



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **9 1 1 5 3** DE 2018

(**14 DIC 2018**)

Radicación: 12-160585

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 57334 del 13 de agosto 2018, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la “Delegatura”) ordenó abrir investigación y formular Pliego de Cargos contra **REINGEGAS LTDA** (hoy **REINGEGAS S.A.S.**, en adelante “**REINGEGAS**”), **ARIBUK S.A.S.** (en adelante “**ARIBUK**”) y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** en su condición de propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A GAS DE COLOMBIA** (en adelante “**SEG 3A**”) para determinar si incurrieron en las conductas anticompetitivas previstas en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así mismo, se abrió investigación y formuló Pliego de Cargos contra la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA** (en adelante “**ALCALDÍA DE LA MESA**”) para determinar si incurrió en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Por su parte, se abrió investigación y formuló Pliego de Cargos contra **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**), **HERNÁN ARIAS RIAÑO** (representante legal de **ARIBUK**), **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (en representación de **SEG 3A**), **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**) y **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde del municipio de La Mesa para la época de los hechos), para determinar si incurrieron en las conductas anticompetitivas previstas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las infracciones previstas en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

SEGUNDO: Que la presente actuación administrativa se inició como consecuencia de una comunicación radicada en la Superintendencia de Industria y Comercio con el No. 12-160585 del 18 de septiembre de 2012³, mediante la cual la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** (en adelante “**SSPD**”) trasladó una denuncia presentada por **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO**, representante legal de **MECCISS EU** (en adelante “**MECCISS**”).

En dicha denuncia se manifestaban, entre otras cosas, lo siguiente:

*“(…) presuntas barreras que fueron impuestas por las Alcaldías de los municipios de La Mesa y Anapoima, con el fin de impedir que se accediera libremente al comercio de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario. Según dicho escrito, son estas Alcaldías las que deciden a quien se le otorga la financiación por parte de **GAS NATURAL S.A. E.S.P. (FENOSA)** y, para ella, en coordinación con esa sociedad, determinan a cuál*

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

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ Folios 1 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Entiéndase que en la presente Resolución cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 12-160585.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

firma instaladora se le concede el financiamiento de las redes internas a cargo y beneficio de los usuarios finales. Esta circunstancia, al parecer, restringiría la libre participación de las empresas instaladoras en la construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en los referidos municipios."

A partir de la denuncia referida, la Delegatura ordenó una Averiguación Preliminar con el fin de determinar la ocurrencia de posibles conductas anticompetitivas. Agotada la Averiguación Preliminar, la Delegatura profirió la Resolución No. 57334 del 13 de agosto 2018⁴, por medio de la cual ordenó la apertura de una investigación (en adelante, "Resolución No. 57334 de 2018 o Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos).

La apertura de la investigación se fundamentó en pruebas recaudadas por la Delegatura (adicionales a las aportadas con la denuncia) que inicialmente daban cuenta de que los investigados posiblemente habrían incurrido en conductas anticompetitivas, por lo cual imputó los siguientes cargos:

(i) Infracción al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), por parte de **REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**.

(ii) Infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), por parte de la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

En particular, la Delegatura fundamentó la imputación a **REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** en el documento denominado "ACTA DE ACUERDO", suscrito el 16 de agosto de 2012⁵ por las firmas instaladoras **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**, mediante el cual se habrían establecido de manera concertada los precios que serían implementados para llevar a cabo la construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en el municipio de La Mesa (Cundinamarca). En dicho documento, los investigados además habrían establecido como mecanismo de disuasión que, ante un incumplimiento de lo acordado, la **ALCALDÍA DE LA MESA** oficiaría a **GAS NATURAL FENOSA S.A. ESP** (en adelante "FENOSA") para que retirara al infractor del convenio de financiación.

Por su parte, la Delegatura señaló que la imputación a la **ALCALDÍA DE LA MESA** se fundamentó en que en el marco del proceso de gasificación en La Mesa, Cundinamarca, se habría propiciado un escenario adverso a la libre competencia económica por cuanto (i) se eligió y se privilegió a las firmas instaladoras **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**; (ii) se indujo a los consumidores a contratar con las referidas firmas y, finalmente (iii) existió una participación activa en la suscripción del acuerdo anticompetitivo.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y corridos los términos para solicitar y aportar pruebas, mediante las Resoluciones No. 76541 del 9 de octubre de 2018, 78793 del 22 de octubre de 2018 y 79881 del 26 de octubre de 2018, la Delegatura ordenó practicar algunas pruebas solicitadas por los investigados, rechazó otras y prescindió de algunas decretadas. Así mismo, decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación administrativa.

CUARTO: Que el 9 de noviembre de 2018, una vez culminó la etapa probatoria y se agotó el trámite previsto en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio, el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")⁶, en el cual recomendó:

Declarar administrativamente responsable y sancionar a:

⁴ Folio 619 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁵ Folios 161 a 162 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶ Folio 2809 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

a) Agentes de mercado:

- **REINGEGAS S.A.S.**
- **ARIBUK S.A.S.**
- **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A GAS DE COLOMBIA**.

b) Autoridad municipal:

- **Alcaldía del municipio de La Mesa – Cundinamarca.**

c) Personas naturales:

- **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, en su calidad de representante legal de **REINGEGAS**.
- **HERNÁN ARIAS RIAÑO**, en su calidad de representante legal de **ARIBUK** para la época de los hechos.
- **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, en su calidad de persona vinculada al establecimiento de comercio **SEG 3A** para la época de los hechos.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, en su calidad de Secretario de Obras Públicas de la Alcaldía Municipal de La Mesa para la época de los hechos.
- **RODRIGO GUARÍN LESMES**, en su calidad de Alcalde del municipio de La Mesa para la época de los hechos.

En relación con el cargo por la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la Delegatura concluyó en el Informe Motivado que los agentes de mercado investigados por este cargo incurrieron en dicha conducta con fundamento en los siguientes hechos probados:

- En el 2011 empezó el proceso de gasificación en La Mesa, Cundinamarca. En el primer semestre de 2012, la Alcaldía de ese municipio y otras alcaldías aledañas celebraron un "acta de compromiso" con **FENOSA** para iniciar el proceso de llegada del gas natural a estas zonas. Desde febrero de ese año, **REINGEGAS** –mientras esperaba el aval de la **ALCALDÍA DE LA MESA**– inició operaciones en el municipio de La Mesa, siendo pionera en la construcción e instalación de redes internas de gas domiciliario en ese municipio.
- El 12 de abril de 2012, la **ALCALDÍA DE LA MESA** envió una comunicación a **FENOSA** informándole que había seleccionado a **REINGEGAS** para que instalara las redes internas en La Mesa, de manera que **FENOSA** pudiese realizar el procedimiento pertinente para el desarrollo del proyecto de gasificación.
- A partir de mayo de 2012, con ocasión de una reunión que contó con la presencia de miembros del Consejo Municipal de La Mesa –entre otros– y por iniciativa de la misma comunidad, se solicitó la participación de otras empresas instaladoras de gas domiciliario en el municipio. En virtud de ello, **FENOSA** hizo llegar a la **ALCALDÍA DE LA MESA** el *ranking* de las firmas instaladoras para facilitar la selección de aquellas que podrían realizar esta labor.
- Mediante comunicación del 1 de agosto de 2012, la **ALCALDÍA DE LA MESA** le informó a **FENOSA** que ya había seleccionado a las empresas instaladoras de redes que iban a prestar ese servicio en La Mesa. Las empresas seleccionadas fueron **ARIBUK** y **SEG 3A**, las cuales entrarían al municipio junto con **REINGEGAS**, que ya había comenzado su actividad comercial de instalación.
- Varios integrantes del Concejo Municipal de la Mesa, Cundinamarca, expresaron su inconformismo por el papel activo que tuvo el Alcalde en la elección de las firmas instaladoras señaladas, así como por no dar razón suficiente sobre por qué no ingresaron más empresas a competir.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Teniendo en cuenta tales inconvenientes y considerando además ciertos problemas que otras empresas instaladoras de redes internas de gas domiciliario generaron en otros municipios, el 16 de agosto de 2012 la **ALCALDÍA DE LA MESA** realizó una reunión en la que fijó los parámetros bajo los cuales se ejecutaría el proyecto de instalaciones internas de gas domiciliario por parte de las firmas elegidas.
- Como resultado de la reunión señalada, se suscribió la denominada "ACTA DE ACUERDO", que abarca el acuerdo anticompetitivo objeto de estudio. En relación con el contenido de este documento, se resaltan los siguientes puntos:
 - (i) En su numeral 2, se pactaron los precios a los que se ofrecería el servicio de instalación de redes internas de gas natural domiciliario, lo cual se materializó en la "**LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS, SEG 3A Y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA**" (en adelante "Lista de precios");
 - (ii) En su numeral 9, se dispuso que quedaba prohibida la instalación de redes internas en conjuntos residenciales "*hasta nueva orden de la Alcaldía*", lo cual deja ver la injerencia que tenía **ALCALDÍA DE LA MESA** en el nuevo sistema de gasificación adoptado;
 - (iii) En su numeral 10, se fijó la realización de comités mensuales para evaluar los trabajos ejecutados, lo cual evidencia la coordinación que existía entre los agentes de mercado y las funciones de seguimiento que ejercía la **ALCALDÍA DE LA MESA**;
 - (iv) En su numeral 11, se acordó que **REINGEGAS** suspendería sus actividades comerciales en el municipio de La Mesa durante cuatro (4) meses –lo cual, además de limitar el número de los competidores de esta empresa, permitiría que **ARIBUK** y **SEG 3A** ingresaran al mercado y obtuvieran una porción de la cuota de participación que **REINGEGAS** había adquirido para ese momento–; y
 - (v) En su numeral 12, se estableció la imposición de sanciones al competidor que se apartara del cumplimiento de lo acordado: excluir al instalador del mecanismo de financiación a través de la facturación administrada por **FENOSA**.
- El acuerdo anticompetitivo imputado se materializó particularmente en la "Lista de precios" contenida en el numeral 2 del "ACTA DE ACUERDO", en la cual se fijaron los precios que debían regir para las instalaciones de redes internas de gas domiciliario en el municipio de La Mesa, para el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 2012 y el 31 de diciembre de 2013. Este documento fue aportado por **ARIBUK** y la propietaria de **SEG 3A**, y además fue reconocido tanto por **REINGEGAS** como por el Secretario de Obras Públicas para la época de los hechos, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, lo cual, sumado a todas las condiciones de contexto, permite concluir que todos ellos conocieron de la existencia de este instrumento y participaron en su elaboración.
- A partir de comunicaciones emitidas por parte de **REINGEGAS**, se encontró acreditado que, como parte de la ejecución de dicho comportamiento ilegal, los referidos agentes del mercado socializaron el contenido de su acuerdo de precios entre sus potenciales clientes.

En virtud de lo expuesto, la Delegatura concluyó que **REINGEGAS**, **ARIBUK** y **SEG 3A** –con la colaboración de la **ALCALDÍA DE LA MESA**– efectivamente participaron en el acuerdo de precios materia de investigación.

En cuanto a la infracción de la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la Delegatura concluyó que la **ALCALDÍA DE LA MESA** incurrió en dicha conducta con fundamento en los siguientes hechos probados:

- La **ALCALDÍA DE LA MESA** implementó una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia al haber participado de manera determinante en el diseño y ejecución del proceso de gasificación que tuvo lugar en La Mesa, el cual generó una afectación a la libre competencia económica en el mercado de la instalación de redes internas de gas domiciliario de ese municipio.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- La **ALCALDÍA DE LA MESA**, al determinar cuáles empresas podían utilizar la financiación de **FENOSA** como método de pago, promovió la celebración y el cumplimiento de un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica entre **REINGEGAS**, **ARIBUK** y la propietaria del establecimiento **SEG 3A**. Lo anterior, teniendo en cuenta que tal esquema de financiación era determinante para que las empresas competidoras pudieran mantener su participación de mercado.
- Las declaraciones de competidores como **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO** (representante legal de **MECCISS**) y **DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO** (representante legal de **RAINBOW ENERGY S.A.S.**), y algunos artículos publicados por la **ALCALDÍA DE LA MESA** en periódicos locales, corroboraron que la suerte que corrieron las firmas que no contaron con el "aval" de la autoridad municipal –y, por ende, con el convenio de financiación de **FENOSA**– fue desfavorable. Esto debido a que, aunque la **ALCALDÍA DE LA MESA** les dio autorización para vender de contado, influyó a su vez a los habitantes de este municipio para que no le compraran instalaciones de redes a empresas no seleccionadas.
- Otra prueba del actuar de la **ALCALDÍA DE LA MESA** fue la respuesta emitida por **LUIS FERNANDO FERNANDEZ** (representante legal de **CIMECOL LTDA**) a un requerimiento de información hecho por esta Superintendencia, en el que evidenció su intento fallido por incursionar en el mercado, debido a que *"Gas Natural, La Alcaldía del Municipio y dos empresas instaladoras a las cuales Gas Natural les autorizó financiación, entre ellas Reingegas, monopolizaron el mercado"*.

En conclusión, la Delegatura determinó que el comportamiento ejecutado por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, consistente en auspiciar la celebración y el cumplimiento de un acuerdo anticompetitivo entre las empresas prestadoras del servicio de instalación de redes internas, así como en diseñar e implementar un sistema tendiente a limitar la libre competencia económica en desarrollo de las labores de gasificación del municipio, es un comportamiento que resultó idóneo para limitar la libre competencia económica.

QUINTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes dentro del término establecido para tal fin manifestaron sus observaciones, cuyos argumentos se resumen a continuación:

5.1. Argumentos presentados por REINGEGAS y CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS, representante legal de REINGEGAS

- Respecto de la falta de pruebas aportadas al proceso sobre la existencia de una coacción por parte de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, la Superintendencia de Industria y Comercio ha identificado erróneamente la carga dinámica de la prueba. Como lo ha reconocido la doctrina, (Jairo Parra Quijano) la carga dinámica de la prueba invierte la carga de la prueba en cabeza de quien le quede más fácil, por la inmediatez con el objeto y disponibilidad probatoria. En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio tenía los medios de solicitar la prueba y no lo hizo, aumentando la carga del investigado, en este caso, de manera irrazonable.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no ha considerado que el acuerdo mismo con condiciones discriminatorias exclusivas para con **REINGEGAS**, como son el bloqueo por más de cuatro meses por el único hecho de haber sido el primer agente en llegar al mercado y obtener la financiación, también es prueba suficiente de la coacción por parte de la **ALCALDÍA DE LA MESA**.
- No le es posible afirmar a la Superintendencia de Industria y Comercio que **REINGEGAS** contara con las condiciones y recursos para soportar las complicaciones propias de denunciar el comportamiento ilegal de la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Esto debido a que: (i) el servicio de instalación de gas natural es de una sola ocasión. Se realiza la instalación y la relación termina; y (ii) existió gran cantidad de servicios con financiación. Esto implica que **REINGEGAS** le endosa a **FENOSA** los pagarés firmados por los usuarios a quienes financia la instalación, para que de manera posterior a la obtención efectiva del servicio, **FENOSA** pague a las firmas instaladoras el valor del título negociado. Esta situación deja a **REINGEGAS** sin recursos inmediatos para soportar los abusos. Esto sumado a que a la fecha contaba con un número de deudas en que incurrió para entrar al mercado y aumentar su participación en el mismo.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- **REINGEGAS** tenía recursos para soportar el comportamiento natural del mercado, pero no la intervención arbitraria de un tercero (**ALCALDÍA DE LA MESA**).
- En testimonio de **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS** quedó demostrado que nunca existió un acuerdo, pues **REINGEGAS** se sintió comprometida a firmar so pena de quedar también mal ante **FENOSA**, perder la financiación y que **FENOSA** la tuviera menos en cuenta para nuevos proyectos, fueran medianos o grandes.
- No puede establecerse que la posición procesal de los demás investigados otorga elementos de juicio que corroboran la no existencia de una coacción. En este sentido, el afirmar, como lo hace la Superintendencia de Industria y Comercio, que de haber existido la alegada coacción, los demás protagonistas hubieran dado cuenta de ello es un error dado que: (i) la situación de **REINGEGAS** como antiguo participante en el mercado es diferente a la situación de empresas que buscan entrar al mercado; y (ii) del documento del acuerdo se evidencia que las condiciones limitantes eran exclusivamente para **REINGEGAS**, para que no actuara y siguiera creciendo en el mercado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio hace *meras* suposiciones sobre los beneficios obtenidos por **REINGEGAS**. En primer lugar, no es cierto que se garantizó que sus competidores estuvieran limitados a dos entrantes, pues (i) como lo reconoció previamente la **ALCALDÍA DE LA MESA**, cualquier empresa podía entrar al mercado sin financiación; y (ii) el acuerdo no garantizó que no entraran más competidores. Si no entraron más fue por no haber recibido la financiación que otorgaba **FENOSA** avalado por la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

En segundo lugar, no es cierto que **REINGEGAS** garantizó por medio del acuerdo que la competencia por precios y condiciones de comercialización estuviera prácticamente eliminada. Esto debido a que, como ya se dijo, lo que no dejó participar en el mercado fue el no obtener la financiación, lo cual no estaba en cabeza de **REINGEGAS**.

- No hay pruebas que demuestren que la comunicación a la que hace mención la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de la existencia del acuerdo investigado haya sido enviada efectivamente por parte de **REINGEGAS** a todos los clientes. La Entidad tampoco muestra las pruebas y argumentos que tiene para desestimar la afirmación que dicha comunicación fue enviada en virtud de la coacción generada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**.
- El argumento de la Delegatura respecto de que **REINGEGAS** aplicó el acuerdo dado que nunca se ejerció la sanción establecida, puede también demostrar que nunca se ejecutó el acuerdo para la fijación de precios de manera directa o indirecta.
- La Superintendencia de Industria y Comercio argumenta que "algunos empleados" de **REINGEGAS** manifestaron tener conocimiento sobre la existencia del acuerdo. Sin embargo, solo hubo declaración al respecto por parte de **HERNAN GUILLERMO ROMERO SUAREZ**, quien, como lo manifestó **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS**, para el momento de la investigación no tenía un cargo de manejo y confianza, no era vendedor ni alguien que tuviera conocimiento en los precios, por lo tanto su apreciación es sin conocimiento.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no puede establecer que existen "elementos de juicio" que permiten sugerir que el acuerdo analizado generó efectos, sin especificar cuáles son dichos elementos. Lo anterior dado que la resolución final debe tener una fundamentación clara y una valoración conjunta de las pruebas.
- En materia sancionatoria administrativa del derecho de la competencia no se presume la culpa o el dolo (C-595 del 2010).
- No hay pruebas en el Expediente que demuestren que **REINGEGAS** participó en la elaboración del documento y listado de precios. Por el contrario, existen pruebas sobre las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio no quiso ahondar (testimonio de **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS** y las mismas cláusulas del acuerdo) que permiten demostrar la existencia de coacción contra **REINGEGAS** para participar en el mercado de La Mesa.
- La Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que el acuerdo de precios fue publicado e informado a los usuarios, con base en la declaración dada por **NIDIA SAYURI MURCIA**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

PARRA, administradora en un conjunto residencial de La Mesa. Sin embargo, de la declaración de la señora **NIDIA SAYURI MURCIA PARRA** no puede concluirse que conocía de la "lista de precios", sino del diseño del documento que le fue presentado. Dicho diseño, como lo manifestó, era utilizado por "las firmas", sin ser identificado de manera precisa con **REINGEGAS**, por lo cual no es una prueba irrefutable. Dos elementos probatorios soportan lo anterior:

- En el Acta No. 7 de Asamblea General de sesión extraordinaria del conjunto Portal de San Diego se evidencian las firmas que presentaron los diseños reconocidos por la señora **NIDIA SAYURI MURCIA PARRA**, entre las cuales no solo estaban las firmas investigadas, sino otras firmas, incluyendo la denunciante (**MECCISS**). Esto además demuestra que sí había más participantes que se presentaron al mercado, que no fueron elegidos por los usuarios, y que su real inconveniente para participar fue el no haber contado con la financiación.

Esta Acta No. 7 contiene información de que **REINGEGAS** no aplicó los precios establecidos en la mencionada lista, siendo diferentes a los de sus competidores.

- La declaración de **RICHAR AUGUSTO HERRERA VARGAS** también demuestra que todas las empresas en el mercado usan estilos similares en el diseño para presentar los precios de cada uno. Esta declaración muestra que es normal usar listas de precios como la presentada por **REINGEGAS**, y que ese diseño es de normal uso en el mercado. Por esta razón, es infundado afirmar que los precios son resultado de un acuerdo. El señor **RICHAR AUGUSTO HERRERA VARGAS** también afirma que los precios están acorde dentro del mercado, situación que fue desestimada por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Si bien se reconoce la existencia del documento denominado "Acuerdo", no existe un objeto anticompetitivo, al no existir la finalidad misma de afectación en el mercado ni la determinación de precios.
- La Superintendencia de Industria y Comercio hace una presunción de que el acuerdo generó una ventaja competitiva a **REINGEGAS**, olvidando factores como la presencia en el mercado de manera previa, experiencia y calidad del servicio.
- Testimonios como el de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** no dejan clara la aplicación de la tabla de precios por parte de **REINGEGAS** y no es fiel a la realidad respecto de la aplicación del financiamiento por parte de **REINGEGAS**, y cómo esta empresa había obtenido esta herramienta.
- No existe vínculo directo entre el cierre de **CIMECOL LIMITADA** y la posición en el mercado de **REINGEGAS**. Cualquier restricción a la competencia en La Mesa se debió a la herramienta de financiación.
- Del material probatorio obrante en el Expediente, puede evidenciarse que el mercado no se vio realmente afectado por los precios. Por el contrario, el efecto (en caso de existir) se dio con motivo de la potestad avalada por **FENOSA** con la que otorgaba la **ALCALDÍA DE LA MESA** la herramienta de financiamiento. Que **REINGEGAS** fuera el primero en tenerla no es motivo para imputarle la participación en condición anticompetitiva.
- Ni **REINGEGAS** ni su representante legal tuvieron nunca la potestad para impedir la continuación del acto alegado como anticompetitivo, toda vez que la facultad se encontraba en cabeza exclusiva de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, quien era la única que podía decidir a quién se le otorgaba el financiamiento.
- El acuerdo, independientemente de si se aplicó o no, no tenía la potencialidad de afectar a los competidores. Si no pudieron ampliar su participación en el mercado fue porque no les fue otorgada la financiación, que no dependía de ninguna forma de **REINGEGAS** o su representante legal. Por esta razón, no puede afirmarse que **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS** puede ser responsable de acuerdo al numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- En este caso no hay un acuerdo que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios, sino un método o forma de utilización de las facilidades comunes, que en este caso se refleja en la facilidad de financiación.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- El artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 establece que no se tendrán como contrarias a la libre competencia las conductas que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes. Así mismo, en la Resolución No. 56488 de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció, frente al concepto de facilidades esenciales, que estas no pueden ser confundidas con las facilidades comunes, siendo estas últimas bienes o servicios que pueden ser utilizados de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecen privativamente a alguno o algunos de ellos.
- En el presente caso no estamos ante un acuerdo con el objeto de fijar precios de manera directa o indirecta, sino ante un método o forma de utilización de facilidades comunes, entendidas estas como aquellas que *"son utilizadas de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecen privativamente a alguno o algunos de ellos"* – Resolución No. 56488 de 2013.

En este orden de ideas, no puede hablarse en este caso de un objeto anticompetitivo, toda vez que lo que se buscaba era reglar el sistema de metrajes y descripción de condiciones técnicas adicionales para prestar el servicio con financiamiento, entendido este último como una facilidad común.

- No es completamente cierto afirmar que el mercado de redes internas de gas domiciliario no tiene tarifas reguladas, dado que los derechos de conexión y medidor son valores que se disponen para todo el territorio colombiano y son aplicables a todas las empresas prestadoras de servicios de instalación de conexiones internas de gas domiciliario. Este valor varía cada año de acuerdo a lo declarado por **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS**.
- El artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 establece que la caducidad se dará transcurridos cinco (5) años de **(i)** haberse ejecutado la conducta violatoria; o **(ii)** del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo.

En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido que la fecha para comenzar a contar el termino de caducidad de la acción es el 31 de diciembre de 2013, fecha hasta la cual tuvo vigencia el documento denominado "Lista de Precios" según su contenido. Sin embargo, la Entidad no tiene en cuenta lo siguiente: **(i)** el origen del documento fue en el año 2012; y **(ii)** no existen en el Expediente pruebas que demuestren la ocurrencia de conductas anticompetitivas hasta el 31 de diciembre de 2013.

Ahora, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio no establece cuál de los dos supuestos del artículo 27 de la ley 1340 está utilizando para contar el termino de caducidad, no hay pruebas en el Expediente que demuestren que se haya ejecutado una conducta violatoria al régimen de competencia o de un último hecho constitutivo de la misma que date del 31 de diciembre de 2013. Por esta razón, la única conducta posiblemente violatoria sería de fecha agosto de 2012, habiendo caducado cualquier acción en agosto de 2017, fecha para la cual no se había proferido ni notificado acto administrativo alguno (ni siquiera el acto de apertura). Por tal motivo, debe declararse la caducidad.

- Se han ignorado ciertas circunstancias como el no haber indagado con **FENOSA** en mayor medida o haber tenido en cuenta las manifestaciones de **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS** cuando solicitó acceder a su celular.

5.2. Argumentos presentados por LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, propietaria del establecimiento de comercio SEG 3A

- **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** en ningún momento afirmó conocer el "ACTA DE ACUERDO", pues se enteró de su existencia cuando recibió traslado de la Resolución No. 57344 del 13 de agosto de 2018 para rendir descargos. En este mismo sentido, tampoco le consta lo que sucedió en la reunión en la que se enmarcó dicha acta.
- El único objetivo de la solicitud de permiso de funcionamiento que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** envió al Alcalde **RODRIGO GUARÍN LESMES** era agradecer el beneficio obtenido.
- El hecho de que el establecimiento de comercio de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** funcionara en la misma dirección que el de **ARIBUK** no implicó que desarrollaran la actividad de

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

manera dependiente, *"sin desconocer que en muchas oportunidades requerimos de manera recíproca la ayuda o asistencia técnica en asuntos complejos de nuestra actividad comercial"*.

- **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** no tuvo conocimiento, ni mucho menos asistió o dio su autorización para que otra persona la representara en la reunión llevada a cabo el 16 de agosto de 2012. No existe dentro del Expediente documento alguno que acredite tal circunstancia. Al no asistir a la mencionada reunión, no participó de sus decisiones.
- Que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** se hubiere identificado como representante legal del establecimiento de comercio **SEG 3A** no significa que lo fuere, pues nunca ha sido el propietario, ni su representante legal, ni fue autorizado para hacerlo. El hecho de que su esposo la acompañara en actividades comerciales de ninguna manera puede catalogarse como representación aparente.
- Los "comités técnicos" mencionados en el numeral 10 del "ACTA DE ACUERDO" tienen como finalidad establecer parámetros para mantener unidad técnica en las decisiones, sin que con ello pueda derivarse alguna conducta anticompetitiva en el mercado.
- **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** desarrolló su actividad con precios propios, *"desconociendo los que aparecían en vulgares panfletos que de ninguna manera suscribí y que desconocía su procedencia"*. Prueba de lo anterior es que al desarrollar la actividad comercial con precios propios, llevó a la quiebra a **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**.
- En escrito radicado el 25 de octubre de 2018, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** requirió al Despacho se le concediera un plazo razonable para poder aportar información contable hasta 2014, petición que no tuvo respuesta alguna.

5.3. Argumentos presentados por ARIBUK y HERNÁN ARIAS RIAÑO, representante legal de ARIBUK

- La capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio ha caducado en la presente actuación administrativa por cuanto el supuesto acuerdo anticompetitivo habría sucedido el 16 de agosto de 2012 y se habría prolongado hasta noviembre de 2013, mes en el que **FENOSA** suspendió en forma definitiva las obras públicas de extensión de redes y acometidas externas en el municipio de La Mesa, aduciendo que no había presupuesto para entregar la infraestructura cometida.
- Producto del cese de actividades del mercado relevante de venta de servicios de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en La Mesa, **ARIBUK** se vio obligada a cesar el pago de todas sus obligaciones comerciales y laborales a partir de noviembre de 2013.
- El "ACTA DE ACUERDO" tenía como único objeto acelerar el beneficio para la comunidad al asignar los subsidios y que empezaran los ciudadanos a gozar del servicio lo más pronto posible.
- En el Informe Motivado no se explica con claridad en qué consistía la práctica conscientemente paralela, que se configuraría en el evento que las empresas investigadas presentaran comportamientos económicos coincidentes en el periodo investigado.
- No existe un caudal probatorio basado en la facturación de cada una de las investigadas para determinar la ocurrencia de una conducta paralela. Pero aun así, de encontrarse probada, la misma no sería violatoria del régimen de competencia pues el espíritu de la reunión era resolver el problema social que ocasionaba el hecho de que existiera una única empresa instaladora en el municipio.
- El ejercicio de caracterización de mercado relevante no es prueba para determinar la afectación a la libre competencia pues se dedica solamente a efectuar un análisis del producto de gas natural y la distribución domiciliaria del mismo.
- En el Informe Motivado no existe un verdadero análisis del mercado relevante con respecto de las empresas prestadoras de servicios de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en La Mesa.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Las empresas **RAINBOW ENERGY S.A.S.**, **CIMECOL LIMITADA** y **MECCISS** coincidieron en que los precios del mercado nunca las afectaron y en que la eliminación de la competencia en el mercado fue causada por la falta de convenio de colaboración comercial para la financiación por parte de **FENOSA**.
- *"No se hizo un estudio apropiado de los motivos económicos que explicaban el funcionamiento del mercado, respaldado en estadísticas u otros documentos. La falta de ello le hizo tener a la Superintendencia por prueba cierta, un presunto acuerdo de precio y de reparto de mercado, cuyos indicios no fueron debidamente valorados"*.
- No existe evidencia que lleve a considerar que sí se configuró un elemento consciente, derivado de la concertación de las empresas investigadas para mantener el equilibrio del mercado.
- En el transcurso de la investigación se omitió hacer un examen sobre los precios reales de venta y el análisis solo se basó en la "Lista de precios" plasmada en un volante publicitario de una de las empresas investigadas.
- No se demostró que los investigados hayan actuado premeditadamente ni se definió si las empresas intercambiaron información estratégica y detallada de sus actividades comerciales.

