



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 27748 DE 2013

14 MAY 2013

Radicación: 11-87446

VERSIÓN ÚNICA

Por la cual se revuelve un recurso de reposición

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas
en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹,
en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 4359 del 2 de febrero de 2012³ (en adelante, "Resolución de Apertura"), el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante, "Delegado") ordenó abrir investigación para determinar si la empresa GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. (en adelante, "GASES DE OCCIDENTE", "GDO", o "investigada") infringió lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, abusando así de su posición de dominio en el mercado.

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

SEGUNDO: Que de conformidad con el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el 21 de septiembre de 2012 se realizó la audiencia de descargos con el fin de que las investigadas presentaran de manera verbal los argumentos de la defensa⁴.

TERCERO: Que el 19 de octubre de 2012, una vez culminó la etapa probatoria, el Delegado presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio (en adelante, "Superintendente") el informe motivado con el resultado de la etapa de instrucción⁵ (en adelante, "Informe Motivado"), en el cual recomendó sancionar a GASES DE OCCIDENTE por haber infringido el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 y el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, y no sancionar por la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del Informe Motivado a las investigadas, cuyos principales aspectos se resumen a continuación:

La Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, "Delegatura") describió la participación de GASES DE OCCIDENTE en las actividades de distribución y comercialización de gas natural en Colombia, y concluyó que GDO ostenta posición de

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el del Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folios 1017 a 1042 del Cuaderno Público No. 2 del expediente No. 11-87446 (en adelante "Expediente").

⁴ Folio 2191, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁵ Folios 2199 a 2231, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 277 48 DE 2013 Hoja N°. 2

“Por la cual se resuelve un recurso”

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

dominio en el mercado de distribución y comercialización de gas natural en Cali y Yumbo, en el departamento del Valle del Cauca.

También señaló que GDO participa en el mercado conexo de instalación de redes internas de gas natural a través de 7 contratistas sobre quienes ejerce control vertical. El mercado de instalación de redes internas es un mercado independiente, con presencia de competencia y en el que el usuario final tiene la libertad de contratar a quien considere.

El Informe Motivado señaló que GDO tiene la responsabilidad sobre el funcionamiento de las redes internas de gas natural y la confiabilidad técnica de la instalación, razón por la cual ejerce un control objetivo sobre la red interna y un control subjetivo sobre las personas acreditadas para realizar las instalaciones.

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

Respecto del control objetivo, hizo referencia a las certificaciones de conformidad que se deben expedir tras la evaluación técnica que se hace a todas las redes internas nuevas para verificar su correcto funcionamiento.

El Informe Motivado señaló que GDO abusó de su posición dominante en los mercados de distribución y comercialización de energía eléctrica y creó barreras de entrada artificiales a través de la imposición de requisitos adicionales a los exigidos por la regulación para que los terceros (empresas o personas naturales) se registraran ante GASES DE OCCIDENTE y así obstaculizando su acceso al mercado.

La Delegatura analizó cada uno de los requisitos técnicos, legales y laborales exigidos por GDO en comparación con los exigidos por la regulación y concluyó que, en varios de ellos, la investigada excedió las exigencias previstas en la regulación, generando así un efecto exclusorio de los terceros que cumpliendo con los requerimientos legales se quisieran registrar, frente a los 7 contratistas de instalaciones internas de GDO. En consecuencia, la Delegatura concluyó que GDO incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2150 de 1992.

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

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

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

42

Las investigadas señalaron que los requisitos supuestamente restrictivos estuvieron vigentes únicamente durante 4 meses del año 2011 y no fueron la causa por la cual los usuarios escogieron a las firmas contratadas por GDO para que les construyeran sus instalaciones internas de gas natural. En efecto, afirmaron que los precios que cobran los contratistas de GDO por las instalaciones de redes no han cambiado antes y después de la imposición de los requisitos de registro, lo que demuestra que los usuarios escogen contratar con la empresa por motivos distintos al precio.

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

Respecto de los requisitos exigidos para la expedición de certificados de conformidad de las instalaciones de redes internas, recalcaron que GDO en sus verificaciones no exigía para la expedición del certificado de conformidad requisitos adicionales a aquellos plasmados en la regulación. Adicionalmente, señalaron que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha emitido conceptos en los que sostiene que el distribuidor puede exigir inclusive requisitos más estrictos que los establecidos en la regulación.

De otra parte, las investigadas afirmaron que GASES DE OCCIDENTE no pudo haber trasgredido el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, toda vez que el mercado objeto de investigación no es el de servicios públicos domiciliarios, por lo que no le resultan aplicables las disposiciones contenidas en la mencionada ley.

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

También afirmaron que, de acuerdo con el criterio de la Superintendencia de Industria y Comercio, se ha considerado que conductas cuyos efectos son inferiores al 6% no son significativas, y señalan que de acuerdo con el análisis realizado por la Delegatura, la conducta de GDO buscaba que no participaran unos constructores que tendrían una participación de mercado inferior al 2%.

Finalmente, señalaron que el doctor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES no tenía participación en el establecimiento de los requisitos cuestionados en la investigación y que solamente tuvo conocimiento de que dichos requisitos se había establecido en virtud de la apertura de la presente investigación, inclusive cuando ya se habían eliminado.

QUINTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 29 de enero de 2013 se escuchó al Consejo Asesor y posteriormente, el Superintendente profirió la Resolución No. 4907 de 18 de febrero de 2013 (en adelante, “Resolución de Sanción” o “Resolución recurrida”), mediante la cual decidió sancionar a GASES DE OCCIDENTE por haber infringido lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, mas no sancionarla por haber infringido lo dispuesto en el

numeral 3 del mismo artículo. Respecto del señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑEREZ ABELLO, persona natural investigadas en su calidad de gerente de GASES DE OCCIDENTE, el Superintendente consideró que no había razones para sancionarlo. La parte resolutive de la Resolución señala:

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

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

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

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

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

(...)

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

(...).”

A continuación se resumen los argumentos que llevaron a este Despacho a concluir que GASES DE OCCIDENTE infringió lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 34 de la Ley 142 de 1994. El Despacho empezó por precisar que la investigación se abrió como consecuencia de una queja en contra de GASES DE OCCIDENTE en la que se manifestaba que podría haber incurrido en abuso de su posición de dominio al haber implementado, en abril de 2011 y durante cuatro meses, requisitos para el registro de instaladores y para la aprobación de redes internas de gas natural que excedían los previstos en la regulación.

5.1. MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO

El Despacho definió dos mercados relevantes: el primero es el mercado de distribución y comercialización de gas natural en el que GDO participa y tiene posición de dominio, y el segundo es el mercado de instalación de redes internas de gas natural, que es el mercado afectado por la conducta realizada por GDO, en el que ésta también participa pero no tiene posición de dominio.

44

Respecto del mercado de distribución y comercialización de gas natural, el Despacho precisó que el mercado geográfico relevante se compone de Cali y 23 municipios del departamento del Valle del Cauca, y adicionalmente Buenaventura, Puerto Tejada, Santander de Quilichao y Villa Rica en el departamento del Cauca. En todas estas zonas, GDO tiene participación mayoritaria o monopólica, así que ostenta posición de dominio de acuerdo con lo previsto en el numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994.

Frente al mercado afectado, el Despacho concluyó que es el de instalación de redes internas de gas natural en las zonas en las que GDO tiene influencia en los departamentos del Valle del Cauca y Cauca. En éste, GDO participa a través de 7 contratistas, sobre quienes ejerce control vertical.

5.2. CONTROL OBJETIVO Y SUBJETIVO SOBRE LAS INSTALACIONES DE REDES INTERNAS Y LAS EMPRESAS INSTALADORAS

El Despacho señaló que las empresas de distribución ejercen controles tanto sobre las empresas instaladoras de redes internas, como sobre las instalaciones mismas, los cuales se conocen como controles subjetivos y objetivos, respectivamente. Tienen como fin garantizar la seguridad de las redes internas y están establecidos en la regulación sectorial y técnica que rige el mercado del gas natural.

El párrafo del artículo 19 de la Resolución CREG No. 108 de 1997⁶ establece que cualquier empresa que cumpla con las exigencias técnicas y regulatorias estará autorizada para solicitar el registro ante el distribuidor local y, en consecuencia, para prestar el servicio de instalación de redes:

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

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

⁶ Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones.

41

5.2.1. Registro de instaladores de redes

En la Resolución recurrida, el Despacho manifestó que éste es el récord que llevan las empresas distribuidoras sobre los datos de las empresas instaladoras de redes que están dispuestas a prestar sus servicios en el área en la que la empresa distribuye el gas. Dicho registro tiene como fin informar a los usuarios sobre las empresas que pueden contratar, así como para dar a conocer al mismo distribuidor las empresas que operan en su zona y pueda realizar los controles técnicos correspondientes.

Señaló que en abril de 2011, GASES DE OCCIDENTE publicó un listado de requisitos para otorgar el registro a empresas instaladoras que no fueran sus contratistas. Dicho listado comprendía 12 requisitos⁷, varios de los cuales eran adicionales a los 4 requisitos exigidos por la regulación.

Este Despacho señaló que analizaría los requisitos impuestos por GASES DE OCCIDENTE a la luz de las normas de protección de la competencia pero no a la luz de la regulación por cuanto ello excedería las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Al analizar cada uno de los requisitos exigidos por GASES DE OCCIDENTE para el registro en su sistema de instaladores de redes internas de gas natural, este Despacho concluyó que los siguientes requisitos resultan restrictivos de la competencia y constituyen un obstáculo para que los terceros accedan al mercado de instalación de redes internas de gas:

Tabla 1
Requisitos restrictivos de la competencia impuestos por GASES DE OCCIDENTE

No.	Requisitos restrictivos de la competencia
1	Acreditar que dispone de por lo menos diez (10) instaladores, los cuales deben contar con certificado de competencia laboral expedido por un organismo de certificación de personal acreditado ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia – ONAC o la Superintendencia de Industria y Comercio – SIC, o expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1.2.6.3.2. literal g) de la Resolución 14471 de 2002 proferida por la mencionada Superintendencia, con vigencia no menor a 12 meses.
2	Presentar copia de al menos 50 certificaciones de conformidad de instalaciones, expedidos por un organismo de inspección acreditado, por cada uno de los instaladores que se pretenden inscribir, expedidos dentro de los doce meses anteriores a la solicitud de inscripción.
3	La empresa que se pretende inscribir, debe acreditar experiencia en la construcción de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales, adjuntando para ello al menos cincuenta (50) instalaciones realizadas en cada año desde los últimos tres (3) años y, en cada una de ellas anexar el certificado del instalador y el certificado de conformidad expedido por un organismo debidamente acreditado. Adicionalmente, para cada una de estas instalaciones de debe adjuntar copia de los certificados de producto o similares de los materiales con que

⁷ Cfr. pág. 33 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2439, Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Tabla 4.

AN

00027748

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 7

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

	se construyeron dichas instalaciones.
4	Copia del certificado del Sistema de Gestión de Calidad 9001:2008.
5	Acreditar su afiliación al Registro Uniforme de Evaluación de Contratistas (RUC) del Consejo Colombiano de Seguridad con su certificación de auditoría vigente.

Fuente: Elaboración SIC, con base en el folio 10, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

En la Resolución de Sanción, este Despacho concluyó que:

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

*Como se analizará más adelante, durante el periodo de cuatro meses en el que estuvieron vigentes los requisitos arriba analizados, ninguno de los instaladores independientes que venía operando en el mercado geográfico relevante y que solicitó el registro, logró cumplir con los requisitos exigidos por GDO, **aun cuando algunos de ellos incluso estuvieran registrados ante otros distribuidores de gas natural**⁸.*

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

Este Despacho señaló que la evaluación de las redes internas que se instalen y la expedición de una certificación de conformidad en el evento en que los resultados de las pruebas sobre la red sean idóneos, es exigida por la regulación técnica (Resolución SIC No. 14471 de 2002 y Resolución CREG No. 067 de 1995).

De manera análoga a los requisitos establecidos por GASES DE OCCIDENTE para el registro de instaladores de redes internas, la Resolución de Sanción señaló que en abril de 2011 la investigada impuso diversos requisitos para la construcción de instalaciones internas de gas natural, que excedían a los impuestos por la regulación.

En particular, este Despacho encontró que el siguiente requisito restringió el acceso al mercado por parte de terceros no vinculados a GASES DE OCCIDENTE:

"Someter a aprobación de la empresa distribuidora GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP el diseño de la(s) instalación(es) interna(s) de gas natural, previa a su construcción, tal como lo indica el numeral 1.2.6.3.4.2 literal a) con sus incisos.

El costo del estudio de diseños para su aprobación es de diez por ciento (10%) de un salario mínimo legal mensual legal vigente multiplicado por el número de instalaciones que contemple el diseño⁹.

⁸ Pág. 44 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2444, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁹ Folio 12, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

AC

Lo anterior, dado que dicho requisito exige el cumplimiento de normas técnicas adicionales a las previstas en la regulación.

5.2.3. Configuración de la conducta anticompetitiva por parte de GASES DE OCCIDENTE

Este Despacho señaló que se demostró suficientemente que algunos de los requisitos exigidos por GDO son restrictivos de la competencia, por cuanto crean barreras de entrada artificiales en el mercado y, en consecuencia, obstaculizan su acceso. Teniendo en cuenta la posición de dominio que ostenta GDO en la distribución y comercialización de gas natural, la imposición de los requisitos restrictivos se enmarca dentro de la conducta establecida en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

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

Frente a la existencia de una ventaja competitiva por parte de GDO, este Despacho afirmó lo siguiente:

"Una vez GDO implementó el requisito del registro establecido en la regulación en abril de 2011, y durante los 4 meses en los que duraron vigentes las exigencias que se investigan, los instaladores que solicitaron el registro ante GDO no pudieron obtenerlo (...).

Dada la posición de dominio que ostenta GDO en el mercado de distribución y comercialización de gas natural en el mercado geográfico definido, y teniendo en cuenta que además tiene participación indirecta y mayoritaria en el mercado de instalación de redes internas de gas en Cali y Yumbo, la imposición de los requisitos adicionales a los exigidos por la regulación no le afecta el funcionamiento de ninguno de los dos mercados.

Por el contrario, respecto del mercado de instalación de redes internas de gas natural, el hecho de no tener registrados instaladores diferentes a sus propios contratistas, le asegura mantener su participación, e incluso aumentarla, en este mercado"¹⁰.

Respecto del hecho que la ventaja competitiva que GDO adquirió en virtud de su conducta configura una obstrucción para el acceso de terceros al mercado de instalación de redes internas de gas natural, este Despacho afirmó que:

"Así, este Despacho concluye que GDO, en aparente cumplimiento de las disposiciones regulatorias impuestas por las autoridades competentes en materia de gas natural, decidió dar cumplimiento a la exigencia del registro, y a través de esa exigencia regulatoria lo que generó fue una obstrucción al acceso al mercado de instalación de redes internas de gas natural a aquellos instaladores independientes que no tenían relación contractual con GDO"¹¹.

¹⁰ Págs. 49-50 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2447, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

¹¹ Pág. 50 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2447, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

5.3. DOCUMENTOS APORTADOS POR LAS INVESTIGADAS CON LAS OBSERVACIONES AL INFORME MOTIVADO Y SOLICITUD DE NULIDAD

Este Despacho manifestó que las investigadas habían aportado algunos documentos con el escrito de observaciones al Informe Motivado, para que fueran tenidos en cuenta al momento de analizar el caso que se investiga. Al respecto, en la Resolución recurrida se afirmó que:

"[...] [L]os documentos anteriormente referenciados no pueden ser tenidos en cuenta como pruebas documentales dentro de la presente investigación, como se refleja en la parte resolutive de esta Resolución. Más aún cuando no aportan elementos de juicio adicionales que permitan desvirtuar las afirmaciones realizadas por el Despacho en la presente resolución, o modificar las premisas que llevaron a la Entidad a concluir que en este caso GDO abusó de su posición de dominio"¹².

Ahora bien, respecto de las solicitudes de nulidad que presentaron las investigadas tanto en la audiencia verbal que se llevó a cabo el 21 de septiembre de 2012 como en el escrito de observaciones al Informe Motivado, este Despacho analizó los argumentos presentados por las investigadas respecto de que la facultad de vigilancia de las empresas de servicios públicos y de las normas regulatorias de la CREG corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Este Despacho concluyó que en su calidad de autoridad única de protección de la competencia en Colombia, tiene competencia para conocer de la supuesta comisión de prácticas restrictivas de la competencia en todos los sectores y actividades de la economía, incluyendo aquellos que recaen sobre las empresas de servicios públicos. Por lo anterior, concluyó que las alegaciones de nulidad no prosperaban.

5.4. RESPONSABILIDAD DEL SEÑOR ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO COMO PERSONA NATURAL INVESTIGADA EN SU CALIDAD DE GERENTE DE GDO

Respecto de la responsabilidad endilgada al señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO, este Despacho manifestó que durante la investigación se pudo comprobar que no tuvo conocimiento de los hechos que se endilgan a GDO. En consecuencia, se decidió que no había lugar a sancionarlo por los cargos que se le imputaron.

