual se archiva una investigación"

En cuanto a las funciones del Superintendente de Industria y Comercio en este tipo de trámites, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, dispone que una de ellas es la de *"Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacional, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo independientemente de su forma o naturaleza jurídica"*.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta en desarrollo de sus funciones.

11.2. Aplicación del inciso 5 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992

De acuerdo con el inciso 5 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012:

"Artículo 52. Procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas. (...).

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.

(...)" (Subraya fuera de texto)

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 de Industria y Comercio se concluye que en el presente caso no se configuraron prácticas restrictivas de la competencia por cuenta de un abuso de posición de dominio y, en consecuencia, se recomienda archivar la investigación, este Despacho acoge integralmente los argumentos expuestos en el referido Informe y que fueron resumidos anteriormente, para la recomendación de no sancionar, toda vez que comparte el análisis y las conclusiones a las que llegó la Delegatura.

No obstante, a pesar de acoger integralmente la recomendación del Informe Motivado, este Despacho, en aras de garantizar el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción, procede al análisis de los nuevos argumentos expuestos por los solicitantes en las observaciones al Informe Motivado, de la siguiente manera:

11.3. Análisis de las observaciones presentadas al Informe Motivado

Frente al argumento según el cual no se ha demostrado que **EFIGAS** tiene posición de dominio, el Despacho aclara que la posición de dominio de la investigada se determinó a través de los siguientes preceptos normativos:

- Inciso cuarto, parte considerativa Resolución No. 112 de 2007:

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

- Numeral 14.13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, donde se define la posición dominante de la siguiente manera:

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

(...)

14.13. Posición dominante. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado."

En tal sentido, teniendo en cuenta que, para el periodo objeto de investigación, **EFIGAS** contaba con concesión de área de servicio exclusivo en la ciudad de Armenia (Quindío), esto es, era la única empresa que podía distribuir y comercializar gas natural domiciliario en dicha ciudad, solo puede

“Por la cual se archiva una investigación”

concluirse que **EFIGAS** tenía posición de dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural domiciliario en la ciudad de Armenia para el periodo 2009 a 2013.

Ahora bien, frente al argumento según el cual, las cifras que se tuvieron en cuenta para determinar la posición de dominio se encuentran estudios que no hacen parte del Expediente, haciendo referencia a los pies de página del Informe Motivado, donde se citan dichos estudios, el Despacho aclara a los investigados que los estudios corresponden a documentos emitidos por entidades públicas del orden nacional y que de ellos no se extrajeron cifras, sino conceptos técnicos especializados necesarios para el análisis y el contexto del presente caso, que no constituían prueba alguna de las conductas imputadas a los investigados sino un apoyo científico requerido para emitir el Informe Motivado. Así pues, las citas tenían como finalidad dar explicación y soporte a los elementos necesarios para fijar el mercador relevante, pero no se utilizaron como medio de prueba para demostrar las conductas imputadas a los investigados.

Tampoco puede acogerse el argumento según el cual, el mercado geográfico no es Armenia (Quindío) sino la totalidad del país, dado que las firmas constructoras de las redes internas no operan solo en ciudades específicas, sino en diversas ciudades del país. Lo anterior por cuanto que a pesar que **GASECOM** y **EFIGAS** puedan tener operaciones de sus negocios en diversas ciudades del país, lo cierto es que **EFIGAS**, para la fecha de los hechos, tenía concesión de área de servicio exclusiva para la distribución y comercialización de gas natural domiciliario en Armenia (Quindío), y **GASECOM** igualmente prestaba sus servicios de instalación, reparación y/o mantenimiento de redes internas en la misma ciudad, por lo que existe evidentemente una concurrencia geográfica.

Si bien las firmas constructoras operan en diversas ciudades del país, no puede este Despacho reconocer que el mercado relevante geográfico asociado a la instalación, reparación y/o mantenimiento de redes internas tenga un alcance nacional, toda vez que la demanda, compuesta por los usuarios finales del servicio de Gas Natural en Armenia (Quindío), no puede encontrar un sustituto en otra ubicación geográfica que le preste los mismos servicios referidos al mercado conexo teniendo en cuenta las características inherentes al servicio analizado²⁰. Esto es, el servicio de instalación, reparación y/o mantenimiento debe realizarse en el mismo lugar geográfico en donde se encuentra la red.