5.4. Argumentos presentados por RODRIGO GUARÍN LESMES, Alcalde de La Mesa

- La Delegatura equivocadamente trata de mostrar la ley de la libre competencia como única verdad vinculante, olvidándose que la **ALCALDÍA DE LA MESA** no es un agente de mercado, y que la vida jurídica y funcional del Alcalde está regulada por otras normas de igual o mayor jerarquía.
- La libre competencia es un derecho que no excluye la intervención proporcional y razonable del Estado cuando lo requiera para cumplir sus fines esenciales, por ejemplo resolver "fallas del mercado", promover la equidad o garantizar el goce efectivo de derechos fundamentales.
- La supuesta actuación de **RODRIGO GUARÍN LESMES** está fundamentada en una declaración de la denunciante en la cual manifiesta erróneamente que la **ALCALDÍA DE LA MESA** ya había escogido las empresas que realizarían las instalaciones de gas natural domiciliario, pero no presenta soporte que demuestre dicha actuación y tampoco comprende la diferencia entre alcaldía y alcalde.
- La verdadera intención de la **ALCALDÍA DE LA MESA** fue proteger los recursos públicos en forma de subsidios dados a su custodia para pagar las instalaciones de gas natural domiciliario en los predios donde habitaban las personas más vulnerables del municipio y evitando que se presenten desfalcos y contravenciones en el proceso de instalación.
- Al responsabilizar a la **ALCALDÍA DE LA MESA** por la presunta violación del régimen de la libre competencia económica en los términos de la prohibición general de la Ley 155 de 1959, y a su vez responsabilizar al alcalde del municipio se está cometiendo una clara violación al debido proceso al ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
- La investigación se inició en virtud de una denuncia falsa, ya que **LILIANA PATRICIA MORENO**, representante legal de **MECCISS**, al tener conocimiento de que la **ALCALDÍA DE LA MESA** pagaría el 80% de las instalaciones, se presenta y entrega el correspondiente brochure empresarial sin firmar, en desorden y con información del municipio de Mosquera. Se evidenció también que argumentó falsamente la experiencia, que no aparecía en el ranking enviado por **FENOSA** como respaldo a las firmas instaladoras y además que no estuvo presente al momento de realizar las reuniones con el Concejo Municipal y los ciudadanos.
- No existe dentro del proceso soporte documental que avale la posición de la Delegatura en relación a que **RODRIGO GUARÍN LESMES** tenía conocimiento de actas de acuerdos o listados de precios.
- Tomar declaraciones más de seis (6) años después de la ocurrencia de los hechos es una falencia en el desarrollo del proceso y la valoración de las pruebas.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- La empresa **REINGEGAS** fue la que más obtuvo ganancias del proceso de gasificación, pero cuando se vio inmersa en la investigación, por intermedio de testimonios falaces y mal intencionados ha tratado de responsabilizar única y exclusivamente a la administración municipal.
- La Delegatura mediante preguntas caprichosas, sugestivas e inútiles intentó que los testigos aseguraran que en la reunión de 16 de agosto de 2012 se encontraba también **RODRIGO GUARÍN LESMES**.
- La **ALCALDÍA DE LA MESA** no puede participar de actos o acuerdos sino por intermedio del Alcalde o por su delegación expresa, el cual no estuvo presente en la reunión del 16 de agosto de 2012.
- La Delegatura ocultó que aproximadamente el 70% de las instalaciones que se realizaron fueron en los estratos 1 y 2, donde la **ALCALDÍA DE LA MESA**, con los recursos destinados para tal fin pagó el valor correspondiente. El 98% como porcentaje de ventas al que se refiere la Delegatura tiene que tasarse sobre aproximadamente el 25 o 30 por ciento el cual le corresponde a los estratos 3 y 4, porque los estratos 1 y 2 donde el porcentaje de instalación fue entre el 70 y 80%, recibirían subsidios de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para pagar sus instalaciones.
- El objeto del "ACTA DE ACUERDO" siempre fue el de fiscalizar las empresas que recibirían subsidios públicos, evitar que se presentaran fraudes a los usuarios como ya había sucedido en otras regiones del país, nunca fue atentar contra la libre competencia.
- La Delegatura intentó en sus interrogatorios integrar el "ACTA DE ACUERDO" con la "Lista de precios" y con base en esa conjetura responsabilizar a **RODRIGO GUARÍN LESMES**.
- **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, representante de la firma instaladora **SEG 3A**, afirmó que el convenio de colaboración comercial para financiación ya lo tenía mucho antes de firmar el "ACTA DE ACUERDO". También asegura que la **ALCALDÍA DE LA MESA** no intervino para nada en dicho proceso, lo que desvirtúa que esta última tuviera la potestad o función de otorgarlo.
- El "ACTA DE ACUERDO" fue conocida por **RODRIGO GUARÍN LESMES** en el transcurso de la investigación, no registra su firma, ni tampoco el Secretario de Obras tenía la facultad expresa para suscribirla, por lo que en ningún momento se celebró un negocio jurídico.
- No hubo estudio en conjunto de las pruebas, la Delegatura se dedicó única y exclusivamente a dar credibilidad a los testimonios, no existe prueba contundente y certera que no establezca margen de duda. **RODRIGO GUARÍN LESMES** está siendo prejuzgado sin tener seguridad de su participación en las conductas que se imputan.
- El listado de precios no es un medio de prueba que pueda ser utilizado en contra de **RODRIGO GUARÍN LESMES** por cuanto no constituye un documento idóneo para demostrar la ocurrencia de los hechos, ya que es un papel sin membrete, sin firmas y sin fecha comprobable.
- El documento denominado "ACTA DE ACUERDO" no cumple los requisitos esenciales para denominarse acto administrativo, pues aunque fue redactado por un funcionario de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, no estaba dentro de las atribuciones de sus funciones expedirlo. Dicho documento tampoco fue publicado, el único que podía haberlo firmado era **RODRIGO GUARÍN LESMES**, pero no tenía conocimiento de la existencia de la mencionada acta.
- Desde la ejecución de la conducta supuestamente violatoria ("ACTA DE ACUERDO"), donde el único funcionario de la Alcaldía que intervino fue el Secretario de Obras, hasta hoy, han transcurrido más de seis (6) años, por lo que operó la caducidad de manera irrefutable.
- La libre competencia no significa que cualquiera pudiera llegar al municipio sin que nadie lo controlara, las empresas debían brindar las condiciones y garantías de idoneidad y/o calidad de los trabajos para los ciudadanos, esto se buscó sin obstaculizar el mercado.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

5.5. Argumentos presentados por **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**

- La Resolución de Apertura presenta el artículo 333 de la Constitución Política de manera parcial, amputa su sentido legal y no menciona aspectos relevantes de su esencia que directamente vinculan la labor de la **ALCALDÍA DE LA MESA** como partícipe del Estado.
- En la celebración del Convenio SME-004 de 2012 se tenía una gran cantidad de recursos públicos, los cuales no podían ponerse en manos de personas inescrupulosas que pudieran perjudicar a las familias de estratos bajos y, como consecuencia, las implicaciones legales que esto le traería a la administración del momento en cabeza de la **ALCALDÍA DE LA MESA**.
- La Gobernación hizo su respectivo llamado de atención, con relación a la supervisión, fiscalización y cuidado en la utilización de los recursos, haciendo especial énfasis, en evitar posibles fraudes, tal como ocurrió en Tocaima y Bogotá D.C. Así, se soporta la contratación de las empresas que realizarían la conexión con base en su experiencia acreditada y la aprobación e indicación de **FENOSA**.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** al desempeñarse como Secretario de Obras Públicas tenía la responsabilidad de supervisar, avalar y evitar posibles fraudes. Su labor siempre estuvo enmarcada en lo estipulado por la Gobernación de Cundinamarca y el Concejo Municipal. Pese a que se estudió la posibilidad de realizar la licitación correspondiente no fue posible debido a que las obras se realizarían en propiedad privada.
- Nunca hubo intención de perjudicar a nadie dentro del campo de libertad económica. **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** como Secretario de Obras Públicas recibía las hojas de vida (brochure empresarial) de las empresas y comenzaba su labor de supervisión, pero siempre bajo los lineamientos de la Gobernación, en cuanto a la protección de los recursos destinados como subsidios.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, en su labor como funcionario público, siguiendo los lineamientos de la Gobernación, actuó de manera transparente, apoyando la gestión de las empresas que se encontraban en el primer lugar del "RUFÍ", enviado por la empresa elegida por la Gobernación de Cundinamarca y los demás entes competentes, es decir, **FENOSA**.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, sin ánimo de atentar contra las leyes de libre competencia, solicitó realizar un documento con doce (12) numerales, enunciado equivocadamente como "ACTA DE ACUERDO" donde pretendía de manera unilateral, salvaguardar su actuar en caso de posibles hechos de corrupción o abuso por parte de las empresas.
- Es un hecho completamente falso lo manifestado en la denuncia presentada por **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO**, representante legal de la empresa **MECCISS**, en relación con que no se tuvo en cuenta para la instalación del servicio de gas.
- La denuncia tergiversó la información haciendo caer en error a la Superintendencia de Industria y Comercio con la finalidad de justificar un supuesto comportamiento fuera del orden legal. Lo anterior en razón a que (i) la empresa **MECCISS** no estaba presente al momento de realizar las reuniones con el Concejo Municipal; (ii) su brochure empresarial estaba sin firmar, en desorden, con información referida inexplicablemente al Municipio de Mosquera y argumentaba falsamente la experiencia; (iii) la **ALCALDÍA DE LA MESA** estaba siguiendo los lineamientos de la Gobernación; (iv) en el *ranking* enviado por **FENOSA** como respaldo a las empresas instaladoras no se encontraba **MECCISS EU**; (v) nunca se le manifestó de manera verbal o escrita "*que ya se tenían seleccionadas las empresas*"; y (vi) la denuncia manifestó de manera apócrifa y sin pruebas que "*no le permitieron participar en ese mercado*".
- El interés social está en cabeza y protección de la autoridad Municipal, en este caso la **ALCALDÍA DE LA MESA**. **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** estaba cumpliendo a cabalidad su función, siguiendo los parámetros de la Constitución y la ley, acatando las indicaciones de su superior jerárquico, protegiendo al ciudadano de un muy posible inconveniente comercial, del cual lo responsabilizarían a él, el Concejo y la misma comunidad.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- La Resolución No. 57334 de 2018 fue emitida seis (6) años después de una falsa denuncia. De haberse cometido una infracción en contra de la ley por **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** en el desarrollo de su labor como empleado de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, ¿por qué no se informó de inmediato a la Procuraduría General de la Nación conforme a lo dispuesto en el numeral 16 del Decreto 4886 de 2011?
- La Resolución No. 57334 de 2018 fue fundamentada en argumentos falsos y sin pruebas emitidos de manera temeraria por **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO**, representante legal de la empresa **MECCISS**, quien buscaba obtener recursos públicos en forma de subsidios sin haber presentado un correcto proceder en su propuesta comercial, ni tampoco estar dentro del *ranking* establecido por **FENOSA** como empresas responsables e idóneas en las labores a realizar.
- Es incomprensible que los funcionarios que realizaron la visita administrativa a la **ALCALDÍA DE LA MESA** no reportaron los supuestos hallazgos ilegales y tampoco se pronunciaron en cuanto a la corrección de la conducta con fundamento en lo estipulado en el numeral 2 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011. Así mismo, si la Superintendencia de Industria y Comercio evidenció que se estaba presentado una conducta contra la libre competencia tampoco ejerció sus facultades previstas en los numerales 5 y 6 del Decreto 4886 de 2011.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** colaboró con toda la información solicitada, siempre estuvo dispuesto a responder y corregir su supuesta actuación y entregó documentos brindando garantías suficientes para que fuera terminada anticipadamente la investigación en virtud del numeral 7 del Decreto 4886 de 2011. Tampoco fue informado o recibió una instrucción, conforme el numeral 15 del Decreto 4886 de 2011, donde se le explicara que estaba incurriendo en una conducta inadecuada.
- La Resolución No. 57334 de 2018, en las conclusiones del mercado conexo de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural, está asumiendo de manera errada la situación específica de los municipios, y especialmente el de La Mesa, como una relación comercial únicamente entre el usuario final y la empresa a contratar.
- La Resolución No. 57334 de 2018, sostiene de manera equivocada que los hechos se presentan en el año 2013, teniendo en cuenta que la falsa denuncia fue radicada el año inmediatamente anterior.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** solicitó apoyo a **FENOSA**, investigó y estudió las hojas de vida y las propuestas comerciales de las empresas presentes en el momento de la ejecución, apoyó la gestión de las empresas que estaban en el *ranking*, siempre para proteger los recursos a cargo de la administración.
- En el Informe Motivado se desconoce que **REINGEGAS** fue la primera empresa, y al principio la única, que estaba realizando la actividad comercial. Se presentó de manera formal, cumplía con la experiencia para realizar los trabajos específicos, nunca manifestó datos errados e inexistentes, contaba con la experiencia y la actividad económica ajustada a la necesidad de la situación, y fue avalada desde el inicio por **FENOSA**. Esto creó en las personas confianza, seguridad y credibilidad, por tal motivo consideraron que era la mejor opción.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, de manera clara y transparente, le mostró a la ciudadanía el listado de empresas avaladas por **FENOSA**, a raíz de su excelente trabajo, conocimiento y experiencia, para evitar poner en riesgo la seguridad de la población, y los recursos públicos suministrados por el departamento y los municipios, para que se realizaran las instalaciones en los estratos 1 y 2.
- La Superintendencia de Industria y Comercio debía entregar las directrices, por medio de comunicados o cualquier otro acto administrativo que regule situaciones fácticas y jurídicas como la que fue objeto de investigación, no atacar al funcionario que dentro de sus funciones como empleado público debe regirse por normas vinculantes a su calidad, y cumplir a cabalidad los lineamientos de su superior jerárquico, el Gobernador de Cundinamarca.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** solicitó por separado un estimado de precios para tener una base de gastos y estimar el porcentaje de usuarios que se pudiesen beneficiar de la

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

instalación de gas natural, encontró que la mejor forma de saber cómo se estimaba el cobro era por metro lineal y factores adicionales que pudieran incrementar el valor del trabajo. Nunca conoció el hecho de que las empresas acordaron entregar una información equivalente al respecto.

- De conformidad con el contenido de los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, puede evidenciarse que no existe una conexión con el actuar de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**. Existe atipicidad, toda vez que dicha conducta no encaja, no es completa. Tampoco su intencionalidad se ajusta al objeto enunciado a lo largo de las normas establecidas como referentes en la resolución, su única intención era no verse inmerso en una investigación por poner en riesgo recursos públicos.
- La Delegatura incluyó *"el sistema jurídico en su totalidad como parte universal de la integración de las normas que hacen parte del régimen de protección a la libre competencia"* y desconoció que **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** tiene un cargo de libre nombramiento y remoción para una labor específica, de conformidad con el catálogo de funciones del organismo o la entidad territorial, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional. Así mismo, era el supervisor del Convenio SME -004 de 2012.
- No es saludable ni procesalmente correcto, analizar una prueba de manera parcializada. El objeto del documento denominado "ACTA DE ACUERDO" era controlar la gestión de las empresas que instalarían el gas natural en el municipio, con relación a lo solicitado y exigido por el Concejo Municipal y muchos habitantes, esto era, evitar posibles fraudes e incumplimientos y no atentar contra la libre competencia económica.
- Fue un error enunciar un documento como "ACTA DE ACUERDO". Dicho documento nunca fue un consenso, simplemente tenía por objeto respaldar una labor bien hecha, salvaguardando los subsidios y evitar posibles incumplimientos. El enunciado no es suficiente para consolidar y conocer el interior de un documento, establecer no es igual a acordar. **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** buscaba fijar o implantar unas condiciones específicas sobre la competencia de la **ALCALDÍA DE LA MESA** como ente de control, nunca como asociado, por otra parte, "parámetros", debe entenderse como datos que se consideran como imprescindibles y orientativos para lograr evaluar o valorar una determinada situación.
- Del análisis y contexto de los diferentes numerales contenidos en el documento denominado "ACTA DE ACUERDO" se demuestra que dicho documento tenía como finalidad exclusiva la protección de recursos públicos. Adicionalmente, que el numeral 2 fue un parámetro *"mal redactado"* pues se quería establecer que cada empresa entregaría una lista de precios sugeridos *"por separado"*, nunca se redactó con la intención de perjudicar a nadie, por el contrario, se pretendía garantizar la transparencia comercial.
- La denominación de manera equivocada del documento como "ACTA DE ACUERDO" no quiere decir que la forma anule y asuma su fondo, el contenido no es ni será nunca un acuerdo, es una serie de exigencias emitidas por el Secretario de Obras Públicas, tendientes a garantizar el cumplimiento de las obras y salvaguardar los recursos públicos que estaban bajo su responsabilidad.
- La redacción del documento denominado "ACTA DE ACUERDO" en papel membretado es una prueba que demuestra su elaboración unilateral y que no hubo nunca un consenso de voluntades. Además, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** tampoco era competente para suscribir el documento, la competencia para firmar el acta o acto administrativo era exclusiva del Alcalde lo que demuestra que este documento no era un acto vinculante.
- **LUDY FERNANDA CACERES SOLANO** es la propietaria y representante legal de la empresa SEG 3A, pero el documento denominado "ACTA DE ACUERDO" está firmado por **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, haciendo perder validez al supuesto acuerdo por haberse celebrado por persona incapaz, aparte de existir una nulidad por la falta de un elemento esencial.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** no colaboró, ni facilitó, ni autorizó, ni ejecutó o toleró actos por fuera de su estricta función como servidor público, responsable del manejo, la distribución y el cuidado de dinero destinado en forma de subsidios para la instalación de gas

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

natural domiciliario en los hogares más vulnerables del municipio, si no estuvieran en riesgo recursos económicos estatales, ni hubiese sido nombrado como supervisor del Convenio.

- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** nunca tuvo conocimiento de que las empresas coordinaron un margen de cobro y deducirlo a partir de la declaración de **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS**, Director Comercial de **REINGEGAS**, es un irrespeto de la presunción de inocencia.
- La **ALCALDÍA DE LA MESA** no desarrolló actividades para que se eligieran las empresas investigadas, lo que hizo fue informar acerca de las compañías que ocupaban el primer lugar en el *ranking* de **FENOSA**.
- En el comunicado de prensa de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, la mención a la financiación era solamente para que no entregaran dinero en efectivo y proteger a la ciudadanía de posibles fraudes.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** lo que hizo, contrario a afectar la libre competencia, fue recibir indicaciones de su superior jerárquico sobre entrega de recursos y subsidios a estratos 1 y 2, recibir las hojas de vida de las empresas instaladoras, realizar una investigación y análisis de las mismas, junto con las propuestas comerciales, e identificar tres (3) empresas que estaban en los primeros lugares del *ranking* aportado por **FENOSA** para "*identificar en manos de quién podía estar más seguro el dinero público*".
- El documento mal denominado "ACTA DE ACUERDO" nunca privilegió a nadie, ni creó una desventaja comercial, ni consistió en un acuerdo anticompetitivo, ni provocó un desplazamiento en la demanda, porque no había oferta. Además, el 63% de las instalaciones iban a ser pagadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA** y por ende, esos recursos estaban bajo su custodia, cuidado y destinación.
- Como más del 70% de la demanda estaba en cabeza de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, con lo que representaba al usuario final en el pago, dicha autoridad estaba en todo su derecho de respaldar a las empresas que estaban en el *ranking* de **FENOSA**. Ninguna norma de las citadas por la Delegatura establece qué debe hacer un funcionario público cuando le encomiendan unos recursos y no puede abrir licitación. Hacer algo contrario a lo que hizo **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** hubiese sido equivalente a entregar los recursos sin control alguno y a obrar de forma ligera.
- La **ALCALDÍA DE LA MESA** no era quien decidía a quién se le otorgaba la financiación por parte de **FENOSA**. Lo único que sí podía decidir era a quién se le entregaban los subsidios, con base en un estudio previo de las condiciones de vida. Es decir, la **ALCALDÍA DE LA MESA** nunca tuvo la facultad de firmar los convenios de colaboración comercial por los cuales se realizaba la financiación a través de las facturas.
- No se entiende cómo puede juzgarse a la autoridad municipal y al alcalde, que es la misma autoridad municipal, dos veces por el mismo hecho. Con este acto "*se está violando el Derecho Fundamental NON BIS IN IDEM el cual forma parte del debido proceso*".
- El Informe Motivado no se pronuncia sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio y los términos están vencidos porque desde la fecha en que se suscribió la denominada "ACTA DE ACUERDO", el 16 de agosto de 2012, han transcurrido más de seis (6) años.
- En el cuerpo del "ACTA DE ACUERDO" no hay fecha de vigencia ni de aplicación, con lo cual es claro que debe operar la caducidad en lo que se refiere a **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES**.
- "[E]l día 16 de agosto del año 2016, se suscribió la mal denominada "acta de acuerdo" pero NUNCA una "lista de precios", al parecer este acuerdo lo efectuaron entre las empresas instaladoras, nunca la alcaldía (sic) emitió, firmo (sic) o colaboro (sic) con la elaboración de tal documento".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Ni el Secretario de Obras ni la **ALCALDÍA DE LA MESA** son agentes de mercado, luego no es congruente identificarlos de esta manera para sancionarlos. Tampoco ha quedado demostrado cuál es el beneficio que obtendría la administración municipal al fomentar un acuerdo anticompetitivo si eran ellos quienes debían responder penal y administrativamente por los recursos públicos dejados a su custodia.
- En la descripción del mercado afectado, la Delegatura asegura que el usuario final está obligado a cumplir dos exigencias: contratar y asumir el costo. En este orden de ideas, si quien tiene la intención de realizar la instalación y asumir el costo es la administración municipal, entonces estaría en todo su derecho de elegir a la firma instaladora y realizar todos los trámites pertinentes para demostrar su confiabilidad.
- Durante varios momentos de la investigación, la Delegatura asegura que **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** se reunió con representantes de las empresas investigadas varias veces, con la finalidad de establecer *"una lista de precios"* pero en otras ocasiones manifiesta que los costos ya habían sido establecidos con anterioridad. La anterior contradicción también implicaría que *"el señor JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS, según los argumentos falaces de la Delegatura, es un ser omnipresente, está en todas partes, pero no hay prueba conducente que lo demuestre, este señor NUNCA participo (sic) de un "pacto" como falsamente lo quiere plasmar el ente investigador"*.

5.6. Argumentos presentados por ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS

- **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no tuvo ninguna clase de participación en los hechos investigados que dieron origen a la Resolución No. 57334 del 13 de agosto de 2018 y al Informe Motivado, por lo debe ordenarse el archivo de las diligencias citadas en su contra.
- Si bien **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** reconoce que el "ACTA DE ACUERDO" *"se firmó"*, resalta que nunca firmó una lista de precios, ni tuvo que ver con su elaboración. Además, señaló que asistió a esa reunión *"como cualquier particular"*.
- La comunicación del 1 de agosto de 2012, en la que la **ALCALDÍA DE LA MESA** informó a **FENOSA** que ya había seleccionado a las empresas instaladoras de redes que iban a prestar ese servicio y que, por lo tanto, requerían adelantar las gestiones pertinentes para iniciar el proyecto, *"es un hecho unilateral realizado por la Alcaldía de La Mesa – Cundinamarca para iniciar labores las personas que prestarían el servicio de instalación de redes domiciliarias de gas natural en el mencionado municipio, de lo cual yo soy ajeno, porque nunca comercialicé los servicios que allí se mencionan"*.
- Lo señalado en el Informe Motivado relativo a la carta fechada el 8 de agosto de 2012, *"son las afirmaciones del Despacho, y soy ajeno a los mismos por no haber prestado el servicio de instalación de redes domiciliarias de gas natural en el mencionado municipio"*.
- **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** asistió a la reunión en la que se firmó el "ACTA DE ACUERDO" que tuvo lugar el 16 de agosto de 2012 *"sin acreditar representación alguna a favor de un tercero, menos aún del establecimiento de comercio SEG 3A GAS DE COLOMBIA de propiedad de la señora Ludy Fernanda Cáceres Solano"*.
- Si bien **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** se presentó a la reunión del 16 de agosto de 2012 como el representante legal de **SEG 3A**, *"ello no indica que lo fuese"*. Él nunca ha sido el representante legal de **SEG 3A**, ni ha sido su propietario ni fue autorizado para representarla legalmente. Era a la Delegatura a quien le correspondía *"constatar si la calidad de la que yo presumía era cierta o no, lo cual, no se hizo por demostrada displicencia y falta de cuidado por parte de los funcionarios de ese Despacho, y que prueba de lo dicho, se encuentra en el Certificado de Existencia y Representación Legal como persona natural de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. que se aportó"*.
- **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** nunca participó en la elaboración del documento "Lista de precios", pues *"ese tema le correspondía a la propietaria del establecimiento de comercio SEG 3A GAS DE COLOMBIA, y ella no asistió a la mentada reunión"*.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- La argumentación de la Superintendencia de Industria y Comercio relativa a su actuación en la negociación objeto de esta investigación por estar vinculado a **SEG 3A** contiene *"manifestaciones desatinadas y bastante fantasiosas que riñen con la realidad jurídica"*. Lo anterior, porque, en su criterio, *"es bien sabido que la representación legal de las personas naturales y jurídicas para todos los efectos legales se demuestra con la inscripción en el registro mercantil de las Cámaras de Comercio de su domicilio"*.
- Respecto a la declaración rendida por la señora **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO**, representante legal de **MECCISS**, a partir de la cual se infiere que su vinculación a **SEG 3A** era reconocida por el público en general, **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** afirmó que *"no existe documento alguno dentro del expediente 12-160585 que demuestre que yo mantuve relación laboral donde se indique que yo laboraba en actividades comerciales y técnicas a favor o con dependencia de la Señora Ludy Fernanda Cáceres Solano"*.
- Su condición de conyugue no le concede la representación legal o autorización para representar a **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** en los derechos y obligaciones de su establecimiento de comercio **SEG 3A**. Acompañar a su conyugue en sus actividades comerciales no puede ser catalogado como representación aparente. Agrega que no existe documento alguno que indique su autoridad en decisión alguna dentro del establecimiento de comercio, y reitera que el hecho de haberse identificado como gerente comercial del establecimiento de comercio, es una calidad que la Delegatura ha debido constatar. En su criterio, los funcionarios de la Delegatura no hicieron esa constatación de manera deliberada.
- Si bien **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** firmó el "ACTA DE ACUERDO", ello no significa que estuviera autorizado para comprometerse. Al respecto agregó que *"para lo poco que escuche, o allí se decidió, pues en varios momentos de esa reunión me ausentaba y luego entraba, por tanto, de lo que allí se decidió poco me importaba, pues no era el llamado a cumplir con lo que se acordara"*.

SEXTO: Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 13 de diciembre 2018 sesionó el Consejo Asesor de Competencia⁷, el cual por unanimidad recomendó sancionar a los investigados.

SÉPTIMO: Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, el Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

7.1. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio

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

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁸ señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica."*

Así mismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que: *"[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas"*.

⁷ Acta No. 77 del Consejo Asesor de Competencia.

⁸ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Adicionalmente, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en tal virtud "[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

Finalmente, conforme con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibídem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

7.2. De la libre competencia económica y las prácticas restrictivas de la competencia

La *economía social de mercado* es el concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional para referirse al modelo económico adoptado por la Constitución Política de Colombia, en el cual la libre competencia económica y, por ende, la libre concurrencia de los diferentes agentes económicos al mercado, constituye su columna vertebral. En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente.

En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

"Artículo 88. *La ley regulará las acciones populares para la **protección de los derechos e intereses colectivos**, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, **la libre competencia económica** y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

(...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

"Artículo 333. *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Se desprende de las normas constitucionales citadas que la libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redundará en beneficio de todos, esto es, tanto de los consumidores en general como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores, o productores que componen la economía nacional. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye además un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Sobre el particular, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

*"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, **la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres.** La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.*

La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores."⁹ (Negritas y subrayas fuera de texto).

Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantizan unas condiciones de mayor equidad para todos los ciudadanos y empresarios. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las naciones con mercados domésticos con importantes niveles de competencia, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per capita* respecto de aquellas en las que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia¹⁰.

De acuerdo con la OCDE:

"Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).

Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.

Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.

Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

¹⁰ Consejo Privado de Competitividad: "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor? No. 4, 2008.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios"¹¹.

En efecto, la libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, etc.

Pero estos claros beneficios de la libre competencia económica se ven a menudo amenazados por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas conductas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia económica, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, ya no de todos sino de unos pocos. Estas prácticas se refieren fundamentalmente a los carteles empresariales y a los actos de abuso de posición dominante en el mercado. Según la **OCDE**, los carteles empresariales constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros¹².

Bajo el anterior contexto, este Despacho pasa a analizar el caso concreto, con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas imputadas.

7.3. Caso concreto

Teniendo en cuenta la competencia funcional de esta Superintendencia, lo que debe determinarse en este caso es si las pruebas obrantes en el Expediente dan cuenta de que **REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, acordaron fijar los precios del servicio de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas en el municipio La Mesa – Cundinamarca, en infracción de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. En el mismo sentido, deberá determinarse si la conducta de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, en el marco del proceso de gasificación en dicho municipio, configuró una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia, en contraposición de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En efecto, dispone el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

"Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

(...)"

¹¹ **OCDE**: "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia" Octubre de 2014, Págs. 2 y 3.

¹² Tomado de **OCDE**, 1998. Council Recommendation Concerning Effective Action against Hard Core Cartels. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 señala:

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

(...)" (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

De encontrar que **REINGEGAS, ARIBUK, LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A** y la **ALCALDÍA DE LA MESA** incurrieron en las conductas imputadas, se establecerá si **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS, HERNÁN ARIAS RIAÑO, ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS, JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES**, colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron dichas conductas violatorias de las normas de protección de la competencia, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que señala:

*"**Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.** Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

(...)

*16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere **conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen**, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

(...)"

Para resolver el presente asunto, en primer lugar, este Despacho describirá sucintamente el mercado afectado por la conducta investigada, para pasar posteriormente a presentar las consideraciones respecto de los cargos imputados.