5.5. DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

En la Resolución de Sanción se analizaron los criterios de agravación y atenuación de la sanción, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad de la sanción, y se determinó lo siguiente:

"En el caso concreto, se ha establecido que GDO, al publicar y exigir tanto los requisitos para el registro de instaladores en su página web como para la construcción de redes internas de manera que pudiera expedir el respectivo certificado de conformidad durante los meses de abril a agosto de 2011, incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al abusar de su

¹² Pág. 51 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2448, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

42

posición de dominio por obstruir el acceso al mercado de instalación de redes internas de gas natural en el mercado geográfico definido.

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

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

Adicionalmente, es importante resaltar que el presente caso reviste una especial importancia si se tiene en cuenta que GDO es una empresa de servicios públicos que atiende a los usuarios del servicio público domiciliario de gas natural, el cual, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 142 de 1994, es un servicio público esencial.

No obstante lo anterior, este Despacho también reconoce que: (i) no se probaron todos los cargos endilgados a las investigadas en la Resolución de Apertura; (ii) los requisitos para el registro de instaladores y la aprobación de sus instalaciones, que motivaron la apertura de la investigación que nos ocupa, estuvieron vigentes durante un periodo de cuatro meses, después del cual GDO los ajustó; (iii) GDO no tiene antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia; y (iv) las investigadas han atendido las solicitudes y requerimientos realizados dentro de la presente investigación"¹³.

SEXTO: Dentro del término legal, el 12 de marzo de 2013, GDO presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 4907 de 18 de febrero de 2013. El recurso se fundamentó en los argumentos que se resumen a continuación y que se analizarán en detalle más adelante.

6.1. FALTA DE COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

GDO afirmó que la SIC la está sancionando porque no habría dado cumplimiento a la regulación de la CREG o la Resolución 14471 de 2002 de la SIC por exigir requisitos adicionales a los previstos en esas normas y no porque los requisitos exigidos por GDO impidiesen a una empresa ingresar al mercado.

Con base en el concepto SSPD-OJ-2003-055 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el cual indica que "(...) la prestadora de gas puede exigir para poder prestar el servicio que las instalaciones internas cumplan los requisitos técnicos exigidos por la normatividad y la prestadora a efectos de prestar el servicio, (...)"¹⁴, la investigada manifestó que es bastante discutible lo que afirma la SIC en el sentido de que los distribuidores no puedan exigir requisitos adicionales a los de la regulación.

¹³ Págs.60-61 de la Resolución No. 4907 de 2013, folios 2452 a 2453, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

¹⁴ Pág. 3 del recurso de reposición, folio 2526, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

Adicionalmente, indicó que el sólo hecho de que unas empresas no cumplan con un requisito no quiere decir que sea de imposible cumplimiento, que es lo que lo haría realmente restrictivo. En su criterio, lo que ha debido demostrar la SIC es por qué razón un determinado requisito era de imposible cumplimiento. Al respecto, señaló que:

"Por lo tanto y como quiera que la competencia de la SIC para sancionar conductas restrictivas de la competencia no llega hasta el punto de ser la autoridad para sancionar el incumplimiento de la regulación de promoción de la competencia que expiden las comisiones o de las normas técnicas, es claro que la Resolución recurrida se expidió excediendo las facultades en esta materia"¹⁵.

6.2. GDO NO REALIZÓ CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

En criterio de la investigada, la SIC no analizó las circunstancias que se deben tener en cuenta para determinar si una conducta es sancionable bajo el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

En primer lugar, señaló que la SIC no realizó el análisis que correspondía para determinar el mercado relevante ni la existencia de la posición de dominio de GDO dentro del mismo. En segundo lugar, indicó que la SIC tampoco demostró, con pruebas obrantes en el expediente, que los requisitos exigidos por GDO fuesen de imposible cumplimiento, para concluir que los mismos impedían u obstruían el acceso al mercado relevante definido. Finalmente, afirmó que la SIC no demostró que GDO hubiese impedido u obstruido el ingreso de terceros al mercado relevante definido.

6.2.1. La Resolución recurrida no define técnicamente el mercado relevante ni la posición que GDO tiene en el mismo

GDO argumentó que se ha enfrentado a una indefinición del mercado relevante y en consecuencia a una evidente falla en la tipificación de la conducta. Lo anterior, teniendo en cuenta que la posición dominante se ostenta con relación al mercado relevante definido.

Señaló que en la definición del mercado de producto la SIC no analizó los productos o servicios en términos de características, usos y precios, y tampoco tuvo en cuenta el procedimiento de fabricación y distribución, la población objetivo y los hábitos de consumo, entre otros aspectos.

Respecto de la definición del mercado geográfico, GDO afirmó que en la Resolución recurrida no se encuentra el análisis que se debe realizar para determinar dicho mercado.

Manifestó que a lo largo del proceso la definición del mercado relevante varió, *"lo cual es una transgresión del Artículo 83 de la Constitución con sus respectivas repercusiones sobre el derecho a la defensa y el debido proceso (Artículo 29 de la Constitución)"¹⁶.*

¹⁵ Pág. 3 del recurso de reposición, folio 2526, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

¹⁶ Pág. 9 del recurso de reposición, folio 2532, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

4.

000 277 48

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 12

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

Teniendo en cuenta la definición de mercado geográfico de la Resolución de Apertura, el Informe Motivado y la Resolución de Sanción, afirmó que:

"El despacho varió la definición del mercado relevante entre el de la ciudad de Santiago de Cali en algunas ocasiones, al de Santiago de Cali y el Municipio de Yumbo y en otras el mercado de los municipios del Valle del Cauca y Cauca.

Como consecuencia de lo anterior, la medición de las redes construidas por GDO y las de los denunciantes sólo se realizó sobre Santiago de Cali como se observa en las tablas y gráficas contenidas en el informe motivado y la resolución que impone la sanción. ¿Cómo pudo el despacho entonces medir con certeza el impacto de la conducta?

Finalmente se observa que el Despacho determina el mercado relevante, a partir del supuesto impacto, valga la redundancia, de la presunta conducta realizada por GDO"¹⁷.

GDO señaló que si la SIC parte de la extensión de la conducta del agente de mercado para definir el mercado relevante y determinar si existe posición dominante, todo agente siempre tendrá posición dominante o su conducta habrá impactado la totalidad del mercado relevante en el caso de los mercados conexos. Adicionalmente, indicó que la SIC pasó por alto que los constructores de instalaciones actúan en la totalidad del país y no solamente en el área en la que GDO actúa como distribuidor.

En opinión de la investigada, la tesis anterior se constituye como un agravio a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y al debido proceso, así como un desconocimiento de la doctrina de la SIC respecto de cómo se determina el mercado relevante, la posición de dominio y la adecuación de una conducta de abuso de posición de dominio.

La investigada manifestó estar de acuerdo con la posición del Despacho respecto del alcance geográfico del mercado de instalaciones internas y respecto del mercado geográfico afectado, el cual corresponde al territorio en el que GDO tiene presencia.

Con base en lo anterior, señaló que "(...) la conducta, de existir, sólo impediría que los instaladores hubieran actuado en una porción del mercado nacional, durante un periodo de tiempo de 4 meses"¹⁸. Finalmente, indicó que en caso de que su conducta fuera restrictiva de la competencia, no habría tenido el impacto en el mercado con la virtualidad para excluir a los denunciantes del mismo.

¹⁷ Pág. 12 del recurso de reposición, folio 2535, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

¹⁸ Pág. 13 del recurso de reposición, folio 2536, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

Am.

6.2.2. En el expediente no existen pruebas que demuestren que los requisitos exigidos por GDO fuesen de imposible cumplimiento, para poder concluir que los mismos impedían u obstruían el acceso al mercado relevante

Para GDO es evidente, en el caso de que el mercado de construcción de instalaciones sea nacional, que los requisitos que exigió no impedían a los instaladores ingresar al mercado.

Indicó que no existen pruebas en el expediente para afirmar que los requisitos exigidos por GDO eran restrictivos simplemente por ser adicionales a los previstos en la regulación. Lo anterior, toda vez que en la Resolución recurrida no se señalan pruebas que demuestren que dichos requisitos eran de imposible cumplimiento.

Afirmó que el Superintendente no se percató que varios de los requisitos que consideró restrictivos fueron cumplidos rápidamente por algunos de los denunciantes. En criterio de las investigadas, el carácter restrictivo de los requisitos no fue analizado de forma económica, técnica y objetiva.

Adicionalmente, manifestó que la conclusión de la SIC es contradictoria con otros apartes de la Resolución recurrida en los que aceptó que, a pesar de ser adicionales a los previstos en la regulación, algunos requisitos no eran restrictivos.

Posteriormente, señaló que *"si fuese cierto que los requisitos le impedían a las firmas instaladoras participar en el mercado, lo lógico sería que antes de que se exigieran los requisitos y después de que se eliminaron los mismos, la participación de los instaladores en el mercado hubiese sido superior"*¹⁹.

6.2.2.1. En cuanto a los requisitos para registro de instaladores

- a. Tener 10 instaladores certificados con vigencia no menor a 12 meses: GDO afirmó que el análisis que hace la Resolución recurrida es equivocado, ya que parte de un hecho que no es cierto y es que este requisito lo debían cumplir personas naturales.

Para ilustrar que el requisito no era de imposible cumplimiento indicaron que el mismo fue cumplido por Construissa y que, de acuerdo con el testimonio de Mauricio Bolaños, los contratistas de GDO cumplen dicho requisito. Adicionalmente, señaló que conseguir 10 instaladores certificados no es algo gravoso o imposible de cumplir ya que en el país existe un número de instaladores certificados suficiente.

En criterio de GDO, el hecho de que algunas firmas instaladoras no hubiesen querido o podido cumplir con el requisito no significa que el mismo no se pudiese cumplir.

En cuanto a la vigencia de los certificados de competencia laboral, la investigada sostuvo que tal vez no se ha entendido la razón de GDO, porque no se ha tenido en cuenta cómo se da el proceso de la contratación y construcción de la instalación por parte de un usuario.

¹⁹ Pág. 15 del recurso de reposición, folio 2538, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

X

- b. Aportar 50 certificaciones de instalaciones construidas por los instaladores: GDO manifestó que en la Resolución recurrida no se explica por qué razón este requisito resulta restrictivo. Afirmó que, de acuerdo con la cantidad de instalaciones construidas en el área en que actúa GDO, más de 55.000 en el año 2011, no es imposible conseguir un instalador que haya construido 50 instalaciones. Finalmente, indicó que no se realizó ningún tipo de análisis para concluir si el requisito era o no restrictivo.
- c. Acreditar 50 instalaciones por año en los últimos 3 años: en primer lugar, la investigada nuevamente calificó de errónea la afirmación realizada en el Informe Motivado de que este requisito es restrictivo porque una empresa debía tener como mínimo 3 años de experiencia, ya que una empresa nueva puede acreditarlo contratando personal con experiencia.

En segundo lugar, se refirió a lo señalado respecto de este requisito en la Resolución recurrida, según lo cual, el mismo debe analizarse en concordancia con lo previsto en el ordinal a) y que es restrictivo en la medida que una persona natural que no tenga experiencia no puede cumplirlo. Indicó que nuevamente se pasó por alto el hecho de que el requisito es para firmas y no para personas naturales.

Posteriormente, afirmó que no es cierto que el requisito deba cumplirse por los 10 instaladores y, con base en lo que dice textualmente el requisito²⁰, señaló que lo que debe adjuntarse es la prueba de las 50 instalaciones por año con la acreditación del instalador que la hizo y que la misma fue debidamente certificada por un organismo autorizado para ello.

Finalmente, sobre el tema de la experiencia GDO indicó que *"resulta curioso que para una actividad que puede generar un riesgo para la vida, no pueda exigirse un mínimo de experiencia acreditada, sobretodo si se tiene en cuenta que quien deberá responder frente al usuario será la empresa distribuidora"*²¹.

- d. Adjuntar sistema de gestión de calidad: Para la investigada, la exigencia de la certificación ISO 9001:2008 es un mecanismo para garantizarle a los usuarios y a GDO que las instalaciones serán efectuadas por una empresa responsable de la calidad de los servicios que presta y que mantendrá los documentos que soportan el proceso constructivo que efectuó.

²⁰ "La empresa que se pretende inscribir, debe acreditar experiencia en la construcción de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales, adjuntando para ello al menos cincuenta (50) instalaciones realizadas en cada año desde los últimos tres (3) años, y en cada una de ellas anexar el certificado del instalador y el certificado de conformidad expedido por el organismo debidamente acreditado." Pág. 19 del recurso de reposición, folio 2542, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

²¹ Pág. 20 del recurso de reposición, folio 2543, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

6.2.2.2. GDO no exigió requisitos para aprobar las instalaciones construidas por terceros que resultaran restrictivos

GDO indicó que, de acuerdo con la Resolución 14471 de 2002, la reglamentación sí permite exigir requisitos técnicos adicionales.

Señaló además que, con base en las disposiciones contenidas en: (i) el numeral 4 del artículo 3 de la Resolución 108 de 1997 sobre la calidad y seguridad del servicio; y (ii) la Resolución 067 de 1995 sobre la puesta en servicio, reconocimiento y prueba, la suficiencia y seguridad de la instalación del usuario y las causas de suspensión o terminación atribuibles al distribuidor, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha emitido conceptos en los que sostiene que el distribuidor puede exigir inclusive requisitos más estrictos que los establecidos en la regulación.

Concluyó que en el expediente no existen pruebas en las que se aprecie que GDO en sus verificaciones exigiera, para la expedición del certificado de conformidad, requisitos adicionales a aquellos plasmados en la regulación.

6.2.3. Los efectos de la conducta frente a los usuarios

La investigada señaló que los requisitos para el registro de instaladores y para aprobar las instalaciones de terceros generan beneficios sustanciales para los usuarios en términos de su seguridad y calidad e idoneidad de los servicios que recibirían por parte de terceros instaladores.

6.3. LA CONDUCTA NO ES SIGNIFICATIVA

En este acápite GDO manifestó que su conducta no es significativa dado que de encontrarse, habría afectado la participación de unos constructores que tendrían una participación de mercado inferior al 2%. Recalcó que la SIC ha considerado que conductas cuyos efectos son inferiores al 6% no son significativas.

6.4. PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

Según la investigada, en la Resolución recurrida no se encuentra ningún análisis que permita entender por qué razón se estableció el valor de la multa impuesta. Señaló que en caso de insistir que se infringió el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se deberá reducir el monto de la sanción por cuanto en la Resolución de Sanción no se tuvieron en cuenta varios criterios de graduación de la sanción.

La investigada indicó que en la Resolución recurrida no se consideró que la afectación del mercado fue inferior al 1%, si se tiene en cuenta que, con base en información del Ministerio de Minas y Energía, la participación de las firmas que construyen instalaciones internas en el área en la que participa GDO es prácticamente 0%.

Afirmó la investigada que de considerar que el mercado corresponde al área de influencia de GDO, el efecto de exigir los requisitos adicionales habría sido aproximadamente de 600 instalaciones, las cuales representan el 1,05% del total de instalaciones que se construyeron en dicha área.

Adicionalmente, señaló que si se considera la utilidad que habría recibido GDO derivada de la conducta, la misma es significativamente menor al valor de la multa impuesta.

Indicó además que debe tenerse en cuenta que GDO eliminó los requisitos con anterioridad a que la SIC hubiese realizado alguna visita a la empresa y sin que se hubiera abierto alguna investigación. Finalmente, manifestó que de llegarse a considerar que sí existió alguna infracción, la multa debería ser como máximo el 1,05% de 100.000 salarios mínimos legales mensuales.

6.5. PRUEBAS

En este acápite, GDO solicitó que se decreten y tengan como prueba los siguientes documentos:

- Certificación expedida por el Gerente Técnico de GDO sobre instalaciones construidas por terceros y por GDO que se aportaron junto con los alegatos.
- Pliegos de condiciones elaborados por la SIC.

SÉPTIMO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), este Despacho procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por GDO en contra de la Resolución No. 4907 de 2013.

Se resalta que en su calidad de distribuidor de gas natural en el mercado relevante, a partir de abril de 2011, GASES DE OCCIDENTE estableció un listado de requisitos para la aprobación del registro de los instaladores de redes que así lo solicitaran. Los requisitos exigidos consistían en los previstos en la regulación, así como otros requisitos adicionales, tales como el certificado del Sistema de Gestión de Calidad 9001:2008. Esta medida estuvo vigente durante 4 meses, hasta agosto de 2011, mes en el que GDO modificó los requisitos establecidos y los ajustó a la regulación. Durante dicho periodo, los únicos instaladores que cumplieron con los requisitos técnicos adicionales impuestos GDO fueron aquellos que eran contratistas de ésta, quien de esta manera participaba también en el mercado de instalación de redes, con una participación mayoritaria.