Ahora bien, en referencia con el argumento según el cual no habría dependencia de las actividades de diseño, instalación y construcción de redes internas con la distribución y comercialización de gas natural domiciliario, no entiende este Despacho el argumento propuesto, toda vez que la dependencia de una actividad con otra está determinada precisamente en el hecho que si no se distribuyera ni comercializara el gas natural en la ciudad de Armenia (Quindío), no existirían empresas, como **GASECOM** que instalaran, repararan y/o hicieran mantenimiento de redes internas para el suministro del gas natural en las residencias o locales comerciales de los usuarios, ya que si no hay empresas que lleven el gas a una determinada ciudad no habría necesidad de construir las redes internas para suministrarlo. Y en el otro sentido, si no existieran empresas encargadas de la instalación, reparación y/o mantenimiento de las redes internas para el suministro de gas, las empresas distribuidoras no contarían con la infraestructura necesaria para suministrar dicho producto.

Finalmente, en lo que tiene que ver con los argumentos propuestos por los investigados frente a la recomendación de la Delegatura de dar traslado a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, dado que se evidencian presuntas infracciones de la normatividad que regula el servicio público de gas natural domiciliario, este Despacho considera que, precisamente al no ser competente esta entidad para iniciar una investigación y establecer la responsabilidad de **EFIGAS** por el incumplimiento de las normas mencionadas, es que debe procederse al traslado de la presente actuación a las autoridades competentes para el efecto, en este caso, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

En el mismo sentido, deben ser estas entidades las que determinen la aplicabilidad o no de las normas que regulan el servicio, a los casos que corresponda, ya que no le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio establecer si la **CREG** puede o no hacer referencia al cobro de actividades que no sean servicio público domiciliario ni a actividades complementarias del mismo.

Finalmente, y por la falta de competencia de esta entidad frente al tema y, por el contrario, la competencia propia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de la Comisión de

²⁰ Para una revisión de conceptos básicos de definición de mercado relevante, ver Davis, P. y Garcés, E. (2010), *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, Cap. 4.1., Pág. 161.

"Por la cual se archiva una investigación"

Regulación de Energía y Gas, se considera que deben ser dichas entidades las que establezcan la existencia o no de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración frente las presuntas infracciones del respectivo régimen de servicios públicos domiciliarios.

Por lo tanto, el Despacho no acoge los argumentos de los investigados como fundamento para que no se dé traslado de la presente actuación administrativa a las entidades mencionadas, y procederá entonces a acoger igualmente la recomendación de la Delegatura de hacer el traslado ya mencionado.

Así, con base en las anteriores consideraciones, este Despacho acoge integralmente la recomendación de la Delegatura y su análisis sobre las conductas investigadas.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ACOGER las recomendaciones del Informe Motivado del 13 de octubre de 2016 de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En consecuencia, **ARCHIVAR** la presente actuación administrativa en favor de **EFIGAS S.A. GAS NATURAL S.A. E.S.P.** identificada con el NIT 800.202.395-3, por la infracción de los numerales 2, 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor de **CARLOS ALBERTO MAZNETH DAVILA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 62.298.580 y **SEBASTIÁN VEGA BOJANINI**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.013.917, por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

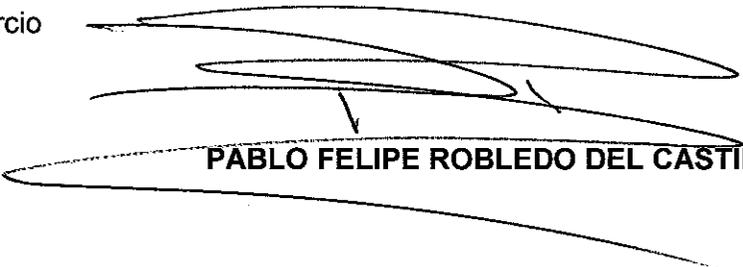
ARTÍCULO TERCERO: TRASLADAR la presente actuación administrativa a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Energía y Gas, conforme lo previsto en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **EFIGAS S.A. E.S.P.**, **CARLOS ALBERTO MAZNETH DAVILA** y **SEBASTIÁN VEGA BOJANINI**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los diez (10) días siguientes al mismo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **28 DIC 2016**

El Superintendente de Industria y Comercio


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

NOTIFICACIONES

EFIGAS S.A. E.S.P.
NIT 800.202.395-3
CARLOS ALBERTO MAZNETH DAVILA
C. C. No. 62.298.580
SEBASTIÁN VEGA BOJANINI
C. C. 10.013.91
Apoderado:
ANDRÉS JARAMILLO HOYOS
C.C. 7.562.626
T.P 75.015 del C. S. de la J.
Calle 72 No. 6-30, Piso 12