7.3.1. Mercado en el que se desarrollaron las conductas investigadas

Como ya se ha indicado en diferentes decisiones proferidas por esta Superintendencia, en los casos de cartelización empresarial, como el que se investiga en la presente actuación administrativa, no es necesario realizar un ejercicio de definición de mercado relevante, toda vez que el alcance del acuerdo investigado es el que determina el mercado que presuntamente fue afectado. En otras palabras, el propio acuerdo que se investiga es el que determina cuáles bienes y servicios son los involucrados y cuál es el alcance geográfico del mismo. En este sentido, no resulta necesario ni adecuado realizar un análisis de mercado relevante como el que se desarrolla en casos de evaluación de integraciones empresariales o en investigaciones de abusos de posición de dominio y otras conductas unilaterales.

Lo anterior fue precisado en la Resolución No. 80847 de 2015, en la que se señaló lo siguiente:

"Este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores que el mercado relevante, en casos de acuerdos o carteles anticompetitivos, se define en relación con los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia [Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 6839 del 9 de febrero de 2010. Versión Pública Hoja No 7.]. Esta definición no es ajena a la práctica internacional, la cual acepta que en los casos de carteles empresariales se justifica el uso de una definición amplia del mercado afectado, referida al grupo de productos sobre los cuales las empresas cartelizadas han acordado desarrollar la práctica anticompetitiva [Unión Europea, Caso T-111/2008, MasterCard Inc, MasterCard Europe SPRL v. Commission, 24 de mayo de 2012], lo que en definitiva

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”

significa que los mercados relevantes en casos de carteles empresariales están definidos por los bienes y/o servicios afectados por el propio acuerdo anticompetitivo”¹³

De acuerdo con lo anterior, para este Despacho el mercado afectado presuntamente por el acuerdo que aquí se investiga es el de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en el municipio de La Mesa, que resulta ser una actividad conexas¹⁴ a las de distribución y comercialización de gas natural.

A continuación, se realizará una caracterización del mercado presuntamente afectado. Como punto de partida se presentará una breve descripción de la cadena de valor del gas natural, para posteriormente definir la actividad presuntamente afectada por la conducta. En segundo lugar, se presentarán los agentes participantes en el mercado, se hará un recuento de la regulación existente y, finalmente, se describirán otras características del mercado relevantes para la presente investigación.

7.3.1.1. Cadena de valor del gas natural

De acuerdo con la definición de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante “CREG”) contenida en el artículo 1 de la Resolución No. 057 de 1996, el gas natural se define como “(...) una mezcla de hidrocarburos livianos que existe en la fase gaseosa en los yacimientos, usualmente consistente en componentes livianos de los hidrocarburos. Se presenta en forma asociada o no asociada al petróleo. Principalmente constituido por metano”. Adicionalmente, la Ley 142 de 1992 lo incluye dentro del grupo de servicios públicos domiciliarios. De hecho, el artículo 1 de la Resolución CREG No. 108 de 1997, define el servicio público domiciliario de gas combustible así:

“Artículo 1. Definiciones.

(...)

SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE GAS COMBUSTIBLE: Es el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición.

(...)”

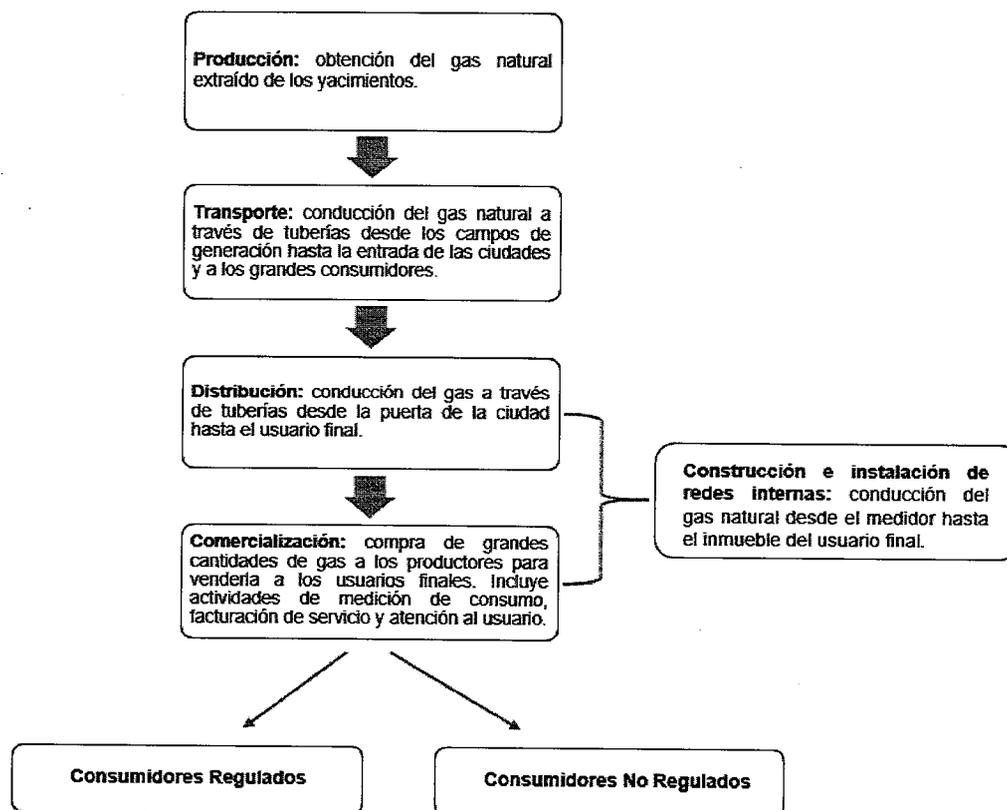
El siguiente diagrama ilustra la cadena productiva del gas natural como servicio público domiciliario, desde su producción hasta que es utilizado por el consumidor final.

¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 80847 de 2015 (Caso Cartel del Azúcar de 2015). Ver también, entre otras, las decisiones contenidas en las Resoluciones No. 31739 de 2016 (Caso Cartel de los Papeles Suaves), 43218 de 2016 (Cartel de los Pañales), 54403 de 2016 (Caso Cartel de los Cuadernos) y 81391 de 2017 (Caso Cartel del Cemento).

¹⁴ Un mercado es conexo cuando tiene una relación complementaria y consecuencial con otro mercado. La relación es complementaria porque la provisión del bien o servicio en el mercado conexo depende de la provisión del bien o servicio en el mercado principal, y consecuencial porque la existencia del mercado conexo o secundario deriva de la existencia del mercado principal. Para mayor detalle, ver: Resoluciones SIC No. 32505 de 2011, 4907 de 2013 y 17387 de 2015.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Diagrama 1. Cadena productiva del servicio público de gas combustible



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio - con información página web CREG.

Del diagrama anterior se colige que existen cuatro (4) actividades principales en la cadena de valor del servicio público de gas y que, particularmente de los eslabones de distribución y comercialización, se deriva un mercado conexo que es el de construcción e instalación de redes internas. De manera previa a la descripción del mercado que ocupa la presente investigación, el Despacho considera pertinente realizar las siguientes precisiones acerca de los últimos dos eslabones, directamente ligados al mercado conexo y describir los diferentes usuarios finales del servicio.

La distribución del gas natural, de acuerdo a la Resolución CREG No. 11 de 2003, corresponde al "transporte de gas combustible a través de redes de tubería, desde las Estaciones Reguladoras de Puerta de Ciudad, o desde un Sistema de Distribución, hasta la conexión de un usuario". En Colombia, la actividad está regulada y se realiza a través de dos modalidades: las **ÁREAS DE SERVICIO NO EXCLUSIVO** (en adelante "ASNE") y las **ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO** (en adelante "ASE").

Las ASNE corresponden a áreas geográficas sin exclusividad en la actividad de distribución, en las que los distribuidores interesados en participar en el mercado deben solicitar ante la CREG la aprobación de sus tarifas, teniendo en cuenta la metodología para determinar la remuneración contenida en la Resolución CREG No. 11 de 2013. Si bien, de acuerdo a la regulación, podrían participar en estos mercados geográficos una multiplicidad de agentes, en la práctica sólo en casos excepcionales participa más de un distribuidor.

Por su parte, las ASE corresponden a concesiones otorgadas por el Ministerio de Minas y Energía (en adelante "MINMINAS"), de conformidad con lo estipulado en la Ley 142 de 1994 con el propósito de permitir mayor cobertura de este servicio a las personas de menores recursos. Así, estos mercados geográficos resultan ser monopolios legales en los cuales un único distribuidor está presente en el mercado.

Ahora bien, respecto de la comercialización de gas natural, es importante señalar que un agente comercializador es quien compra gas natural de los productores, alquila la red de gasoductos y de distribución para el transporte del combustible y entrega el gas natural a los consumidores finales, de modo que tiene participación activa en los diferentes eslabones de la cadena de valor.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

De acuerdo con el Decreto No. 3429 de 2003, los consumidores finales se clasifican en dos grupos de acuerdo con su nivel de consumo: (i) regulados, si su consumo es inferior a 100.000 pies cúbicos día de gas natural o su equivalente en metros cúbicos (m³)¹⁵, y corresponden a usuarios residenciales y pequeños usuarios industriales y comerciales; y (ii) no regulados, si su consumo es superior a 100.000 pies cúbicos día, siendo regularmente usuarios comerciales e industriales, distribuidores de gas natural vehicular y termoeléctricas. Para los usuarios no regulados, las tarifas por distribución y comercialización son fijadas de común acuerdo y negociación entre el usuario y el comercializador, mientras que para los usuarios regulados, existen tarifas fijadas por la **CREG**¹⁶.

En este mercado, usualmente la actividad de comercialización es desarrollada por el distribuidor, tal como lo menciona el artículo 1 del Decreto 3429 de 2003, que indica que el comercializador establecido es aquel "(...) *Distribuidor de Gas Natural que desarrolla simultáneamente la actividad de Comercialización de Gas Natural a usuarios regulados en un mismo mercado de comercialización*".

Para el presente caso, tanto en el eslabón de distribución como en el de comercialización de gas natural en La Mesa, Cundinamarca, la única empresa existente es **FENOSA**. Por lo tanto, todas las instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural construidas por terceros, actividad que se describirá a continuación, conectan con la red de distribución de esta empresa.

7.3.1.2. Mercado de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en el municipio de La Mesa

Según la definición del numeral 16 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, la red interna es "*el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro del servicio público al inmueble a partir del medidor. Para edificios de propiedad horizontal, es aquel sistema de suministro del servicio al inmueble a partir del registro de corte general cuando lo hubiere*".

Lo anterior sugiere que la red interna está ligada tanto al eslabón de distribución, pues su objetivo es transportar el gas natural desde el punto de conexión de esta última hasta el inmueble, como al de comercialización, debido a que su conexión involucra al medidor que, como se observó en el esquema presentado, hace parte de las funciones del comercializador.

La red interna es propiedad del usuario, quien debe contratar su construcción directamente con firmas instaladoras técnicamente confiables. En otras palabras, el mercado de construcción e instalación de redes internas de gas natural es un mercado independiente y conexo al mercado de distribución y comercialización de gas natural, en el que el usuario final puede contratar a la empresa con la que desea realizar la construcción e instalación de su red interna y asumir el costo de la instalación.

A continuación, se procederá a destacar las principales características del mercado de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario, teniendo en cuenta la regulación existente al respecto, y posteriormente se presentará la estructura del mercado durante el periodo investigado en la presente actuación administrativa.

7.3.1.2.1. Características relevantes del mercado

El mercado de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario es poco regulado en términos tarifarios. Sin embargo, con el fin de garantizar la seguridad en el suministro de gas natural, la **CREG** estableció requisitos mínimos de idoneidad en las instalaciones con controles objetivos sobre las redes y subjetivos sobre los constructores e instaladores. El numeral 19 del artículo 2 de la Resolución CREG No. 067 de 1995 establece que:

¹⁵ Decreto 3429 de 2003 del **MINMINAS**. "(...) **Artículo 1. Definiciones.** (...) **Usuario Regulado de Gas Natural:** Es un consumidor de hasta 300.000 pies cúbicos día de gas natural o su equivalente en metros cúbicos hasta el 31 de diciembre del año 2004; y, de hasta 100.000 pies cúbicos día de gas natural o su equivalente en metros cúbicos a partir del 1 de enero del año 2005. Para todos los efectos, un usuario regulado es un pequeño consumidor y está sujeto a las tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas".

¹⁶ Resolución **CREG** No. 11 de 2003 "por la cual se establecen los criterios generales para remunerar las actividades de distribución y comercialización de gas combustible, y las fórmulas generales para la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas combustible por redes de tubería."

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"Toda instalación deberá cumplir con las normas técnicas y de seguridad correspondientes. El distribuidor no podrá distribuir gas natural o GLP en ninguna instalación interna o tanque estacionario de almacenamiento que no cumpla con estas normas. De hacerlo así, se hará acreedor a las sanciones correspondientes que determine la Superintendencia de Servicios Públicos, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales a que haya lugar."

Adicionalmente, la **CREG** prevé la posibilidad de que el distribuidor niegue el servicio, aun cuando el instalador es idóneo por razones técnicas que deben ser probadas y deben estar previstas en el contrato de suministro.

Una empresa que quiera acreditarse como idónea para construir e instalar redes internas debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Certificación de conformidad del personal¹⁷ expedido por un organismo de certificación de personas, acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el **ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE COLOMBIA (ONAC)**¹⁸.
- Inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores de la Superintendencia de Industria y Comercio¹⁹.
- Estar legalmente inscrito en la Cámara de Comercio correspondiente al municipio en el que prestará el servicio.
- Contar con el **REGISTRO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA (RIT)** y **REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO (RUT)** actualizado.

De otra parte, es importante anotar que por lo general, el pago de la construcción e instalación de las redes internas para el suministro de gas natural domiciliario que debe pagar cada usuario es financiado a varias cuotas y cobrado a través de la factura expedida por el respectivo distribuidor de dicho servicio público. Esta facilidad resulta deseable para lograr el objetivo de conectar a todo el respectivo municipio a la red de gas natural, ya que generalmente, las características sociodemográficas de la población potencial a atender en el mercado, hacen que se requieran esquemas que le permitan incurrir en el costo fijo de instalar redes internas sin que se viera significativamente afectado su poder adquisitivo para los demás bienes y servicios de primera necesidad.

En el presente caso, para el proceso de gasificación en La Mesa, la Alcaldía de dicho municipio desarrolló un sistema con el distribuidor de gas natural domiciliario de la región (**FENOSA**) que permitía a los usuarios un esquema de financiamiento en el que el servicio de instalación de redes internas para el suministro de gas natural era cobrado entre 0 y 36 cuotas, a través de la factura del servicio público²⁰. De esta manera, teniendo en cuenta que los hogares que pretendían adquirir el servicio de gas natural por tuberías eran de estratos 1, 2 y 3, es claro para este Despacho que contar con un esquema de financiamiento del costo fijo de la instalación de redes internas resultó determinante para la decisión de los hogares de adquirir o no el servicio.

De acuerdo con lo anterior, empresas instaladoras de redes internas que pudiesen ofrecer el programa de financiamiento a través de **FENOSA**, versus aquellas que tuvieran que requerir el pago del servicio de contado, ganarían una ventaja significativa por cuanto, de no existir dichos esquemas, el número de hogares dispuestos a adquirir el servicio sería estrictamente menor al que realmente lo hizo.

Vistas las anteriores características del mercado, para este Despacho es importante resaltar en este punto que, pese a que la regulación expedida por la **CREG** sobre la actividad de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario impone a las empresas

¹⁷ Literal g de la Resolución SIC No. 14471 de 2002.

¹⁸ Numeral 1 del artículo 5 del Decreto ONAC 4738 de 2008.

¹⁹ Numeral 1.2.6.5. de la Resolución SIC No. 14471 de 2002.

²⁰ Carta de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas del municipio de La Mesa al Consejo Municipal de La Mesa, explicando el proceso para la instalación de redes internas de gas natural en el municipio. Folios 958 a 961 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

obligaciones y requisitos para participar en el mercado, el mismo debe ser libremente concurrido por todas aquellas empresas que cumplan dichos requisitos.

Puntualmente, el párrafo del artículo 108 de la Resolución CREG No. 57 de 1996 indica que: "[l]a red interna no será negocio exclusivo del distribuidor y por lo tanto, cualquier persona calificada e idónea podrá prestar el servicio". Lo anterior es particularmente relevante en el presente caso, pues resulta claro que ni la empresa distribuidora ni cualquier otro agente de mercado (incluyendo el municipio) puede, por un lado, imponerle al consumidor la empresa encargada de construir e instalar la red interna, y por otro lado, obstruir la libre concurrencia en el mercado de constructores e instaladores de redes internas de gas natural.

Al respecto, es importante resaltar nuevamente que la libre competencia económica en los mercados, trátese del de construcción de redes internas de gas o cualquier otro es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, etc.

Así, en un mercado como el de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural, la falta de libre competencia entre las empresas participantes a través de acuerdos anticompetitivos como el que acá se investigó redundaría potencialmente en precios más altos por los servicios ofrecidos, menor calidad en la atención al cliente y, en general, en un menor bienestar para los consumidores.

7.3.1.2.2. Estructura del mercado

En 2013 existieron 1.876 suscriptores del servicio de gas natural en La Mesa, 93% de los cuales correspondieron a usuarios residenciales pertenecientes a estratos 1, 2 y 3²¹. Durante el mismo periodo de tiempo, 7 empresas instaladoras de redes internas estuvieron activas en el mercado y prestaron sus servicios, tal y como se evidencia en la siguiente tabla:

Tabla 1. Empresas instaladoras de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa Cundinamarca – 2013

EMPRESA	INSTALACIONES	PARTICIPACIÓN (%)
REINGEGAS S.A.S.	1135	60,50%
CÁCERES SOLANO LUDY FERNANDA/ SEG 3A GAS DE COLOMBIA	359	19,14%
ARIBUK S.A.S.	354	18,87%
RAINBOW ENERGY S.A.S.	10	0,53%
KALIGAS 2 S.A.S. / MARLENY BUITRAGO PEÑA	8	0,43%
MECCISS E.U.	7	0,37%
CIMECOL LTDA.	3	0,16%
Total	1876	100%

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio²².

²¹ Folio 329 del Cuaderno Reservado No. 1 FENOSA del expediente.

²² Con información que reposa en el Folio 329 del Cuaderno Reservado No. 1 FENOSA del Expediente. Esta Superintendencia constató que entre 2012 y 2013, de las diez (10) firmas reportadas inicialmente como instaladoras de redes internas de gas natural domiciliario en La Mesa-Cundinamarca por parte de FENOSA, tres (3) de ellas no prestaron servicios de instalación en el municipio de La Mesa-Cundinamarca durante el periodo investigado.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

De la tabla es posible establecer que el 98.5% de las instalaciones de redes internas de gas natural en La Mesa durante el periodo objeto de análisis fueron realizadas por las empresas cartelizadas investigadas, es decir, **REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** como propietaria del establecimiento **SEG 3A**, Las cuatro (4) empresas restantes apenas sirvieron el 1.5% del mercado.

El Despacho calculó algunos índices que dan cuenta del nivel de concentración del mercado, y cuyos resultados se presentan en la siguiente tabla:

Tabla 2. Índices de concentración en el mercado de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa Cundinamarca – 2013

ÍNDICE	2013
CR2 ²³	79,6%
CR4	99%
HHI ²⁴	4.383

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio²⁵.

De la información presentada anteriormente es evidente que el mercado de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa estaba altamente concentrado durante el 2013. Esto ilustra la ausencia de multiplicidad de agentes oferentes, más aun teniendo en cuenta que los cuatro (4) pequeños no lograron instalar más de diez (10) redes internas, de forma individual.

Lo anterior da cuenta de la gravedad que podría tener la conducta investigada, si se tiene en cuenta que al estar dicho mercado tan altamente concentrado, de entrada ya presentaba distorsiones, por lo que la cartelización que se presentó entre las tres (3) empresas que ostentaban el 98.5% de participación en el mismo, eliminó cualquier vestigio restante de competencia.

7.3.2. Sobre el acuerdo para fijar los precios de las construcciones e instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa - Cundinamarca

Este Despacho encontró plenamente demostrado con el material probatorio obrante en el Expediente, que **REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** como propietaria del establecimiento **SEG 3A**, participaron en una práctica anticompetitiva consistente en un cartel empresarial para fijar los precios de las construcciones e instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa – Cundinamarca (infracción al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992). Adicionalmente, como se explicará en un acápite posterior, para el Despacho se encuentra también demostrado que esta conducta fue propiciada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, con lo cual dicha entidad habría infringido lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155

²³ La razón de concentración es un indicador que mide las participaciones de mercado acumuladas de las k firmas más grandes del mercado, de la siguiente manera:

$$C_k = \sum_{i=1}^k s_i$$

Donde s_i es la participación de mercado de la firma i . Para mayor detalle ver: Miller, R. Marginal Concentration Ratios and Industrial Profit Rates: Some Empirical Results of Oligopoly Behavior. Southern Economic Journal, 34(2), 259-267.1967.

²⁴ El índice de Herfindahl y Hirschmann (HHI) es un índice de concentración de mercado que se calcula a partir de la suma de los cuadrados de las participaciones de mercado de las firmas que lo componen.

$$HHI = \sum_{i=1}^N s_i^2$$

Donde s_i es la participación porcentual de mercado de la firma i y N es el número de firmas presentes en el mercado. El HHI toma valores entre 0 (correspondiente a un mercado en competencia perfecta) y 10000 (que se obtiene cuando el mercado es un monopolio). De acuerdo al Departamento de Justicia y a la Comisión Federal de Comercio, niveles superiores a 2500 corresponden a mercados altamente concentrados. Para mayor detalle ver: Herfindahl, O. *Concentration in the U.S. Steel Industry (Doctoral Dissertation)*. Columbia University, 1950; Hirschman, A. *National Power and the Structure of Foreign Trade*. Berkeley: University of California Press, Bureau of Business and Economic Research, 1945; y, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. (2010). *Horizontal Merger Guidelines*.

²⁵ Con información que reposa en el Folio 323 del Cuaderno Reservado No. 1 **FENOSA** del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

de 1959, por implementar una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia.

En efecto, las pruebas del Expediente dan cuenta de que el cartel empresarial investigado tuvo como propósito fijar artificialmente los precios de las construcciones e instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa – Cundinamarca realizadas por **REINGEGAS**, **ARIBUK** y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** como propietaria del establecimiento **SEG 3A**, quienes, como se indicó anteriormente, ostentaban el 98% de dicho mercado en ese municipio. Esta conducta se fraguó en detrimento de los usuarios que requerían de dicha instalación para acceder al servicio público de gas natural, toda vez que los investigados acordaron renunciar a competir en precios y de esta manera evitar que los usuarios lograran obtener mejores precios de acuerdo a la oferta y demanda en un mercado en el que debería prevalecer la libre competencia.

El cartel empresarial investigado tuvo su génesis en la decisión inicial de la **ALCALDÍA DE LA MESA** de seleccionar a **REINGEGAS** para que fuera la empresa autorizada para ejecutar la construcción e instalación de las redes internas en el marco del proceso de gasificación que pretendía adelantarse en el municipio de La Mesa. Dicha selección fue comunicada por la **ALCALDÍA DE LA MESA** a **FENOSA** mediante oficio del 28 de mayo de 2012, en los siguientes términos:

**"DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
ALCALDÍA MUNICIPAL LA MESA**

La Mesa, Cundinamarca 28 de mayo de 2012

Señores:

GAS NATURAL FENOSA

Atn. Dra. Fabiola Rodríguez Delgado

REF: PROCESO DE GASIFICACIÓN

Cordial Saludo:

(...)

La Alcaldía ha determinado que las redes internas sean ejecutadas por REINGEGAS LTDA., siendo esta empresa la que cumple a cabalidad con las expectativas determinadas por la entidad.

Por lo anterior, les solicitamos se realice el procedimiento para que se efectúe un trabajo en equipo y llevar a un feliz término este proyecto.

(...)

Cordialmente,

RODRIGO GUARÍN LESMES

Alcalde Municipal

Proyectó: JAVIER ALEJANDRO PEREZ ROJAS

(...)²⁶.

Posteriormente, mediante comunicación del 1 de agosto de 2012, la **ALCALDÍA DE LA MESA** informó a **FENOSA** que **SEG 3A** y **ARIBUK** serían las empresas seleccionadas para ejecutar la construcción e instalación de las redes internas de gas domiciliario en el municipio de La Mesa. Estas empresas, junto con **REINGEGAS**, que ya había comenzado su actividad en el municipio, serían las únicas seleccionadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA** para desarrollar esta labor. La comunicación referida fue escrita en los siguientes términos:

²⁶ Folio 361 del Cuaderno Público No 3 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

**"REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
ALCALDÍA MUNICIPAL LA MESA**

La Mesa, Cundinamarca 01 de agosto de 2012

Señores:

GAS NATURAL FENOSA

Doctora Fabiola Rodríguez Delgado
Ciudad

Asunto: PROCESO DE GASIFICACIÓN MUNICIPIO DE LA MESA

De conformidad con la carta de compromiso de fecha 16 del mes de abril de 2.012, suscrita entre la alcaldía de La Mesa, la Secretaría de Minas y Energía de Cundinamarca, y la Empresa Gas Natural Fenosa, con el propósito de desarrollar el proceso de gasificación que adelanta el municipio en beneficio de su población y en cumplimiento del plan de desarrollo "La Mesa, apacible para vivir, atractiva para invertir", me permito oficializar ante su despacho la decisión de la administración en relación con las obras de instalaciones internas domiciliarias.

Una vez revisado el Registro único de firmas instaladoras RUFÍ y el Ranking presentado por la empresa Gas Natural Fenosa, correspondientes a la compañías que ofrecen el servicio de instalaciones internas, el cual refleja a cabalidad la calidad del servicios (sic), el respectivo convenio ante Gas natural (sic) y registro de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinó que las firmas instaladoras que ejecutaran (sic) y/o construirá (sic) las instalaciones domiciliarias en el municipio será (sic): SEG 3A GAS DE COLOMBIA representante legal LUDY FERNANDA CACERES SOLANO, CC.52.548.090 de Bogotá; ARIBUK S.A.S. representa (sic) legal HERNAN ARIAS RIAÑO con CC: 79.306.084 de Bogotá; prerepresentante (sic) legal LUIS ALBERTO SUAREZ CASALLAS CC. 19.419.588 de Bogotá, en razón a que cumplen a cabalidad con las expectativas determinadas por la respectiva empresa.

Por lo anterior, requerimos se adelante (sic) las gestiones pertinentes para la ejecución del referido proyecto, así como también, hacernos llegar cronograma de actividades del desarrollo del proyecto en el municipio para efectuar la (sic) labores de seguimiento correspondiente.

RODRIGO GUARÍN LESMES

Alcalde

(...)²⁷ (Subraya fuera de texto).

Como puede observarse, a partir de la comunicación enviada a **FENOSA** se entiende que las únicas empresas seleccionadas y autorizadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA** para ejecutar la construcción e instalación de las redes internas de gas domiciliario en el municipio de La Mesa serían **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**.

Al respecto, debe ponerse de presente que las tres (3) empresas acá investigadas (**REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**), al haber sido las únicas seleccionadas y autorizadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA** para construir e instalar las redes internas de gas en el municipio de La Mesa, obtuvieron automáticamente su inclusión en un "Convenio de Colaboración Comercial" con **FENOSA**, que les permitía ofrecer sus servicios a los usuarios con financiación a través de la factura de gas natural²⁸. Frente a esta circunstancia, vale la pena reiterar lo expuesto anteriormente en la descripción del mercado afectado, en el sentido que para una empresa participante del mercado de construcción e instalación de redes internas de gas en un municipio con características socioeconómicas como La Mesa, contar con la facilidad de poder ofrecer pago con financiación a través de las facturas del distribuidor de gas constituye ciertamente una ventaja competitiva frente a las demás empresas que no cuentan con dicha posibilidad. Lo anterior toda vez que la opción de pago de contado frente a una opción de financiación resulta en un aspecto determinante de la decisión de los consumidores

²⁷ Folio 166 del Cuaderno Reservado No 1 del Expediente.

²⁸ Folio 167 del Cuaderno Reservado No 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

de adquirir el servicio, particularmente, en estratos 1, 2 y 3 a los que pertenecía más del 90% de la población de La Mesa.

Una vez **SEG 3A** y **ARIBUK** fueron seleccionadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA** para construir las redes internas de gas del municipio, mediante comunicación del 8 de agosto de 2012, manifestaron conjuntamente su agradecimiento al municipio, tal y como se muestra a continuación. Nótese que además de haber suscrito la comunicación conjuntamente, **SEG 3A** y **ARIBUK** indicaron que funcionarían en la misma ubicación, lo cual de entrada resulta sugestivo en el sentido que dos competidores directos compartirían sus instalaciones²⁹.

"La Mesa, Agosto 08 de 2012

Señores
ALCALDÍA MUNICIPAL LA MESA (Cundinamarca)
Dr. Rodrigo Guarín
Ciudad

Asunto: Solicitud permiso de funcionamiento

La presente es para agradecerle el haber tenido en cuenta a nuestras compañías ARIBUK SAS y SEG 3A, para la comercialización y construcción de las instalaciones domiciliarias y comerciales dentro del casco urbano de su municipio.

Es un gran privilegio poder contar con su confianza; y fieles al compromiso con nuestros futuros clientes mesunos, y poder desarrollar tan importante proyecto, como lo es el suministro de Gas Natural.

Para dar inicio a la comercialización, nos permitimos comunicar, que nuestras compañías ARIBUK SAS y SEG 3A, estarán ubicadas para su funcionamiento en la dirección Cll. 8 No. 21ª-50 en la Mesa (Cundinamarca) barrio El Centro, cuyo predio es propiedad de la Sra. Bárbara Guzmán.

(...)

Cordialmente

HERNAN ARIAS
Gerente General
ARIBUK SAS

LUDY FERNANDA CACERES
Gerente General
SEG 3A

(...)³⁰ (Subraya fuera de texto).