Así, durante el periodo en el que estuvieron vigentes dichos requisitos, GDO, abusando de la posición de dominio que ostenta como monopolista, bloqueó la entrada de cualquier instalador independiente que solicitara el registro ante GDO, lo cual le generó una ventaja competitiva y, en consecuencia, conllevó a que fuera monopolista en el mercado de instalación de redes, en las zonas en las que operaba como distribuidor de gas natural.

Adicionalmente, GDO estableció requisitos para la aprobación de redes internas instaladas por terceros que no fueran contratistas de la investigada. Algunos de tales requisitos también superaban los exigidos por la regulación. Se buscó establecer si dicha conducta de la investigada había sido restrictiva de la competencia.

Los argumentos en los que se fundamentó el recurso de reposición interpuesto se analizarán en el siguiente orden: (i) los relacionados con la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio; (ii) los relacionados con la falta de definición del mercado relevante y la posición que en él ostenta GDO; (iii) los referentes a los requisitos impuestos por GDO para el registro de instaladores de redes y aquellos que refieren a la

4

necesidad de probar la imposibilidad de cumplimiento de dichos requisitos; (iv) los relacionados con los requisitos impuestos por GDO para la aprobación de redes internas instaladas y expedición de las certificaciones de conformidad; (v) el análisis de los elementos que configuran la conducta anticompetitiva; (vi) los efectos y significatividad de la conducta; (vii) las consideraciones relacionadas la solicitud de pruebas, y (viii) el monto de la sanción.

Como se pasa a analizar, este Despacho revocará parcialmente la Resolución No. 4907 de 2013, en los temas relacionados con el aporte de pruebas y el monto de la sanción.

7.1. CONSIDERACIONES FRENTE A LOS ARGUMENTOS DE FALTA DE COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En su recurso de reposición, la investigada manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a GASES DE OCCIDENTE, no por el incumplimiento de normas de protección de la competencia, sino por el incumplimiento de normas de la CREG o de normas de la SIC en su calidad de regulador de normas técnicas. Señaló que:

"Claramente se aprecia que lo que la SIC está sancionando porque GDO no habría dado cumplimiento a la regulación de la CREG o la Resolución 14471 de 2002 de la SIC por exigir requisitos adicionales a lo (sic) previstos en esas normas y no porque los requisitos exigidos por GDO impidiesen a una empresa ingresar al mercado"²².

(...)

"Por lo tanto, y como quiera que la competencia de la SIC para sancionar conductas restrictivas de la competencia no llega hasta el punto de ser la autoridad para sancionar el incumplimiento de la regulación de promoción de la competencia que expiden las comisiones de regulación o de las normas técnicas, es claro que la Resolución recurrida se expidió excediendo las facultades en esta materia"²³.

Este Despacho no acepta este argumento de la investigada, por cuanto tanto la Resolución de Sanción como la presente Resolución se restringen a analizar las conductas desde el punto de vista de las normas de protección de la competencia. En efecto, la Resolución recurrida dispuso que:

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

Tampoco pretende este Despacho que la presente Resolución se entienda como una manifestación de acuerdo o desacuerdo con las normas que actualmente regulan la actividad del gas natural en Colombia, y por ello limita su análisis al marco del derecho

²² Pág. 2 del recurso de reposición, folio 2525, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

²³ Págs. 3-4 del recurso de reposición, folios 2526 a 2527, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

44.

de la competencia, aun cuando al referirse a la regulación sectorial que rige la materia invoque normas propias de la regulación sectorial"²⁴.

Si bien el caso que se investiga tiene que ver con normas que regulan los mercados de distribución de gas y de instalación de redes internas y se refiere a que GDO excedió lo previsto en dichas normas, tal análisis se hizo desde el punto de vista de la competencia, es decir, desde la perspectiva de cómo las conductas de la investigada se llevaron a cabo en abuso de su posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural y generaron una obstrucción en el acceso al mercado conexo de instalación de redes internas de gas natural. La misma línea de análisis se sigue en la presente Resolución.

En ningún momento entró ni entrará esta Superintendencia a analizar la idoneidad del marco regulatorio, ni tampoco analizó las consecuencias que podría traer la trasgresión por parte de GDO de normas tales como las que exigen el registro de los instaladores en el sistema del distribuidor, norma que infringió hasta abril de 2011, cuando implementó los requisitos que fueron objeto de esta investigación.

Asimismo, el análisis de la configuración de la conducta anticompetitiva por parte de GASES DE OCCIDENTE se hace a la luz de las normas de competencia y de los elementos que ha establecido la doctrina para determinar si existe abuso de la posición de dominio de un agente en un mercado conexo, como lo es la doctrina de los mercados complementarios.

Por tal razón, para este Despacho no son de recibo las acusaciones de GDO de que esta Superintendencia excedió sus facultades y no tenía competencia para sancionarla en la presente investigación.

7.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y LA POSICIÓN DE DOMINIO

En su recurso de reposición, GDO no estuvo de acuerdo con las conclusiones de este Despacho en relación con la definición del mercado relevante en sus dos dimensiones, mercado de producto y mercado geográfico, y también respecto de la determinación de la posición de dominio de GDO, como se explicará en detalle más adelante. Adicionalmente, la investigada manifestó estar de acuerdo con la posición del Despacho respecto del alcance geográfico del mercado de instalaciones internas y el mercado geográfico afectado.

Para GDO, la SIC, en la definición del mercado de producto, no analizó los productos o servicios en términos de características, usos y precios y tampoco tuvo en cuenta el procedimiento de fabricación y distribución, la población objetivo y los hábitos de consumo, entre otros aspectos. También señaló, que en la Resolución recurrida no se encuentra el análisis que se debe realizar para determinar el mercado geográfico.

En criterio de la investigada, la variación de la definición del mercado geográfico a lo largo del proceso constituye una transgresión del artículo 83 de la Constitución con sus respectivas repercusiones sobre el derecho a la defensa y el debido proceso.

²⁴ Págs. 33-34 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2439, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

000 277 4 R

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 19

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

Sobre este mismo punto, GDO manifestó su duda respecto de la certeza con la que se calculó el impacto de la conducta, toda vez que la definición del mercado geográfico varió entre Cali, Cali y el municipio de Yumbo, y los municipios de los departamentos del Valle del Cauca y Cauca.

La investigada afirmó que el Despacho determinó el mercado relevante a partir del supuesto impacto de la conducta realizada por GDO. También indicó que al determinar el mercado relevante y la posición dominante a partir de la extensión de la conducta de GDO, éste siempre tendrá posición dominante o su conducta habrá impactado la totalidad del mercado relevante en el caso de los mercados conexos. Adicionalmente, señaló que la SIC pasó por alto que los constructores de instalaciones actúan en la totalidad del país y no solamente en el área en la que GDO actúa como distribuidor.

Posteriormente, manifestó estar de acuerdo con la posición del Despacho respecto del alcance geográfico del mercado de instalaciones internas y respecto del mercado geográfico afectado, el cual corresponde al territorio en el que GDO tiene presencia.

Adicionalmente, en criterio de la investigada, de haber existido la conducta, ésta sólo habría impedido que los instaladores hubieran actuado en una porción del mercado nacional, durante un periodo de 4 meses. Finalmente, GDO afirmó que en caso de que su conducta fuera restrictiva de la competencia, la misma no habría tenido el impacto en el mercado con la virtualidad para excluir a los denunciantes del mismo.

7.2.1. Sobre el análisis requerido para la definición del mercado de producto y el mercado geográfico

Frente al argumento de la investigada sobre el análisis que se debe llevar a cabo para la definición del mercado de producto, este Despacho considera pertinente indicar que, si bien no realizó dicho análisis en la Resolución recurrida, el mismo fue realizado por la Delegatura en el Informe Motivado y fue acogido en su totalidad por el Despacho.

En dicho informe se presentó una descripción del sector del gas natural en Colombia y se señaló: (i) la definición del gas natural; (ii) la definición del servicio público domiciliario de gas combustible; y (iii) la cadena de suministro de gas natural, donde se incluyó una descripción de la producción de gas natural en Colombia, el transporte, la distribución y comercialización del producto, y un análisis sobre la sustituibilidad del gas natural respecto de otros energéticos.

En aras de la economía de la Administración, este Despacho tiene la facultad de acoger en su integralidad apartes del informe motivado cuando así lo considere. Tan es así que, incluso, en los casos en los que la Delegatura recomienda cerrar una investigación y el Superintendente esté de acuerdo con dicha recomendación, está facultado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012 para acoger integralmente los argumentos del informe motivado:

"ARTÍCULO 155. PROCEDIMIENTO POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS. El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, quedará así:

62

"Artículo 52. Procedimiento.

(...)

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".

En cuanto a la delimitación del mercado geográfico, GDO señaló que en la Resolución recurrida no se encuentra el análisis que se debe realizar para determinar dicho mercado, y que adicionalmente, el Despacho varió la definición del mercado geográfico entre la ciudad de Cali, la ciudad de Cali y el municipio de Yumbo, y finalmente los municipios del Valle del Cauca y Cauca, lo cual es una transgresión del artículo 83 de la Constitución.

Sobre estos argumentos, el Despacho disiente de la posición de la investigada, por las siguientes razones:

En primer lugar, este Despacho considera pertinente señalar que el mercado geográfico corresponde a la zona en la que la empresa desarrolla su actividad, en la que las condiciones de competencia son lo bastante homogéneas y puede distinguirse de otras zonas debido a que las condiciones de competencia en ella son diferentes o parcialmente diferenciables. Adicionalmente, vale la pena señalar que para delimitar correctamente el mercado geográfico se deben analizar factores como el comportamiento de los consumidores, las características físicas del producto, costos de transporte, costos de cambio, entre otros.

Es así como en la Resolución recurrida el Despacho señaló que GDO desarrollaba su actividad en los siguientes municipios de los departamentos del Valle del Cauca y Cauca:

- En el norte del departamento del Valle del Cauca a través de un contrato de concesión de Área de Servicio Exclusivo: Andalucía, Ansermanuevo, Buga, Bugalagrande, Caicedonia, Candelaria, Cartago, El Cerrito, Florida, Ginebra, Guacarí, Jamundí, La Unión, La Victoria, Obando, Palmira, Pradera, Roldanillo, San Pedro, Sevilla, Tuluá, Yumbo y Zarzal.
- En la ciudad de Cali a través de un contrato de concesión de Área No Exclusiva. En la ciudad de Cali y el municipio de Yumbo GDO tiene una participación del 100% en el mercado de distribución.
- En Buenaventura y los municipios de Puerto Tejada, Santander de Quilichao y Villa Rica en el Departamento del Cauca.

Teniendo en cuenta que, tal y como se señaló, la distribución de gas natural es de naturaleza monopólica, y tomando en consideración que la mayoría de los lugares en los que GDO presta sus servicios de distribución y comercialización obedecen a contratos de concesión o a sus planes de expansión, es posible afirmar que si se analizan otros factores de definición de los mercados como los ya indicados, la conclusión acerca de la delimitación del mercado geográfico se mantiene puesto que es sabido que para el consumidor final no existe posibilidad de sustituir la provisión de gas natural de GDO por la de otro distribuidor que no se encuentre en esa zona geográfica.

De hecho, con sólo analizar el comportamiento de los consumidores finales se observa que el mercado geográfico en la distribución y comercialización de gas natural es local o regional, y coincide con la extensión de la red del agente, sin que sea necesario analizar costos de transporte o costos de cambio, para determinar si el mercado geográfico se limita al área donde opera GDO o se puede ampliar incluyendo otras zonas. Lo anterior, toda vez que para el usuario final el suministro de gas natural a través de una red de distribución de gas no es sustituible con el suministro de gas natural a través de otra red de distribución. En efecto, los consumidores que se encuentran conectados a la red de GDO no pueden conectarse a la red de otro agente.

En segundo lugar, no es cierto que el Despacho haya definido el mercado geográfico como la totalidad de los municipios del Valle del Cauca y Cauca. Por el contrario, como se señaló anteriormente, el Despacho fue claro al indicar los municipios de los citados departamentos en los que la investigada prestaba el servicio.

Finalmente, respecto de la variación del mercado geográfico que se dio entre el Informe Motivado y la Resolución de Sanción, vale la pena remitirse al Decreto 4886 de 2011 por medio del cual se modificó la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinaron las funciones de sus dependencias y se dictaron otras disposiciones.

En efecto, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, es función del Delegado para la Protección de la Competencia presentar informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio una vez instruida la investigación, respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia. Por su parte, el numeral 19 del artículo 3 del citado Decreto, establece que es función del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, **decidir** las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley.

Fue así como este Despacho al decidir la presente investigación, se apartó explícitamente de la conclusión sobre el mercado geográfico a la que llegó la Delegatura en el Informe Motivado estando en facultad de hacerlo, toda vez que el mencionado informe no es vinculante para el Despacho. Específicamente se señaló en la Resolución recurrida que:

"En este punto, este Despacho se aparta de las conclusiones de la Delegatura respecto de que el mercado geográfico está constituido únicamente por la ciudad de Cali y el municipio de Yumbo"²⁵.

En consecuencia, no es de recibo el argumento de GDO respecto de la trasgresión al principio de la buena fe y al debido proceso. Tal conclusión de ninguna forma es violatoria de estos principios en la medida en que no modifica las razones de derecho que dieron lugar a la sanción.

²⁵ Pág. 23 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2434, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

K.

7.2.2. Determinación de la posición dominante

De otra parte, llama la atención del Despacho el argumento de la investigada respecto de la determinación de la posición dominante y el impacto del mercado relevante en el caso de los mercados conexos. Según dicho argumento, si la SIC parte de la extensión de la conducta de GDO para definir el mercado relevante y determinar si existe o no posición dominante, todo agente siempre tendrá posición dominante o su conducta habrá impactado la totalidad del mercado relevante en el caso de los mercados conexos.

Sobre el particular, este Despacho considera pertinente remitirse a lo señalado en la Resolución recurrida respecto de la determinación del mercado relevante, donde indicó:

"Teniendo en cuenta la conducta que se analiza en el presente caso, este Despacho definirá dos mercados relevantes: el primero es el mercado de distribución y comercialización de gas natural, en el que GDO participa y tiene posición de dominio, y el segundo es el mercado afectado por la conducta realizada por GDO, esto es el mercado de instalación de redes internas de gas natural, donde también participa la investigada (pero no tiene posición de dominio), y donde presuntamente tendrían lugar los efectos anticompetitivos de la conducta"²⁶.

Para la definición del primer mercado relevante, el Despacho tuvo en cuenta las actividades que realiza GDO y como ya se mencionó, acogió en su totalidad el análisis desarrollado por la Delegatura en el Informe Motivado respecto del mercado de producto. En cuanto a la determinación del mercado geográfico, a diferencia de la definición realizada por la Delegatura, el Despacho lo delimitó como los municipios de los departamentos del Valle del Cauca y Cauca en los que GDO desarrolla su actividad como distribuidor y comercializador de gas natural.

Ahora bien, en la definición del segundo mercado, el Despacho tuvo en cuenta el mercado presuntamente afectado por la conducta de la investigada, tal y como lo establece la doctrina de los mercados conexos, que admite que el abuso y sus efectos pueden recaer en un mercado distinto al dominado, y concluyó que éste corresponde al mercado de instalación de redes internas de gas, el cual tiene un alcance nacional.

Posteriormente, en la Resolución recurrida se determinó que la investigada ostentaba posición de dominio en el primer mercado, es decir, en el mercado de distribución y comercialización de gas natural. Para llegar a dicha conclusión, el Despacho consideró la cuota de participación de GDO en los municipios en los que desarrolla su actividad, las barreras a la entrada a dicho mercado, la determinación legal de la posición dominante de una empresa de servicios públicos, y adicionalmente se refirió a la participación de GDO en el mercado afectado.

En este punto es importante indicar que, si bien en el aparte de determinación de posición de dominio de la investigada se incluyó un análisis de la participación de GDO en el mercado afectado, el mismo no fue determinante para concluir que la investigada ostentaba posición de dominio y mucho menos en la delimitación del mercado relevante. Esto, en la medida en que la doctrina de los mercados complementarios señala que lo que se necesita para que se configure la conducta es la existencia de posición de dominio en

²⁶ Pág. 19 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2432, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

un mercado, que le permita generar una ventaja competitiva para ganar o mantener un porcentaje de participación en el otro mercado excluyendo a costa de ello a otros competidores.

Por lo expuesto anteriormente, no comparte el Despacho la posición de la investigada de que esta Superintendencia partió de la extensión de la conducta de GDO para definir el mercado relevante y determinar si ostentaba posición dominante.

7.2.3. Efecto de la conducta de GDO e impacto en el mercado relevante

El Despacho disiente de la posición de GDO, según la cual la SIC pasó por alto que los constructores de instalaciones actúan en la totalidad del país y no solamente en el área en la que GDO actúa como distribuidor. Lo anterior, toda vez que en la Resolución de Sanción se señaló que *"las empresas instaladoras pueden prestar sus servicios en cualquier parte del territorio nacional"*²⁷, mostrando así que la Superintendencia dejó claro que el mercado de instalación de redes internas es de alcance nacional.