Posteriormente, la evidencia obrante en el Expediente da cuenta de que el 16 de agosto de 2012 se celebró en el municipio una reunión auspiciada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, en la que participaron las tres empresas instaladoras de redes investigadas (**REINGEGAS**, **SEG 3A** y **ARIBUK**) junto con **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, en representación de la **ALCALDÍA DE LA MESA** como Secretario de Obras Públicas.

El propósito de esta reunión, tal y como consta en el acta de la misma, denominada "ACTA DE ACUERDO", fue el de "establecer los parámetros con que se va a ejecutar el proyecto de instalaciones internas de gas domiciliario". Nótese que de entrada, el propósito mismo de la mencionada reunión comporta una situación en la que los participantes del mercado en cuestión se disponen a acordar las condiciones en las que entrarán a competir al mercado, entre las que incluso se encontraba el precio que debería cobrarse a los usuarios. Esto sin duda, es la definición misma de un cartel empresarial.

Para mayor ilustración, a continuación se presenta una imagen completa del "ACTA DE ACUERDO" obrante en el Expediente:

²⁹ Al respecto, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** señaló lo siguiente en sus observaciones al Informe Motivado. Nótese que admite que en muchas oportunidades se ayuda y asisten entre competidores: "sin desconocer que en muchas oportunidades requerimos de manera recíproca la ayuda o asistencia técnica en asuntos complejos de nuestra actividad comercial".

³⁰ Folio 503 del Cuaderno Reservado SIC No. 2 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 1. Acta del acuerdo suscrita por los investigados



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
ALCALDÍA MUNICIPAL LA MESA

ACTA DE ACUERDO

En el municipio de La Mesa Cundinamarca el día 16 de agosto de 2012 se reunieron las firmas instaladoras REINGEGAS LTDA., SEG 3 A GAS DE COLOMBIA y ARIBUK y el Secretario de Obras Públicas para establecer los parámetros con que se va a ejecutar el proyecto de instalaciones internas de gas domiciliario.

1. El Pagare que firma el usuario deberá estar debidamente diligenciado y soportado con el formato de la cotización de los trabajos a realizar y con su correspondiente valor y material.
2. Se establece una lista de precios sugerido por metro lineal e ítems adicionales que requieran por condiciones técnicas.
3. Se comercializara con dos (2) tipos de materiales certificados COBRE TIPO L y PE AL PE.
4. Los subsidios serán únicamente para los estratos 1 y 2.
5. Ninguna de las firmas instaladoras podrá bajo ninguna circunstancia realizar venta, comercialización de instalaciones en las zonas de afectación y que no estén en la red de distribución urbana definida por Gas Natural Fenosa.
6. Si algún usuario desea cancelar de contado lo podrá realizar tres (3) días antes de que la firma instaladora radique la documentación ante Gas Natural Fenosa y reciba los trabajos a conformidad, previa construcción de las redes de distribución urbana definida por Gas Natural Fenosa.
7. Las firmas instaladoras suscribirán una póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual.
8. Las firmas instaladoras SEG 3 A GAS DE COLOMBIA y ARIBUK respetaran las cajas o nichos instalados para los centros de medición a la empresa REINGEGAS LTDA que fueron instaladas hasta el día 15 de agosto de 2012.
9. Queda terminantemente prohibida la comercialización en los conjuntos de apartamentos o casas hasta nueva orden de la alcaldía.
10. Se realizaran comités técnicos mensualmente con el fin de hacer evaluación de los trabajos ejecutados.

"La Mesa, apacible para vivir, atractiva para invertir"
Calle 8 Cra. 21 esquina TEL: 091 8472 009/225 Telefax 0918472 221
Correo electrónico: obraspublicas@lamesa-cundinamarca.gov.co

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
ALCALDÍA MUNICIPAL LA MESA

11. Se acuerda que la firma REINGEGAS LTDA podrá continuar su comercialización a partir del 21 de Diciembre de 2012 junto con las otras dos firmas.

12. La firma que **INCUMPLA** con lo estipulado anteriormente expuesto la alcaldía oficiara a Gas Natural Fenosa para que se retire el convenio que contaba para la financiación.

Se firma a los dieciséis (16) días del mes de agosto de 2012 por las personas que intervinieron:

CARLOS SUÁREZ ROJAS
Representante Legal
REINGEGAS LTDA.,

ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS
Representante Legal
SEG 3 A GAS DE COLOMBIA

HERNÁN ARIAS RIAÑO
Representante Legal
ARIBUK

JAVIER PÉREZ ROJAS
Secretario de Obras Públicas

"La Mesa, espacio para vivir, atractiva para invertir"
Calle 8 Cra. 21 esquina TEL: 091 8472 009/225 Telefax 0918472 221
Correo electrónico: obraspublicas@lamesa-cundinamarca.gov.co

Fuente: Folios 161 y 162 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Como puede observarse en la imagen del "ACTA DE ACUERDO", además de acordar los precios que se ofrecerían a los usuarios (punto 2), las empresas investigadas estipularon como mecanismo de coerción ante una posible desviación del cartel, que el castigo ante cualquier eventual incumplimiento sería la pérdida del convenio con **FENOSA** que les permitía ofrecer sus servicios con financiación. Recuérdese que, como se explicó en detalle anteriormente, la posibilidad de ofrecer al usuario un pago con financiación constituye una ventaja competitiva fundamental que ninguna empresa desearía perder una vez haya tenido acceso a la misma.

En este sentido, y tal y como lo señaló la Delegatura en el Informe Motivado, la importancia del sistema de financiación mencionado quedó demostrada con múltiples pruebas obrantes en el Expediente, como lo fue el testimonio de **MAURICIO BELLO PACHÓN** (Asesor Comercial de **REINGEGAS**), quien afirmó lo siguiente en la audiencia rendida ante esta Entidad³¹:

"Pregunta de un investigado: ¿qué relevancia tiene el sistema de financiación que usted había comentado previamente, es relevante para las empresas o si es fundamental para ellas?

³¹ Declaración rendida el 18 de octubre de 2018 obrante a folio 2601 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente Min. 32:36.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

MAURICIO BELLO PACHÓN: *es importante porque finalmente el cliente adquiere el servicio y no tiene que dar ningún tipo de dinero, lo empieza a pagar a través de la factura bien sea a 24 o 36 meses, entonces el cliente se da cuenta que va a obtener el servicio y no va a tener que sacar dinero en el momento.*

(...)

Pregunta de un investigado: *Para claridad, ¿es o no es importante?*

MAURICIO BELLO PACHÓN: *Es muy importante porque eso nos da seguridad ante el cliente, nos da confianza (...)"*.

En el mismo sentido, **RAÚL ENCISO CASTAÑEDA** (Asesor Comercial de **REINGEGAS**) afirmó lo siguiente³²:

"Delegatura: *El pago cómo lo acordaba con el usuario ¿pago de contado o pago con financiación?*

RAÚL ENCISO CASTAÑEDA: *Se le ofrecía ambas opciones.*

DESPACHO: *¿Y podría usted destacar en la mayoría de veces el usuario qué prefería?*

RAÚL ENCISO CASTAÑEDA: *Financiado".*

Como puede observarse de la evidencia presentada hasta este punto, es claro que las empresas investigadas acordaron los precios de sus servicios de instalación y construcción de redes internas de gas en el municipio de La Mesa, lo cual consta en el documento denominado "ACTA DE ACUERDO" suscrito por las mismas. Así mismo, se encuentra acreditado que las investigadas también pactaron que un eventual incumplimiento del acuerdo sería castigado con la salida del convenio de financiación que tenían con **FENOSA**, del cual se ha demostrado que constituye una ventaja competitiva esencial.

Ahora bien, a continuación se presenta una imagen de la "Lista de precios" a la que hace referencia el punto 2 del "ACTA DE ACUERDO", la cual, como podrá observarse, tendría vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013, lo cual da cuenta de que el cartel permaneció en el tiempo al menos hasta esa fecha. Tal y como lo señaló la Delegatura, copias de este documento fueron entregadas por **ARIBUK**³³, **SEG 3A**³⁴ y la **ALCALDÍA DE LA MESA**³⁵, al paso que fue reconocido por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) en su declaración del 17 de octubre de 2018³⁶ y por el Secretario de Obras Públicas, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** en su declaración del 24 de enero de 2013³⁷.

³² Folio 2603 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Min. 18:04.

³³ Folio 218 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³⁴ Folio 257 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³⁵ Folio 160 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁶ Folio 2595 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Min 26:30.

³⁷ Folio 552 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. MIN 8:14 a 8:35 y 18:02 a 18:55.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 2. Lista de precios

**LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA.,
SEG 3A GAS DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA
CUNDINAMARCA
VIGENCIA 31 DE DICIEMBRE 2013**

PRECIOS A FINANCIAR CON LA FACTURA DE GAS NATURAL

LONGITUD EN METROS	VALOR PE AL PE	VALOR EN COBRE
6	\$ 475.000	\$ 530.000
7	\$ 488.000	\$ 560.000
8	\$ 501.000	\$ 590.000
9	\$ 514.000	\$ 620.000
10	\$ 527.000	\$ 650.000
11	\$ 540.000	\$ 680.000
12	\$ 553.000	\$ 710.000
13	\$ 566.000	\$ 740.000
14	\$ 579.000	\$ 770.000
15	\$ 592.000	\$ 800.000
16	\$ 605.000	\$ 830.000
17	\$ 618.000	\$ 860.000
18	\$ 631.000	\$ 890.000
19	\$ 644.000	\$ 920.000
20	\$ 657.000	\$ 950.000
21	\$ 670.000	\$ 980.000
22	\$ 683.000	\$ 1.010.000
23	\$ 696.000	\$ 1.040.000
24	\$ 709.000	\$ 1.070.000

COSTOS DE TRABAJO ADICIONALES DONDE SE REQUIERAN POR CONDICIONES TÉCNICAS		
DESCRIPCION	VALOR PE AL PE	VALOR COBRE
PUNTO ADICIONAL HASTA 3 MTS	\$ 120.000	\$ 170.000
METRO ADICIONAL EN TUBERIA DE 1/2	\$ 13.000	\$ 30.000
METRO ADICIONAL EN TUBERIA DE 3/4	\$ 25.000	\$ 50.000
REJILLA ADICIONAL DE 20 X 20	\$ 40.000	\$ 40.000
REJILLA ADICIONAL DE 20 X 40 METALICA	\$ 60.000	\$ 60.000
REGATA POR METRO LINEAL	\$ 12.000	\$ 12.000
MANGUERA SEDAL DE 1 MT INSTALADA	\$ 40.000	\$ 40.000
METRO CORAZA BLANCA	\$ 5.000	\$ 5.000
MURO PARA CAJA O NICHÓ CON COLUMNAS	\$ 180.000	\$ 180.000

NOTA: SI SE CANCELA DE CONTADO TENDRA UN DESCUENTO DEL 10 % Y SE CANCELARA TRES (3) DIAS ANTES DE LA RADICACION DE LA PAPELERIA ANTE GAS NATURAL FENOSA PREVIA COMUNICACIÓN Y AUTORIZACION DEL USUARIO CON LA FIRMA INSTALADORA

EL VALOR DE LOS DERECHOS DE CONEXIÓN Y MEDIDOR ES DE \$ 489.190 VIGENCIA 2.012

Fuente: Folio 218 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Como puede observarse, además de acordar los valores de la instalación por metro y material, las empresas investigadas también acordaron los valores por trabajos adicionales e incluso posibles descuentos hasta por lo menos el 31 de diciembre de 2013.

En línea con lo anterior, a continuación se presenta una imagen de las comunicaciones difundidas por una de las empresas investigadas a la población del municipio de La Mesa, para efectos de la ejecución de los acuerdos alcanzados con sus competidoras (también investigadas) en virtud del cartel de precios que conformaron. Como puede verse, en la comunicación se aprecia la manera en que las empresas investigadas informaron a la población sobre el acuerdo entre ellas respecto de los precios de las instalaciones internas de gas.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 3. Comunicación REINGEGAS



REINGEGAS
LTDA.

Primer Instaladora de Gas Natural S.A. E.S.P.
NIT 530.048.206-1

**REDES E INGENIERÍA
DE GAS NATURAL**

NOTIFICACION



Señor (a) Leer completamente
USUARIO (A)
 La Mesa, Cundinamarca

Respetada:

Reciba un cordial saludo y de antemano agradecemos la confianza depositada en nuestra compañía al elegimos como la firma que ejecutara su instalación y puesta en servicio del gas natural en su predio. Por lo anterior le informamos lo siguiente:

De acuerdo a la solicitud de la comunidad Mesuna se efectuará una evaluación y re-cotización al valor de la instalación interna; cobrando por metro instalado.

Esta decisión, se tomo con base aún acuerdo al que se llego con las compañías que están ofreciendo el servicio; donde todos manejaremos los mismos valores.

Vale la pena aclarar que tiene la facilidad de financiar el 100% a través de la factura mensual; o en su defecto realizar abonos a capital desde el momento que obtenga el servicio.

Próximamente le estará visitando un Ejecutivo de Ventas de Nuestra compañía Reingegas Ltda; debidamente identificado para despejar todas sus inquietudes.

Le recomendamos no firmar ningún documento al personal que no se identifique como funcionario de nuestra compañía.

Agradecemos su gentil atención.

Atentamente,



CARLOS H. SUAREZ
Director Comercial

Copia: Ar-RE

CALLE 8 - No. 17 - 25 TELFONOS: 3214183378 - 315 843 5956 LA MESA CUNDINAMARCA
CALLE 26 SUR # 52 A - 72 • PBX 710 6488 • Email: reingegas52@yahoo.es • BOGOTÁ, D.C.

Fuente: Folio 22 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. (Resaltado fuera de texto).

Como puede observarse de la comunicación que se difundió en la población del municipio de La Mesa, es una de las investigadas (**REINGEGAS**) quien admite sin reparo alguno, que junto con las otras empresas que se encontraban ofreciendo el servicio en el municipio, es decir, **SEG 3A** y **ARIBUK**, manejarían los mismos precios en virtud del acuerdo celebrado entre ellas. Nótese que con dicha afirmación, que no es otra cosa que la descripción de un cartel empresarial, las empresas investigadas ponen de presente a los usuarios del servicio público de gas natural del municipio de La Mesa que bajo ningún escenario tendrán la posibilidad de acceder a un precio mejor en virtud del libre juego de la competencia, toda vez que las tres (3) únicas empresas que ofrecen el servicio en dicho municipio, y que contaban con el programa de financiación de **FENOSA**, decidieron cartelizarse para evitar cualquier rivalidad entre ellas en perjuicio de la población.

En conclusión, a partir de las pruebas obrantes en el Expediente presentadas anteriormente, para este Despacho se encuentra plenamente demostrado que **REINGEGAS**, **SEG 3A** y **ARIBUK** celebraron un acuerdo ilegal para fijar los precios de los servicios de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario para los habitantes del municipio de La Mesa – Cundinamarca, lo cual constituye una conducta manifiestamente anticompetitiva y proscrita por el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

7.3.3. Sobre la infracción a la prohibición general de la ALCALDÍA DE LA MESA

En la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, la Delegatura le imputó a la **ALCALDÍA DE LA MESA** la posible infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por haber presuntamente desplegado conductas tendientes a limitar la libre competencia al consentir y auspiciar el acuerdo de precios celebrado entre **REINGEGAS**, **SEG 3A** y **ARIBUK**. Particularmente, la Delegatura concluyó sobre esta imputación en los siguientes términos:

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”

Para efectos de entrar a resolver sobre esta imputación en particular, es preciso comenzar por citar el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que establece dispone lo siguiente:

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

(...)”.

La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de distintas decisiones, ha interpretado la anterior disposición como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe toda práctica que conlleve a restringir la competencia en un mercado³⁸.

Según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se reprochan tres tipos de actos³⁹:

(i) Los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros. Sobre este punto, el fin de la norma no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos, se reduzca la oferta y por ende se incrementen los precios. Al ser esta una prohibición por *objeto*, la norma no solo indica el estándar probatorio necesario para declarar la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos son de una peligrosidad tal para la libre competencia, que el mero acuerdo es por sí mismo restrictivo.

(ii) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia. De esta manera, la sola demostración de que una práctica, procedimiento o sistema tienda a limitar la competencia, da lugar a un reproche por parte del Estado.

(iii) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos. Al igual que la conducta anterior, la mera tendencia a mantener o determinar precios inequitativos, da lugar a sanción por parte de la Autoridad de Competencia.

En relación con lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido clara en señalar que el no prohibir las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia implicaría de plano permitir dichas conductas, situación que no sería acorde con la finalidad de las normas de competencia ni con la protección del orden público que su aplicación busca.

Así las cosas y con base en las anteriores consideraciones, el Despacho concuerda con el análisis de la Delegatura en su imputación y su Informe Motivado, en el sentido de que el material probatorio obrante en el Expediente administrativo prueba con suficiencia que la **ALCALDÍA DE LA MESA** infringió lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en tanto que tuvo un rol determinante en la celebración y ejecución del acuerdo de precios realizado por las empresas investigadas. Lo anterior, por cuanto (i) propició un escenario adverso a la libre competencia económica al elegir y privilegiar a **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**; (ii) indujo a los consumidores a contratar con dichas empresas; (iii) participó activamente en el acuerdo anticompetitivo; y (iv) alteró la dinámica del juego de la libre competencia económica al provocar un desplazamiento de la demanda hacia estos tres (3) agentes.

Tal y como lo estableció la Delegatura, se encuentra demostrado que, en la medida en que la **ALCALDÍA DE LA MESA** decidió otorgar exclusivamente a las tres (3) empresas acá investigadas (**REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**) su “aval” para acceder al convenio de financiación con **FENOSA**, las favoreció frente a sus demás competidoras en contra de la libre competencia que debería presentarse en todo momento en el mercado de construcción e instalación de redes internas de gas en el municipio de La Mesa.

³⁸ Resoluciones No. 6839 de 2010, 65477 de 2010 y 53403 de 2013.

³⁹ Esta clasificación ha sido compartida por la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, en la que declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En efecto, como se explicó anteriormente, si bien en el mercado afectado podría participar cualquier empresa que cumpliera con los requisitos determinados para ello por la **CREG**, el hecho de contar con el convenio con **FENOSA** para ofrecer el pago a los usuarios con financiamiento a través de la factura del servicio público de gas constituía ciertamente una ventaja competitiva fundamental, toda vez que las demás empresas únicamente podían instalar redes usando el método de pago de contado por orden de la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Prueba de la inmensa ventaja que tuvieron las investigadas en virtud del aval de la Alcaldía es que el 98,5% de las instalaciones de redes internas en el municipio de La Mesa durante el año 2013 fueron realizadas por estas empresas.

Al respecto, vale la pena poner de presente algunas declaraciones obrantes en el Expediente, correspondientes a empresas diferentes a las investigadas con intenciones de participar en este mercado, en las que resaltan la importancia de contar con el convenio de financiación con **FENOSA** que solamente era posible con un aval de la Alcaldía con el que solamente contaban **REINGEGAS**, **SEG 3A** y **ARIBUK**.

La empresa instaladora **MECCISS**, denunciante en la presente actuación, a través de su representante legal afirmó lo siguiente en su declaración del 19 de octubre de 2018⁴⁰ sobre su incursión en el mercado de instalaciones de redes en La Mesa y la importancia de financiación a través de **FENOSA**:

"(...)

MECCISS S.A.S.: *Es que el mercado así es un poco difícil cuando hay financiación y cuando una empresa se va a vender netamente de contado, entonces es difícil ni por más de que uno quisiera darle más crédito propio pero pues uno no se puede sostener porque es una empresa pequeña, entonces pues nosotros pues si hubiese sido con financiación, créame que hubiéramos de pronto logrado un buen porcentaje de ventas. No es que no nos hayan dejado, lo que pasa es que el mercado se tornó difícil fue por eso, porque no teníamos financiación.*

(...)⁴¹

Como puede observarse de la anterior declaración, la empresa relata que su incursión en el mercado de instalaciones de redes en La Mesa no fue exitosa dado que su empresa no fue seleccionada por la **ALCALDÍA DE LA MESA** y por ende no contaba con financiación ofrecida a través de **FENOSA**. Así mismo, nótese que afirmó que dicha posibilidad de financiación era un criterio importante para obtener ventas y que no contar con el mismo impedía competir en igualdad de condiciones.

Por su parte, la empresa instaladora **RAINBOW ENERGY S.A.S.**, a través de su representante legal afirmó lo siguiente en testimonio del 25 de octubre de 2018⁴². Nótese que tal y como el caso anterior, señaló que el hecho de no haber podido obtener el convenio de financiación le impidió competir en un marco de igualdad de condiciones:

"(...)

DELEGATURA: *Las empresas (...) REINGEGAS, ARIBUK y SEG 3A Gas Colombia ¿eran las únicas firmas instaladoras que estaban en La Mesa o había más?*

RAINBOW ENERGY S.A.S.: *No, que yo sepa ellos eran los que estaban y estábamos Liliana, estaba Rainbow.*

DELEGATURA: *Liliana ¿MECCISS?*

RAINBOW ENERGY S.A.S.: *Mecciss, estaba Raibow y otras dos empresas que no recuerdo el nombre que fueron a hacer lo mismo que nosotras de contado, pero ellos sí, es que no recuerdo el nombre, pero ellos sí dijeron "no esto aquí no, esto ya, ya hicieron un plan, un plan de trabajo por decirlo así: nosotros nos vamos, entonces Liliana y yo dijimos*

⁴⁰ Folio 2611 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

⁴¹ Folio 2611 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente Minuto: 18:04 a 18:50.

⁴² Folio 2669 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

pero ¿cómo nos vamos a ir? Si es aquí hay trabajo, entonces Liliana colocó su oficina, ella sí se quedó mucho más tiempo que yo, yo cuando ya me di cuenta, dije no.

(...)

DELEGATURA: ¿Cuál fue la suerte de aquellas empresas instaladoras de gas que no vendían con financiación? ¿Qué sabe usted? ¿Cómo les fue a ellos?

RAINBOW ENERGY S.A.S.: Pues que yo sepa, no les fue muy bien, no les fue muy bien porque es que es difícil que un cliente que no te conozca te dé a ti 300.000 sin conocerte y confiar de cuando te den el alta del servicio te den los otros 300.000, es muy difícil, competir así es muy difícil y más en un sector en donde se tuvo que plantear de manera correcta a la gente que habían personas que podían ir a vender de contado pero lo que primero decían los señores era –no les compramos a ellas porque sencillamente, eso no está, eso no fue lo que nos dijeron, toca con las firmas autorizadas por Gas Natural-

DELEGATURA: Lo que le dijeron a la gente y ¿quién le dijo a la gente eso?

RAINBOW ENERGY S.A.S.: No sabemos si fue el gestor, si fue el Alcalde en las reuniones que supuestamente ellos hacían con la comunidad. (...) ⁴³.

Como puede observarse, la participación de la **ALCALDÍA DE LA MESA** resultó fundamental para la concreción del cartel investigado, máxime si se tiene en cuenta que, como se verá a continuación, fue difundido en la población a través de notas de prensa provenientes de la Alcaldía y otros medios que dicha entidad había seleccionado solamente a las tres (3) empresas investigadas para realizar las instalaciones y que estas serían las únicas con financiación.

En efecto, a continuación se presenta un anuncio publicado en el periódico "FRANCOTIRADOR", en el que la **ALCALDÍA DE LA MESA** informó al público en general el nombre de las empresas que eligió para adelantar los trabajos de construcción, al paso que se hizo un llamado a la comunidad para que estuviera alerta frente a otras empresas que ofrecieran dichos servicios diferentes a las investigadas, pues estas realizarían cobros directos y se harán responsables directamente:

El texto del anuncio es el siguiente:

"Coma ya se ha venido informando par parte de la Administración Municipal en el proceso de socialización del proyecto para el suministro de Gas Natural domiciliarlo en nuestro municipio. La construcción de las instalaciones internas las realizaran firmas instaladoras, para ello Gas Natural S.A. cuenta con un registro único de firmas instaladoras (RUFÍ), en el cual se encuentran relacionadas las firmas instaladoras qua tienen registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio SIC. De esta manera Fenosa cuenta con un ranking en el cual se establecen los criterios de actuación comercial y técnica que permite evaluar la gestión de estas empresas. Por lo anterior, y en busca de dar solución a las inquietudes qua ha manifestado la comunidad, la Administración Municipal ha determinado la inclusión de dos empresas más, las cuales con anterioridad habían entregado sus respectivas propuestas que están acordes a los criterios de negociación. Estas empresas se encuentran en el primer y cuarto puesto del ranking Fenosa, **de esta manera las empresas que tienen convenio con Gas Natural Fenosa S.A. para financiar su instalación interna son CÁCERES SOLANO LUDY FERNANDA SEG 3A GAS DE COLOMBIA, ARIBUK LTDA y REINGEGAS LTDA.** Posicionadas en el Primero, Cuarto y Décimo Séptimo lugar del Ranking Fenosa. **Estas compañías NO realizaran recaudo de dineros par ningún motivo ya que el costo de las redes internas será cobrado en la factura de gas una vez entrado en funcionamiento el servicio. Es de resaltar que cualquier empresa puede realizar las instalaciones internas, por ello la Administración Municipal hace un llamado a la comunidad a estar muy alerta pues las mismas realizarán cobros directos y se harán responsables directamente.**"⁴⁴
(Negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, la información divulgada a la población por la **ALCALDÍA DE LA MESA** en medios de comunicación invitaba a los potenciales usuarios del servicio de instalación de redes a elegir entre las tres empresas avaladas por la Alcaldía (que además contaban con financiamiento

⁴³ Ídem. Min 32:11, 33:32 y 33:35.

⁴⁴ Folios 26 y 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

de **FENOSA**), frente a cualquier otra empresa que no estaba avalada por la Alcaldía, no tenía financiamiento con **FENOSA** y respecto de las cuales, según advertencia de la propia Alcaldía, "deberían tener cuidado y estar alertas porque realizarían cobros directos y se harían responsables directamente" (subraya fuera de texto). La respuesta de los potenciales usuarios inclinándose hacia las empresas propuestas por la Alcaldía es apenas obvia, lo cual, como se dijo, pudo corroborarse con el hecho de que el 98,5% de las instalaciones de redes internas en el municipio de La Mesa durante el año 2013 fueron realizadas por las investigadas.

El testimonio que se presenta a continuación por parte de una de las empresas con intenciones de participar en el mercado da cuenta de la influencia de la **ALCALDÍA DE LA MESA** en la decisión de los potenciales usuarios que terminó por favorecer a las empresas investigadas frente a sus competidores:

"(...)

RAINBOW ENERGY S.A.S.: (...) ahí fue cuando ellos cogieron fuerza [refiriéndose a los investigados] porque **por medio de la Alcaldía y otros líderes empezaron a decir que esas eran las tres empresas**, al empezar a decir que esas eran las tres empresas pues **obviamente la gente solo encontraba tres empresas ya el resto era que nosotros íbamos a ir entre comillas a "robar"**, entonces que no dejaran entrar a nadie, que tenían que ir a la Alcaldía a pedir ese permiso a ver si sí podíamos ir a golpear en las casas y pedirles el favor de que nos dejaran cotizarles a eso es lo que voy. Entonces la respuesta es, colocaron los nombres allá y se hicieron populares por eso.

DELEGATURA: Usted ha manifestado que usted fue a hacer instalaciones de contado pero en su opinión ¿era posible competir de la misma manera con estas empresas que si hacían financiación?

RAINBOW ENERGY S.A.S.: No.

DELEGATURA: ¿Por qué?

RAINBOW ENERGY S.A.S.: Por nombre, **porque no nos creían, porque pensaban que nosotras íbamos a robar, que si nos daban la primera cuota ya después no volvíamos (...)**⁴⁵.

Por último, vale la pena recoger nuevamente el contenido del "ACTA DE ACUERDO" suscrita por las empresas investigadas y la **ALCALDÍA DE LA MESA**, según el cual, era dicha entidad la encargada de ejecutar el castigo ante cualquier desviación del cartel por parte de **REINGEGAS**, **SEG 3A** y **ARIBUK**, en la medida en que, según el artículo 12 de dicho documento, se comprometió e hizo responsable de enviar un oficio a **FENOSA** para que procediera a "retirar del convenio de financiación" a la empresa instaladora la firma instaladora que incumpliera lo convenido.

Por todo lo anterior, este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura en el sentido de sancionar a la **ALCALDÍA DE LA MESA**, en tanto se encuentra acreditado con la evidencia obrante en el Expediente que auspició la celebración y el cumplimiento de un acuerdo anticompetitivo entre las empresas prestadoras del servicio de instalación de redes internas investigadas y, por lo tanto, implementó un sistema tendiente a limitar la libre competencia económica en desarrollo de las labores de gasificación del municipio.

7.4. Consideraciones del Despacho sobre la responsabilidad de los investigados

Según el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.
Son Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

(...)

11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y

⁴⁵ Ídem. Min. 41:20.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”

competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

(...).

Así mismo, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

“Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, 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.

(...).

A continuación procede el Despacho a determinar la responsabilidad de las empresas instaladoras de redes internas investigadas y de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, para lo cual se analizará la situación particular de cada una de ellas, para posteriormente, determinar la responsabilidad de cada una de las personas naturales vinculadas a la presente actuación.

7.4.1. Responsabilidad de REINGEGAS, SEG 3A y ARIBUK

De las pruebas obrantes en el Expediente, se evidenció que **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK** incurrieron en la conducta prevista en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al participar en un acuerdo cuyo propósito consistió en fijar los precios cobrados a los usuarios del municipio de La Mesa por la construcción e instalación de las redes internas de gas domiciliario, además de otros parámetros para operar en el mercado.

De la responsabilidad de **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK** dan cuenta múltiples pruebas obrantes en el Expediente, principalmente el acta de la reunión celebrada en el municipio de La Mesa el 16 de agosto de 2012, auspiciada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, y en la que participaron las tres empresas instaladoras de redes investigadas (**REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**) denominada “ACTA DE ACUERDO”. De acuerdo con dicha acta, las investigadas acordaron las condiciones en las que entrarían a competir en el municipio y el precio que debería cobrarse a los usuarios.

Así mismo, la responsabilidad de las empresas instaladoras investigadas se acreditó con la “Lista de precios” acordada por las investigadas, la cual estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2013, con lo cual el cartel estuvo activo hasta, por lo menos, tal fecha.

La ejecución del cartel investigado también se corroboró con comunicaciones difundidas por las empresas investigadas a la población del municipio de La Mesa, en las que informaban a la población sobre el acuerdo entre ellas respecto de los precios de las instalaciones internas de gas natural, tal y como se ilustró anteriormente.

7.4.2. Responsabilidad de la ALCALDÍA DE LA MESA

De las pruebas obrantes en el Expediente, se evidenció que la **ALCALDÍA DE LA MESA** incurrió en la conducta prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al implementar un sistema tendiente a limitar la libre competencia económica en el marco del proceso de gasificación del municipio de

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

La Mesa, en la medida en que auspició la celebración y el cumplimiento de un acuerdo en los precios entre las empresas prestadoras del servicio de instalación de redes internas investigadas.

De la responsabilidad de la **ALCALDÍA DE LA MESA** dan cuenta múltiples pruebas obrantes en el Expediente, tales como declaraciones rendidas ante esta Entidad por agentes del mercado diferentes a las investigadas, así como avisos de prensa difundidos en la población por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, que acreditan la limitación de la competencia auspiciada por la Alcaldía al favorecer a las empresas investigadas y auspiciar el acuerdo de precios celebrado entre ellas, así como de la influencia decisiva que tuvo en la decisión de los usuarios al momento de elegir la empresa que construiría las redes internas para acceder al gas natural domiciliario en cada hogar.

7.4.3. Responsabilidad de las personas naturales investigadas

Según el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.
Son Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

(...)

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.

(...)"

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. *Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

(...)

16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)"

En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene esta Superintendencia en aplicación de la normatividad referida, este Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades que la sola pertenencia de una persona a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Tiene que existir un comportamiento activo u omisivo que lo vincule específicamente con la infracción objeto de sanción⁴⁶.

En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.

⁴⁶ Resoluciones Nos. 23521 de 2015 y 16562 de 2015.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.
- Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, y haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.

En relación con este último escenario, cobran especial relevancia en el análisis: **(i)** quiénes obran como administradores de las personas jurídicas, sobre los cuales, de acuerdo con el Código de Comercio⁴⁷ y la Ley 222 de 1995⁴⁸, recaen unos deberes fiduciarios; y, **(ii)** quienes, a pesar de no ostentar la calidad de administradores, tienen una posición de rango directivo dentro de la estructura jerárquica del agente de mercado. En estos casos, la Superintendencia analizará las circunstancias del caso en concreto para determinar si de tales personas se espera que debieran conocer, o al menos debieran realizar las gestiones necesarias para enterarse de la comisión de la conducta, y haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho procede a analizar la responsabilidad de cada una de las personas naturales vinculadas a la actuación administrativa en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

7.4.3.1. CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS, representante legal de REINGEGAS

De acuerdo con la evidencia obrante en el Expediente, quedó demostrado que **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, en su calidad de representante legal de **REINGEGAS**, participó en la estructuración y ejecución del cartel de precios descrito en el presente acto administrativo.

Como prueba de lo anterior, se pone de presente su participación en la reunión celebrada el 16 de agosto de 2012 y auspiciada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, cuyo objetivo, tal y como consta en el "ACTA DE ACUERDO", fue el de "establecer los parámetros con que se va a ejecutar el proyecto de instalaciones internas de gas domiciliario". Se resalta que tal documento, que recogió el acuerdo anticompetitivo objeto de estudio, fue suscrito por el mismo **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**⁴⁹, hecho que da cuenta de su conocimiento, aquiescencia y conformidad respecto de lo ahí estipulado y convenido.

Incluso, la "Lista de precios" antes enunciada, fue reconocida expresamente por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** en su declaración del 17 de octubre de 2018⁵⁰, lo cual refuerza que dicho instrumento anticompetitivo –que fue validado mediante la firma del acta enunciada– efectivamente existió.

Adicionalmente, se resalta que en el Expediente obran una serie de comunicaciones difundidas por **REINGEGAS** a la población del municipio de La Mesa, en las que tal empresa reconoció sin reparo alguno que junto con las otras empresas que se encontraban ofreciendo el servicio en el municipio de manera cartelizada, y que contaban con acuerdos de colaboración comercial con **FENOSA**, esto es, **SEG 3A** y **ARIBUK**, manejarían los mismos precios en virtud del acuerdo celebrado entre ellas. Al respecto, se resalta que las mencionadas comunicaciones cuentan también con la firma de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**⁵¹, en su calidad de representante legal de **REINGEGAS**,

⁴⁷ El artículo 196 del Código de Comercio dispone: "La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad (...)".

⁴⁸ El artículo 22 de la Ley 222 de 1995, establece que: "Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones". Por su parte el artículo 23 ibidem dispone: "Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán: (...) 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. (...)".

⁴⁹ Folios 161 y 162 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁰ Folio 2595 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Min 26:30.

⁵¹ Folio 22 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

lo cual demuestra que su aval respecto del cartel de precios imputado se extendió hasta su ejecución y correspondiente difusión.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** incurrió en 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, por haber ejecutado el acuerdo de precios objeto de reproche del que hizo parte **REINGEGAS**.

7.4.3.2. HERNÁN ARIAS RIAÑO, representante legal de ARIBUK para la época de los hechos

De acuerdo con la evidencia obrante en el Expediente, quedó demostrado que **HERNÁN ARIAS RIAÑO**, en su calidad de representante legal de **ARIBUK**, también participó en la estructuración y ejecución del cartel de precios descrito en el presente acto administrativo.

Como prueba de lo anterior, se resalta que una vez **SEG 3A** y **ARIBUK** fueron seleccionadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA** para construir las redes internas de gas del municipio, estas empresas, mediante comunicación del 8 de agosto de 2012, manifestaron conjuntamente su agradecimiento al municipio e indicaron que funcionarían en la misma ubicación, lo cual, como se indicó en secciones precedentes, resulta sugestivo de comportamientos coordinados entre competidores directos, en el sentido que dos supuestos rivales comerciales compartirían sus instalaciones. Pues bien, esta comunicación se trae a colación toda vez que fue suscrita por **HERNÁN ARIAS RIAÑO** en representación de **ARIBUK**⁵², lo cual, de entrada, resulta demostrativo de su participación activa en gestiones coordinadas con la competencia en desarrollo del cartel investigado.

Adicionalmente, se pone de presente la participación de **HERNÁN ARIAS RIAÑO** en la reunión celebrada el 16 de agosto de 2012 y auspiciada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, cuyo objetivo, tal y como consta en el "ACTA DE ACUERDO" que recogió sus resultados, fue el de "establecer los parámetros con que se va a ejecutar el proyecto de instalaciones internas de gas domiciliario". Se resalta que tal documento, que recogió el acuerdo anticompetitivo objeto de estudio, fue suscrito igualmente por **HERNÁN ARIAS RIAÑO**⁵³, hecho que da cuenta de su conocimiento, aquiescencia y conformidad respecto de lo ahí estipulado y convenido.

Incluso, obran en el Expediente copias de la denominada "Lista de precios" que fueron entregadas a esta Superintendencia directamente por **ARIBUK**⁵⁴, lo cual refuerza que dicho instrumento era o debía ser plenamente conocido y avalado por **HERNÁN ARIAS RIAÑO** como su representante legal.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **HERNÁN ARIAS RIAÑO** incurrió en 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, por haber ejecutado el acuerdo de precios objeto de reproche del que hizo parte **ARIBUK**.

7.4.3.3. ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS, persona vinculada al establecimiento de comercio SEG 3A para la época de los hechos

De acuerdo con la evidencia obrante en el Expediente, quedó plenamente demostrado que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, quien para la época de los hechos estaba vinculado con el establecimiento de comercio **SEG 3A**, participó igualmente en la estructuración y ejecución del cartel de precios descrito a lo largo del presente acto administrativo.

Como prueba de lo anterior, se pone de presente su participación en la reunión celebrada el 16 de agosto de 2012 y auspiciada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, cuyo objetivo, tal y como consta en el "ACTA DE ACUERDO" que recogió sus resultados, fue el de "establecer los parámetros con que se va a ejecutar el proyecto de instalaciones internas de gas domiciliario". Se resalta que tal documento, que recogió el acuerdo anticompetitivo objeto de estudio, fue suscrito por **ALBERTO**

⁵² Folio 503 del Cuaderno Reservado SIC No. 2 del Expediente.

⁵³ Folios 161 y 162 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁴ Folio 218 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

ENRIQUE ALFARO ARIAS⁵⁵ en nombre de **SEG 3A**, hecho que da cuenta de su conocimiento, aquiescencia y conformidad respecto de lo ahí estipulado y convenido.

Así mismo, y contrario a lo manifestado en sus observaciones al Informe Motivado, la reunión del 16 de agosto de 2012 no fue la única ocasión en la que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** ha actuado y suscrito documentos vinculándose a **SEG 3A**. En efecto, tal y como lo señaló la Delegatura, el 25 de enero de 2013, en el marco de la presente actuación administrativa, la Delegatura realizó una visita administrativa en las instalaciones donde funciona el establecimiento **SEG 3A**⁵⁶ que fue atendida por el mismo **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, quien en ese entonces manifestó ser el "Gerente Comercial" de **SEG 3A**. Acto seguido, además de entregar los documentos requeridos en el transcurso de la diligencia, suscribió el Acta de Visita identificándose al pie de su firma como "Gerente".

Adicionalmente, se pone de presente que diferentes copias de la denominada "Lista de precios" fueron entregadas directamente a esta Superintendencia por parte de **SEG 3A**⁵⁷, lo cual indica que dicho instrumento era o debería ser conocido y avalado por **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** como su gerente, calidad que el mismo afirmó en la visita administrativa que recibió por parte de esta Entidad.

Es preciso anotar en este punto que el hecho de que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no ostentara la calidad de representante legal de **SEG 3A** resulta irrelevante a efectos de determinar su responsabilidad en la presente actuación administrativa. Sobre el particular, se aclara que la conducta imputada y sancionada, consistente en un acuerdo de los precios que debían regir para las instalaciones de redes internas de gas domiciliario en el municipio de La Mesa, resulta reprochable no en atención al carácter formal o informal del documento donde fue consignado, ni mucho menos en atención a la debida o indebida representación que ejercieron sus asistentes frente a sus respectivas empresas. El juicio de reproche frente a tal comportamiento se erige en atención a su contenido mismo (acuerdo de fijación de precios), y se sustenta en su acatamiento por parte de las empresas investigadas y, sobre todo, en su correspondiente implementación. Por ende, de nada vale la defensa consistente en que los asistentes no contaban con poder especial para vincular a las empresas que representaban si, en todo caso, las empresas y personas naturales investigadas conocieron del acuerdo y lo implementaron en la práctica, como efectivamente se demostró en la presente actuación administrativa.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** incurrió en 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, por haber facilitado el acuerdo de precios objeto de reproche del que hizo parte **SEG 3A**.

7.4.3.4. JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS, Secretario de Obras Públicas de la Alcaldía Municipal de La Mesa para la época de los hechos.

De acuerdo con la evidencia obrante en el Expediente, quedó demostrado que **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, en su calidad de Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para la época de los hechos, participó en la práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia implementado por la **ALCALDÍA DE LA MESA** en el marco del proceso de gasificación que tuvo lugar en dicho municipio, el cual generó una afectación a la libre competencia económica en el mercado de la instalación de redes internas de gas domiciliario de dicha localidad.

Como prueba de lo anterior, se pone de presente su participación en la reunión celebrada el 16 de agosto de 2012 y auspiciada por la **ALCALDÍA DE LA MESA** –autoridad local que, en el marco de tal encuentro, estaba representada directamente por él–. El objetivo de dicho encuentro, tal y como consta en el "ACTA DE ACUERDO" que recogió sus resultados, fue el de "establecer los parámetros con que se va a ejecutar el proyecto de instalaciones internas de gas domiciliario", lo cual deja ver que la iniciativa de la **ALCALDÍA DE LA MESA** tenía desde su propia concepción un fin

⁵⁵ Folios 161 y 162 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁶ Folios 237 a 239 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵⁷ Folio 257 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”

abiertamente anticompetitivo (fijar las condiciones de competencia de un mercado determinado). A partir de lo anterior, este Despacho considera que la sola participación de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** en este espacio en nombre de la autoridad local convocante, da cuenta de un comportamiento reprochable, independientemente de las razones que tuvo para ello y que señaló en sus observaciones al Informe Motivado, tales como la de proteger a los ciudadanos de posibles fraudes y garantizar el buen uso de los recursos públicos, objetivo que además no sería logrado en el marco de un acuerdo de fijación de precios

Se resalta además que la referida “ACTA DE ACUERDO”, que recogió el acuerdo anticompetitivo objeto de estudio, fue también suscrita por **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**⁵⁸ en su calidad de Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, hecho que da cuenta no solo de su conocimiento, aquiescencia y conformidad respecto de lo ahí estipulado y convenido, sino de su efectivo apoyo y aval en nombre de la autoridad local.

Incluso, la “Lista de precios” antes enunciada fue reconocida expresamente por **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** en su declaración del 24 de enero de 2013⁵⁹, lo cual da cuenta de que sabía de dicho instrumento y que, por consiguiente, actuaba con conocimiento de causa respecto del acuerdo de precios pretendido y la alteración de las condiciones de libre competencia económica fomentadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** incurrió en 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, por haber facilitado el sistema tendiente a limitar la libre competencia implementado y promovido por la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

7.4.3.5. RODRIGO GUARÍN LESMES, Alcalde del municipio de La Mesa para la época de los hechos

De acuerdo con la evidencia obrante en el Expediente, quedó demostrado que **RODRIGO GUARÍN LESMES**, quien fungía como Alcalde del municipio de La Mesa para la época de los hechos, participó en el sistema tendiente a limitar la libre competencia que implementó y promovió la **ALCALDÍA DE LA MESA** en el marco del diseño y ejecución del proceso de gasificación que tuvo lugar en dicho municipio, el cual, de la manera como fue estructurado y ejecutado, generó una afectación a la libre competencia económica en el mercado de la instalación de redes internas de gas domiciliario de dicha localidad.

Como prueba de lo anterior, se pone de presente que, mediante comunicación del 1 de agosto de 2012, la **ALCALDÍA DE LA MESA** le informó a **FENOSA** que **SEG 3A** y **ARIBUK** serían las empresas seleccionadas para ejecutar la construcción e instalación de las redes internas de gas domiciliario en el municipio de La Mesa (junto con **REINGEGAS**, que ya había comenzado su actividad en esa localidad). Pues bien, esta comunicación, que dejó claro cuáles serían las únicas empresas que la **ALCALDÍA DE LA MESA** autorizaría para prestar el servicio en mención, fue también suscrita directamente por **RODRIGO GUARÍN LESMES** en su condición de Alcalde del municipio⁶⁰. Este hecho deja ver que la alteración de las condiciones de libre competencia económica fomentada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, era plenamente conocida y directamente promovida por tal servidor público.

Finalmente, este Despacho llama la atención respecto del “ACTA DE ACUERDO” que se suscribió bajo el auspicio de la **ALCALDÍA DE LA MESA** y que contempló la denominada “Lista de precios”, así como respecto de las diferentes notas de prensa que se difundieron en la población por instrucción de tal autoridad local –donde se puso de presente que dicha entidad había seleccionado solamente a las tres (3) empresas investigadas para realizar las instalaciones y que estas serían las únicas con financiación por parte de **FENOSA**, fomentando así su escogencia prioritaria por parte de los consumidores–. Estos hechos, en razón de su notoria naturaleza anticompetitiva, indefectiblemente deben ser atribuidos igualmente a **RODRIGO GUARÍN LESMES** en su entonces rol como Alcalde del **MUNICIPIO DE LA MESA**, ya que aquel servidor, por razón de sus funciones

⁵⁸ Folios 161 y 162 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁹ Folio 552 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. MIN 8:14 a 8:35 y 18:02 a 18:55.

⁶⁰ Folio 166 del Cuaderno Reservado No 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió cuando menos identificar y determinar el alcance ilegal de tales comportamientos.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **RODRIGO GUARÍN LESMES** incurrió en 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, por haber ejecutado y tolerado el sistema tendiente a limitar la libre competencia implementado y promovido por la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

7.5. Consideraciones del Despacho en relación con los argumentos presentados por los investigados

Frente a las observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados, a continuación este Despacho abordará los argumentos que no hayan sido respondidos en consideraciones anteriores.

7.5.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio

Los investigados coincidieron en alegar la operancia de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, en razón a que habría transcurrido un término mayor a cinco (5) años desde que se suscribió la denominada "ACTA DE ACUERDO", el 16 de agosto de 2012. En el mismo sentido, manifestaron que no existen pruebas en el Expediente que permitan sugerir que el acuerdo investigado se haya ejecutado o que haya generado efectos.

No le asiste razón a los investigados en sus argumentos en este sentido, por lo que los mismos deberán ser desestimados por las razones que se pasan a exponer a continuación.

En primera medida, debe advertirse que en materia de protección a la competencia existe una norma especial respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Autoridad Única de Competencia (Superintendencia de Industria y Comercio), contemplada en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, así:

"Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado".

De esta forma, es claro que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia cuando se investigan conductas violatorias de las leyes de competencia es de cinco (5) años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas.

La conducta ejecutada por los investigados, es decir, el acuerdo ilegal para fijar el precio de las construcciones e instalaciones de las redes internas de gas en el municipio de La Mesa, si bien se consumó en la reunión celebrada el 16 de agosto de 2012 en los términos anteriormente expuestos y plasmados en el "ACTA DE ACUERDO", gozó de un carácter continuado toda vez que se encuentra demostrado que se desarrolló y ejecutó a través del tiempo, por lo menos hasta el 31 de diciembre de 2013.

En efecto, en el Expediente obran pruebas como el documento denominado "*LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3A DE COLOMBIA Y ARIBUK PARA LA MESA CUNDINAMARCA*", el cual fue aportado por los mismos investigados en las visitas administrativas realizadas durante la investigación, e incluso reconocido por otros en diligencias de testimonio ante la Entidad, de los que puede extraerse, sin dejar lugar a duda alguna, que los precios acordados en virtud del cartel investigado estuvieron vigentes al menos hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha plasmada expresamente en el documento mencionado, tal y como se muestra a continuación nuevamente:

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 4. Lista de precios

LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA.,
SEG 3A GAS DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA
CUNDINAMARCA

VIGENCIA 31 DE DICIEMBRE 2013

PRECIOS A FINANCIAR CON LA FACTURA DE GAS NATURAL

LONGITUD EN METROS	VALOR PE AL PE	VALOR EN COBRE
6	\$ 475.000	\$ 530.000
7	\$ 488.000	\$ 560.000
8	\$ 501.000	\$ 590.000
9	\$ 514.000	\$ 620.000
10	\$ 527.000	\$ 650.000
11	\$ 540.000	\$ 680.000
12	\$ 553.000	\$ 710.000
13	\$ 566.000	\$ 740.000
14	\$ 579.000	\$ 770.000
15	\$ 592.000	\$ 800.000
16	\$ 605.000	\$ 830.000
17	\$ 618.000	\$ 860.000
18	\$ 631.000	\$ 890.000
19	\$ 644.000	\$ 920.000
20	\$ 657.000	\$ 950.000
21	\$ 670.000	\$ 980.000
22	\$ 683.000	\$ 1.010.000
23	\$ 696.000	\$ 1.040.000
24	\$ 709.000	\$ 1.070.000

COSTOS DE TRABAJO ADICIONALES DONDE SE REQUIERAN POR CONDICIONES TECNICAS

DESCRIPCION	VALOR PE AL PE	VALOR COBRE
PUNTO ADICIONAL HASTA 3 MTS	\$ 120.000	\$ 170.000
METRO ADICIONAL EN TUBERIA DE 1/2	\$ 13.000	\$ 30.000
METRO ADICIONAL EN TUBERIA DE 3/4	\$ 25.000	\$ 50.000
REJILLA ADICIONAL DE 20 X 20	\$ 40.000	\$ 40.000
REJILLA ADICIONAL DE 20 X 40 METALICA	\$ 60.000	\$ 60.000
REGATA POR METRO LINEAL	\$ 12.000	\$ 12.000
MANGUERA SEDAL DE 1 MT INSTALADA	\$ 40.000	\$ 40.000
METRO CORAZA BLANCA	\$ 5.000	\$ 5.000
MURO PARA CAJA O NICHOS CON COLUMNAS	\$ 180.000	\$ 180.000

NOTA: SI SE CANCELA DE CONTADO TENDRA UN DESCUENTO DEL 10 % Y SE CANCELARA TRES (3) DIAS ANTES DE LA RADICACION DE LA PAPELERIA ANTE GAS NATURAL FENOSA PREVIA COMUNICACION Y AUTORIZACION DEL USUARIO CON LA FIRMA INSTALADORA

EL VALOR DE LOS DERECHOS DE CONEXIÓN Y MEDIDOR ES DE \$ 489.190 VIGENCIA 2.012

Fuente: Folio 218 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. (Resaltado fuera de texto).

Como puede observarse, bastaría con esta lista de precios y su vigencia plasmada expresamente, para descartar de plano cualquier argumento relacionado con que el acuerdo ilegal celebrado en la reunión del 16 de agosto de 2012 y suscrito por los investigados en el "ACTA DE ACUERDO", no fue ejecutado por lo menos hasta el 31 de diciembre de 2013. Al respecto, recuérdese que tal y como lo señaló la Delegatura, dicho documento fue entregado por **ARIBUK**⁶¹, **SEG 3A**⁶² y la **ALCALDÍA DE LA MESA**⁶³ y, además, fue reconocido por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) en su declaración del 17 de octubre de 2018⁶⁴.

No obstante lo anterior, en el Expediente obran pruebas adicionales que corroboran la ejecución del acuerdo ilegal de precios, tales como la comunicación que se presenta a continuación, según la cual uno de los investigados informó a la población sobre el acuerdo respecto de los precios de las instalaciones internas de gas.

⁶¹ Folio 218 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁶² Folio 257 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁶³ Folio 160 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶⁴ Folio 2595 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Min 26:30.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 5. Comunicación REINGEGAS



REINGEGAS
LTDA.

Firma Instaladora de Gas Natural S.A. S.S.P.
NIT 930.046.209-1

**REDES E INGENIERÍA
DE GAS NATURAL**

NOTIFICACION



Señor (a) Leer completamente
USUARIO (A)
 La Mesa, Cundinamarca

Respetada:

Reciba un cordial saludo y de antemano agradecemos la confianza depositada en nuestra compañía al elegimos como la firma que ejecutara su instalación y puesta en servicio del gas natural en su predio. Por lo anterior le informamos lo siguiente:

De acuerdo a la solicitud de la comunidad Mesuna se efectuará una evaluación y re-cotización al valor de la instalación interna; cobrando por metro instalado.

Esta decisión, se tomo con base aún acuerdo al que se llevo con las compañías que están ofreciendo el servicio; donde todos manejaremos los mismos valores.

Vale la pena aclarar que tiene la facultad de financiar el 100% a través de la factura mensual; o en su defecto realizar abonos a capital desde el momento que obtenga el servicio.

Próximamente le estará visitando un Ejecutivo de Ventas de Nuestra compañía Reingegas Ltda; debidamente identificado para despejar todas sus inquietudes.

Le recomendamos no firmar ningún documento al personal que no se identifique como funcionario de nuestra compañía.

Agradecemos su gentil atención.

Atentamente:



CARLOS H. SUAREZ
Director Comercial

Copia: Af-RE

CALLE 8 No. 17 - 25 TELFONOS: 3214183378 - 315 843 5856 LA MESA CUNDINAMARCA
 CALLE 28 SUR # 52 A - 72 • PBX 710 6488 • Email: reingegas52@yahoo.es • BOGOTÁ, D.C.

Fuente: Folio 22 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. (Resaltado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, al tratarse de un acuerdo que se ejecutó en el tiempo, no puede analizarse como una conducta que se consumó y finalizó en la reunión celebrada el 16 de agosto de 2012 de la que da cuenta el "ACTA DE ACUERDO", como errónea y convenientemente lo pretenden hacer ver los investigados, para predicar la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de esta autoridad de la libre competencia, sino como una conducta que se mantuvo vigente al menos hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha a partir de la cual, por ministerio de la ley, iniciaría la cuenta del término de caducidad.

Así las cosas, el argumento expuesto por los investigados relacionado con la caducidad de la facultad sancionatoria no resulta válido, ya que está acreditado en la actuación administrativa que la conducta investigada se realizó con posterioridad a la reunión del 16 de agosto de 2012. Es por ello que en el caso concreto, el término para la caducidad de la facultad sancionatoria se comienza a computar al menos desde la finalización de la vigencia de la "Lista de precios" acordada por los investigados, y no desde la fecha de la mencionada reunión.

Al respecto, existen pronunciamientos sobre conductas continuadas por parte del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa refiriéndose específicamente a acuerdos anticompetitivos como el acá reprochado que se han considerado como continuados.

Sobre las conductas de tracto sucesivo el Consejo de Estado ha señalado que:

"Corresponde a la Sala, en primer término, determinar si la conducta desarrollada por los demandantes, que dio lugar al inicio de la actuación administrativa desarrollada por la Superintendencia y que culminó con la expedición de las Resoluciones enjuiciadas, se cataloga como "Instantánea", es decir, cuya ejecución se establece en un solo momento, o si, por el contrario, es de carácter "Continuado o Permanente", lo que significa que el

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva.

De conformidad con las pruebas obrantes en el Expediente, el acuerdo de precios se produjo y se conservó por las distribuidoras de combustibles relacionadas en las Resoluciones acusadas hasta el mes de diciembre de 2009, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos de las Tablas núms. 6, 7, 8, 9 y 10, así como en la Gráfica núm. 5, visibles en el anverso y reverso de los folios 146 y 147 del cuaderno de Anexos de la demanda, lo que le permite concluir a la Sala que la conducta cometida por los demandantes catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada.

(...)"⁶⁵

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha dicho:

"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C.C.A., sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación (...)"⁶⁶

En el mismo sentido, procede el Despacho a pronunciarse sobre el argumento de **ARIBUK** relacionado con que la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio habría caducado por cuanto el supuesto acuerdo anticompetitivo se habría prolongado solamente hasta noviembre de 2013, mes en el que **FENOSA** suspendió en forma definitiva las obras públicas de extensión de redes y acometidas externas en el municipio de La Mesa, lo que llevó a que **ARIBUK** se viera obligada a cesar actividades.

Al respecto, en primera medida, el Despacho debe poner de presente que el mismo argumento del investigado refuerza las consideraciones antes expuestas sobre la calidad de continuada de la conducta reprochada, toda vez que **ARIBUK** admite que, contrario a lo manifestado en otros argumentos, dicha conducta no se consumó y finalizó en la reunión del 16 de agosto de 2012, sino que fue ejecutada continuamente mientras estuvo vigente, lo cual fue al menos hasta el 31 de diciembre de 2013 según lo acreditan las pruebas anteriormente descritas.

Por su parte, se advierte al investigado que aun en el evento que **FENOSA** hubiese suspendido las obras públicas de extensión de redes y acometidas externas en el municipio de La Mesa, ello en modo alguno puede significar que las instalaciones de redes internas que realizaban los investigados no hayan continuado y hayan seguido siendo conectadas a las redes externas construidas previamente por **FENOSA**. De hecho, y para descartar de plano el argumento de **ARIBUK**, a continuación se presentan facturas de venta de dicha empresa obrantes en el Expediente y de fechas posteriores a la supuesta suspensión de obras de **FENOSA**, que van incluso hasta 2014.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, Exp. Rad. No. 2013-00254-01, Sentencia del 13 de noviembre 2014, Consejera Ponente Dra. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, Exp. Rad 25000-23-24-000-2001-0431-01(8340), Sentencia del 20 de marzo de 2003, Consejero Ponente Dr. SANTIAGO URUETA AYOLA.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Por las anteriores razones se rechazan por completo los argumentos resueltos en tanto que en este caso no ha operado la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.

7.5.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el objeto de la conducta reprochada

REINGEGAS, ARIBUK, RODRIGO GUARÍN LESMES y JAVIER ALEJANDRO PEREZ ROJAS, coincidieron en manifestar en sus observaciones al Informe Motivado que nunca existió un objeto anticompetitivo con la firma del acuerdo investigado, puesto que la finalidad del mismo nunca fue la de afectar la libre competencia en el mercado, sino que, por el contrario, siempre fue la de proteger los recursos públicos, evitando que llegaran a manos de personas "inescrupulosas" y beneficiando de esta forma a la comunidad.

Al respecto, se advierte a los investigados que el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece que serán considerados anticompetitivos los acuerdos que tengan **por objeto** o como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que esta Superintendencia ha entendido que un acuerdo que tenga por objeto alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, es un acuerdo que tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado⁶⁷.

En este sentido, en la aplicación de las normas de libre competencia en Colombia, incluido el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que proscribe los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que se tenga en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

Al respecto, y como lo puso de presente el Informe Motivado, el Consejo de Estado ha afirmado que:

*"No interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado (...) puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios"*⁶⁸.

Por las anteriores razones se rechaza por completo el presente argumento.

7.5.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el "ACTA DE ACUERDO" y la "LISTA DE PRECIOS"

RODRIGO GUARÍN LESMES, Alcalde de La Mesa y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, en varios de sus argumentos cuestionaron la conducencia y eficacia probatoria del documento "ACTA DE ACUERDO". Para tal efecto, sostuvieron que dicho documento no representa un negocio jurídico, no tiene los requisitos esenciales para denominarse acto administrativo, ni era un acto vinculante. Así mismo, señalaron que aunque fue redactado por un funcionario de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, no estaba dentro de las atribuciones de sus funciones expedirlo. El único que podía haberlo firmado era **RODRIGO GUARÍN LESMES**, pero no tenía conocimiento de su existencia.

De otra parte, señalaron que la redacción del documento denominado "ACTA DE ACUERDO" en papel membretado de la **ALCALDÍA DE LA MESA** es una prueba que demuestra su elaboración unilateral y que no hubo nunca un consenso de voluntades. También se indicó que **LUDY FERNANDA CACERES SOLANO** es la propietaria y representante legal de la empresa **SEG 3A**, pero el documento denominado "ACTA DE ACUERDO" está firmado por **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, haciendo perder su validez.