Ahora, respecto de los argumentos de la investigada sobre el efecto que tuvo su conducta y el impacto en el mercado, este Despacho concuerda con lo señalado por GDO según lo cual la conducta sólo habría impedido que los instaladores hubieran actuado en una porción del mercado nacional, durante un periodo de 4 meses, toda vez que los requisitos para el registro impuestos por la investigada duraron vigentes solamente 4 meses y únicamente se aplicaron a aquellos instaladores que solicitaban el registro ante GDO para operar en la zona donde ésta presta sus servicios.

No obstante lo anterior, este Despacho considera pertinente señalar que, a pesar de que el mercado de instalación de redes sea de alcance nacional y de que la conducta de GDO sólo haya tenido impacto en la zona donde ésta presta sus servicios, el hecho de que la misma haya afectado únicamente una porción del mercado nacional, no implica que no se haya generado la obstrucción a éste mercado y que no haya sido significativa. En efecto, como ya se señaló en la Resolución recurrida y se analiza más adelante, con su conducta, GDO creó una barrera artificial a la entrada al mercado de instalación de redes, toda vez que durante el periodo en el que estuvieron vigentes los requisitos adicionales exigidos por GDO, ninguno de los instaladores independientes que operaba en el mercado geográfico afectado y que solicitó el registro, logró cumplir con los requisitos exigidos por la investigada, a pesar de que algunos de ellos estuvieran registrados ante otros distribuidores de gas natural.

7.2.4. Conclusión

Teniendo en cuenta los argumentos anteriores, este Despacho descarta los argumentos de GDO respecto de la falta de definición del mercado relevante y su posición de dominio. Así, reitera que el mercado relevante se define como el mercado de distribución y comercialización de gas natural en Cali y los siguientes municipios:

- En el norte del departamento del Valle del Cauca: Andalucía, Ansermanuevo, Buga, Bugalagrande, Caicedonia, Candelaria, Cartago, El Cerrito, Florida, Ginebra,

²⁷ Pág. 25 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2435, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

40

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

Guacarí, Jamundí, La Unión, La Victoria, Obando, Palmira, Pradera, Roldanillo, San Pedro, Sevilla, Tuluá, Yumbo y Zarzal.

- En el Departamento del Cauca: Buenaventura, Puerto Tejada, Santander de Quilichao y Villa Rica.

Así las cosas y bajo el entendido que la premisa de definir el mercado relevante se cumple, a continuación se estudian los argumentos de GDO en los que justifica que la imposición de los requisitos para el registro de instaladores durante el periodo investigado no constituyó una conducta anticompetitiva.

7.3. SOBRE LOS REQUISITOS IMPUESTOS POR GDO PARA EL REGISTRO DE INSTALADORES

En su recurso de reposición, GDO estructura su argumentación en el hecho de que los requisitos que impuso entre abril y agosto de 2011 para el registro de los instaladores en el sistema de GDO, no pueden calificarse de restrictivos de la competencia por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio no probó a lo largo de la investigación que éstos fueran de imposible cumplimiento para las partes.

Para GDO, el hecho de que fuera posible cumplir con los requisitos, aun cuando fueran adicionales a los previstos en la regulación sobre la materia, implica que no resultaron restrictivos. Tan es así, que si lo hubieran sido, se hubiera visto un cambio en el número de instalaciones instaladas por dichas empresas durante el periodo en que los requisitos estuvieron vigentes:

"De hecho, y tal vez la prueba más clara de que los requisitos no le impidieron a las empresas instaladoras participar en el mercado es que el porcentaje de instalaciones construidas por firmas contratadas por GDO antes de que dicha compañía exigiera los requisitos que cuestiona la SIC, era muy similar a aquel que existió en el periodo de abril a agosto de 2011.

(...)

Si fuese cierto que los requisitos le impedían a las firmas instaladoras participar en el mercado, lo lógico sería que antes de que se exigieran los requisitos y después de que se eliminaron los mismos, la participación de los instaladores en el mercado hubiese sido superior²⁸.

De otra parte, GDO consideró que es contradictorio que la Superintendencia haya decidido que unos de los requisitos adicionales impuestos fueran restrictivos de la competencia y otros no.

Adicionalmente, frente a cada uno de los requisitos que este Despacho calificó de restrictivos de la competencia en la Resolución de Sanción, GDO señaló una serie de aparentes equivocaciones respecto de la forma de entender dichos requisitos, como se analiza más adelante.

²⁸ Pág. 15 del recurso de reposición, folio 2538, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

7.3.1. Consideraciones sobre el registro de instaladores ante el distribuidor

A lo largo de la investigación, la Delegatura se ocupó de determinar qué requisitos se exigen para el registro de instaladores de redes internas de gas natural ante el distribuidor de gas, la naturaleza de dichos requisitos como una forma de control subjetivo del distribuidor y la flexibilidad de dichos requisitos. Esto con el fin de determinar si GDO, al haber impuesto requisitos adicionales a los establecidos en la regulación, habría restringido la competencia en el mercado de instalación de redes de gas natural.

En primer lugar, es importante recordar la naturaleza del requisito regulatorio del registro de los instaladores ante el distribuidor. La Resolución CREG No. 067 de 1995 establece que:

*"4.14. Los elementos necesarios para la instalación interna, según lo definido en la Ley 142 de 1994, **podrán ser suministrados por el distribuidor e instalados por él mismo o por cualquier otro personal autorizado y registrado en la empresa. No será negocio exclusivo del distribuidor y serán instalados a cargo del usuario**"²⁹. (Subrayas fuera del texto original)*

Por su parte, la Resolución CREG No. 039 de 1995³⁰ señala:

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

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

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

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

Este requisito obedece a que, como lo señala claramente la regulación citada, la instalación de redes no es un negocio exclusivo del distribuidor, es decir que cualquier persona o empresa acreditada puede prestar ese servicio. Así, el distribuidor, sus contratistas o cualquier tercero que esté acreditado, podrán ofrecer el servicio, siempre y cuando se encuentre registrado ante el distribuidor.

Con ello, se entiende que el distribuidor puede prestar el servicio directamente. También puede, si así lo considera, contratar empresas que estén debidamente acreditadas, para que presten el servicio de instalación en nombre del distribuidor. Tal es el caso de GDO,

²⁹ Por la cual se establece el Código de Distribución de Gas Combustible por Redes.

³⁰ Por la cual se regula la actividad de comercialización y de distribución de gas combustible por redes a pequeños consumidores.

21-

quien a través de 7 empresas contratistas presta los servicios de instalación de redes, ejerciendo control vertical sobre dichas empresas e instruyéndolas para que realicen las labores de instalación en nombre de GASES DE OCCIDENTE³¹.

Adicionalmente, cualquier empresa que esté debidamente acreditada y cumpla con los requisitos exigidos por la regulación, puede registrarse ante el distribuidor para ofrecer los servicios de instalación de redes de manera independiente, es decir, **sin que medie contrato o relación laboral o comercial con el distribuidor.**

Cabe en este punto recordar que los requisitos exigidos por la regulación para el registro de instaladores son los siguientes:

Tabla 2
Condiciones que deben cumplir las empresas para ser instaladoras de redes internas según regulación

No.	REQUISITO
1	Certificación de conformidad del personal ³² , expedida por un organismo de certificación de personas, acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio, o, en la actualidad, por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC).
2	Inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores de la Superintendencia de Industria y Comercio ³³ .
3	Estar legalmente inscrito en la Cámara de Comercio.
4	Contar con Registro de Información Tributaria (RIT) y Registro Único Tributario (RUT) actualizados ³⁴ .

Fuente: Informe Motivado³⁵. Elaboración SIC.

Así, con el cumplimiento de los referidos requisitos establecidos en la regulación, cualquier empresa puede inscribirse en el registro de un distribuidor para poder ofrecer sus servicios como instalador independiente. Si no existe relación alguna con la empresa distribuidora, la condición necesaria y suficiente para que los instaladores independientes se puedan registrar ante el distribuidor es el cumplimiento de los requisitos exigidos por la regulación.

Si por el contrario, el distribuidor desea prestar el servicio de instalación de redes internas de manera directa o incluso a través de contratistas **que actúen en su nombre**, este Despacho no desconoce el hecho de que el distribuidor podría exigirles requisitos adicionales a los de la regulación, si considera que, por ejemplo, ofreciendo servicios de una calidad superior a la exigida por la regulación, podrá hacer más atractivos sus servicios de instalación de redes a los usuarios del servicio.

³¹ Folios 279, 318, 368, 421, 465, 514 and 561, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

³² Resolución SIC No. 14471 de 2002, *por la cual se fijan unos requisitos mínimos de calidad e idoneidad*. Numeral 1.2.6.3.2 Requisitos de idoneidad de instalaciones para el suministro de gas en edificaciones residenciales y comerciales, para eliminar y prevenir riesgos que atenten contra la salud y la seguridad.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Folio 2217, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

42

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

En el caso que nos ocupa, tal y como quedó suficientemente demostrado a lo largo de la investigación y no es ahora materia de discusión, GASES DE OCCIDENTE impuso unos requisitos adicionales a los exigidos por la regulación a **todos** los instaladores de redes que quisieran registrarse para ofrecer sus servicios en el área geográfica de influencia de GDO. Es decir, exigió estos requisitos, que se analizarán más adelante, incluso a aquellos instaladores que no tuvieran relación comercial o contractual alguna con GASES DE OCCIDENTE. Así lo manifestó el señor NESTOR JULIÁN ARANGO, gerente de CONSTRUISAA S.A.S.:

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

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

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

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

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

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

PREGUNTA: ¿Antes no existía ningún mecanismo de registro?

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

(...)

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

A.

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

PREGUNTA: ¿No hay una empresa independiente?

RESPUESTA: No. Yo soy la primera³⁶.

Del testimonio citado anteriormente se evidencia que GDO exigió a todos los instaladores los requisitos adicionales a los establecidos en la regulación, que eran los requisitos que GDO exigía a aquellos distribuidores que eran sus contratistas, quienes, sobra decir, sí los cumplían y por tanto aparecían registrados ante GDO. También se aprecia, como incluso lo manifestó la investigada en su recurso de reposición, que CONSTRUISAA cumplía varios de los requisitos adicionales exigidos por GDO, aunque no todos. Como se analizará a continuación, la facilidad o imposibilidad para cumplir los requisitos impuestos por GDO es independiente del efecto anticompetitivo que generan por obstruir de manera artificial el acceso al mercado de instalación de redes.

7.3.2. Los requisitos impuestos no deben ser de imposible cumplimiento para que resulten restrictivos de la competencia

Para este Despacho, los argumentos de GDO respecto de la imposibilidad de cumplimiento de los requisitos impuestos como condición necesaria para que sean anticompetitivos no son de recibo y se descartarán por no considerarse válidos.

Como se mencionó más arriba, la condición necesaria y suficiente para que las empresas de distribución de gas natural accedan a registrar a terceros instaladores **independientes** del distribuidor es que cumplan con las condiciones exigidas por la regulación. Es por ello que los requisitos citados en la Tabla 2, y no otros, son los que debe exigir el distribuidor.

Tan es así, que en el caso de CONSTRUISAA, en el expediente consta que se encontraba registrada ante LLANOGAS S.A. E.S.P.³⁷, ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.³⁸ y SURTIGAS S.A. E.S.P.³⁹.

El hecho de que CONSTRUISAA estuviera registrado ante otros distribuidores es reflejo de que cumplía con las exigencias de la regulación para estar inscrito y poder ofrecer sus servicios de instalación de redes internas de gas natural.

Es por ello que resulta irrelevante e impertinente el argumento de GASES DE OCCIDENTE respecto de qué tan fáciles o difíciles eran de cumplir los requisitos adicionales por él impuestos durante cuatro meses, por tanto se desecha el argumento de la investigada que señaló que:

³⁶ Testimonio practicado el 11 de agosto de 2011. CD obrante a folio 87. Minutos 10 a 14, Cuaderno público No. 1 del Expediente.

³⁷ Folios 4 a 7, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁸ Folio 8, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁹ Folio 9, Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

41

"Lo que ha debido demostrar la SIC es por qué razón un determinado requisito era de imposible cumplimiento, cuestión respecto de la cuál (sic) no existe prueba alguna en el expediente"⁴⁰. (Subraya y resaltado en el texto original)

Lo relevante es determinar si los requisitos adicionales exigidos por GASES DE OCCIDENTE entre abril y agosto de 2011 constituyeron o no una restricción a la competencia por obstrucción al acceso al mercado, tal y como se llevó a cabo en la Resolución de Sanción. Sin perjuicio de que tales requisitos no fueran de imposible cumplimiento, los instaladores independientes (que no eran contratistas de GDO) no tenían por qué cumplirlos, porque no eran objetivamente necesarios para que GDO los registrara en su sistema. Este Despacho reitera que es la regulación la encargada de establecer los requisitos para el registro de los instaladores y no la distribuidora. Menos cuando la imposición de requisitos adicionales la beneficia.

7.3.3. Variación en el número de instalaciones de instaladores independientes

GDO señaló que una de las razones por las que se puede considerar que los requisitos adicionales establecidos para el registro de instaladores no es restrictivo de la competencia, es que el número de instalaciones realizadas por instaladores independientes no varió antes, durante y después del periodo en que estuvieron vigentes tales requisitos.

Al respecto, para este Despacho el argumento de la investigada no es válido por cuanto el número de instalaciones realizadas por instaladores independientes no indica necesariamente que hayan tenido o no acceso al mercado. Como se analizó en la Resolución recurrida y se reitera más adelante, la conducta de GASES DE OCCIDENTE impidió que los instaladores independientes tuvieran la oportunidad de acceder al mercado, puesto que al no estar registrados ante GDO ni siquiera tenían la posibilidad de ofrecer sus servicios de instalación a los usuarios por no cumplir con el requisito del registro.

Por tanto, lo que se busca aquí no es demostrar si los instaladores independientes tienen cierta participación en el mercado, sino si tuvieron la oportunidad de acceder al mismo, así que el número de instalaciones construidas por instaladores independientes no resulta esencial en este análisis.

En cambio, este Despacho llama la atención sobre el hecho de que el número de instaladores registrados en el sistema de GDO sí tuvo una variación considerable. Como se pudo comprobar a lo largo de la investigación, antes de abril de 2011 GDO no exigía registro de los instaladores y durante el periodo en el que los requisitos adicionales estuvieron vigentes, ninguno de los instaladores independientes consiguió registrarse ante GASES DE OCCIDENTE. Sin embargo, una vez ésta modificó los requisitos, sí se registraron varias empresas y personas naturales ante GDO. A continuación se presenta una tabla con el resumen de las empresas y personas naturales que se registraron ante GDO como instaladores independientes con posterioridad a la eliminación de la exigencia de requisitos adicionales:

⁴⁰ Pág. 3 del recurso de reposición, folio 2526, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

44

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 277 48 DE 2013 Hoja N°. 30

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

Tabla 3
Instaladores registrados ante GDO con posterioridad a agosto de 2011

No.	Nombre completo	Fecha de solicitud registro	Fecha de aprobación registro
1.	Eribaldo Antonio Castro Almanza	17/05/2011 ⁴¹	26/10/2011 ⁴²
2.	Cristian Andrés Salamanca Arenas	17/05/2011 ⁴³	29/09/2011 ⁴⁴
3.	José Alexci Barrero	17/05/2011 ⁴⁵	No disponible
4.	Jhon Jairo Sepúlveda	17/05/2011 ⁴⁶	No disponible
5.	Orlando Bocanegra	17/05/2011 ⁴⁷	No disponible
6.	Carlos Fernando León	17/05/2011 ⁴⁸	No disponible
7.	Naysir Castro	17/05/2011 ⁴⁹	No disponible
8.	CONSTRUISAA S.A.S ⁵⁰	26/05/2011	01/09/2011
9.	JHONNY VALIENTE Y CIA LTDA ⁵¹	08/09/2011	29/09/2011
10.	Jhon Alexander Alzate Villada	18/05/2011 ⁵²	29/09/2011 ⁵³
11.	GYG INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN ⁵⁴	19/10/2011	01/11/2011
12.	EDISON MOGOLLÓN MORALES ⁵⁵	12/09/2011	21/11/2011
13.	GAS NATURAL DEL VALLE SAS ⁵⁶	18/11/2011	12/12/2011
14.	GASIFICA O.G SAS ⁵⁷	09/12/2011	20/12/2011
15.	Jesús Danilo Parra Morillo ⁵⁸	24/11/2011	20/12/2011
16.	CS & REDES SAS	06/09/2011 ⁵⁹	16/12/2011 ⁶⁰
17.	Orlando Enrique Barrios	21/11/2011 ⁶¹	26/01/2012 ⁶²

⁴¹ Folio 1136, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴² Folio 1085, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴³ Folio 1136, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴⁴ Folio 1110, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴⁵ Folio 1136, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴⁶ Folio 1136, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴⁷ Folio 1136, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴⁸ Folio 1136, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴⁹ Folio 1136, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵⁰ Folio 1139, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵¹ Folio 1141, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵² Folio 1152, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵³ Folio 1153, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵⁴ Folio 1161, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵⁵ Folio 1165, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵⁶ Folio 1169, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵⁷ Folio 1171, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵⁸ Folio 1185, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵⁹ Folio 1189, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶⁰ Folio 1194, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶¹ Folio 1197, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶² Folio 1199, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

44.