⁶⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4191 de 2017.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Frente a los anteriores argumentos, debe anotarse que tratar de desvirtuar la conducencia y eficacia probatoria del documento denominado "ACTA DE ACUERDO" a partir de considerar que, a juicio de algunos investigados, no representa un negocio jurídico o un acto administrativo es un argumento de defensa abiertamente infundado. Sobre el particular debe aclararse que en ninguna parte del Informe Motivado se le atribuyó al "ACTA DE ACUERDO" la categoría de "negocio jurídico", ni menos aún de "acto administrativo".

En efecto, en virtud del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito, como es el caso de un acuerdo anticompetitivo para la fijación directa de precios en los términos del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Claramente, el documento "ACTA DE ACUERDO" tenía por objeto establecer de manera concertada, entre otros parámetros, *"una lista de precios sugeridos"* que serían implementados para llevar a cabo la construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en el municipio de La Mesa (Cundinamarca).

Así mismo, no es posible desligar la participación de la **ALCALDÍA DE LA MESA** por el hecho de que el Alcalde no suscribió el "ACTA DE ACUERDO" cuando es evidente, como ha quedado demostrado en la investigación, que con anterioridad a su suscripción, entre la **ALCALDÍA DE LA MESA** y las empresas **REINGEGAS**, **SEG 3A** y **ARIBUK** existía un convenio previo para ser promovidas como las firmas instaladoras que contaban con el sistema de financiamiento brindado por **FENOSA**, así como también, la existencia de un pacto para negociar los precios que ya se habían definido con **REINGEGAS**, que incluso **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de La Mesa) adujo que también fueron aceptados por **ARIBUK** y **SEG 3A**.

Por otra parte, el "ACTA DE ACUERDO" al haber sido firmada por todos los presentes en la reunión del 16 de agosto de 2012 da cuenta, al menos, de la efectiva voluntad que tuvieron los competidores **REINGEGAS**, **ARIBUK** y **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** –quien suscribió dicho documento como "representante legal" del establecimiento de comercio **SEG 3A**–, con la presencia y colaboración de la **ALCALDÍA DE LA MESA** –representada por su Secretario de Obras Públicas **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**–, para aprobar, consentir y/o autorizar el contenido de dicho escrito contentivo del acuerdo anticompetitivo, lo que descarta de plano el argumento dirigido a señalar que su elaboración fue unilateral y que no hubo nunca un consenso de voluntades.

Por último, en relación con que el documento "ACTA DE ACUERDO" está firmado por **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, quien no era el representante legal de la empresa **SEG 3A**, haciéndole perder su validez, este Despacho reitera una vez más lo expuesto anteriormente en el sentido que el hecho de que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no ostentara la calidad de representante legal de **SEG 3A** al suscribir el "ACTA DE ACUERDO" resulta irrelevante a efectos de determinar la conducta imputada (acuerdo de los precios que debían regir para las instalaciones de redes internas de gas domiciliario en el municipio de La Mesa), pues el mismo resulta reprochable no en atención al carácter formal o informal del documento donde fue consignado, ni mucho menos en atención a la debida o indebida representación que ejercieron sus asistentes frente a sus respectivas empresas. El juicio de reproche frente a tal comportamiento se erige en atención a su contenido mismo (acuerdo de fijación de precios), y se sustenta en su acatamiento por parte de las empresas investigadas y, sobre todo, en su correspondiente implementación.

Así las cosas, por las razones expuestas se refutan todos los argumentos presentados por **RODRIGO GUARÍN LESMES**, Alcalde de La Mesa y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** con que pretendían desvirtuar su responsabilidad en las conductas investigadas sobre los aspectos analizados.

En otros argumentos comunes, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, trató de demostrar que el objeto del documento denominado "ACTA DE ACUERDO" era controlar la gestión de las empresas que instalarían el gas natural en el municipio, evitar posibles fraudes e incumplimientos, salvaguardar los recursos públicos que estaban bajo su responsabilidad, proteger los subsidios y no atentar contra la libre competencia económica.

Respecto del anterior argumento, este Despacho acogerá la consideración realizada por la Delegatura en el sentido de que el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico, tal y como se mencionó anteriormente. Esta afirmación, por supuesto, es predicable de los acuerdos restrictivos de la libre competencia descritos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. En efecto, esa disposición no prevé la intención o propósito reprochable como un elemento de configuración de la prohibición de incurrir en ese tipo de comportamientos coordinados. Incluso, la intención –buena o mala– de las personas naturales involucradas en un acuerdo anticompetitivo no es siquiera un elemento de graduación de la sanción en los términos del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En relación con el argumento recién anotado es pertinente resaltar que la jurisprudencia ha dejado claramente establecido que la intención de los participantes en un acuerdo anticompetitivo no es un elemento constitutivo de la infracción. El Consejo de Estado ha afirmado lo siguiente:

*"No interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado (...) puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios"*⁶⁹. (Subraya fuera de texto).

De otra parte, **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**), **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde de La Mesa) y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, presentaron argumentos comunes dirigidos a cuestionar el documento denominado "Lista de precios", señalando que (i) no es clara su aplicación por parte de **REINGEGAS**; (ii) no constituye un documento idóneo por estar contenido en un papel sin membrete, sin firmas y sin fecha comprobable; (iii) el numeral 2 del "ACTA DE ACUERDO" fue un parámetro "mal redactado" pues se quería establecer que cada empresa entregaría una lista de precios sugeridos "por separado" y (iv) la "Lista de precios" fue elaborada por las empresas instaladoras.

En relación con los anteriores argumentos, debe recordarse que dentro del "ACTA DE ACUERDO" analizada en este caso es evidente que se incluyó en el numeral 2 el establecimiento de una lista de precios sugeridos por metro lineal e ítems adicionales. Así que no puede ser de recibo para este Despacho pretender señalar que se trató de un parámetro "mal redactado" cuando de su contenido y alcance es evidente que no tenía la finalidad de que fueran establecidos por separado.

De otra parte, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el documento denominado "Lista de precios" obra en el Expediente en diferentes folios, ya que copias del mismo fueron entregadas por **ARIBUK**⁷⁰, **SEG 3A**⁷¹ y la **ALCALDÍA DE LA MESA**⁷² y, además, fue reconocido por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) en su declaración del 17 de octubre de 2018 en donde mencionó⁷³ que:

"(...)

DESPACHO: Señor Carlos Humberto, asociado con ese documento (el Acta de Acuerdo), en el expediente también consta una lista de precios.

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Es correcto.

(...)

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Sí, efectivamente lo reconozco, lo vimos en esa citación que me hizo la Alcaldía.

DESPACHO: En la misma reunión ¿Ese documento quién lo elabora?

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁷⁰ Folio 218 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁷¹ Folio 257 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁷² Folio 160 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷³ Folio 2595 del Cuaderno Público No. 5 del expediente. Min 26:30.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Cuando yo llegué a la reunión como lo dije ya estaban las otras empresas y estaba el secretario con el computador, tenían un borrador a mano escrita y empezaron a tocar varios temas, entre esos del documento que me refiero que en el expediente habla de acuerdo y no es un acuerdo porque nunca, valga la redundancia nunca estuve de acuerdo con ellos porque nos limitó el trabajo durante cuatro periodos, adicionalmente nos decía que, el mismo documento dice que notificará a Fenosa quitar la herramienta de Financiación, **noto allí que tienen unos borradores y empiezan a transcribir en limpio y a preguntarme que si yo estaba de acuerdo con ese listado de precios** y yo dije que no estaba de acuerdo porque nuestro punto de equilibrio y algunas cosas no coincidían entonces que no estaba totalmente, que no estaba de acuerdo perdón, excúsenme no estaba de acuerdo con ese listado específico que se refiere el Doctor.”* (Subrayado y destacado fuera de texto).

Como puede observarse, tal y como se señaló en el Informe Motivado, todas las condiciones de contexto que rodearon la celebración del acuerdo contenido en el documento denominado “ACTA DE ACUERDO”, permiten llegar a la conclusión de que todos los investigados participaron en la elaboración del listado de precios, así que no es cierto que únicamente fue elaborada por las empresas instaladoras, pues de la declaración de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** es clara la participación activa en su elaboración de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

Es importante anotar que el Secretario de Obras Públicas para la época de los hechos, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, también reconoció la existencia de la “Lista de precios” en su declaración del 24 de enero de 2013. Dijo el declarante:

“(…)

JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS: *Existe un Acta de compromiso de las tres empresas donde se circularon los valores de metro lineal, los valores de puntos adicionales, donde se establecieron unos parámetros iguales para cada uno de ellos y que se estableciera muy claro la forma de realizar las instalaciones correspondientes (...)*

“(…)

DESPACHO: *¿En cuanto a las instalaciones de redes internas en el domicilio del usuario ya se ha adelantado trabajos por parte de las firmas instaladoras?*

JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS: *Sí claro, sí señor, las firmas instaladoras ya empezaron a hacer las instalaciones correspondientes dependiendo digamos, en una de las actas, yo quiero aclarar eso, de acuerdo también a la socialización y las diferentes inquietudes de las personas realizamos un acta de compromiso con las firmas instaladoras y nosotros como Municipio, donde estuvieran parámetros primero que todo de la misma prestación del servicio hacia nuestra comunidad y fuera de eso de parámetros de valores establecidos con las firmas instaladoras de acuerdo al precio del mercado (...)”⁷⁴*

Como puede apreciarse, la propia declaración de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** al señalar que “se establecieron unos parámetros iguales para cada uno de ellos” termina por desvirtuar por completo el argumento de que el numeral 2 del “ACTA DE ACUERDO” se trató de un parámetro “mal redactado”.

Con lo expuesto previamente, se desvirtúa también el argumento de que el documento denominado “Lista de precios” no constituye un documento idóneo por estar contenido en un papel sin membrete, sin firmas y sin fecha comprobable. Lo cierto es que no puede pretenderse analizar en forma separada y excluyente el documento “Lista de precios”, por el contrario, su correcta valoración debe obedecer al contexto de las demás pruebas que obran en el Expediente. De su valoración en conjunto con las demás evidencias puede colegirse, se insiste, que de las condiciones de contexto que rodearon la celebración del acuerdo contenido en el documento denominado “ACTA DE ACUERDO” se desprende la elaboración del listado de precios.

De conformidad con lo anterior, este Despacho acogerá la conclusión de la Delegatura en el sentido de que está suficientemente demostrado que la **ALCALDÍA DE LA MESA, REINGEGAS, ARIBUK** y **SEG 3 A** participaron en el acuerdo de precios materia de investigación y en la elaboración de la “Lista de Precios” en la que se materializó.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”

Adicionalmente, es importante señalar que la *“LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS, SEG 3A Y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA”* en que se materializó el acuerdo de precios materia de investigación, tenía la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud y la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado al fijar los precios que debían regir para las instalaciones de redes internas de gas domiciliario en el municipio de la Mesa, Cundinamarca, para el periodo establecido entre el 16 de agosto de 2012 hasta, por lo menos, el 31 de diciembre de 2013, por lo que también se rechaza el argumento de que la *“Lista de Precios”* no tenía una fecha comprobable.

Así las cosas, por las anteriores consideraciones se refutan todos los argumentos presentados por **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS**, representante legal de **REINGEGAS**, **RODRIGO GUARÍN LESMES**, Alcalde de La Mesa y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** en relación con el documento denominado *“Lista de precios”* encaminados a desvirtuar su responsabilidad en las conductas investigadas.

7.5.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos de carácter económico

7.5.4.1. Sobre la descripción del mercado afectado

En esta sección, el Despacho procederá a dar respuesta a los argumentos presentados por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado, respecto de aspectos puntuales destacados por la Delegatura en la descripción del mercado afectado.

En primer lugar, **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS** señalaron que no es cierto afirmar, como lo hizo la Delegatura, que el mercado de redes internas de gas domiciliario no tiene tarifas reguladas, dado que los derechos de conexión y medidor son valores que se disponen para todo el territorio colombiano y son aplicables a todas las empresas prestadoras de servicios de instalación de conexiones internas de gas domiciliario.

Sobre el particular, el Despacho encuentra que los investigados desconocen que el valor que deben pagar los usuarios por la instalación de redes internas para el suministro de gas natural es diferente e independiente de los derechos de conexión. Una vez planteada dicha diferencia, es evidente que el argumento es totalmente impertinente.

Por un lado, como se reconoció en la descripción del mercado afectado presentada en un acápite anterior del presente acto administrativo, la red interna consiste en *“el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro del servicio público al inmueble a partir del medidor”* con lo cual el valor que deben pagar los usuarios que quieren acceder al servicio público corresponde a aquel que hace referencia a la instalación de dicho sistema. Un ejemplo de ello es el valor de la red que conecta los diferentes gasodomésticos presentes en los hogares (estufas, calentadores, hornos, entre otros).

Por otro lado, los derechos de conexión que pagan los usuarios *“corresponden a la tarifa que deben pagar todos los clientes nuevos que se conectan al servicio de gas natural”*⁷⁵ y, de acuerdo con **FENOSA**, incluyen tanto el cargo por conexión como el valor del medidor que se instala en la vivienda – medidor a partir del cual comienza la red interna –.

Ahora bien, ambos valores a pagar por el usuario pueden incluirse en el esquema de financiación propuesto por **FENOSA**, sin que esto signifique que son lo mismo. Un claro ejemplo de ello es que cuando el usuario ya tiene gas natural en el hogar pero desea instalar nuevos gasodomésticos, debe pagar un valor por la instalación de la red interna pero como no es un usuario nuevo, no debe pagar los derechos de conexión.

Teniendo clara la diferencia entre ambos valores, es evidente que el argumento de los investigados es impertinente y que no es cierto, como expresaron en sus observaciones, que el mercado de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural sea regulado tarifariamente.

⁷⁵ **FENOSA**, Derechos de Conexión, Consultado el 10 de diciembre de 2018, Disponible en: <http://www.gasnaturaifenosa.com.co/co/hogar/productos+y+servicios/financiamiento/1297102456529/derechos+de+conexion.html>

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En segundo lugar, **ARIBUK** y **HERNÁN ARIAS RIAÑO** argumentaron que el ejercicio de caracterización de mercado relevante no es prueba para determinar la afectación a la libre competencia pues se dedica solamente a efectuar un análisis del producto de gas natural y la distribución domiciliaria del mismo. En este mismo sentido, manifestaron que en el Informe Motivado no existe un verdadero análisis del mercado relevante con respecto de las empresas prestadoras de servicios de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en La Mesa.

Al respecto, el Despacho se permite reiterar que, tal como lo indicó la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y en el Informe Motivado, las secciones referentes a la caracterización del mercado afectado por la conducta investigada resultan ser meramente ilustrativas y descriptivas de la actividad económica o conjunto de bienes y servicios sobre los cuales las empresas cartelizadas acordaron desarrollar la conducta anticompetitiva. De esta manera, es erróneo pensar, como lo hicieron los investigados, que dicha sección **(i)** constituye una prueba para determinar el alcance de la conducta o el efecto que esta generó sobre la libre competencia y **(ii)** presenta un estudio exhaustivo de cada una de las empresas prestadoras de los servicios descritos.

Tal como se ha reiterado en diversas ocasiones, la caracterización del mercado afectado por conductas de cartelización empresarial resulta ser únicamente una delimitación del escenario en el cual actuaron los investigados con el fin de facilitar la comprensión tanto de los actores involucrados como de la existencia de mercados conexos y otras características relevantes del mismo, y en ningún caso constituye prueba alguna de la comisión de una conducta anticompetitiva o de sus efectos sobre el mercado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el objetivo de la caracterización del mercado es comprender de manera general cómo funciona el mismo y quiénes son los agentes que en él participan, para el Despacho es suficiente que se presenten aspectos generales que permitan tal entendimiento. Características particulares de cada una de las empresas que en nada aporten a la investigación sobre la conducta anticompetitiva resultarían irrelevantes para los objetivos de la Autoridad de Competencia con lo cual resultaría irrelevante una explicación más detallada sobre cada una de las empresas prestadoras de servicios de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en La Mesa. Por todo lo anterior, se descartan los argumentos en mención.

En tercer lugar, **RODRIGO GUARÍN LESMES**, Alcalde de La Mesa para la época de los hechos afirmó que la Delegatura ocultó que aproximadamente el 70% de las instalaciones que se realizaron fueron en los estratos 1 y 2, donde la **ALCALDÍA DE LA MESA**, con los recursos destinados para tal fin pagó el valor correspondiente. En su opinión, el 98% como porcentaje de ventas al que se refiere la Delegatura tiene que tasarse sobre aproximadamente el 25 o 30 por ciento que corresponde a los estratos 3 y 4, porque los estratos 1 y 2 donde el porcentaje de instalación fue entre el 70 y 80%, recibirían subsidios de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para pagar sus instalaciones.

Frente a este punto, el Despacho se permite realizar las siguientes precisiones. Por un lado, el hecho de que los estratos 1 y 2 fueran subsidiados por la **ALCALDÍA DE LA MESA** y que el valor de las instalaciones no fuera pagado directamente por los usuarios del servicio público no hace menos grave la existencia del acuerdo de precios. Por el contrario, que las instalaciones de redes internas hayan sido pagadas con recursos públicos, a precios artificialmente fijados por los cartelistas, resulta igualmente reprochable y aún más gravoso, teniendo en cuenta que el principal afectado fue entonces el Estado y que los recursos provienen de todos los colombianos. Ahora bien, teniendo en cuenta la información que reposa en el Expediente, está demostrado que, de cualquier forma, el usuario debió tener la libertad de elegir con qué empresa contrataba el servicio de instalación de las redes internas, hecho que no sucedió, entre otras razones, por el actuar anticompetitivo de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, descrito a lo largo del presente acto administrativo.

Por otro lado, no es de recibo para este Despacho el argumento con el cual el investigado pretende reducir el porcentaje de usuarios afectados por la conducta anticompetitiva al 30% de usuarios, quienes pertenecen a estratos 3 y 4. Independientemente del porcentaje, y precisando que quienes pertenecían a estratos 1 y 2 igualmente se vieron afectados por el acuerdo, lo cierto es que la población del municipio sí se vio afectada por el cartel de precios y que dicha afectación se presentó en dos aspectos: **(i)** los precios de instalación de la red interna fueron fijados como resultado de un acuerdo entre las empresas instaladoras, y **(ii)** quienes no quisieran contratar con las empresas

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

cartelistas debían renunciar a la posibilidad de financiación con **FENOSA**, hecho que limitaba drásticamente la posibilidad de apartarse de contratar con los investigados.

Así, este Despacho resalta que la afirmación del investigado no es cierta y, en cualquier caso, no desdibuja la existencia del acuerdo anticompetitivo ni el efecto que este tuvo sobre el mercado.

En cuarto lugar, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para la época de los hechos investigados, afirmó que la Resolución No. 57334 de 2018, en las conclusiones del mercado conexo de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural, asumió de manera errada la situación específica de los municipios, y especialmente el de La Mesa, como una relación comercial únicamente entre el usuario final y la empresa a contratar.

Al respecto, es preciso tener presente la conclusión a la que llegó la Delegatura en la Resolución No. 57344 de 2018 sobre la relación comercial entre el usuario final y la empresa a contratar. Para la Delegatura, *"el mercado de construcción e instalación de redes internas es un mercado independiente y conexo al mercado de distribución de gas natural, en el que el usuario final puede contratar a la empresa con la que desea realizar la instalación de las mismas y asumir el costo de la instalación"*.

De acuerdo con lo anterior, el Despacho concluye que: (i) la Delegatura reconoce que existe una relación entre el usuario y la empresa instaladora, en la medida en que el primero debe elegir quién será la empresa encargada de realizarle dicha instalación; y (ii) pese a que en el análisis del mercado presentado en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no se hace referencia a que en dicha relación podrían interactuar otros actores como **FENOSA** y las autoridades locales, lo cierto es que tampoco puede concluirse que para la Delegatura la interacción con tales agentes es inconcebible.

En este sentido, mal haría este Despacho en invalidar el análisis de caracterización del mercado presentado por la Delegatura por el simple hecho de no contener todas y cada una de las relaciones comerciales posibles entre agentes del mismo. Por lo anterior, el argumento presentado por el investigado debe descartarse.

Finalmente, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para la época de los hechos investigados, argumentó que, puesto que la Delegatura aseguró que el usuario final está obligado a cumplir dos exigencias: contratar y asumir el costo, y que como quien tiene la intención de realizar la instalación y asumir el costo es la administración municipal, entonces esta última estaría en todo su derecho de elegir a la firma instaladora y realizar todos los trámites pertinentes para demostrar su confiabilidad.

Respecto de este argumento, el Despacho observa que el mismo constituye un argumento inválido, pues lo que erróneamente supone el investigado para llegar a la conclusión de que la **ALCALDÍA DE LA MESA** es quien debe elegir la firma instaladora es que el sólo hecho de que esta última asuma el costo de la instalación la convierte en usuaria de la misma, premisa que a todas luces es falsa por cuanto quien goza del suministro del gas natural es el consumidor final. Por lo anterior, de la situación descrita por el investigado no puede concluirse que la **ALCALDÍA DE LA MESA** era quien debía elegir a la firma instaladora, tal como lo hizo, causando efectos anticompetitivos en el mercado.

7.5.4.2. Sobre el beneficio obtenido por los infractores con la conducta

Respecto del beneficio obtenido por los infractores con la comisión de la conducta reprochada, **REINGEGAS** presentó algunos argumentos respecto del beneficio obtenido por la empresa con la conducta.

Para **REINGEGAS**, la Superintendencia de Industria y Comercio hace meras suposiciones sobre los beneficios obtenidos por la empresa pues no es cierto que sus competidores estuvieran limitados a dos entrantes. Para el investigado, cualquier empresa podía entrar al mercado sin financiación y el acuerdo no garantizó que no entraran más competidores. En su opinión, si no entraron más fue por no haber recibido la financiación que otorgaba **FENOSA** avalado por la **ALCALDÍA DE LA MESA**. En este mismo sentido, indicó que no es cierto que **REINGEGAS** garantizó por medio del

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

acuerdo que la competencia por precios y condiciones de comercialización estuviera prácticamente eliminada.

Sobre este punto, el Despacho indica a los investigados que, tal como se encuentra plenamente demostrado en el presente acto administrativo, el acuerdo de precios realizado por las empresas instaladoras investigadas, así como la conducta desplegada por la **ALCALDÍA DE LA MESA** con la cual se direccionó a los consumidores a contratar con las tres (3) empresas seleccionadas por la autoridad municipal so pena de consecuencias tales como la pérdida de posibilidad de financiación por parte de **FENOSA**, tuvo como efecto en el mercado que más del 98% de las redes internas instaladas durante el periodo investigado fueran realizadas por las empresas cartelistas.

Adicionalmente, este Despacho logró establecer que, dadas las condiciones socioeconómicas de los usuarios a atender, la afirmación según la cual cualquier empresa podía entrar al mercado sin financiación no era cierta en la práctica pues, tal como correctamente lo afirmaron los investigados, si no entraron más empresas fue precisamente por no haber recibido la financiación que otorgaba **FENOSA** avalado por la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Así, es claro que el esquema desarrollado por la **ALCALDÍA DE LA MESA** que impidió a otras empresas acceder a los acuerdos de colaboración con **FENOSA** para la financiación de la instalación de redes, sí limitó la participación de otras empresas en el mercado.

Ahora bien, el argumento según el cual no es cierto que **REINGEGAS** garantizó por medio del acuerdo que la competencia por precios y condiciones de comercialización estuviera prácticamente eliminada, debe ser rechazado por esta Superintendencia pues del simple objeto del acuerdo se desprende que fijar los precios de manera artificial y consensuada entre competidores restringe la competencia en precios en el mercado.

En esta misma línea, **REINGEGAS** agregó que la Superintendencia de Industria y Comercio hizo una presunción de que el acuerdo generó una ventaja competitiva a la empresa, olvidando factores como la presencia en el mercado de manera previa, experiencia y calidad del servicio.

Al respecto, esta Superintendencia se permite indicarle a **REINGEGAS** que no es cierto que se hayan pasado por alto aspectos como la presencia en el mercado de manera previa, experiencia y calidad del servicio para entender la fuente de la alta participación de mercado de la empresa durante el periodo investigado. Sin embargo, lo anterior no desdibuja el hecho de que con el acuerdo anticompetitivo, los precios de mercado no fueron fijados de acuerdo con la interacción entre oferta y demanda sino que fueron el resultado de un actuar ilegal por parte de las empresas que hicieron parte del acuerdo anticompetitivo. Por lo anterior, se descarta el argumento presentado por el investigado.

7.5.5. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con que la ALCALDÍA DE LA MESA coaccionó a REINGEGAS para participar en el acuerdo de precios

REINGEGAS reiteró en sus observaciones al Informe Motivado el argumento presentado en sus descargos contra la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, relacionado con que su participación en el acuerdo de precios investigado fue producto de coacción ejercida por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, bajo la amenaza de gestionar su retiro del convenio de financiación con **FENOSA**, tal y como quedó plasmado en el numeral 12 del "ACTA DE ACUERDO". En el mismo sentido, y como prueba adicional de la coacción que sufrió por parte de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, sostuvo que el mismo acuerdo contemplaba que no podría participar en el mercado relevante durante cuatro (4) meses.

Frente a este argumento, el Despacho acogerá las consideraciones expuestas por la Delegatura en el sentido que el mismo debe rechazarse al no contarse con pruebas que lo acrediten. En efecto, en el Expediente no obra evidencia que permita al menos inferir que **REINGEGAS** discrepó con el acuerdo que supuestamente fue obligado a suscribir por la **ALCALDÍA DE LA MESA**. De hecho, y en contraposición al argumento, lo que obra en el Expediente es el testimonio de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**), en el que admitió no haber dejado registrada su inconformidad frente al acuerdo que posteriormente suscribió. En el mismo sentido, tampoco obra prueba alguna de que **REINGEGAS** hubiese puesto en conocimiento de las autoridades competentes la supuesta coacción de la que estaba siendo víctima.

Por su parte, y en los términos en lo que lo expuso la Delegatura en el Informe Motivado, el argumento según el cual **REINGEGAS** nunca habría participado voluntariamente en un acuerdo en

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

el que se les prohibiría participar en el mercado durante cuatro (4) meses debe descartarse, pues si bien **REINGEGAS** estaría llamada a ceder participación durante esos 4 meses, también es cierto que su participación en el acuerdo, aun bajo esa condición, le representaría otros beneficios propios de la participación en el cartel, tales como limitar su competencia a solo otros dos (2) participantes, con los que tendría previamente pactado los precios y condiciones de comercialización.

7.5.6. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la participación de SEG 3A en el cartel investigado

LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, así como **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, en su calidad de persona vinculada a **SEG 3A**, presentaron varias observaciones al Informe Motivado relacionadas principalmente con que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, quien asistió a la reunión del 16 de agosto de 2012 y suscribió el "ACTA DE ACUERDO", no representaba realmente a **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A** y, por lo tanto, no sería procedente sancionar a ninguno de ellos por la conducta investigada.

En efecto, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** manifestó que conoció el documento "ACTA DE ACUERDO" hasta cuando recibió el traslado de la Resolución No. 57344 de 2018, al paso que no existe en el Expediente documento alguno que demuestre que autorizó a otra persona para que la representara en la reunión del 16 de agosto de 2012. Así mismo, señaló que el hecho que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** se hubiere identificado como representante legal de **SEG 3A**, no significa que lo fuere, pues nunca ha sido el propietario, ni su representante legal, ni fue autorizado para hacerlo. Al respecto, agregó que el hecho de que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** fuera su esposo y la acompañara en actividades comerciales, de ninguna manera puede catalogarse como representación aparente.

Por su parte, **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** señaló que su asistencia a la reunión del 16 de agosto de 2012 fue "*como cualquier particular*" y no como representante del establecimiento de comercio **SEG 3A** o de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, y que si bien firmó el "ACTA DE ACUERDO", ello no significa que estuviera autorizado para comprometerse.

Frente a estos argumentos, el Despacho reitera lo expuesto anteriormente en el sentido que el hecho de que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no ostentara la calidad de representante legal de **SEG 3A** al suscribir el "ACTA DE ACUERDO" resulta irrelevante a efectos de determinar la conducta imputada (acuerdo de los precios que debían regir para las instalaciones de redes internas de gas domiciliario en el municipio de La Mesa), pues el mismo resulta reprochable no en atención al carácter formal o informal del documento donde fue consignado, ni mucho menos en atención a la debida o indebida representación que ejercieron sus asistentes frente a sus respectivas empresas. El juicio de reproche frente a tal comportamiento se erige en atención a su contenido mismo (acuerdo de fijación de precios), y se sustenta en su acatamiento por parte de las empresas investigadas y, sobre todo, en su correspondiente implementación.

Por lo anterior, no puede ser de recibo el argumento consistente en que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no contaba con poder especial para vincular a **SEG 3A**, si, en todo caso, dicha empresa junto con los demás investigados conocieron del acuerdo y lo implementaron en la práctica, como efectivamente se demostró en la presente actuación administrativa.

No obstante lo anterior, y como se pasa a explicar, en el Expediente obra material probatorio que da cuenta de que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** efectivamente estaba vinculado a la actividad mercantil desarrollada mediante el establecimiento de comercio **SEG 3A**. En efecto, en primer lugar no sobra recordar que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** se identificó en el "ACTA DE ACUERDO" como "*Representante Legal SEG 3 A GAS DE COLOMBIA*", lo cual lo vincula directamente y con su propia firma con ese establecimiento de comercio.

Además de lo anterior, obra en el Expediente la correspondiente Acta de la visita administrativa que la Delegatura realizó a las instalaciones del establecimiento **SEG 3A** el 25 de enero de 2013⁷⁶, la cual fue suscrita por **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, quien se identificó al pie de su firma como "*Gerente*", luego de haber atendido la visita y entregado los documentos requeridos en el transcurso de la misma. Nótese que nuevamente es el propio investigado quien, contrario a lo

⁷⁶ Folios 237 a 239 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”

manifestado en sus observaciones al Informe Motivado, admite su vinculación directa con **SEG 3A**, además que se presenta a él mismo como su gerente.

Por último, y tal y como lo señaló la Delegatura en el Informe Motivado, en el Expediente obran diferentes declaraciones que dan cuenta de la vinculación de **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** con la dirección de **SEG 3A**. Muestra de lo anterior es la declaración de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**), en la que al ser preguntado sobre los asistentes a la reunión del 16 de agosto de 2016, respondió lo siguiente:

“DELEGATURA: *¿Qué empresas estaban allí presentes?*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ CASALLAS: *Estaba el señor, con exactitud sí puedo decirlo, el señor HERNÁN ARIAS de ARIBUK, el señor ALBERTO ALFARO de SEG 3A”.*⁷⁷

(...)