00027748
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 31

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

18.	ASTEGAS DE COLOMBIA S.A.S ⁶³	07/12/2011	26/01/2012
19.	Wilson Grueso Sinisterra ⁶⁴	16/12/2011	31/01/2012

Fuente: Elaboración SIC con base en información del Expediente.

Como se ve en la tabla anterior y se evidencia en los documentos que obran en el expediente, cabe destacar que varias de las empresas o personas naturales solicitaron su registro durante el periodo en el que los requisitos adicionales estuvieron vigentes y sólo consiguieron dicho registro una vez tales requisitos fueron desmontados por GASES DE OCCIDENTE.

Ejemplo de lo anterior es el caso de la solicitud de registro del señor Jhon Alexander Alzate Villada, quien solicitó su registro antes del 18 de mayo de 2011 y solamente pudo obtener el registro el 29 de septiembre de ese año, una vez GDO modificó los requisitos para el registro y los ajustó a los de la regulación. A continuación se citan algunos de los apartes de las comunicaciones que intercambió con GDO:

- Correo electrónico enviado el 18 de mayo de 2011⁶⁵:

*De: Jhon Alexander álzate [tulugas@hotmail.com]
Enviado el: Miércoles, 18 de Mayo de 2011 05:25 p.m.
Para: Centro de Información y documentación
Asunto: Gerencia técnica*

Tengan buena tarde, con la presente les informo que la semana pasada envíe (sic) los documentos para el registro unico (sic) de instalaciones internas de gases de occidente, deseo saber si llegaron los documentos a sus manos y que pasos seguir para la certificacion (sic) o si puedo ir a las instalaciones con cita previa.

Espero pronta respuesta.

Gracias por la atención prestada.

att.

*JHON ALEXANDER ALZATE VILLADA
CC 6.499.085".*

- Correo electrónico enviado el 13 de agosto de 2011⁶⁶:

*De: Jhon Alexander álzate [tulugas@hotmail.com]
Enviado el: Sábado, 13 de Agosto de 2011 11:24 a.m.
Para: Jairo Monedero Quiroz; Maria Margarita Gomez
Asunto: Informacion*

Tengan un cordial saludo

⁶³ Folio 1202, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶⁴ Folio 1205, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶⁵ Folio 1152, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶⁶ Folio 1151, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

AK

RESOLUCIÓN NÚMERO 00027748 DE 2013 Hoja N°. 32

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

La presente es para informacion (sic) del correo que ustedes me enviaron en la cual me informaban que la documentacion (sic) de la inscripcion (sic) en el registro de constructores de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales de gases de occidente estaba incompleta. mi (sic) pregunta es debo volver a enviar toda la documentacion o solamente los requisitos que faltaban por anexar?

*gracias por la atención prestada.
espero pronta respuesta".*

- Correo electrónico enviado el 6 de septiembre de 201167:

*"De: Martha Elena Moran Vergara
Enviado el: Martes, 06 de septiembre de 2011 14:56
Para: 'tulugas@hotmail.com'
Asunto: Información*

Buenas tardes,

*Señor
JHON ALEXANDER ALZATE
Correo electrónico: tulugas@hotmail.com
Tuluá, Valle del Cauca*

Asunto: Requisitos para ser registrado como constructor. Radicación 136274

Agradecemos su interés de registrarse como constructor de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales ante Gases de Occidente S.A ESP

Al respecto le informamos que la información registrada en nuestra página ha cambiado, lo invitamos a consultar la ruta adjunta y enviar de nuevo su solicitud por escrito con los respectivos soportes.

Cordial saludo,

*ING. MARTHA E. MORÁN VERGARA
Gestión de Calidad y Procesos
(...)"*

- Comunicación de GDO a Jhon Alexander Alzate Villada, de fecha 29 de septiembre de 201168:

*"Señores
JHON ALEXANDER ALZATE VILLADA
Calle 25 N° 18ª – 91
Tuluá (Valle)*

ASUNTO: *Aprobación Inscripción en el Registro de Constructores de Instalaciones Internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales de la empresa distribuidora Gases de Occidente S.A. ESP.*

⁶⁷ Folio 1151, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶⁸ Folio 1153, Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

Estimado(s) señor(es):

Por medio de la presente nos permitimos informales que conforme a la solicitud de inscripción presentada por ustedes en fecha (2011/09/08), Gases de Occidente S.A. ESP ha aprobado su inscripción como empresa instaladora o Instalador, bajo la siguiente identificación:

*Personas Jurídicas: **JHON ALEXANDER ALZATE VILLADA** (...)*

*Este registro será válido para la presentación de instalaciones para revisión de diseños inspeccionadas y/o certificadas y/o construidas dentro del Área de Prestación del Servicio por parte de Gases de Occidente S.A. ESP, por parte de **JHON ALEXANDER ALZATE VILLADA**, con el propósito final para que el usuario solicite el Derecho de Conexión ante la empresa distribuidora.*

(...)"

Cabe anotar que GDO no tuvo en cuenta la solicitud inicial de registro que radicó el señor Jhon Alexander Alzate Villada antes del 18 de mayo de 2011, sino únicamente la que radicó en septiembre, una vez GDO modificó los requisitos adicionales que había impuesto para el registro de instaladores.

También se resalta que, mientras que en el periodo de cuatro meses en el que estuvieron vigentes los requisitos impuestos por GDO no se concedió ningún registro a instaladores independientes, durante los cuatro meses siguientes a la eliminación de los requisitos, es decir entre septiembre de 2011 y enero de 2012, se registraron al menos 14 instaladores independientes de redes internas de gas natural, de acuerdo con la información que reposa en el expediente.

Finalmente, cabe mencionar que todos los registros incluidos en la Tabla 3 corresponden a personas naturales o jurídicas que se registraron como instaladores independientes, tal y como se desprende de la aclaración que constaba de manera idéntica en las comunicaciones de GASES DE OCCIDENTE en las que se comunicaba de la aprobación de un registro:

*"Se aclara que el presente registro **NO OTORGA** a [] la calidad de proveedor de Gases de Occidente S.A. E.S.P., ni le autoriza a actuar en nombre de la compañía, así como tampoco garantiza que las instalaciones realizadas sean aceptadas por el distribuidor si no cumplen los estándares de calidad e idoneidad contempladas en la regulación para prestar el servicio de gas natural"⁶⁹.*

En consecuencia, independientemente del número de instalaciones que haya hecho un instalador antes, durante, o después del periodo en el que estuvieron vigentes los requisitos impuestos por GDO para el registro de instaladores, lo cierto es que durante el tiempo en que éstos duraron vigentes no se concedió el registro a ningún instalador, mientras que una vez eliminados tales requisitos sí se registraron por lo menos 14 instaladores independientes.

⁶⁹ Ver, por ejemplo, folio 1136, Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

4

7.3.4. Consideraciones sobre los requisitos exigidos por GDO para el registro de instaladores

En el análisis que se presentó en la Resolución de Sanción y el que se ha hecho a lo largo de la presente Resolución, es claro que los requisitos exigidos por la regulación para el registro de instaladores ante el distribuidor son taxativos y son un mecanismo de control subjetivo, es decir, un control sobre las empresas o personas que ofrecen el servicio de instalación de redes internas de gas natural.

Los requisitos exigidos por GASES DE OCCIDENTE excedieron los previstos en la regulación, pero ello no resulta *per se* restrictivo de la competencia, sino que se debe analizar cada uno de ellos a la luz de las normas de protección de la competencia. Ello no representa una contradicción, como lo manifiesta la investigada, quien señaló que:

"Cuando en la Resolución se anuncia que se va a analizar la razón por la que los requisitos se consideran restrictivos, se encuentra que la única razón adicional a que no estaban previstos en la regulación, es que los quejosos no los pudieron cumplir.

Es decir, el carácter restrictivo no fue analizado de forma económica, técnica y objetiva, sino bajo el prisma de quienes denuncian. Si tales empresas no se esforzaron para cumplir los requisitos, entonces los mismos resultan restrictivos.

Inclusive, el Superintendente ni siquiera se percató que varios de los requisitos que consideró restrictivos fueron cumplidos por algunos de los denunciantes de forma bastante rápida.

Tal conclusión resulta contradictoria con otros apartes de la Resolución en los que el Superintendente acepta, respecto de algunos de los requisitos exigidos por GDO, que pese a ser adicionales a los previstos en la regulación (tener oficina en el sitio en que se va a prestar el servicio), no eran restrictivos".⁷⁰

Los requisitos de control subjetivo, tanto los exigidos por la regulación como los adicionales exigidos por GDO, buscan ejercer un control sobre quienes ofrecerán, de manera independiente o como contratistas del distribuidor, los servicios de instalación de redes en su zona de influencia, de manera que sean conocidos tanto para los usuarios como para el mismo distribuidor.

En aras de simplificar el análisis ya realizado por este Despacho en la Resolución recurrida, es posible establecer que los requisitos exigidos tanto por la regulación como los adicionales exigidos por GDO se pueden clasificar en diferentes categorías. Una clasificación de los mismos puede incluir una división entre requisitos formales, legales, comerciales y técnicos. Así, los requisitos exigidos por la regulación se podrían clasificar así:

⁷⁰ Pág. 15 del recurso de reposición, folio 2538, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

Tabla 4
Clasificación de los requisitos de registro de instaladores internos establecidos en la regulación

No.	REQUISITO	CLASIFICACIÓN
1	Certificación de conformidad del personal ⁷¹ , expedida por un organismo de certificación de personas, acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio, o, en la actualidad, por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia (ONAC).	Técnico
2	Inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores de la Superintendencia de Industria y Comercio ⁷² .	Técnico
3	Estar legalmente inscrito en la Cámara de Comercio.	Legal
4	Contar con Registro de Información Tributaria (RIT) y Registro Único Tributario (RUT) actualizados ⁷³ .	Legal

Fuente: Informe Motivado⁷⁴. Elaboración SIC.

De manera análoga, los requisitos exigidos por GDO se pueden clasificar de la siguiente manera:

Tabla 5
Clasificación de requisitos exigidos por GDO para otorgar el registro a empresas instaladoras de redes (abril – agosto 2011)

No.	REQUISITO	CLASIFICACIÓN
1	Presentar solicitud por escrito (de conformidad con carta anexa), dirigida a la Gerencia Técnica de GASES DE OCCIDENTE S.A. ESP, en donde se exprese su intención de ser inscrito en el registro único de constructores de instalaciones internas de gas natural y de dar cumplimiento a todos los requisitos descritos en este documento.	Formal
2	Acreditar su inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores ante la Superintendencia de Industria y Comercio, dando cumplimiento a la Resolución 14471 de 2002 numeral 1.2.6.5. de la Superintendencia de Industria y Comercio, con la respectiva inclusión en el registro de los instaladores con los que se realiza la construcción de las instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales.	Técnico
3	Acreditar que dispone de por lo menos diez (10) instaladores, los cuales deben contar con certificado de competencia laboral expedido por un organismo de certificación de personal acreditado ante el Organismo	Técnico

⁷¹ Resolución SIC No. 14471 de 2002, por la cual se fijan unos requisitos mínimos de calidad e idoneidad. Numeral 1.2.6.3.2 Requisitos de idoneidad de instalaciones para el suministro de gas en edificaciones residenciales y comerciales, para eliminar y prevenir riesgos que atenten contra la salud y la seguridad.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Folio 2217, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

44

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 277 48 DE 2013 Hoja N°. 36

“Por la cual se resuelve un recurso”

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

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

Fuente: Folio 10, Cuaderno Público No. 1 del Expediente⁷⁵. Elaboración SIC.

Ahora bien, al analizar cada uno de los requisitos exigidos por GASES DE OCCIDENTE, y de manera concordante con lo expuesto en la Resolución recurrida, tenemos que algunos de los que no se consideraron como restrictivos de la competencia obedecen a requisitos formales, comerciales o legales, pero en ningún caso técnicos, como se pasa a explicar.

⁷⁵ Esta información también reposa en los folios 615 a 616, Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

44

7.3.4.1. Requisitos impuestos por GDO que no se consideran restrictivos de la competencia

De acuerdo con lo señalado en la Resolución de Sanción:

"En primer lugar, de acuerdo con lo manifestado por la Delegatura en el Informe Motivado, respecto de los requisitos del certificado de existencia y representación legal y/o matrícula mercantil, el RIT y el RUT:

'En este sentido ya se pronunció la Superintendencia de Industria y Comercio, en la Resolución No. 32505 de 2011, en la que se consideró que pese a que la regulación no establece que el distribuidor puede exigir el registro mercantil, el RIT o el RUT (es decir que no existe una habilitación normativa), dichas exigencias no resultaban restrictivas de la competencia'⁷⁶.

En segundo lugar, el requisito de presentar la solicitud de registro por escrito, es meramente formal, razonable y no es restrictivo de la competencia.

En tercer lugar, el requisito de acreditar su inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores exigido por GDO es idéntico al contenido en la Resolución SIC No. 14471 de 2002'⁷⁷.

Así, para este Despacho, frente a estos requisitos no existe controversia respecto de no ser restrictivos de la competencia y las razones por las que no lo son, por lo cual se centrará en el análisis de los demás requisitos.

7.3.4.2. Tener oficina abierta para los usuarios en los municipios en los que el instalador preste el servicio

En la Resolución recurrida, este Despacho afirmó que el requisito que aquí se analiza fuera un requisito restrictivo de la competencia, en los siguientes términos:

"Respecto de este punto, este Despacho se aparta de la posición de la Delegatura y coincide con la de las investigadas en que el requisito de tener una oficina de atención es indispensable para poder prestar un buen servicio. Este no es un requisito excesivo ni que impida el acceso al mercado a los instaladores, por cuanto el propósito mismo del registro ante el distribuidor parte del hecho que el instalador tiene la intención de ofrecer y prestar sus servicios de instalación de redes en el lugar en el que se pretende registrar, y siendo así, es razonable exigir que tenga un punto de contacto en ese lugar'⁷⁸.

Dado que la investigada considera que es contradictorio que la SIC defina que este requisito no es restrictivo de la competencia mientras que los restantes sí, este Despacho se permite aclarar que la razón por la que se concluyó que este requisito no es restrictivo es porque se entiende como **indispensable** para que el instalador preste un buen servicio al usuario. Se debe tener en cuenta que este es un requisito adicional que, si bien impone una carga al instalador, se justifica en la necesidad de prestar un buen servicio. Cabe

⁷⁶ Folio 2223, Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁷⁷ Pág. 34 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2439, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁷⁸ Pág. 38 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2441, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

resaltar una vez más que el requisito de que el instalador tenga oficina en los municipios en los que preste su servicio no es un requisito técnico sino comercial que no restringe la competencia.

A continuación se analizan los requisitos que este Despacho calificó de restrictivos de la competencia en la Resolución de Sanción y sobre los cuales la investigada manifestó su desacuerdo en el recurso de reposición.

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

La Resolución recurrida señaló lo siguiente:

"Este despacho considera que, independientemente de que de acuerdo con su experiencia, GDO considere que 10 es el número de instaladores mínimos que se requieran para prestar un buen servicio de instalación de redes, desde el punto de vista del acceso al mercado de instalación de redes, la exigencia de un número mínimo de instaladores es arbitraria por parte de GDO e impide el acceso al mercado a las personas naturales o pequeñas empresas que cumplan con la regulación y sean idóneas para ofrecer y prestar sus servicios de instalación, aunque sea a una escala menor a la esperada por GDO. De manera pues, que este requisito resulta restrictivo a la luz de las normas de competencia"⁷⁹.

Respecto de este requisito técnico, GDO señaló que:

"La Superintendencia considera que este requisito es restrictivo porque las personas naturales que fuesen a participar no podrían hacerlo.

Al respecto debe señalarse, en primer lugar que este requisito solamente debían cumplirlo personas jurídicas y no personas naturales como señala la Resolución.

(...)

Por lo tanto, el análisis que hace la Resolución 4907 de 2013 es equivocado, dado que parte de un hecho que no es cierto, que el requisito lo debían cumplir personas naturales".

(...)

"Pero es que además, en el país existe un número de instaladores certificados suficiente, por lo que conseguir 10 instaladores no es algo de gravoso o imposible cumplimiento por parte de los constructores de instalaciones internas.

Que algunas de las firmas que solicitaron que (sic) el registro no lo hubiesen querido o podido cumplir no significa que el requisito no pudiese cumplirse"⁸⁰.

Frente a los anteriores argumentos, este Despacho concuerda con la investigada en que, en efecto, este requisito se refiere a empresas y no a personas naturales, ya que son

⁷⁹ Pág. 36 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2440, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁸⁰ Págs. 16-17 del recurso de reposición, folios 2539 a 2540, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

44

000 277 48

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 39

“Por la cual se resuelve un recurso”

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

aquéllas quienes emplean instaladores para que lleven a cabo la instalación de las redes, mientras que las personas naturales las realizan directamente.

Sin perjuicio de lo anterior, este Despacho insiste en que este requisito técnico exigido por GDO es arbitrario e impide el acceso al mercado por parte de empresas instaladoras que sean pequeñas y que tengan un número menor de instaladores, así sean nueve. De acuerdo con la clasificación de los requisitos que se hizo más arriba, este es un requisito técnico que exige a una empresa tener un tamaño y/o experiencia mínimos que no exige la regulación.

Para este Despacho, no hay forma de justificar que diez sea el número de instaladores idóneo para la prestación de un buen servicio y es una atribución que no se puede tomar una empresa distribuidora que, de una parte, compite en el mercado con los instaladores independientes, y de otra, no tiene relación laboral ni contractual con los instaladores que no son sus contratistas. La responsabilidad de definir la idoneidad técnica de una empresa instaladora recae en el regulador.

Para este Despacho resulta irrelevante que en el país existan numerosos instaladores de redes de gas natural y que, en consecuencia, éste sea un requisito fácil de alcanzar. En cambio, es relevante resaltar que establecer el número de instaladores de una empresa en un mínimo de 10 es un requisito arbitrariamente impuesto por GDO que genera que cualquier empresa con menos de 10 instaladores deba abstenerse de tener la oportunidad de ofrecer sus servicios de instalación de redes internas en el mercado.

De otra parte, este requisito hace referencia a que los certificados de competencia laboral de los 10 instaladores deben tener una vigencia mínima de 12 meses. En la Resolución recurrida este Despacho consideró que dicha vigencia también es arbitraria y genera obstáculos para acceder al mercado. Sin embargo, en el recurso de reposición, GDO insiste en que este requisito es indispensable y para ello elaboró el ejemplo que se cita a continuación:

“En relación con la vigencia de los certificados de competencia laboral, la Resolución señala que la razón expuesta por GDO, esto es, que para seguridad y tranquilidad de esos usuarios, se consideró conveniente que el requisito se cumpliera por lo menos durante un año, por cuanto sería bastante complejo para los usuarios que un día encontrarán que una sociedad estaba registrada y que pocos días después, como dicha empresa ya no contaba con instaladores certificados porque la certificación había perdido vigencia, le fuese cancelado el registro, no era cierto porque los usuarios solamente tienen que consultar solamente una vez, en el momento en que van a construir la instalación.

Al respecto debo señalar que tal vez no se ha entendido claramente la razón de GDO, porque no se ha tenido en cuenta cómo se da el proceso de la contratación y construcción de la instalación por parte de un usuario.

Tal vez con un ejemplo sea más entendible la razón de GDO. Si no se exige la vigencia de un año de la competencia laboral podría suceder lo siguiente:

- *La empresa constructora se inscribe el 10 de mayo de 2011 y los certificados de competencia del personal vencen el 30 de junio de 2011.*

44

000 277 48
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 40

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

- *El usuario puede recibir la propuesta de una empresa para construirle la instalación el día 15 de mayo de 2011, verifica que la empresa está inscrita el 27 de junio de 2011 y toma la decisión de contratar con dicha empresa el 30 de junio de 2011.*
- *La obra se ejecuta el 5 de julio, fecha en la que los instaladores de la empresa ya no tienen certificado de competencia laboral vigente.*
- *Al momento de certificar la obra, el ente certificador no podrá certificar la instalación, por cuanto la persona que lo construyó no tenía competencia laboral vigente"⁸¹.*

En adición a reiterar que los 12 meses de vigencia de los certificados de competencia son arbitrarios, es necesario precisar que el ejemplo expuesto por la investigada no resulta ajustado a la realidad en la medida en que los instaladores de redes tienen el deber de tener su certificado de competencia laboral vigente al momento en que ejecuten la obra. Es decir que la misma regulación pareciera haber previsto que en aras de garantizar seguridad a los usuarios, los instaladores que ejecuten las obras de instalación deben tener su certificación laboral vigente. Así, a la luz de la propia regulación, éste es un requisito de control subjetivo suficiente.

Por todo lo anterior, este Despacho se reafirma en que exigir un número mínimo de instaladores que tengan certificado laboral vigente por un plazo determinado a instaladores que ni siquiera tienen una relación contractual con la distribuidora resulta restrictivo de la competencia y genera una barrera artificial de acceso al mercado de instalación de redes internas de gas natural que, se insiste, no es negocio exclusivo del distribuidor.

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

Respecto de este requisito técnico, la Resolución de Sanción señaló lo siguiente:

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

El argumento de las investigadas no está llamado a prosperar en la medida en que, de aceptarse, nunca habría nuevos entrantes al mercado de instalaciones de redes de gas natural o, en el mejor de los casos, su entrada estaría supeditada a mayores barreras de las necesarias para proteger al consumidor, conforme a la regulación actual. Si se dejara al arbitrio de las compañías de gas natural la imposición de los requisitos, existiría el natural incentivo de marginalizar a aquellas empresas que no estuvieran asociadas comercialmente a aquella, con el objetivo de trasladar la posición de dominio que se tiene en el mercado de distribución y comercialización de gas al de instalación de redes internas"⁸².

Frente a este argumento, GDO manifestó que:

"La sola cantidad de instalaciones construidas en el área en que actúa GDO, en el año 2011 más de 55.000 instalaciones internas (Ver Anexo 1 a los alegatos de conclusión),

⁸¹ Págs. 17-18 del recurso de reposición, folios 2540 a 2541, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁸² Pág. 37 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2441, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

44

000 277 48
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 41

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

muestra que conseguir un instalador que haya construido 50 instalaciones no es algo imposible.

Sobre este punto que es lo que debe analizarse para poder llegar a concluir que un requisito es o no restrictivo, el Superintendente no hace ningún tipo de análisis⁸³.

En criterio de este Despacho, este es un requisito técnico adicional que no es justificable por el hecho de que en el país se realicen miles de instalaciones por año. Se insiste en que lo restrictivo de un requisito no resulta de lo fácil o difícil que sea su cumplimiento, sino de la repercusión que tenga en términos de competencia. Implícitamente, este requisito busca que cada uno de los instaladores haya estado activo en su labor como instalador en el año anterior. No obstante, no es de recibo que la empresa instaladora encuentre restricciones para contratar instaladores que hayan hecho menos de 50 instalaciones en el año anterior a la presentación de la solicitud de registro porque, entre otras, se estaría cerrando el mercado a nuevos entrantes.

¿Qué pasaría entonces si todas las empresas de distribución exigieran este mismo requisito para los instaladores? La consecuencia lógica sería que el mercado se cerraría porque únicamente aquellos instaladores con una experiencia laboral mínima podrían ser contratados por las empresas instaladoras y no habría forma en que se renovara la oferta de instaladores, ya que nadie aceptaría un instalador nuevo porque siempre se le exigiría experiencia previa. De modo que este requisito constituye un claro obstáculo a la entrada de nuevos instaladores de redes, lo cual resulta restrictivo de la competencia.

7.3.4.5. Acreditar experiencia en construcción de instalaciones adjuntando constancia de 50 instalaciones por año en los últimos 3 años

Este Despacho analizó este requisito en conjunto con el del número mínimo de instaladores con certificación laboral vigente por un año, y concluyó lo siguiente:

*"Sin embargo, se debe analizar este requisito en conjunto con del literal a) anterior, puesto que en ese, se evidencia que GDO exige que **todo** el personal tenga experiencia en la instalación de redes. Como se concluyó en el citado literal, ese requisito resulta restrictivo de la competencia por cuanto impide el acceso al mercado de personas que cuenten con la acreditación laboral pero que aun no tengan experiencia en instalación.*

*Ahora, si GDO exige que la **empresa** acredite experiencia contractual y a su vez exige que todo el personal tenga experiencia en instalación de redes internas de gas natural, se puede concluir que el requisito de la experiencia de la empresa también resulta restrictivo de la competencia si se analiza en conjunto con el del literal a) anterior⁸⁴.*

En relación con los argumentos y las conclusiones del Despacho, la investigada argumentó que hubo un cambio de argumentación entre el Informe Motivado y la Resolución de Sanción:

⁸³ Pág. 18 del recurso de reposición, folio 2541, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁸⁴ Pág. 38 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2441, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

41

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 277 4 8 DE 2013 Hoja N°. 42

“Por la cual se resuelve un recurso”

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

“En el Informe Motivado se señaló que la razón por la que este requisito se consideraba restrictivo era porque una empresa debía tener como mínimo tres años de experiencia.

(...)

Ahora, en la Resolución 4907 de 2013 se considera que el requisito es restrictivo por un motivo diferente. En efecto, ahora se afirma que este requisito debe analizarse en concordancia con el previsto en el ordinal a) y que por lo mismo es restrictivo, en la medida que una persona natural que no tenga experiencia no puede cumplirlo.

*Nuevamente el Superintendente pasa por alto **que este requisito es para firmas y no para personas naturales.***

(...)

Claramente lo que debe adjuntarse es la prueba de las 50 instalaciones por año con la acreditación del instalador que la hizo y que la misma fue debidamente certificada por un organismo autorizado para ello. En parte alguna dice que las 50 instalaciones deban hacerse por los 10 instaladores.

En todo caso, es obvio que si una empresa cumple con el requisito indicado en la letra a), inmediatamente cumplirá este requisito.

Es decir, este requisito en realidad no agrega nada a los anteriormente analizados.

En cuanto al tema de la experiencia, las entidades estatales en Colombia normalmente exigen acreditar una experiencia específica. Así, la propia SIC incluye este tipo de requisitos en los procesos de selección de contratistas que lleva a cabo⁸⁵.

Este Despacho aclara que concuerda con el análisis de las investigadas respecto de que este requisito aplica para empresas instaladoras y no para personas naturales. Sin embargo, tal como se analizó en la Resolución recurrida, si se deben aportar certificados de instalaciones realizadas y se debe acreditar para cada una de ellas el instalador, se deduce fácilmente que el requisito afecta indirectamente a los instaladores (personas naturales) que contratan las empresas. Por tal razón, el requisito en mención se debe analizar en conjunto con el del numeral 7.3.4.3 como se hizo en la Resolución de Sanción.

Una vez más, se insiste, a la luz de las normas de competencia este requisito resulta restrictivo por cuanto es un requisito de experiencia técnica que excede lo previsto en la regulación, sin mayor justificación que la facilidad de cumplirlo por parte de las empresas. Este Despacho reitera que la posibilidad o imposibilidad del cumplimiento de un requisito técnico adicional a los que prevé el regulador, autoridad idónea para establecer los requisitos subjetivos que se refieren a los instaladores de las redes, se constituye en una conducta anticompetitiva porque, además de generar una ventaja para la empresa distribuidora, genera barreras artificiales a la entrada al mercado para aquellos sujetos que deseen ofrecer sus servicios de instalación de redes, aun cuando en opinión de la investigada, dichas barreras sean superables.

⁸⁵ Págs. 18-19 del recurso de reposición, folios 2541 a 2542, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

42

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

Cabe además recordar que los requisitos adicionales impuestos por GDO, atribuyéndose facultades que no le corresponden, fueron solicitados a empresas y personas naturales con quienes GASES DE OCCIDENTE no tiene relación contractual, laboral o comercial alguna. Así que tampoco es aceptable la analogía que hace GDO con los requisitos que exigen las entidades en las licitaciones públicas, ya que el espíritu de dichos procesos de selección es encontrar una persona natural o jurídica **con la que se establezca un vínculo contractual** para proveer un bien o servicio a la entidad. No son requisitos abstractos que se exigen cumplir a todo el universo de potenciales proveedores que ni si quiera tengan o pretendan tener una relación contractual con la entidad.

Por todo lo anterior, este Despacho confirma las conclusiones expuestas en la Resolución de Sanción respecto de que exigir certificaciones de 50 instalaciones por año durante los últimos 3 años es un requisito técnico adicional que resulta innecesario como criterio para otorgar el registro de un instalador independiente en el sistema del distribuidor, constituye una barrera artificial a la entrada al mercado y en consecuencia es restrictivo de la competencia.

7.3.4.6. Certificado del Sistema de Gestión de Calidad 9001:2008

En la Resolución recurrida se manifestó lo siguiente:

"Este Despacho difiere de la posición de las investigadas, y considera que exigir una certificación de calidad ISO sí restringe el acceso al mercado, por más que la intención de GDO sea brindar seguridad a los usuarios. Desde el punto de vista del derecho de la competencia, se insiste, GDO no está facultado para exigir requisitos más gravosos a los establecidos por la regulación, porque de ese modo está creando barreras adicionales a un mercado que es de libre competencia. Se reitera que el encargado de establecer los requisitos que eventualmente pueden restringir las barreras de entrada pero que son válidos cuando se quiere proteger un valor superior, como proteger la seguridad, es únicamente el regulador, y no las empresas participantes en el mercado"⁸⁶.

En su recurso de reposición, la investigada insistió en argumentar que este requisito se exigió en aras de garantizar la calidad del servicio a los usuarios, a través de una certificación de calidad que es usualmente requerida y no es muy costosa de obtener.

Para este Despacho, la exigencia de una certificación de calidad se puede entender como un requisito técnico que pretende sustituir o complementar la exigencia de idoneidad técnica impuesta por las autoridades regulatorias en esta materia. Como se ha insistido a lo largo de la presente Resolución, no es aceptable que una empresa que compite en el mercado de instalación de redes internas imponga a terceros con quienes no tiene ni pretende tener relación contractual o laboral alguna, requisitos técnicos que exceden los previstos por el regulador, autoridad que de acuerdo con su análisis del funcionamiento del mercado define de manera objetiva los requisitos de idoneidad técnica de los instaladores que considera necesarios para garantizar la seguridad de los usuarios.

La investigada argumenta que este es un requisito deseable de tener y que además no es muy costoso de obtener. Sin embargo, se reitera, este requisito no es **necesario** para que los instaladores puedan prestar el servicio de instalación independiente, genera costos

⁸⁶ Pág. 40 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2442, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

000 277 48

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 44

“Por la cual se resuelve un recurso”

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

monetarios, administrativos y de tiempo, lo cual genera barreras de entrada artificialmente impuestas por GDO, mientras que es el regulador quien impone las condiciones técnicas que deben cumplir los instaladores y se debe asumir que el regulador tiene criterio suficiente para determinar que los requisitos que actualmente exige son suficientes para garantizar la idoneidad de los instaladores.

Así, el argumento de GDO que señala que el certificado del sistema de calidad es indispensable para poder garantizar la buena calidad de las instalaciones que construya cualquier instalador, que tenga o no relación contractual con GDO, resulta contradictorio con los supuestos que permiten confiar en que la autoridad de regulación técnica es quien conoce mejor los requisitos técnicos de control subjetivo que se deben exigir a los instaladores. Por tal razón, aunque resultase deseable que todos los instaladores tuvieran certificaciones de calidad, no es justificable la conducta de la investigada por cuanto no es un requisito necesario de desempeño de los instaladores.

7.3.4.7. Afiliación al RUC y al REPRO

El Registro Uniforme de Evaluación de Contratistas (RUC) y el Registro de Proveedores (REPRO) son registros privados, administrados por el Consejo Colombiano de Seguridad⁸⁷ y Achilles⁸⁸, respectivamente.

De manera análoga al análisis precedente, si bien GDO considera que es deseable que los instaladores estén afiliados a estos registros y que ellos no son imposibles de conseguir, fueron requisitos técnicos establecidos por GDO de manera unilateral, que exceden los requerimientos de la regulación y que además no son necesarios para certificar que un instalador es idóneo porque la idoneidad se predica del cumplimiento de los requerimientos establecidos en la regulación.

7.3.4.8. Conclusión

Con base en el análisis precedente, este Despacho concluye que los requisitos técnicos adicionales impuestos de manera unilateral por GASES DE OCCIDENTE a todos los instaladores de redes que se quisieron registrar en el sistema de GDO durante el periodo de abril a agosto de 2011, son requisitos restrictivos de la competencia en la medida en la que excedieron los establecidos en la regulación. Es el regulador, y no la empresa distribuidora de gas que compite en el mercado de instalación de redes internas, la autoridad competente para determinar los requisitos que deben cumplir los instaladores para considerarse idóneos.

La instalación de redes internas de gas natural es una actividad competida y no es negocio exclusivo del distribuidor de gas. El registro de los instaladores en el sistema del distribuidor tiene como fin la publicidad tanto para los usuarios como para el mismo distribuidor, sobre quiénes ofrecen los servicios de instalación en una zona determinada. El registro, por tanto, no tiene como fin establecer filtros sobre niveles de calidad de los instaladores de redes, ya que esa es tarea del regulador.