DELEGATURA: *(...) ¿Usted nos mencionó unos nombres de quienes asistieron, cierto?*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ CASALLAS: *Correcto.*

DELEGATURA: *Que, en todo momento o que en un inicio, usted los refirió como colegas.*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ CASALLAS: *Eh colegas no, competidores.*

DELEGATURA: *(...) ¿Luego entonces, sería válido concluir que allí asistieron los representantes de cada competidor, o cada empresa?*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ CASALLAS: *Es correcto, sí. No me consta que sean los representantes, pero sé que trabajan para esas empresas”.*

Como puede observarse, la presencia de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** en la reunión en la que suscribió el “ACTA DE ACUERDO” no fue de ninguna manera percibida como la de “un particular” como pretende hacerlo ver el investigado en sus observaciones al Informe Motivado, sino como el representante de **SEG 3A**, o al menos alguien vinculado laboralmente con dicho establecimiento de comercio.

En el mismo sentido, **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO** (representante legal de **MECCIS**, competidora de las investigadas y denunciante en la presente actuación) afirmó en los siguientes términos que el público en general reconocía que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** trabajaba para **SEG 3A**:

“DESPACHO: *¿Usted sabe si ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS participaba como comerciante del negocio de las redes internas de gas natural?*

LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO: *Sí, ellos eran firma instaladora, también.*

DESPACHO: *¿Los dos o solamente la señora?*

LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO: *Los dos, porque creo que los dos son, o eran los dueños de la empresa SEG 3A.*

DESPACHO: *Y ¿así eran reconocidos por el público en general?*

LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO: *Sí, ella creo que era la representante legal.*

DESPACHO: *¿Y él?” (Subraya y destacado fuera de texto).*

LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO: *Él era el que le manejaba toda la parte comercial y técnica.*

⁷⁷ Folio 2595 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Min: 23:50.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”

DESPACHO: *Y así sucedió en la Mesa?*

LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO: *Aja”.*

De otra parte, tampoco puede aceptarse que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** niegue su conocimiento de lo pactado en la reunión del 16 de agosto y del “ACTA DE ACUERDO” bajo el pretexto que su esposo fue quien asistió a la misma y suscribió dicho documento, pero que nunca le informó. Este argumento debe ser rechazado teniendo en cuenta que en la presente actuación administrativa se encuentra plenamente demostrado con múltiples pruebas obrantes en el Expediente que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, dio cumplimiento a lo acordado con los demás competidores, con lo cual dicho argumento pierde cualquier validez.

En efecto, en el Expediente obran distintas comunicaciones posteriores a la celebración del acuerdo, en las que **SEG 3A** solicitó a la **ALCALDÍA DE LA MESA** la aprobación para poder realizar la comercialización de sus servicios en conjuntos residenciales cerrados. Nótese que esta solicitud proviene del numeral noveno del “ACTA DE ACUERDO” en la que se prohibió a los investigados la “comercialización en los conjuntos de apartamentos o casas hasta nueva orden de la alcaldía”. La única explicación a esta comunicación no puede ser otra que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, conocía lo pactado en el “ACTA DE ACUERDO” y por ello solicitaba el levantamiento de la prohibición allí contemplada.

Así las cosas, por las anteriores consideraciones se refutan todos los argumentos presentados por **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** encaminados a desvirtuar su responsabilidad en las conductas investigadas.

7.5.7. Análisis del Despacho frente a los argumentos de carácter procesal

Algunos investigados señalaron en sus observaciones al Informe Motivado que atribuir responsabilidad a la **ALCALDÍA DE LA MESA** y, adicionalmente, a su Alcalde, como autoridad municipal, es juzgarlo dos veces por el mismo hecho, es decir, un supuesto desconocimiento del principio del *non bis in ídem*. El anterior argumento no está llamado a prosperar por las razones que se pasan a exponer a continuación.

La Corte Constitucional sostiene que se desconoce el principio del *non bis in ídem* cuando se permite “que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos”⁷⁸. Desde esa perspectiva, en abundante jurisprudencia se han decantado los supuestos de aplicación del principio del *non bis in ídem*, los cuales deben atender a tres identidades: (i) de sujeto; (ii) de objeto; y, (iii) de causa.

Conforme a lo expuesto, a efectos de determinar la aplicación del principio del *non bis in ídem* es importante determinar si en el presente caso se cumple con los supuestos para su aplicación. De no cumplirse con alguno, por sustracción de materia, se entenderá que no tiene aplicación el referido principio en el presente caso.

Sobre el primer supuesto –la identidad de sujeto– la Corte en sentencia C-244 de 1996 dijo:

*“Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e **identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.***

*“La identidad en la persona significa que el sujeto **incriminado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.** (...)”⁷⁹*

Al respecto, debe tenerse en cuenta que bajo el criterio de organización política del Estado, la **ALCALDÍA DE LA MESA**, como ente territorial (municipio) es una persona jurídica de derecho público y, por el contrario, **RODRIGO GUARÍN LESMES**, es una persona natural que ostentaba

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 2018.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-244 de 1996.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

para la época de los hechos el cargo de elección popular de Alcalde de dicho municipio, sin que por razón a su vinculación pueda confundirse su responsabilidad con la persona jurídica de derecho público.

Como puede apreciarse, es evidente la no configuración del supuesto de aplicación del principio del *non bis in idem* relacionado con la identidad del sujeto. La falta de identidad entre la **ALCALDÍA DE LA MESA**, como persona jurídica de derecho público, y **RODRIGO GUARÍN LESMES**, como persona natural que ostentaba para la época de los hechos el cargo de elección popular de Alcalde, es evidente desde la Resolución No. 57334 de 13 de agosto de 2018⁸⁰, cuando la Delegatura ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos a las personas jurídicas y naturales en el presente caso.

En efecto, la apertura de la investigación contra la **ALCALDÍA DE LA MESA** estuvo encaminada a determinar si infringió o no la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y, por el contrario, contra **RODRIGO GUARÍN LESMES**, en su calidad de Alcalde del municipio de La Mesa para la época de los hechos, para determinar si incurrió o no en las conductas anticompetitivas previstas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las presuntas infracciones previstas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En resumen, no se cumple con el supuesto de aplicación del principio del *non bis in idem* relacionado con la identidad del sujeto a investigar o sancionar. En el presente caso **(i)** se está frente a personas con naturaleza distinta, una persona jurídica de derecho público -**ALCALDÍA DE LA MESA**- y otra una persona natural -**RODRIGO GUARÍN LESMES**- que ostentaba un cargo de elección popular y **(ii)** el fundamento jurídico de la imputación es diferente como puede apreciarse en la Resolución No. 57334 de 13 de agosto de 2018 o en palabras de la Corte Constitucional no existe "*identidad en la persona a la cual se le hace la imputación*".

Otro argumento presentado en las observaciones al Informe Motivado reprocha que esta Entidad en la visita administrativa realizada a la **ALCALDÍA DE LA MESA** no reportó los supuestos hallazgos ilegales y tampoco ejerció sus facultades previstas en el numeral 2 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 y en los numerales 5 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011.

Frente a estos argumentos, en primer lugar debe anotarse que según el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, que establece el procedimiento para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, existe una etapa de **averiguación preliminar** que no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si debe o no abrirse una investigación administrativa, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado⁸¹.

En ese contexto, en la etapa de averiguación preliminar, por regla general, esta Superintendencia adelanta visitas administrativas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley. No obstante, al momento de realizar una visita administrativa en la mayoría de los casos aún no se cuenta con elementos de juicio suficientes que permitan calificar los hallazgos como "*ilegales*" y, así mismo, en dicha etapa no se han constituido partes y no existen supuestos de hecho, ni imputación en contra de ninguna persona jurídica o natural.

Así, en la mayoría de los casos, el resultado de la etapa **averiguación preliminar** es el que determinará la necesidad de realizar una investigación formal, en donde se abre formalmente la investigación y se formulan cargos a las personas jurídicas o naturales por la presunta comisión de conductas que atentan contra la libre competencia, como sucedió en el presente caso al expedirse la Resolución No. 57334 de 13 de agosto de 2018⁸².

⁸⁰ Folio 619 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Primera, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola, 23 de enero de 2003, Rad. No.: 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909).

⁸² Folio 619 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

De otra parte, en relación con la supuesta aplicación del *"Numeral 2 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011"*, debe reiterarse que la presente actuación administrativa se contrae a determinar si existe o no una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas contenidas en la Ley 159 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. Dicha actuación administrativa se sustrae del ámbito de aplicación de la Ley 1480 de 2011 –Estatuto del Consumidor– y está fundada en la facultad constitucional y legal con la que cuenta esta Superintendencia para investigar y sancionar a quienes, en los términos de los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, sean responsables de la realización de comportamientos restrictivos de la libre competencia económica.

Otro de los reproches va dirigido a echar de menos la supuesta aplicación de los numerales 5 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011. Este argumento resulta particularmente llamativo debido a que lejos de negar la existencia de las conductas anticompetitivas reprochadas pareciera reafirmar su comisión. Pese a que dicho argumento no tiene ninguna virtualidad de afectar la fundamentación del Informe Motivado, este Despacho a continuación realizará algunas consideraciones sobre el particular.

En primer lugar, debe indicarse que en virtud del numeral 5 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 esta Superintendencia tiene como función de *"[o]rdenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal. (...)"*. Dicha disposición en armonía con el numeral 11 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, habilita la adopción de medidas cautelares en materia de prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

No obstante, la adopción de medidas cautelares no procede de forma automática al inicio de una averiguación preliminar. Para su decreto, esta Entidad debe comprobar: **(i)** la probable ocurrencia, existencia o configuración de una conducta restrictiva de la competencia; **(ii)** el riesgo de la efectividad de una eventual decisión sancionatoria en el evento de no decretarse la medida cautelar; y **(iii)** la proporcionalidad de la medida cautelar.

En ese orden de ideas, si no se encuentran satisfechos los anteriores requisitos, esta Superintendencia no podrá acceder al decreto de medidas cautelares. En tal sentido, echar de menos el decreto de medidas cautelares no es más que un argumento inconsulto y sin ninguna fundamentación. Adicionalmente, el decreto o no de medidas cautelares en materia de prácticas comerciales restrictivas de la competencia no constituye un presupuesto para la posterior sanción de conductas objeto de investigación.

De otra parte, el numeral 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 establece como función de esta Superintendencia *"[o]rdenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal."*, en relación con esta facultad debe indicarse que para su concreción se requiere que previamente se establezca la existencia de una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, momento en el que los investigados adquieran la calidad de **infractores** y, en consecuencia, esta Superintendencia dependiendo de las particularidades del caso, podrá ordenar la modificación o terminación de las conductas sancionadas.

Como puede observarse, las censuras que se acaban de analizar relacionadas con echar de menos la supuesta aplicación del numeral 2 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 y los numerales 5 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, lejos de ser propiamente observaciones de fondo al Informe Motivado, se traducen en una defensa mal enfocada, que antes de desvirtuar las razones que fundamentan la recomendación de sanción, parecieran confirmar la comisión de la conducta anticompetitiva censurada, sugiriendo que debían haberse decretado medidas cautelares o que se debía haber ordenado a los infractores la modificación o terminación de las conductas contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia.

7.5.8. Análisis del Despacho frente a otros argumentos

A continuación el Despacho procede a dar respuesta a otros argumentos que no han sido abordados previamente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Sobre la función de los Comités Técnicos

LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, se manifestó respecto a la existencia de los "Comités Técnicos" establecidos por el "ACTA DE ACUERDO", argumentando que los mismos no pueden ser tenidos como elementos para determinar el objeto anticompetitivo de la conducta, puesto que estos tenían como finalidad establecer parámetros para mantener unidad técnica en las decisiones, sin que con ello pueda derivarse alguna conducta anticompetitiva en el mercado.

Sobre lo anterior, como ha sido reiteradamente establecido por esta Entidad, en la aplicación del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 con respecto a los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. En este sentido, no hay lugar al argumento establecido por la investigada con respecto a que la finalidad de los Comités Técnicos no era adelantar conducta anticompetitiva alguna.

Por el contrario, como lo manifestó la Delegatura en el Informe Motivado, y tal y como quedó establecido en el "ACTA DE ACUERDO", el objetivo de los mencionados comités era el de hacer una evaluación de los trabajos desarrollados. Dicho seguimiento demuestra, por un lado, la intención de coordinación y cooperación entre los diferentes competidores, y por el otro, la existencia de un mecanismo de control sobre el cumplimiento de lo acordado entre los investigados.

En este sentido, estos comités de evaluación bien pueden ser considerados mecanismos idóneos para el cumplimiento de un acuerdo de fijación de precios como en este caso. Como lo ha reconocido esta Superintendencia⁸³, en línea con la doctrina internacional en la materia, existen diferentes factores que facilitan la ejecución de los acuerdos alcanzados por los competidores en un determinado mercado.

Así, uno de estos factores es precisamente la creación de estructuras de monitoreo del acuerdo, que permiten a los miembros del cartel verificar el cumplimiento y la no desviación de sus participantes.

Los mencionados comités mensuales, que tienen como objetivo el evaluar los trabajos desarrollados por las partes, son un ejemplo perfecto de dichos mecanismos de monitoreo, que además, sumados con la penalidad establecida en el numeral 12 del "ACTA DE ACUERDO", consistente a enviar notificación a **FENOSA** para que retire el convenio de financiación a quien **INCUMPLA** lo pactado, son perfectamente idóneos para buscar evitar la desviación del cartel por parte de sus miembros, asegurando de esta forma su ejecución.

En virtud de lo anterior, no se encuentra lugar a reconocer el argumento de los investigados respecto a que la finalidad de los comités no generaba una conducta anticompetitiva en el mercado.

- Sobre la Aplicación de Excepción del Numeral 3 del Artículo 49 del Decreto 2153 de 1992

REINGEGAS y su representante legal, **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS**, manifestaron en sus observaciones al Informe Motivado que en el presente caso no puede hablarse de la existencia de un acuerdo con objeto anticompetitivo, sino, por el contrario, de un acuerdo sobre un método o forma de utilización de una facilidad común (la facilidad de financiación) y por tanto queda excluido de cualquier sanción en virtud del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.

Al respecto, hay que recordar que el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 dispone una de las excepciones establecidas en la ley para la aplicación del régimen de libre competencia, a saber, los acuerdos que recaigan sobre procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

En este sentido, es importante mencionar que esta Superintendencia ha sido enfática en reconocer que para la aplicación de la mencionada excepción es indispensable la existencia de una facilidad común, entendida esta última como cualquier bien o servicio que, no perteneciendo privativamente a uno o más competidores, puede ser utilizado por diversos actores en un mismo mercado⁸⁴.

⁸³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 47965 de 2014.

⁸⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 23890 de 2011.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Así las cosas, y aplicando lo anterior al caso concreto, no puede entenderse que en esta situación estamos ante un acuerdo para la utilización de facilidades comunes, como lo manifiestan los investigados, toda vez que no se encuentra cabida al argumento de que la herramienta de financiación presente en este caso pueda ser considerada como una facilidad común, en los términos anteriormente expuestos.

Como ha quedado demostrado en el proceso, el sistema de financiación era proporcionado por **FENOSA** exclusivamente a las empresas con quien firmó el "*Convenio de Colaboración Comercial*", y por lo tanto restringido **únicamente** a las empresas elegidas por la Alcaldía, a saber, las empresas investigadas **REINGEGAS, ARIBUK y SEG 3A**.

Lo anterior quedó acreditado en el Expediente con el escrito del 9 de agosto de 2012 por el que **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas para la época de los hechos) informó al Concejo Municipal de La Mesa que:

"Con el proceso de socialización en varios barrios del casco urbano y de acuerdo a las diferentes dudas que se fueron presentando en estas reuniones, el Alcalde consulto en Fenosa y ellos allegaron junto con un oficio (anexo 2).

De inmediato la secretaria de obras públicas solicitó vía telefónica (con propuesta en la oficina) a dos de los proponentes que se encontraban en los primeros lugares del Ranking para negociar los precios que se definieron con la firma REINGEGAS LTDA. Para beneficio de la comunidad aceptaron las mismas condiciones estas empresas son CACERES SOLANO LUDY FERNANDA/SEG 3A GAS DE COLOMBIA (PRIMER LUGAR) y ARIBUK (CUARTO LUGAR).

*En este momento existen tres (3) empresas que cuentan con el convenio con Fenosa para que realicen las instalaciones internas domiciliarias financiadas de 0 a 36 meses, es importante aclarar que cualquier empresa que llegue al municipio puede ejecutar las instalaciones pero será bajo la responsabilidad de los propietarios*⁸⁵ (Negrilla y subraya fuera de texto).

De esta forma, no se considera que el mecanismo de financiación pueda ser entendido como una facilidad común como lo han argumentado algunos de los investigados en el presente caso, puesto que no se trataba de un bien o servicio que estuviera a disposición de cualquier agente del mercado y, por el contrario, pertenecía privativamente a tres (3) competidores que habían sido previamente seleccionados para hacer uso del mismo.

- Sobre la Inexistencia de pruebas de intercambio de información

ARIBUK y su representante legal **HERNÁN ARIAS RIAÑO** manifestaron que no existen pruebas en el Expediente que demuestren un actuar predeterminado ni que entre los competidores investigados hubiera existido un intercambio de información.

Al respecto, hay que manifestar que el régimen de libre competencia en Colombia establece diferentes conductas que pueden ser consideradas como anticompetitivas a la luz de la ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

Así, por ejemplo, el intercambio de información estratégica y detallada de las actividades efectivamente ha sido considerado por la Superintendencia como una práctica anticompetitiva en ciertas ocasiones. Sin embargo, esto no quiere decir que sea la única conducta anticompetitiva, ni mucho menos que sea un requisito previo para determinar la existencia de una práctica violatoria del régimen de libre competencia en Colombia.

El régimen de competencia en Colombia, específicamente el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contiene una lista no taxativa de conductas que pueden generar (por **su objeto** o efecto) un daño al mercado, limitando la participación independiente de los agentes, y afectando así los principios básicos que busca proteger el régimen de competencia (libre participación en los mercados, bienestar del consumidor y eficiencias económicas).

⁸⁵ Folios 881 a 882 del Cuaderno Reservado SIC No. 3 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Así las cosas, debe recordarse que en el caso en concreto la Delegatura imputó la existencia de un acuerdo entre competidores que tiene por objeto la fijación de precios en el mercado. Dicha conducta está expresamente establecida en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 como un acuerdo anticompetitivo. Por este motivo, se hace irrelevante el análisis solicitado por el investigado respecto al intercambio de información estratégica entre los competidores.

- Sobre la Calidad de agentes del mercado de los investigados

RODRIGO GUARÍN LESMES, Alcalde de La Mesa, y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, manifestaron en sus observaciones al Informe Motivado que, por un lado, la **ALCALDÍA DE LA MESA** y su Secretario de Obras no son agentes del mercado, y que además, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** realizó sus conductas en cumplimiento de los mandatos legales, constitucionales y de sus superiores. Por estas razones consideran que no deben ser sancionados.

En primer lugar, debe advertirse a los investigados que el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 establece que las normas de libre competencia serán aplicadas a *"todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica"*.

Así, las normas de libre competencia no diferencian la calidad jurídica de las personas investigadas, teniendo como único punto de análisis para la aplicación de las normas el hecho que los investigados desarrollen una actividad económica o la afecten.

En este sentido, en el presente caso tanto el Secretario de Obras Públicas como la **ALCALDÍA DE LA MESA** tomaron decisión respecto a la prestación de un servicio en el mercado, pues participaron activamente y firmaron el "ACTA DE ACUERDO", que como quedó ampliamente demostrado en el Expediente, tenía como objetivo el establecer parámetros para la ejecución de las instalaciones internas de gas domiciliario.

En este sentido, al haber participado en la afectación al desarrollo de una actividad económica en uno de los mercados nacionales, deben ser considerados sujetos del régimen de libre competencia.

Por otro lado, respecto al argumento de que los investigados estaban actuando en virtud de los mandatos legales y constitucionales de sus funciones, así como bajo órdenes de sus superiores, debe mencionarse que no existe prueba alguna respecto a que dentro de las funciones legales de los funcionarios públicos investigados exista la de auspiciar reuniones entre competidores y proponentes de un nuevo mercado no regulado que justificara su actuar.

La Constitución Política establece en su artículo 333 la Libre Competencia como un derecho de todos, que solo puede ser limitado por mandato de la ley, y por tanto, cualquier injerencia por parte de los funcionarios investigados a la libre entrada de competidores al mercado, así como sobre las condiciones de competencia entre los agentes presentes en el mercado en principio es injustificado.

- Sobre la Intervención del Estado en la Libre Competencia

RODRIGO GUARÍN LESMES, Alcalde de La Mesa, manifestó en sus comentarios al Informe Motivado que la libre competencia es un derecho que no excluye la intervención proporcional y razonable del Estado cuando lo requiera para cumplir sus fines esenciales.

Sobre este punto, es importante mencionar que la libre competencia es un derecho de carácter constitucional, reconocido por el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia como un derecho de todos.

Ahora, es cierto que no puede ser entendido como un derecho absoluto, y que en ocasiones el Estado está en la obligación de intervenir. Sin embargo, la intervención del Estado en la economía y en el desarrollo de la libre competencia está expresamente delimitado en la ley, y no puede ser entendido como una facultad absoluta del Estado.

Así, por ejemplo, el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009 establece las formas de intervención del Estado, el cual establece:

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"El ejercicio de los mecanismos de intervención del Estado en la economía, siguiendo el mandato previsto en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, constituye restricción del derecho a la competencia en los términos de la intervención. Son mecanismos de intervención del Estado que restringen la aplicación de las disposiciones de la presente ley, los Fondos de estabilización de precios, los Fondos Parafiscales para el Fomento Agropecuario, el Establecimiento de precios mínimos de garantía, la regulación de los mercados internos de productos agropecuarios prevista en el Decreto 2478 de 1999, los acuerdos de cadena en el sector agropecuario, el Régimen de Salvaguardias, y los demás mecanismos previstos en las Leyes 101 de 1993 y 81 de 1988"

De igual forma, el artículo 333 de la Constitución Política establece que el Estado, por mandato de la ley, controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

En este orden de ideas, si bien es cierto que la libre competencia no es un derecho absoluto, cualquier intervención del Estado en el mismo deberá estar sustentado en la ley, de lo contrario se desdibujaría el objeto de uno de los principales pilares de la economía de mercado.

7.5.9. Análisis de Despacho frente a la solicitud de nulidad de LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO (propietaria del establecimiento de comercio SEG 3A)

Mediante escrito radicado bajo el No. 12-160585- -00217-0002 del 10 de diciembre de 2018, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, presentó solicitud de nulidad del Informe Motivado por la supuesta violación al debido proceso en consideración a los hechos que se resumen a continuación.

- (i) Supuesta vulneración al debido proceso en concordancia con el principio de la necesidad de la prueba establecido en el artículo 164 del Código General del Proceso por el hecho de que el Informe Motivado supuestamente le otorgó a **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** la calidad de propietario del establecimiento de comercio **SEG 3A** a partir de su asistencia a la reunión celebrada el 16 de agosto de 2012.
- (ii) Supuesta vulneración al debido proceso por desconocer el artículo 26 del Código de Comercio y no consultar el Certificado de Existencia y Representación Legal aportado en el escrito de descargos contra la Resolución No. 57334 de 2018 para verificar la calidad de propietario del establecimiento de comercio **SEG 3A**.
- (iii) Supuesta vulneración al debido proceso por desconocer el Reglamento Técnico de Instalaciones Internas de Gas Combustible contenido en la Resolución No. 90902 del 24 de octubre de 2013 en concordancia con el artículo 19 de la Resolución CREG de 1997 para establecer que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no está inscrito y, por lo tanto, no está habilitado para la referida actividad comercial.
- (iv) Supuesta vulneración al debido proceso por negar el derecho de defensa respecto de la facultad de aportar pruebas. Es decir, proferir el Informe Motivado sin resolver una solicitud de prórroga presentada el 26 de octubre de 2018 y contenida en una respuesta a un requerimiento realizado por la Delegatura el 25 de octubre de 2018.
- (v) Supuesta vulneración al debido proceso como consecuencia de que se ignoró una solicitud de aplazamiento del 1 de noviembre de 2018 para la audiencia de que trata el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 porque supuestamente **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, se encontraba incapacitada.

A efectos de resolver sobre la solicitud de nulidad previamente expuesta, debe tenerse en cuenta que el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, norma especial en materia de vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, establece unas oportunidades perentorias para proponer las solicitudes de nulidad.

"Artículo 21. Vicios y otras irregularidades del proceso. Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, **se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3o del artículo 52 del**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Decreto 2153 de 1992. *Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.*

Cuando se aleguen vicios u otras irregularidades del proceso, la autoridad podrá resolver sobre ellas en cualquier etapa del mismo, o en el mismo acto que ponga fin a la actuación administrativa." (Negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, la norma establece que los vicios o irregularidades deben alegarse antes del inicio del traslado al investigado del Informe Motivado al que se refiere el inciso 3 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, so pena de que se tendrán por saneados. Adicionalmente, la norma señala que si los supuestos vicios o irregularidades ocurriesen con posterioridad, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.

Lo anterior constituye la materialización del principio de preclusividad de las etapas procesales. Al respecto ha sostenido la Corte Constitucional que:

"Sabido es, que "la preclusión" es uno de los principios fundamentales del derecho procesal y que en desarrollo de éste se establecen las diversas etapas que han de cumplirse en los diferentes procesos, así como la oportunidad en que en cada una de ellas deben llevarse a cabo los actos procesales que le son propios, transcurrida la cual no pueden adelantarse. En razón a éste principio es que se establecen términos dentro de los cuales se puede hacer uso de los recursos de ley, así mismo, para el ejercicio de ciertas acciones o recursos extraordinarios, cuya omisión genera la caducidad o prescripción como sanción a la inactividad de la parte facultada para ejercer el derecho dentro del límite temporal establecido por la ley."⁸⁶

Así las cosas, en relación con los hechos (iv) y (v) de la solicitud de nulidad, relacionados con la solicitud de una prórroga del periodo probatorio del 26 de octubre de 2018 y la solicitud de aplazamiento del 1 de noviembre de 2018 para la audiencia de que trata el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, que supuestamente representan un vicio o irregularidad, debe llamarse la atención que al no haber sido alegados dentro de la oportunidad prevista en el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 se entienden por saneados.

En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que dichas circunstancias en el evento que se propusieran oportunamente tampoco tendrían mérito de prosperidad por las razones que se pasan a exponer a continuación.

En primer lugar, debe anotarse que los términos procesales son de orden público y en consecuencia de obligatoria observancia⁸⁷. De manera que las diferentes fases dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia se encuentran gobernadas por el principio de preclusividad de las etapas procesales antes referido.

En segundo lugar, no existe lo que la investigada sugiere como "prórroga para aportar las pruebas". Cuando se ordena abrir una investigación y formular cargos para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, los investigados cuentan con veinte (20) días hábiles con la finalidad de que soliciten o aporten las pruebas que pretendan hacer valer, según lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. Oportunidad probatoria que fue ampliamente ejercida por la investigada en el presente caso, lo que descarta cualquier supuesta vulneración del derecho de defensa y contradicción.

Por último, debe llamarse la atención en la particular y llamativa excusa que supuestamente suscitó la solicitud de prórroga probatoria presentada por la investigada. Y es que señaló frente a un requerimiento de información de la Delegatura que "tales documentos lo (sic) había destruido por no existir mi establecimiento de comercio, a lo cual, se me volvió a requerir para que aportara tales documentos, dando respuesta mediante comunicación del 25 de octubre de 2018 donde le solicite

⁸⁶ Corte Constitucional. Auto 232 de 2001.

⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 2008.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

a su Despacho me concedieran un plazo razonable y/o prudencial para buscar y poder aportar la información contable solicitada (...)".

Sobre el particular, es menester recordar que en virtud del artículo 60 del Código de Comercio, los libros y papeles del comerciante deberán ser conservados cuando menos por diez años, contados desde el cierre de aquéllos o la fecha del último asiento, documento o comprobante y transcurrido este lapso, podrán ser destruidos por el comerciante, siempre que por cualquier medio técnico adecuado garantice su reproducción exacta.

Como puede apreciarse, la supuesta solicitud de prórroga se encuentra enmarcada dentro de un requerimiento de información que realizó la propia Delegatura y lejos de significar una violación al debido proceso o la imposibilidad de aportar o solicitar pruebas lo que deja en evidencia es el supuesto incumplimiento de un deber legal. De otro lado, resulta bastante llamativo que, en todo caso, la investigada a la fecha no hubiese aportado la información de la cual trata su solicitud de nulidad, ni siquiera en su escrito de observaciones al Informe Motivado.

De otra parte, a efectos de resolver sobre los demás hechos que, a juicio de la investigada, supuestamente configuran nulidades, debe señalarse que su configuración no tiene mérito de prosperidad por las razones que pasan a exponerse a continuación.

En primer lugar, es importante tener en cuenta que las nulidades se rigen por un principio de taxatividad. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional que:

*"La taxatividad de las causales de nulidad significa que sólo se pueden considerar vicios invalidadores de una actuación aquellos expresamente señalados por el legislador y, excepcionalmente, por la Constitución, como el caso de la nulidad que se presenta por práctica de una prueba con violación del debido proceso. Cualquier otra irregularidad no prevista expresamente deberá ser alegada mediante los recursos previstos por la normativa procesal, pero jamás podrá servir de fundamento de una declaración de nulidad."*⁸⁸

Como puede observarse, los hechos (i), (ii) y (iii) alegados por la investigada lejos de configurar una causal de nulidad –principio de taxatividad– representan divergencias o discrepancias con la valoración probatoria y consideraciones que realizó la Delegatura en el Informe Motivado, que en todo caso fueron resueltas en este acto administrativo.