⁸⁷ <http://www.consejocolombianodeseguridad.org.co/ruc.php>

⁸⁸ <http://www.achilles.com/es/Achilles-colombia/>

Como se analizó en detalle, la exigencia de estos requisitos adicionales creó barreras artificiales a la entrada de instaladores de redes en la zona en la que opera GASES DE OCCIDENTE. Crear barreras de entrada adicionales a las existentes, que fueron impuestas por el regulador, es restrictivo de la competencia si supone requisitos que no son necesarios para el desempeño de la labor, con independencia de que sean o no imposibles de cumplir. En este caso, además, las barreras de entrada impuestas por GDO obstruyeron el acceso al mercado de instalación de redes internas a los instaladores independientes que se quisieron registrar durante los cuatro meses en los que duraron vigentes los requisitos, a tal punto que ninguno de ellos consiguió el registro ante GDO durante dicho periodo.

7.4. REQUISITOS IMPUESTOS POR GDO PARA LA APROBACIÓN DE REDES INTERNAS INSTALADAS Y EXPEDICIÓN DE LOS CERTIFICADOS DE CONFORMIDAD

Respecto de los requisitos impuestos por GDO durante el periodo de abril a agosto de 2011, para la expedición de los certificados de conformidad de las redes instaladas, en la Resolución recurrida se determinó lo siguiente:

"En consonancia con el análisis que hizo este Despacho en el acápite precedente, considera que GDO no tiene la facultad para exigir a los constructores de redes internas de gas natural el cumplimiento de normas técnicas que no estén previstas en la regulación, aun cuando con su exigencia se pretenda promover la seguridad de los usuarios. Lo anterior, por cuanto las autoridades reguladoras son quienes están llamadas a determinar cuáles son los requisitos que todos los instaladores deben cumplir para considerarse idóneos para ofrecer y prestar sus servicios de instalación de redes"⁸⁹.

Al respecto, la investigada manifestó su desacuerdo con esta conclusión del Despacho y argumentó, de una parte, que las normas disponen que sí es posible para el distribuidor establecer requisitos más estrictos de los que exige la regulación, y de otra, que esta Superintendencia no probó que GDO hubiera exigido requisitos técnicos adicionales para la expedición de certificados de conformidad de las redes instaladas.

7.4.1. Consideraciones sobre si la regulación permite que el distribuidor exija requisitos técnicos adicionales para expedir los certificados de conformidad de las redes instaladas

Según lo manifestado por la investigada en su recurso de reposición, las disposiciones de la Resolución SIC 1441 de 2002 sí permiten al distribuidor establecer requisitos más estrictos que los establecidos por la regulación:

*"Los numerales 1.2.6.3.4.2. y 1.2.6.4 de la Resolución 14471 de 2002, señalan que corresponde por ley al distribuidor aprobar los lineamientos técnicos y diseños elaborados por el instalador, cuestión que la Resolución 4907 de 2013 acepta. **Es decir, la reglamentación sí (sic) permite exigir requisitos técnicos adicionales**"⁹⁰.*

⁸⁹ Pág. 45 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2445, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

⁹⁰ Pág. 22 del recurso de reposición, folio 2545, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

sc.

Al respecto, vale la pena citar los artículos referenciados por GDO:

"1.2.6.3.4.2 Verificación por autoridades municipales

*a) Como parte integral del trámite de expedición de licencia de construcción de una edificación residencial o comercial nueva o que no esté legalizada, en cuyo diseño se contemple la instalación para el suministro de gas combustible, esta deberá tener como responsable del diseño a un profesional calificado en la materia y este diseño deberá estar previamente aprobado por la empresa distribuidora como requisito de calidad e idoneidad para ser presentado ante el alcalde, curador urbano o autoridad competente para su estudio de acuerdo a lo señalado en los artículos 43 letra f) y 44 del Decreto 3466 de 1982. En consecuencia, **además de los requisitos exigidos por las correspondientes autoridades, se deberá presentar la siguiente documentación:***

- 1. Memoria técnica, con descripción detallada del proyecto de la instalación para el suministro de gas combustible y los respectivos planos firmados por un Ingeniero o Arquitecto, graduado, matriculado y con tarjeta profesional vigente.*
- 2. Aprobación por parte de la empresa distribuidora de gas, con concepto sobre la disponibilidad de la prestación del servicio en el sitio de construcción de la instalación".*

"1.2.6.4 Evaluación de la conformidad

1.2.6.4.1 Certificación de conformidad de instalaciones nuevas

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

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

De las normas citadas anteriormente, este Despacho no deduce necesariamente que el distribuidor esté en libertad de exigir requisitos técnicos adicionales a los de la regulación. La interpretación de esta Superintendencia es que además de los requisitos técnicos exigidos, el instalador de la red debe contar con la aprobación del diseño por parte del distribuidor.

Sin perjuicio de esta interpretación, cabe mencionar que GDO también se refirió a un concepto emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para fundamentar la posibilidad de que el distribuidor solicite requisitos técnicos adicionales a los de la regulación:

"Y es que es bastante discutible lo que afirma la SIC en el sentido de que los distribuidores no puedan exigir requisitos adicionales a los de la regulación. De hecho la Superintendencia de Servicios Públicos señaló en concepto **SSPD-OJ-2003-055**, lo siguiente:

*'Con todo, la responsabilidad de la adecuada instalación de la acometida corresponde a la empresa prestadora de gas y **la red interna al usuario, correspondiéndole a la primera verificar que éstas cumplan con las normas de calidad y los parámetros técnicos de seguridad antes de prestar el servicio.***

*'En este sentido hay un deber de cuidado por parte del usuario a efectos de mantener en perfectas condiciones de operatividad su red interna y por parte de la prestadora de proveer **una supervisión de las normas de calidad y seguridad en el evento de ser comunicada de obras o reparaciones.** En todo caso, si la conexión cumple con los requisitos técnicos vigentes, el prestador del servicio no puede exigir unilateralmente, con cargo al usuario, cambios de la conexión.*

*'De modo que, **la prestadora de gas puede exigir para poder prestar el servicio que las instalaciones internas cumplan los requisitos técnicos exigidos por la normatividad y la prestadora a efectos de prestar el servicio, por lo que la persona cualificada que contrate el usuario para la instalación de su red interna deberá hacerlo en las referidas condiciones.***

*'Así mismo, es responsabilidad del usuario acreditar que la instalación **goza de las condiciones previstas por la empresa,** para lo cual deberá contar con el oportuno concurso de la persona con quien contrató la construcción de su red interna"⁹¹.*

De la anterior cita cabe mencionar que, si bien la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pareciera, en efecto, conceptuar en favor de que el instalador cumpla tanto los requisitos técnicos como los impuestos por el distribuidor, también es cierto que hace una interpretación restrictiva en el sentido en que si la conexión cumple con los requisitos técnicos vigentes, el distribuidor no puede exigir cambios en la conexión con cargo al usuario.

7.4.2. Consideraciones frente a los requisitos técnicos adicionales efectivamente exigidos por GDO para la aprobación de instalaciones de redes internas y expedición de certificados de conformidad

Respecto de los requisitos técnicos adicionales exigidos por GDO para la aprobación de las instalaciones de redes internas, cabe recordar que GDO impuso los siguientes:

⁹¹ Págs. 2-3 del recurso de reposición, folios 2525 a 2526, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

42

00027748

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 48

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

Tabla 6

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

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

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

De los requisitos arriba citados, en la Resolución recurrida se consideró que el único que resultaba restrictivo de la competencia era el que se refiere al cumplimiento de las especificaciones técnicas exigidas por GDO.

Al respecto, la investigada consideró que no existen pruebas que permitan demostrar que GDO haya exigido a los instaladores requisitos adicionales a los establecidos en la regulación para aprobar sus instalaciones y expedir los certificados de conformidad:

A.

“Pero más grave aun (sic) es que en el expediente no existe prueba alguna en la que se aprecie que GDO en sus verificaciones exigiera, para la expedición del certificado de conformidad, requisitos adicionales a aquellos plasmados en la regulación”⁹².

Frente a este argumento de la investigada, este Despacho le halla la razón, por cuanto, en efecto, de las pruebas obrantes en el expediente no se puede deducir que en la práctica, GDO estuviera exigiendo requisitos adicionales para la aprobación de las instalaciones construidas. De este modo, este Despacho rectifica que el requisito bajo estudio no se puede calificar de contrario a la libre competencia, dado que no se encuentra evidencia suficiente que permita concluir que se implementaron requisitos técnicos adicionales.

7.4.3. Conclusión

De acuerdo con el análisis precedente, este Despacho concluye que aun cuando quedó probado que GASES DE OCCIDENTE exigió requisitos adicionales a los previstos en la regulación para aprobar las redes internas construidas para los usuarios del servicio público de gas natural, no se probó que tales requisitos hayan sido restrictivos de la competencia.

El único que se consideró como tal fue el de exigir el cumplimiento de los requisitos técnicos adicionales que estableciera GDO, pero no se demostró si hubo exigencias adicionales por parte del distribuidor o no. Por tal razón, no se puede concluir que este requisito haya sido contrario a la libre competencia ni que haya obstruido el acceso al mercado.

Cabe aclarar que lo que en éste acápite se concluye no repercute sustancialmente en la configuración de la conducta de obstrucción del mercado ya que, como se pasa a analizar, ésta en todo caso se dio con los requisitos adicionales que GDO exigió a los instaladores de redes para que se pudieran registrar en el sistema.

7.5. CONFIGURACIÓN DE LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA POR PARTE DE GDO

En la Resolución recurrida se presentó un análisis detallado de cada uno de los elementos que conllevan la configuración de la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

En efecto, se demostró que las conductas desplegadas por GASES DE OCCIDENTE con la imposición de los requisitos para el registro de instaladores de redes internas de gas natural, que excedieron los previstos en la regulación, generaron para GDO una ventaja competitiva para conservar, o incluso aumentar, su participación en el mercado de instalación de redes internas de gas, y que dicha ventaja competitiva se constituyó en un impedimento a que los instaladores independientes accedieran al registro ante GDO durante el periodo de abril a agosto de 2011. Ello conllevó que durante tal periodo ninguno de los instaladores que solicitaron registro ante GDO pudieran obtenerlo, aun cuando estuvieran registrados ante otros distribuidores del país.

Se demostró con suficiencia que después de eliminados los requisitos impuestos de manera arbitraria por GDO, varios instaladores se pudieron registrar, tanto aquellos que

⁹² Pág. 25 del recurso de reposición, folio 2548, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

41

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

habían solicitado el registro durante el periodo de abril a agosto de 2011, como los que solicitaron el registro con posterioridad al desmonte de los requisitos.

Por todo lo anterior, se reitera que GASES DE OCCIDENTE impidió el acceso de instaladores al mercado de instalación de redes internas en la zona en la que éste es el distribuidor de gas natural. Por tal razón, es claro que su conducta también resultó violatoria del artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

Cabe aclarar aquí que la obstrucción al acceso al mercado se configuró en el hecho que, durante el periodo en el que duraron vigentes los requisitos, los instaladores no se pudieron registrar en el sistema de GDO y por tanto no tuvieron la oportunidad de acceder al mercado de instalación de redes internas ni estuvieron autorizados para ofrecer sus servicios a los usuarios del mercado relevante.

Para evaluar el impacto de la conducta, no resulta adecuado considerar el número de instalaciones que construyeron los instaladores independientes antes, durante o después del periodo de cuatro meses en el que duraron vigentes los requisitos, por cuanto lo que se reprocha es que, con su conducta, GASES DE OCCIDENTE les negó el acceso al mercado, de manera que ni siquiera pudieron ofrecer sus servicios, ni los usuarios tuvieron la oportunidad de contratar a un instalador que no fuera contratista de GDO por cuanto no se encontraban registrados en el sistema de la distribuidora. Esto fuerza a concluir que durante el periodo investigado, GASES DE OCCIDENTE tuvo un comportamiento de monopolista dado que fue, a través de sus siete contratistas, el único proveedor de servicios de instalación de redes internas de gas natural en el mercado afectado.

7.6. EFECTOS Y SIGNIFICATIVIDAD DE LA CONDUCTA

En su recurso de reposición, la investigada señaló que la conducta no fue significativa y que además representó beneficios para los consumidores, por lo cual estaría justificada:

"Como se dijo anteriormente, el sistema de análisis de normas administrativas de carácter sancionador de libre competencia, implica que la autoridad debe estudiar los efectos que la conducta trae para los usuarios.

Si como consecuencia de la conducta, los usuarios obtienen beneficios lo suficientemente sustanciales la conducta estaría justificada.

Pues bien, como se explicó en el capítulo anterior y en los alegatos de conclusión, los requisitos para el registro de instaladores y para aprobar las instalaciones de terceros que la SIC cuestionó, generan para los usuarios beneficios sustanciales relativos a su seguridad y calidad e idoneidad de los servicios que recibirían por parte de terceros instaladores⁹³.

La investigada también señaló que la conducta sólo habría impedido que los instaladores hubieran actuado en las zonas en las que opera GDO y no en todo el mercado nacional, únicamente durante un periodo de cuatro meses.

Finalmente, GDO manifestó que esta Superintendencia ha considerado que las conductas cuyos efectos sean inferiores al 6% no son significativas y que, en consecuencia, la

⁹³ Págs. 25-26 del recurso de reposición, folios 2548 a 2549, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

X.

supuesta conducta habría afectado únicamente a unos constructores que tendrían una participación del mercado cercana al 2%.

Este Despacho disiente categóricamente de los argumentos presentados por la investigada y por el contrario, manifiesta que lo que ocurrió con la conducta fue un perjuicio para el mercado y para los usuarios del servicio de instalación de redes, que fue significativo y no justificado ni justificable.

7.6.1. Significatividad de la conducta

No es correcta la afirmación de la investigada respecto de que las conductas cuyos efectos sean inferiores al 6% no son significativas. Si bien a tal conclusión se ha llegado en casos como los que cita GDO⁹⁴, no se puede afirmar que con ello se pueda hacer una generalización, dado que, por el contrario, se debe analizar cada caso en particular. Se debe tener en cuenta el tipo de mercado que se analiza y los tipos de efectos que se produjeron para afirmar si la conducta es o no significativa.

En el presente caso, se trató de una conducta que obstruyó el acceso al mercado e impidió a todos los instaladores independientes registrarse en el sistema de GDO. Cabe reiterar que esta obstrucción al acceso no fue parcial, sino que fue un bloqueo a la participación de cualquier instalador independiente en el mercado relevante de GDO durante un periodo de cuatro meses. Durante ese periodo, únicamente los contratistas de GDO tuvieron acceso al mercado, por lo cual se comportaron como un monopolista e impidieron a los usuarios la oportunidad de siquiera escoger si preferían que el instalador de su red interna estuviera vinculado con GDO o fuera independiente.

Para este Despacho, una obstrucción total al mercado afectado se considera, sin lugar a dudas, significativa puesto que, de manera arbitraria, impidió a los consumidores elegir entre varios posibles prestadores del servicio de instalación de redes, con la supuesta justificación de que no eran idóneos para prestar el servicio, de acuerdo con las condiciones impuestas por GDO. Como se ha insistido en la presente Resolución, es inaceptable que GDO se haya atribuido las facultades que tiene el regulador, quien es la autoridad para determinar las condiciones técnicas necesarias y suficientes para que una persona o empresa se considere idónea para ofrecer un servicio en el mercado, y en su lugar haya impuesto sus propias condiciones, que excedían las previstas en la regulación.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que el mercado que se afectó fue el de instalación de redes internas de gas natural, mercado conexo al de distribución de gas natural que, como es sabido, es un servicio público de carácter esencial. Además, quien produjo la conducta fue el mismo distribuidor de gas quien abusó de la posición de dominio que ostenta en el mercado de distribución de gas natural para afectar el mercado de instalación de redes. Es preciso resaltar que GDO, en su calidad de empresa de servicios públicos, prestador de un servicio público esencial tiene, por ley, una responsabilidad especial frente al mercado.

Finalmente, se resalta que con la expedición de la Ley 142 de 1994, el Gobierno nacional buscó incentivar la competencia en los mercados en los que sea posible, y regular aquellos mercados que por su naturaleza sean monopólicos.

⁹⁴ Resoluciones Nos. 44313 de 2011 y 7285 de 2012.

Como se ha mencionado anteriormente en esta Resolución y a lo largo de toda la investigación, la instalación de redes internas de gas natural no es un negocio exclusivo del distribuidor sino que es una actividad competida en la que puede participar cualquier persona o empresa que cumpla con los requisitos de idoneidad técnica. Es por ello inaceptable que GASES DE OCCIDENTE, en su condición de distribuidor de gas natural, abuse de su posición de dominio y obstruya el acceso al mercado de instalación de redes, en contravía de los principios que subyacen la prestación de los servicios públicos como son la eficiencia y la competencia en los mercados en los que sea posible.