En efecto, se insiste, en que el hecho de que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no ostentara la calidad de representante legal de **SEG 3A** resulta irrelevante a efectos de determinar su responsabilidad en la presente actuación administrativa. Sobre el particular, se aclara que la conducta imputada y sancionada, consistente en un acuerdo de los precios que debían regir para las instalaciones de redes internas de gas domiciliario en el municipio de La Mesa, resulta reprochable no en atención al carácter formal o informal del documento donde fue consignado, ni mucho menos en atención a la debida o indebida representación que ejercieron sus asistentes frente a sus respectivas empresas. El juicio de reproche frente a tal comportamiento se erige en atención a su contenido mismo (acuerdo de fijación de precios), y se sustenta en su acatamiento por parte de las empresas investigadas y, sobre todo, en su correspondiente implementación. Por ende, de nada vale la defensa consistente en que los asistentes no contaban con poder especial para vincular a las empresas que representaban si, en todo caso, las empresas y personas naturales investigadas conocieron del acuerdo y lo implementaron en la práctica, como efectivamente se demostró en la presente actuación administrativa.

En razón a las consideraciones dadas previamente, este Despacho no accederá a la solicitud de nulidad ni a ninguna de las declaraciones solicitadas por **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, en su escrito radicado bajo el No. 12-160585-00217-0002 del 10 de diciembre de 2018.

OCTAVO: Impacto potencial de la conducta en el mercado

De acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, "[l]os servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional." Lo anterior significa que la normatividad colombiana reconoce la importancia de que los ciudadanos accedan a estos servicios, en los que se incluye al

⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-125 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

gas natural domiciliario, en tanto que los mismos representan niveles importantes de calidad de vida. En esta misma línea, los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Ley 142 de 1994 establecen que los servicios públicos domiciliarios son esenciales y que la intervención del Estado está encaminada, entre otros objetivos, a conseguir su prestación eficiente, asegurar su calidad y cobertura, permitir la libre competencia y evitar el abuso de la posición dominante.

Por su parte, el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios.

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 9 de la Ley 142 de 1994 señala que los usuarios de los servicios públicos tienen derecho a "[/]la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización", con lo cual establece como prioridad que exista libre competencia económica no solo en los mercados de prestación de los servicios públicos sino en todos aquellos mercados conexos a estos, tal como el de instalación de redes internas para el suministro del gas natural, de tal suerte que un acuerdo de precios como el que aquí se reprocha resultaría ser violatorio tanto del régimen de libre competencia económica como de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, como política pública de Estado, el Gobierno Nacional ha estado interesado en las dos últimas décadas en promover el desarrollo del gas natural domiciliario en todo el país y de masificar su uso. Particularmente, en 2003, estableció las "*Estrategias para la dinamización y consolidación del gas natural en Colombia*", documento donde se formularon algunas estrategias y recomendaciones para lograr este objetivo, incluyendo la invitación a los municipios a crear proyectos de gasificación, tal como el que sucedió en La Mesa 10 años después.

Todo lo anterior es apenas muestra de la importancia que tiene para el Estado garantizar a sus ciudadanos el acceso al gas natural domiciliario como servicio público esencial, en especial a los colombianos de menores recursos y de municipios diferentes a las cabeceras en donde históricamente la cobertura de todos los servicios públicos ha sido menor que en las principales ciudades.

Para el caso particular de La Mesa, el Acuerdo No. 003 de 2012 mediante el cual se adoptó el Plan de Desarrollo Municipal "La Mesa, apacible para vivir, atractiva para invertir" como plan de desarrollo económico, social y ambiental del municipio para el periodo 2012-2015, estableció como uno de los principales ejes de trabajo el programa de "*Infraestructura para el progreso*" en el cual incluyó el sub programa de "*Gasificación para el municipio*", dando muestra de la relevancia que tenía alcanzar total cobertura del servicio público en el municipio durante el periodo que coincide con el que se investiga en la presente actuación administrativa.

Hasta este punto es claro entonces que cualquier conducta que restrinja la libre competencia económica en la prestación del servicio de gas natural domiciliario o en cualquiera de sus mercados conexos es contraria a los objetivos del Estado, incluyendo a los propios del municipio de La Mesa. Al respecto, está demostrado que el acuerdo de precios en el que participaron las investigadas generó una restricción importante para que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras.

Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios del servicio correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3, y que por otro lado, el acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**. Esto último consiste en que la **ALCALDÍA DE LA MESA** desarrolló un sistema junto con **FENOSA** en el que esta última, previa autorización de la Alcaldía, prestaba a los usuarios un esquema de financiamiento en el que el servicio de instalación de redes internas para el suministro de gas natural era cobrado entre 0 y 36 cuotas, a través de la factura del servicio público⁸⁹.

⁸⁹ Carta de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas del municipio de La Mesa al Consejo Municipal de La Mesa, explicando el proceso para la instalación de redes internas de gas natural en el municipio. Folios 958 a 961 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Tal y como se indicó en la descripción del mercado afectado, este esquema resulta relevante para que el municipio lograra sus objetivos de cobertura pues, teniendo en cuenta las características sociodemográficas de la población potencial a atender en el mercado, se requerían esquemas que permitieran a la población incurrir en el costo fijo de instalar redes internas sin que se viera significativamente afectado su poder adquisitivo para los demás bienes y servicios de primera necesidad. Un esquema de cobro por cuotas sin duda era una mejor alternativa para los usuarios que pagar la instalación de redes de contado por cuanto su poder adquisitivo resultaba limitado. Entonces, la conducta anticompetitiva tuvo un impacto sobre los consumidores, de forma directa vía una fijación de precios artificial y no en el marco de competencia entre los instaladores, e indirecta vía la imposibilidad de contratar con instaladores ajenos al cartel utilizando el esquema de financiamiento de **FENOSA**.

En otras palabras, toda vez que los hogares que pretendían adquirir el servicio de gas natural por tuberías eran de estratos 1, 2 y 3, contar con un esquema de financiamiento del costo fijo de la instalación de redes internas resultaba determinante para la decisión de los hogares de adquirir o no el servicio. Así, empresas instaladoras de redes internas que pudiesen ofrecer el programa de financiamiento de **FENOSA**, versus aquellas que tuvieran que requerir el pago del servicio de contado, ganarían una ventaja significativa por cuanto, de no existir dichos esquemas, el número de hogares dispuestos a adquirir el servicio sería estrictamente menor al que realmente lo hizo. En este sentido, el objetivo de lograr cobertura total del servicio se vio truncado en la medida en que algunos consumidores o no pudieron acceder al servicio de gas natural o tuvieron que hacerlo con precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas.

Sobre el impacto que tuvo la conducta en el mercado, algunos investigados, en sus observaciones al Informe Motivado, manifestaron que en el Expediente no existe prueba alguna de que el mercado se haya visto afectado por el acuerdo de precios. Indicaron que el acuerdo, independientemente de si se aplicó o no, no tenía la potencialidad de afectar a los consumidores en la medida en que su participación se vio limitada por la imposibilidad de acceder a los mecanismos de financiación, hecho que no dependía de las empresas cartelistas sino de **FENOSA** y la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

Sobre los anteriores argumentos, el Despacho se permite indicarle a los investigados que, tal como se indicó líneas atrás, la conducta desplegada por las empresas cartelistas, así como aquella de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, generó una restricción importante para que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Por un lado, los consumidores debieron pagar precios de instalación de las redes que fueron artificialmente fijados por las empresas y que no correspondieron al resultado de la interacción entre la oferta y la demanda, y por otro lado, si hubiesen querido no pagar tal precio, hubiesen tenido que renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**, mismo que era determinante en la decisión de adquisición del servicio público por parte de los mesunos. Con lo anterior, es claro que los consumidores del mercado se vieron afectados tanto por el acuerdo de precios como por el esquema del mismo que, en términos generales, implicó la restricción a la elección de la empresa instaladora por parte de cada uno de los usuarios. Por lo anterior, para este Despacho no es de recibo la afirmación de los investigados según la cual el acuerdo ni tuvo efectos ni tenía la potencialidad de afectar a los consumidores.

ARIBUK y su representante legal, **HERNÁN ARIAS RIAÑO**, al igual que el investigado **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, manifestaron que la Delegatura en su Informe Motivado no tuvo en cuenta el análisis sobre los efectos reales de la conducta. Así, señalaron que no se tuvieron en cuenta los precios reales que se ofrecían en el mercado, ni que el "ACTA DE ACUERDO" nunca privilegió a nadie, ni creó una desventaja comercial, ni provocó un desplazamiento en la demanda,

Al respecto, hay que resaltar que la defensa de los investigados desconoce que en el supuesto de un acuerdo anticompetitivo **por su objeto**, solo será necesario probar la efectiva existencia del mismo para que la conducta pueda ser reprochable bajo el régimen de Libre Competencia en Colombia⁹⁰. En este sentido, no es de ninguna manera necesario que la Autoridad entre a demostrar

⁹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 103652 de 2015.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

los efectos de dicho acuerdo en el mercado⁹¹. De esta forma, como ya lo ha mencionado esta Entidad, en los casos de investigación de acuerdos anticompetitivos por su objeto, solo es necesario demostrar que el mencionado acuerdo tenga la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado.

Así las cosas, no puede aceptarse el argumento planteado por los investigados respecto a la necesidad de haber analizado los precios reales que se ofrecían en el mercado, o si el "ACTA DE ACUERDO" generó efectivamente desventajas o privilegios a determinados competidores.

Finalmente, los investigados aseguraron que, *"no se hizo un estudio apropiado de los motivos económicos que explicaban el funcionamiento del mercado, respaldado en estadísticas u otros documentos. La falta de ello le hizo tener a la Superintendencia por prueba cierta, un presunto acuerdo de precio y de reparto de mercado, cuyos indicios no fueron debidamente valorados"*.

Al respecto, es importante resaltar que, contrario a lo que manifestaron los investigados, la Superintendencia de Industria y Comercio no está en la obligación de determinar cuáles fueron los motivos económicos que llevaron a los cartelistas a acordar precios y otras condiciones en el mercado. Un cartel anticompetitivo como el investigado en la presente actuación administrativa es violatorio del régimen de competencia independientemente de si la conducta resultaba ser racional para los cartelistas y de si estos percibieron o no beneficios significativos con su comportamiento. Ahora bien, realizar un análisis más o menos profundo de estadísticas que describan el mercado en nada cambiaría el hecho de que existen pruebas en el Expediente que acreditan la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Así, el argumento de los investigados resulta impertinente.

Por todo lo anterior, para este Despacho la conducta desplegada por los investigados tuvo un impacto negativo significativo sobre el proyecto de gasificación del municipio de La Mesa en la medida en que los usuarios tuvieron que pagar precios artificiales para la instalación de las redes internas para el suministro de gas natural y además, no tenían alternativa alguna a la de contratar con los cartelistas pues, de lo contrario, no tenían la posibilidad de acceder al esquema de financiamiento de **FENOSA**, mismo que resultaba determinante para que los usuarios tuvieran la capacidad adquisitiva de contratar el servicio.

NOVENO: Monto de las sanciones

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas sobre protección de la libre competencia económica, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"*⁹².

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

⁹¹ Informe Motivado. 12-86114 de 2016 Caso Agencias de Casting, IM. 13-266923 de 2016 Caso Pañales. IM. 14-151036 de 2016 Caso Cuadernos, IM 15-81775 de 2017 Caso Vigilancia SIC (Cosequín y San Martín).

⁹² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 125 del 18 de febrero de 2003. Exp. Rad. D-4059.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con el suministro de gas natural domiciliario, servicio público esencial para los hogares colombianos. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la libre competencia económica en el desarrollo de este sector tendrá un impacto negativo importante en la economía y, en particular, en el bienestar de la población colombiana.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas investigadas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto o servicio involucrado.

Bajo ese contexto, se advierte que, 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, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta por **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

9.1. Agentes de mercado

9.1.1. Sanción a pagar por REINGEGAS

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **REINGEGAS**, 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, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el acuerdo de precios en el que participó **REINGEGAS** generó una restricción importante a que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3, que por otro lado, el acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**, y por último, que dicho servicio resulta esencial para el acceso a un servicio público como el gas natural.

En este punto es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior se ve truncado si los consumidores no pueden acceder al servicio de gas natural, o deben hacerlo a precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 98,5% del mercado de construcción e instalación de redes internas en La Mesa - Cundinamarca. Durante el periodo investigado, **REINGEGAS** tuvo una participación del 60,5% del mercado, medida en número de instalaciones, con lo cual es evidente el impacto significativo que generó su conducta

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

anticompetitiva en el mercado. Adicionalmente, de las cuatro (4) empresas que estuvieron fuera del acuerdo de precios, ninguna de ellas contó con una participación superior al 0,6% durante 2013.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, el Despacho encontró probado que, durante el 2013, **REINGEGAS** participó en un acuerdo o cartel empresarial para la fijación de precios con sus dos principales competidores **ARIBUK** y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**. Igualmente, se estableció que la suma de las participaciones de los miembros de dicho acuerdo cartelista alcanzó el 98,5% de participación en el mercado de instalaciones de redes internas en La Mesa - Cundinamarca por lo cual, resulta evidente que **REINGEGAS** obtuvo, por un lado, un beneficio económico como consecuencia de la fijación anticompetitiva de precios y, por el otro, el beneficio de no estar sometido a una presión competitiva por parte de sus más grandes rivales.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **REINGEGAS** fue participante activo en el acuerdo durante todo el periodo investigado.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observó que **REINGEGAS** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada **REINGEGAS**, se le impondrá una multa de **TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 35.155.890.00)** equivalentes a **CUARENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (45 SMLMV)**.

La anterior sanción equivale al 0,05% de la multa máxima potencialmente 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.

9.1.2. Sanción a pagar por ARIBUK

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **ARIBUK**, 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, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el acuerdo de precios en el que participó **ARIBUK** generó una restricción importante a que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3, que por otro lado, el acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**, y por último, que dicho servicio resulta esencial para el acceso a un servicio público como el gas natural.

En este punto es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior se ve truncado si los consumidores no pueden acceder al servicio de gas natural, o deben hacerlo a precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 98,5% del mercado de construcción e instalación de redes internas en La Mesa - Cundinamarca. Durante el periodo investigado, **ARIBUK** tuvo una participación cercana al 19% del mercado, medida en número de instalaciones, con lo cual es claro el impacto significativo que generó su conducta anticompetitiva en el mercado. Adicionalmente, de las cuatro (4) empresas que estuvieron fuera del acuerdo de precios, ninguna de ellas contó con una participación superior al 0,6% durante 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, el Despacho encontró probado que, durante el 2013, **ARIBUK** participó en un acuerdo o cartel empresarial para la fijación de precios con sus dos principales competidores **REINGEGAS** y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**. Igualmente, se estableció que la suma de las participaciones de los miembros de dicho acuerdo cartelista alcanzó el 98,5% de participación en el mercado de instalaciones de redes internas en La Mesa - Cundinamarca por lo cual, resulta evidente que **ARIBUK** obtuvo, por un lado, un beneficio económico como consecuencia de la fijación anticompetitiva de precios y, por el otro, el beneficio de no estar sometido a una presión competitiva por parte de sus más grandes rivales.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **ARIBUK** fue participante activo en el acuerdo durante todo el periodo investigado.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observó que **ARIBUK** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada **ARIBUK**, se le impondrá una multa de **TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS DIECISEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 37.499.616.00)** equivalentes a **CUARENTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (48 SMLMV)**.

La anterior sanción equivale al 0,05% de la multa máxima potencialmente 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.

9.1.3. Sanción a pagar por LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO como propietaria del establecimiento de comercio SEG 3A

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, 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, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el acuerdo de precios en el que participó **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** generó una restricción importante a que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3, que por otro lado, el acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**, y por último, que dicho servicio resulta esencial para el acceso a un servicio público como el gas natural.

En este punto es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior se ve truncado si los consumidores no pueden acceder al servicio de gas natural, o deben hacerlo a precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 98,5% del mercado de construcción e instalación de redes internas en La Mesa - Cundinamarca. Durante el periodo investigado, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, tuvo una participación superior al 19% del mercado, medida en número de instalaciones, con lo cual es claro el impacto significativo que generó su conducta anticompetitiva en el mercado. Adicionalmente, de las cuatro (4) empresas que estuvieron fuera del acuerdo de precios, ninguna de ellas contó con una participación superior al 0,6% durante 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, el Despacho encontró probado que, durante el 2013, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, participó en un acuerdo o cartel empresarial para la fijación de precios con sus dos principales competidores **REINGEGAS** y **ARIBUK**. Igualmente, se estableció que la suma de las participaciones de los miembros de dicho acuerdo cartelista alcanzó el 98,5% de participación en el mercado de instalaciones de redes internas en La Mesa - Cundinamarca por lo cual, resulta evidente que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** obtuvo, por un lado, un beneficio económico como consecuencia de la fijación anticompetitiva de precios y, por el otro, el beneficio de no estar sometido a una presión competitiva por parte de sus más grandes rivales.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, fue participante activo en el acuerdo durante todo el periodo investigado.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observó que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, se le impondrá una multa de **SESENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 62.499.360.00)** equivalentes a **OCHENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (80 SMLMV)**.

La anterior sanción equivale al 0,08% de la multa máxima potencialmente 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.

9.1.4. Sanción a pagar por la ALCALDÍA DE LA MESA

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **ALCALDÍA DE LA MESA**, 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, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el acuerdo de precios, que fue incentivado y auspiciado por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, generó una restricción importante a que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3, que por otro lado, el acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**, y por último, que dicho servicio resulta esencial para el acceso a un servicio público como el gas natural.

En este punto es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior se ve truncado si los consumidores no pueden acceder al servicio de gas natural, o deben hacerlo a precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas, más aún cuando dicho acuerdo fue promocionado y reforzado por una autoridad local como la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tiene que con la conducta de los cartelistas se afectó el 98,5% del mercado de construcción e instalación de redes internas en La Mesa - Cundinamarca. Adicionalmente, de las cuatro (4) empresas que estuvieron fuera del acuerdo de precios, ninguna de ellas contó con una participación superior al 0,6% durante 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que la **ALCALDÍA DE LA MESA** tuvo un rol definitivo tanto en la celebración como en la ejecución del acuerdo anticompetitivo acá investigado, toda vez que participó directamente en el acuerdo entre las empresas instaladoras investigadas al comprometerse a castigar a quien se desviara de lo acordado en virtud del cartel, al paso que influyó preponderantemente con su conducta en la decisión de los usuarios de las empresas cartelizadas frente a sus competidores.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observó que la **ALCALDÍA DE LA MESA** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada **ALCALDÍA DE LA MESA**, se le impondrá una multa de **DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 277.340.910.00)** equivalentes a **TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (355 SMLMV)**.

La anterior sanción equivale al 0,36% de la multa máxima potencialmente 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.

9.2. Personas naturales

9.2.1. Sanción a **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, representante legal de **REINGEGAS**

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado fue quien suscribió el acuerdo de precios por parte de **REINGEGAS** y participó en la conducta restrictiva durante todo el tiempo de su ejecución.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el acuerdo de precios en el que participó **REINGEGAS** a través de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, generó una restricción importante a que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3, que por otro lado, el acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**, y por último, que dicho servicio resulta esencial para el acceso a un servicio público como el gas natural.

En este punto es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior se ve truncado si los consumidores no pueden acceder al servicio de gas natural, o deben hacerlo a precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado ejecutó el acuerdo anticompetitivo.

Se tiene entonces que al investigado **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** se le impondrá una multa de **VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$23.437.260.00)** equivalentes a **TREINTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (30 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al 6,7% aprox. de su patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2017.

La anterior sanción equivale al 1,5% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

9.2.2. Sanción a HERNÁN ARIAS RIAÑO, representante legal de ARIBUK

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **HERNÁN ARIAS RIAÑO**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado suscribió el acuerdo de precios por parte de **ARIBUK** y participó en la conducta restrictiva durante el tiempo de su ejecución.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el acuerdo de precios en el que participó **ARIBUK** a través de **HERNÁN ARIAS RIAÑO** generó una restricción importante a que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3, que por otro lado, el acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**, y por último, que dicho servicio resulta esencial para el acceso a un servicio público como el gas natural.

En este punto es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior se ve truncado si los consumidores no pueden acceder al servicio de gas natural, o deben hacerlo a precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado ejecutó el acuerdo anticompetitivo.

Se tiene entonces que al investigado **HERNÁN ARIAS RIAÑO** se le impondrá una multa de **VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$23.437.260.00)** equivalentes a **TREINTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (30 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al 4,2% aprox. de su patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2016.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

La anterior sanción equivale al 1,5% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

9.2.3. Sanción a ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS, persona vinculada al establecimiento de comercio SEG 3A

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado fue quien suscribió el acuerdo de precios en nombre de **SEG 3A** y participó en la conducta restrictiva durante todo el tiempo de su ejecución en el que se encuentra demostrado que estuvo vinculado en la dirección de la empresa.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el acuerdo de precios en el que participó **SEG 3A** a través de **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, quien se identificó como su representante legal, generó una restricción importante a que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1,2 y 3, que por otro lado, el acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**, y por último, que dicho servicio resulta esencial para el acceso a un servicio público como el gas natural.

En este punto es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior se ve truncado si los consumidores no pueden acceder al servicio de gas natural, o deben hacerlo a precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado ejecutó, facilitó y toleró el acuerdo anticompetitivo.

Se tiene entonces que al investigado **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** se le impondrá una multa de **DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$19.531.050.00)** equivalentes a **VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (25 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al 3,7% aprox. de su patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2017.

La anterior sanción equivale al 1,2% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

9.2.4. Sanción a JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS, Secretario de Obras Públicas de la ALCALDÍA DE LA MESA

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado fue quien suscribió el acuerdo anticompetitivo por parte de la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el acuerdo de precios, que fue incentivado y auspiciado por la **ALCALDÍA DE LA MESA** con la colaboración de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, como Secretario de Obras Públicas, generó una restricción importante a que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3, que por otro lado, el acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**, y por último, que dicho servicio resulta esencial para el acceso a un servicio público como el gas natural.

En este punto es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior se ve truncado si los consumidores no pueden acceder al servicio de gas natural, o deben hacerlo a precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas, más aún cuando dicho acuerdo fue promocionado y fortalecido por una autoridad local como la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

Al respecto, si bien **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, en sus observaciones al Informe Motivado, aseguró que colaboró con toda la información solicitada, siempre estuvo dispuesto a responder y entregó todos los documentos exigidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, lo anterior solamente resulta ser el comportamiento esperado por parte de cualquier persona jurídica o natural para atender los requerimientos de la Superintendencia de Industria y Comercio, con lo cual su conducta procesal será valorada como neutra.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado ejecutó la conducta consistente en implementar un sistema tendiente a limitar la libre competencia.

Se tiene entonces que al investigado **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** se le impondrá una multa de **QUINCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$15.624.840.00)** equivalentes a **VEINTE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (20 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al 6,4% aprox. de su patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2017.

La anterior sanción equivale al 1% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

9.2.5. Sanción a RODRIGO GUARÍN LESMES, alcalde del municipio de La Mesa

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **RODRIGO GUARÍN LESMES**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado tuvo injerencia preponderante en la conducta desplegada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, toda vez que ejecutó las actuaciones necesarias para que se eligiera exclusivamente a las empresas **REINGEGAS**, **ARIBUK** y **SEG 3A** como las beneficiarias del sistema de financiamiento con **FENOSA** y para que posteriormente dichas empresas convinieran una lista de precios para la instalación de las redes internas.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el acuerdo de precios, que fue incentivado y auspiciado por la **ALCALDÍA DE LA MESA** bajo el mando de **RODRIGO GUARÍN LESMES**, generó una restricción importante a que los habitantes del municipio de La Mesa contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3, que por otro lado, el acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con **FENOSA**, y por último, que dicho servicio resulta esencial para el acceso a un servicio público como el gas natural.

En este punto es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior se ve truncado si los consumidores no pueden acceder al servicio de gas natural, o deben hacerlo a precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas, más aún cuando dicho acuerdo fue promocionado y fortalecido por una autoridad local como la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

Finalmente, en cuanto a *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado ejecutó, facilitó y toleró el acuerdo anticompetitivo.

Se tiene entonces que al investigado **RODRIGO GUARÍN LESMES** se le impondrá una multa de **ONCE MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$11.718.630.00)** equivalentes a **QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (15 SMLMV)**.

La anterior sanción equivale al 0,75% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **REINGEGAS S.A.S.**, identificada con NIT 830.046.206-1; **ARIBUK S.A.S.**, identificada con NIT 830.135.178-3; y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.548.090 y propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A GAS DE COLOMBIA**, violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER a los anteriores agentes de mercado responsables de violar la libre competencia las siguientes multas:

2.1. A REINGEGAS S.A.S., identificada con NIT 830.046.206-1, una multa de **TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 35.155.890.00)** equivalentes a **CUARENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (45 SMLMV)**.

2.2. A ARIBUK S.A.S., identificada con NIT 830.135.178-3, una multa de **TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS DIECISEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 37.499.616.00)** equivalentes a **CUARENTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (48 SMLMV)**.

2.3. A LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.548.090, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A GAS DE COLOMBIA**, una multa de **SESENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 62.499.360.00)** equivalentes a **OCHENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (80 SMLMV)**.

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 TERCERO: DECLARAR que **LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA - CUNDINAMARCA**, violó la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER a **LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA - CUNDINAMARCA** una multa de **DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 277.340.910.00)** equivalentes a **TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (355 SMLMV)**.

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.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

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 QUINTO: DECLARAR que **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.399.856; **HERNÁN ARIAS RIAÑO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.306.084; y **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.174.612, incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar dicha conducta anticompetitiva, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEXTO: IMPONER las siguientes sanciones a las anteriores personas naturales responsables de violar la libre competencia:

6.1. A CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.399.856, una multa de **VEINTITRES MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$23.437.260.00)** equivalentes a **TREINTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (30 SMLMV)**.

6.2. A HERNÁN ARIAS RIAÑO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.306.084, una multa de **VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$23.437.260.00)** equivalentes a **TREINTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (30 SMLMV)**.

6.3. A ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.174.612, multa de **DIECINUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y UN MIL CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$19.531.050.00)** equivalentes a **VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (25 SMLMV)**.

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 SÉPTIMO: DECLARAR que **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.412.802 y **RODRIGO GUARÍN LESMES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.062.282, incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar dicha conducta anticompetitiva, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO OCTAVO: IMPONER las siguientes sanciones a las anteriores personas naturales responsables de violar la libre competencia:

8.1. A JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.412.802, multa de **QUINCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$15.624.840.00)** equivalentes a **VEINTE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (20 SMLMV)**.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”

8.2. A RODRIGO GUARÍN LESMES identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.062.282, multa de **ONCE MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$11.718.630.00)** equivalentes a **QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (15 SMLMV)**.

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 NOVENO: RECHAZAR la solicitud de nulidad propuesta por **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO DÉCIMO: ORDENAR a las personas naturales y jurídicas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

*“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **REINGEGAS S.A.S.; ARIBUK S.A.S.; LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A GAS DE COLOMBIA**; la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA – CUNDINAMARCA**; **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**; **HERNÁN ARIAS RIAÑO**; **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**; **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES**, informan que:*

*Mediante Resolución No. **91153** de 2018 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **REINGEGAS S.A.S.; ARIBUK S.A.S.; LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A GAS DE COLOMBIA**; la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA – CUNDINAMARCA**; **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**; **HERNÁN ARIAS RIAÑO**; **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**; **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES**, por haber infringido lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y haber incurrido en 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.*

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009”.

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

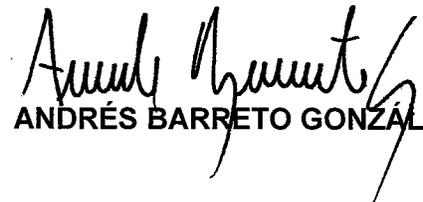
ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **REINGEGAS S.A.S.; ARIBUK S.A.S.; LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**; la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA – CUNDINAMARCA**; **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**; **HERNÁN ARIAS RIAÑO**; **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**; **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: 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 19 de 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **14 DIC 2018**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: PACZ/APO/AMGP
Revisó: APO/AMGP
Aprobó: ABG

NOTIFICACIONES:**REINGEGAS S.A.S.**

NIT 830046206-1

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS

Cédula de Ciudadanía No. 79.399.856

Apoderado

GUILLERMO ANTONIO SUÁREZ CASALLAS

Cédula de Ciudadanía No. 1.032.462.994

Tarjeta profesional No. 286.197 del Consejo Superior de la Judicatura

Carrera 52 B No. 27-18 sur, Bogotá D.C.

E-mail: guillesuar89@gmail.com**ARIBUK S.A.S.**

NIT 830135178-3

HERNÁN ARIAS RIAÑO

Cédula de Ciudadanía No. 79.306.084

Carrera 79 B No. 2 – 92 interior 4 súper manzana 12 Kennedy, Bogotá D.C.

E-mail: aribuk2003@yahoo.com**LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**

Cédula de Ciudadanía No. 52.548.090

Carrera 55 A No. 134 – 91 Apartamento 801

Bogotá D.C.

ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS

Cédula de Ciudadanía No. 9.174.612

Carrera 55 A No. 134 – 91 Apartamento 801

Bogotá D.C.

ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE LA MESA – CUNDINAMARCA

Apoderado

LUIS ENRIQUE CASTRO RUIZ

Cédula de Ciudadanía No. 79.532.632

Tarjeta profesional No. 168.487 del Consejo Superior de la Judicatura

E-mail: luiscastroruiz@yahoo.com.mx**JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**

Cédula de Ciudadanía No. 79.412.802

Apoderado

DAVID MAURICIO AMAYA BORDA

Cédula de Ciudadanía No. 80.010.043

Tarjeta profesional No. 262.963 del Consejo Superior de la Judicatura

Calle 23 G BIS No. 96 F - 50, Bogotá D.C.

E-mail: damaya.abogado@yahoo.com

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

RODRIGO GUARÍN LESMES

Cédula de Ciudadanía No. 79.062.282

Apoderado

ALEXANDER DÍAZ URREGO

Cédula de Ciudadanía No. 79.523.932

Tarjeta profesional No. 273.932 del Consejo Superior de la Judicatura

Carrera 23 No. 52 – 19 Oficina 303, Bogotá D.C.

E-mail: calex.procesos@gmail.com