7.6.2. Efecto de la conducta

Ahora, respecto de los argumentos de la investigada sobre el efecto que tuvo su conducta y el impacto en el mercado, este Despacho concuerda con lo señalado por GDO según lo cual la conducta sólo habría impedido que los instaladores hubieran actuado en una porción del mercado nacional, durante un periodo de 4 meses, toda vez que los requisitos para el registro impuestos por la investigada duraron vigentes solamente ese periodo de tiempo y únicamente se aplicaron a aquellos instaladores que solicitaban el registro ante GDO para operar en la zona donde ésta presta sus servicios.

No obstante lo anterior, este Despacho señala que, a pesar de que el mercado de instalación de redes sea de alcance nacional y de que la conducta de GDO sólo haya tenido impacto en la zona donde ésta presta sus servicios, el hecho de que la misma haya afectado únicamente una porción del mercado nacional, no implica que no se haya generado la obstrucción a éste mercado y que la misma no haya sido significativa.

En efecto, como ya se señaló en la Resolución recurrida y se analizó en la presente Resolución, con su conducta, GDO creó una barrera artificial a la entrada al mercado de instalación de redes, toda vez que durante el periodo en el que estuvieron vigentes los requisitos adicionales exigidos por GDO, ninguno de los instaladores independientes que operaba en el mercado geográfico afectado y que solicitó el registro, logró cumplir con los requisitos exigidos por la investigada, a pesar de que algunos de ellos estuvieran registrados ante otros distribuidores de gas natural.

Adicionalmente, para el Despacho no es de recibo el argumento de GDO respecto de la participación de los instaladores independientes o del número de instalaciones que se dejaron de construir para calcular el efecto de la conducta, toda vez que como ya se ha señalado en la presente Resolución, el número de instalaciones realizadas por los instaladores independientes no indica que se les haya obstruido o no la entrada al mercado. Lo relevante en este caso es determinar cuántos instaladores independientes dejaron de participar en el mercado por no poder obtener el registro ante la investigada.

En este sentido, de acuerdo con lo señalado en el numeral 7.2.3 de la presente Resolución, durante los 4 meses siguientes a la eliminación de los requisitos, es decir entre septiembre de 2011 y enero de 2012, se registraron al menos 14 instaladores independientes de redes internas de gas natural, mientras que durante el tiempo en que estuvieron vigentes los requisitos, ningún instalador logró obtener el registro y por consiguiente no pudo acceder al mercado.

4.

00027748
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2013 Hoja N°. 53

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

Así, para este Despacho es evidente que la investigada con la ejecución de su conducta, por lo menos, le impidió el acceso a 14 instaladores de redes internas de gas natural, número que, si se compara con los 7 contratistas a través de los cuales GDO participaba en el mercado de instalación de redes, no es insignificante.

De otra parte, vale la pena indicar que, con base en las certificaciones allegadas por GDO sobre las ventas de cargo por conexión (sin red interna) y las ventas de redes internas y conexiones al servicio de gas natural realizadas por la investigada durante el periodo de abril a agosto de 2011, este Despacho encuentra que no hay manera de demostrar que las ventas de cargo por conexión (sin red interna) corresponden a instalaciones que se construyeron en el periodo señalado.

Esto es así, toda vez que como consta en el expediente, la construcción de redes internas y las ventas de cargo por conexión se dan en momentos diferentes, por lo que un instalador independiente pudo haber construido la red con mucha anterioridad a que el distribuidor realizara la conexión del servicio. La razón por la que las ventas por ambos conceptos no se pueden dar al mismo tiempo, es porque para efectuar el cargo por conexión, GDO requiere realizar una revisión previa documental y en sitio de las instalaciones construidas por terceros. Sobre este aspecto, el señor Miguel Ángel Zafra, propietario de la Fundación Certeza, indicó en testimonio rendido ante esta Superintendencia, lo siguiente:

"PREGUNTA: Quiero que me hable un poco de la inspección que ustedes hacen posteriormente, en campo.

RESPUESTA: Para claridad, nosotros no hacemos una inspección como la que se habla en la Resolución 14471. Nosotros a lo que nos contrataron es para hacer una visita previa al servicio. Por qué: porque la encomienda que nos hicieron es revisar que realmente el predio, la instalación, el usuario, tienen todo ese conjunto de elementos necesarios para poder hacer una suscripción del servicio. Porque todo estos temas, si no se aclaran antes de hacer la venta, podrían ocasionar reprocesos, ineficiencias en el servicio de GASES DE OCCIDENTE. O sea, si GASES DE OCCIDENTE simplemente al que alce la mano, 'yo hice mi instalación', le dice venga yo le vendo, entonces es posible que cuando vayan a construir el cargo por conexión no tenga gas, o la instalación ya haya cambiado respecto de cómo se construyó, o realmente ahí hay unos anillos pero todavía no se han gasificado, o el usuario todavía no es identificado. (...) Esa revisión previa al servicio lo que pretende es asegurar que, una vez se le llene la solicitud al usuario para instalarle los cargos de conexión, el tema no va a sufrir mayores reprocesos, Eso es realmente lo que estamos haciendo nosotros"⁹⁵.

En conclusión, el Despacho disiente de los argumentos de la investigada respecto del efecto que la conducta tuvo en el mercado.

⁹⁵ Testimonio del señor Miguel Ángel Zafra, Cuaderno Público No. 7, CD obrante a folio 2167. Minutos 15 a 17.

7.7. SOBRE LA SOLICITUD DE APORTE DE PRUEBAS Y LA NEGACIÓN DE PRUEBAS APORTADAS CON LAS OBSERVACIONES AL INFORME MOTIVADO

En la Resolución de Sanción, la Superintendencia decidió no tener en cuenta como pruebas los documentos anexados por las investigadas al escrito de observaciones al Informe Motivado, con fundamento en la extemporaneidad de la solicitud por haberse agotado la etapa de investigación.

GDO argumentó que de acuerdo con varias normas, jurisprudencia y doctrina, es claro que al momento de interponer un recurso de reposición, las partes pueden solicitar pruebas.

Por tanto, solicitó que:

"Teniendo en cuenta que el Superintendente consideró que los documentos que se adjuntaron a los alegatos no podían tenerse como prueba, pero que según lo ha señalado la jurisprudencia y doctrina citadas, y actualmente la Ley 1437 de 2011, al momento de resolver recursos el funcionario debe decretar aquellas que se soliciten y en especial si se trata de documentos, solicito que se decreten y tenga como prueba los siguientes documentos:

1. *Certificación expedida por el Gerente Técnico de GDO sobre las instalaciones construidas por terceros y por GDO que se aportaron junto con los alegatos.*
2. *Pliegos de condiciones elaborados por la SIC⁹⁶.*

En consonancia con el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), "[l]os recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer éste último se haya solicitado la práctica de pruebas o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio".

Teniendo en cuenta los argumentos de la investigada, y el hecho de que algunos de los documentos aportados se han tenido en cuenta para complementar el análisis de la presente Resolución, se decretarán de oficio y se tendrán en cuenta como pruebas las certificaciones expedidas por el señor JOSÉ DARÍO MARTÍNEZ ESCUDERO, gerente técnico de GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., el 19 de noviembre de 2012.

Respecto de los pliegos de condiciones aportados, para este Despacho no son pertinentes para el presente análisis, por cuanto no aportan elementos de juicio adicionales que permitan desvirtuar las afirmaciones realizadas por el Despacho o modificar las premisas que llevaron a esta Superintendencia a concluir que en este caso GDO abusó de su posición de dominio. En consecuencia, no se tendrán como prueba.

7.8. MONTO DE LA SANCIÓN

En criterio de la investigada, en caso de que la Superintendencia de Industria y Comercio insista que se infringió el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, el monto de la sanción debe reducirse ya que en la Resolución recurrida no se tuvieron en cuenta varios criterios de graduación de la sanción.

⁹⁶ Págs. 32-33 del recurso de reposición, folios 2555 a 2556, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

AR

GDO señaló que el Despacho no consideró que la afectación del mercado, con base en información del Ministerio de Minas y Energía, fue inferior al 1%, toda vez que la participación de las firmas independientes que construyen instalaciones internas en el área en la que participa GDO es prácticamente 0%. Adicionalmente, manifestó que si el mercado corresponde al área de influencia de GDO, el efecto de la conducta habría sido aproximadamente de 600 instalaciones, que representan el 1,05% del total de instalaciones que se construyeron.

De otra parte, la investigada indicó que en el cálculo de la sanción se debió considerar la utilidad que habría recibido GDO por la ejecución de la conducta, la cual es significativamente menor al valor de la multa impuesta, y el hecho de que GDO haya eliminado los requisitos con anterioridad a que la SIC hubiese realizado alguna visita a la empresa y sin que se hubiera abierto alguna investigación.

Finalmente, manifestaron que de llegarse a considerar que si existió alguna infracción, la multa debería ser como máximo el 1,05% de 100.000 salarios mínimos legales mensuales.

7.8.1. Criterios de graduación de la multa

Respecto de los criterios de graduación de la sanción tenidos en cuenta por esta Entidad para el cálculo de la multa, este Despacho tuvo en cuenta tanto los criterios de agravación como los de atenuación de la sanción. Respecto de éstos últimos, la Resolución recurrida señaló que:

"No obstante lo anterior, este Despacho también reconoce que: (i) no se probaron todos los cargos endilgados a las investigadas en la Resolución de Apertura; (ii) los requisitos para el registro de instaladores y la aprobación de sus instalaciones, que motivaron la apertura de la investigación que nos ocupa, estuvieron vigentes durante un periodo de cuatro meses, después del cual GDO los ajustó; (iii) GDO no tiene antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia; y (iv) las investigadas han atendido las solicitudes y requerimientos realizados dentro de la presente investigación"⁹⁷.

Este Despacho reconoce que entre los criterios de atenuación antes citados, no se tuvo en cuenta que, tal y como quedó demostrado a lo largo de la investigación y no fue objeto de controversia, GDO mantuvo vigentes los requisitos adicionales a los de la regulación durante el periodo de abril a agosto de 2011. GDO desmontó los requisitos adicionales al cabo de cuatro meses y con anterioridad a que esta Superintendencia abriera la presente investigación, aunque, cabe mencionar, con posterioridad a la presentación de la queja por la cual se inició la investigación.

Adicionalmente, y con fundamento en el análisis que se realizó en los acápites precedentes, se debe tener en cuenta que no se probó que, en la práctica, GDO exigiera requisitos técnicos adicionales a los de la regulación para la aprobación de instalaciones internas y expedición de certificaciones de conformidad. Aunque esto no modifica el hecho de que se configuró la conducta de abuso de posición dominante de GDO por obstrucción de acceso al mercado de instalación de redes y violación del artículo 34 de la Ley 142 de 1994, sí se tendrá en cuenta para recalcular el monto de la sanción.

⁹⁷ Pág. 61 de la Resolución No. 4907 de 2013, folio 2453, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

Respecto del argumento de la investigada que señala que en el cálculo de la sanción se debió tener en cuenta la utilidad que habría obtenido GDO por la ejecución de la conducta, la cual es significativamente menor al valor de la multa impuesta, este Despacho encuentra pertinente indicar que, si bien dentro de los criterios que se encuentran establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para la graduación de la multa, se señala el beneficio obtenido por el infractor con la conducta, este beneficio no puede reducirse únicamente al beneficio económico obtenido por los infractores. Lo anterior, toda vez que es posible obtener otro tipo de beneficios diferentes al económico, como puede ser alcanzar o consolidar una posición en un mercado, tal y como ocurrió en el presente caso, donde GDO por el hecho de no tener registrados instaladores diferentes a sus propios contratistas, logró ser el único participante en el mercado de instalación de redes durante el periodo en el que estuvieron vigentes los requisitos aquí estudiados.

7.8.2. Tasación de la multa con base en un porcentaje del parámetro de los 100.000 salarios mínimos

Para el Despacho no son de recibo los argumentos que la investigada elabora respecto de que la multa debería calcularse con base en la utilidad derivada de la conducta:

"Como ya se mencionó, durante los meses en que los requisitos estuvieron vigentes, los terceros realizaron 218 instalaciones. De ser así, GDO hubiera realizado 430 instalaciones que corresponderían a los terceros y la utilidad derivada de la conducta sería \$70.176.000 pesos. Y en el caso que se tomará (sic) como base para el cálculo que los terceros no construyeron ninguna red interna, lo cual no es cierto, GDO hubiera tenido como utilidad \$105.753.600 pesos.

Ahora bien, al tomar el promedio anual se observa que en el año 2010 los instaladores independientes construyeron 1,175 redes internas y en 2012 1,185. Promediando esta cifra se tiene que en 2011 se debieron construir 1180 redes por parte de los instaladores independientes. Sin embargo, la realidad es que los terceros construyeron 662 redes internas durante este año.

De esta forma se tendría, que el impacto de la conducta sería de 518 instalaciones internas. Así, la utilidad derivada por GDO de su conducta sería \$84,537,600 pesos.

Salta a la vista como (sic) la utilidad que hubiera derivado GDO de esta conducta son guarismos significativamente inferiores al valor de la multa impuesta por la SIC en el acto que se recurre.

(...)

Por lo anterior, en el evento de que se insista que considerar que existió alguna infracción, la multa debería ser como máximo el 1,05% de 100.000 salarios mínimos legales mensuales⁹⁸.

Sobre este punto, este Despacho considera pertinente señalar el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que establece que el Superintendente podrá imponer "(...) por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, **si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor**".

⁹⁸ Págs. 29-30 del recurso de reposición, folios 2552 a 2553, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

De acuerdo con dicho artículo, tal y como lo señaló esta Superintendencia en la Resolución No. 12237 del 21 de marzo de 2013:

"(...) la conjunción "o" que se resalta de la cita del artículo 25 tiene un valor disyuntivo o alternativo, es decir que el criterio del uso de hasta un 150% de la utilidad derivada de la conducta como parámetro para imponer la sanción, es alternativo al uso del criterio de la tasación de la multa hasta por 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Como además la alternativa del uso de la utilidad como parámetro está acompañada de una condición, cual es "si resulta ser mayor", este Despacho interpreta que se debe usar en el caso en que la multa fuera mayor a 100.000 salarios mínimos. Así, como regla general se debe usar el parámetro de dosificación de una multa de hasta 100.000 salarios mínimos (...)"⁹⁹.

De manera que para este Despacho, el cálculo de la multa se debe hacer de manera integral, teniendo en cuenta los parámetros establecidos en la Ley 1340 de 2009 para el efecto. En ningún momento la citada ley señala que la multa debe ser igual a la utilidad obtenida por la ejecución de la conducta o a un porcentaje de ésta, y mucho menos que deba ser equivalente a determinado porcentaje de 100.000 salarios mínimos.

7.8.3. Conclusión

Con base en el análisis del conjunto de los argumentos de la investigada respecto del monto de la sanción y los criterios de atenuación adicionales que se tendrán en cuenta para la graduación de la multa, este Despacho encuentra procedente reducir el monto de la sanción inicial e imponer a GDO una multa de SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$655.828.750,00), equivalente a mil ciento doce coma cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.112,5 SMMLV), y que corresponde al 1,11% de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECRETAR DE OFICIO y tener como pruebas las dos certificaciones expedidas por el señor JOSÉ DARÍO MARTÍNEZ ESCUDERO, gerente técnico de GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., el 19 de noviembre de 2012.

ARTÍCULO SEGUNDO: NO TENER EN CUENTA como pruebas, por impertinentes, los pliegos de condiciones del proceso de selección abreviada Proceso SIC No. 07 de 2012, abierto por la Superintendencia de Industria y Comercio aportados por GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.

ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR el artículo quinto de la Resolución No. 4907 de 18 de febrero de 2013 y en su lugar **IMPONER** una sanción pecuniaria a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., con NIT 800167643-5, por la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS

⁹⁹ Resolución SIC No. 12237 del 21 de marzo de 2013, p. 60.

41

000 277 48

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 277 48 DE 2013 Hoja N°. 58

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

CINCUENTA PESOS (\$655.828.750,00), equivalente a mil ciento doce coma cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.112,5 SMMLV).

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

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

ARTÍCULO CUARTO: CONFIRMAR en todas sus partes restantes la Resolución No. 4907 de 18 de febrero de 2013.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. y al señor ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO a través de su apoderado, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno en sede administrativa.

ARTÍCULO SEXTO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **14 MAY 2013**

El Superintendente de Industria y Comercio,


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Carolina Liévano
Angela María Noguera *ANN*
Revisó y aprobó: Felipe Serrano Pinilla

NOTIFICACIONES:

GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.
ARTURO GUTIÉRREZ DE PIÑERES ABELLO
Apoderado

AK

00027748

RESOLUCIÓN NÚMERO 00027748 DE 2013 Hoja N°. 59

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación: 11- 87446

VERSIÓN ÚNICA

Doctor
ANDRÉS JARAMILLO HOYOS
C.C. 7.562.626
T.P. No. 75.015 del CSJ
Calle 72 # 6 – 30 Piso 12
Teléfono: 3122900
Bogotá, D.C.

20