

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN NÚMERO № 33590 DE 2016

Radicado No. 12-94851

(31 MAY 2016)

*"Por la cual se archiva una investigación y se adoptan otras decisiones"***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 2011 y el Decreto 2153 de 1992, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 89494 del 27 de diciembre de 2013¹, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura"), abrió una investigación y formuló Pliego de Cargos contra **GASES DEL CARIBE S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS** (en adelante "**GASES DEL CARIBE**"), para determinar si infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de su posición de dominio para obstruir o impedir a terceros el acceso al mercado) y el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 (actuaciones con la capacidad, propósito o efecto de restringir indebidamente la competencia en el mercado de los servicios públicos domiciliarios).

Así mismo, se abrió investigación y formuló Pliego de Cargos contra **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ** (Representante Legal de **GASES DEL CARIBE**), por la presunta configuración de 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 (colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia).

SEGUNDO: Que la presente actuación administrativa se inició a partir de una comunicación de **CONSTRUSSA S.A.S.** (en adelante **CONSTRUSSA**)² en la que puso de presente ante esta Superintendencia los siguientes hechos:

- Que **GASES DEL CARIBE** tiene más del 25% del mercado de gas natural en los departamentos de Atlántico, Magdalena y Cesar, motivo por el cual ostenta posición de dominio en estas zonas
- Que para que un agente pueda prestar el servicio de instalación de redes internas de gas natural, debe estar registrado como firma instaladora ante el distribuidor del servicio en la zona, quien para el caso que nos ocupa es **GASES DEL CARIBE**.
- Que en la página web de **GASES DEL CARIBE** se definieron los requisitos que debía cumplir un instalador de redes internas para poder inscribirse en el mencionado registro, dentro de los cuales se establecieron unos muy similares a aquellos por los cuales fue investigado **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.**³.

¹ Folios 163 a 199 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. En adelante, cuando en la presente resolución se haga referencia al Expediente, entiéndase que corresponde al radicado No. 12-1394851.

² Folios 1 a 6 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³ Posteriormente fue sancionado por medio de la Resolución No. 4907 de 2013, confirmada por la Resolución No. 27748 de 2013.

RESOLUCIÓN NÚMERO Nº 33590 DE 2016

- Que el mercado de instalación y mantenimiento de redes internas para el suministro de gas natural está bajo el dominio casi absoluto de los contratistas de **GASES DEL CARIBE**.

Teniendo en cuenta la anterior información, la Delegatura inició una Averiguación Preliminar⁴ para determinar la necesidad de iniciar una investigación en contra de **GASES DEL CARIBE**. Una vez encontrada evidencia preliminar de una posible conducta violatoria de las normas de competencia, la Delegatura mediante la Resolución No. 89494 del 27 de diciembre de 2013⁵, abrió la presente investigación y le formuló cargos a **GASES DEL CARIBE**.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos a los investigados y corrido el término de traslado para que solicitaran o aportaran pruebas⁶, la Delegatura ordenó⁷ practicar algunas de oficio y decretó y rechazó otras de las solicitadas por los investigados.

CUARTO: Que además de los descargos formulados frente a la apertura de investigación y su respectiva solicitud probatoria, los investigados presentaron: (i) un ofrecimiento de garantías⁸ con miras a que se archivara la actuación administrativa; (ii) una nulidad procesal⁹ por una presunta falta de motivación en los cargos imputados a **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**; y (iii) una solicitud de revocatoria directa¹⁰ en contra de la Resolución de Apertura por una presunta falta de análisis sobre la significatividad de la conducta. Estas dos últimas fueron resueltas de forma negativa por parte de la Delegatura por medio de la Resolución No. 30498 de 2014¹¹, mientras que este Despacho rechazó el ofrecimiento de garantías presentado por los investigados, a través de la comunicación radicada con el No. 12-94851-75-2 del 4 de junio de 2014¹².

QUINTO: Que culminada la etapa probatoria y practicada la audiencia verbal prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992¹³, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio su Informe Motivado¹⁴ en el que recomendó sancionar a **GASES DEL CARIBE** y su Representante Legal, **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

5.1. El mercado del suministro de Gas Natural en Colombia

La Delegatura anotó que la distribución de gas natural en Colombia se puede hacer a través de dos tipos de zonas de prestación del servicio que se denominan: (i) **ÁREAS DE SERVICIO NO EXCLUSIVO** (en adelante **ASNE**), las cuales se caracterizan por la posibilidad de que más de un distribuidor preste el servicio en el mismo mercado geográfico y; (ii) **ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO**, que a diferencia de las anteriores otorgan en cabeza del distribuidor un monopolio legal para la prestación del servicio.

Para el caso que nos ocupa, **GASES DEL CARIBE** opera únicamente a través de **ASNE**. En consecuencia, los mercados geográficos donde presta su servicio se caracterizan por ser

⁴ Folio 73 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵ Folios 163 a 199 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶ Decreto 2153 de 1992, artículo 52, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

⁷ Resolución No. 30499 de 2014, folios 506 a 519 del cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁸ Folios 255 a 573 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁹ Folios 279 a 285 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

¹⁰ Folios 286 a 291 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

¹¹ Folios 315 a 345 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

¹² Folios 418 a 426 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

¹³ Modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, a su vez modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

¹⁴ Folios 1491 a 1567 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO Nº 33590 DE 2016

mercados de libre concurrencia¹⁵ que, pese a esta característica, normalmente cuentan con un solo distribuidor en cuanto se trata de un monopolio natural, con altos costos hundidos y significativas barreras a la entrada. Como resultado de ello, **GASES DEL CARIBE** es el único distribuidor de gas natural en la zonas donde participa, lo que se traduce en una posición de dominio en el mercado de distribución de gas natural en la medida en que no sólo tienen más del 25% de los usuarios (concepto determinante de la posición de dominio en la Ley 142 de 1994), sino que es capaz de definir las condiciones del mercado (criterio de dominancia del Decreto 2153 de 1992).

De esta distribución y comercialización de gas natural se desprenden otras actividades conexas que permiten que la prestación del servicio de gas natural sea una realidad. Una de estas actividades es la construcción de redes de distribución de gas natural, las cuales pueden calificarse entre externas e internas. Las primeras, las redes externas, están en cabeza del distribuidor de forma exclusiva; las segundas, las instalaciones de redes internas, constituyen un mercado conexo al de distribución que se rige por la libre concurrencia.

5.2. Mercado conexo de instalaciones de redes internas de Gas Natural domiciliario

En el mercado complementario de instalación de redes internas de gas natural, **GASES DEL CARIBE** también ostenta posición de dominio a través de sus contratistas. Las firmas instaladoras que subcontrata **GASES DEL CARIBE**, ejecutaron el 99.71% del total de las instalaciones internas adelantadas entre el 2010 y el 2013 (105.280 instalaciones), mientras que terceras firmas instaladoras ajenas al distribuidor, apenas adelantaron 302 instalaciones en el mismo periodo de tiempo, equivalentes a apenas el 0.29%.

Adicionalmente, la Delegatura señaló que **GASES DEL CARIBE** lleva por mandato legal, el registro de las firmas instaladoras autorizadas para la construcción y mantenimiento de las redes internas de gas natural en las zonas de influencia del distribuidor. En consecuencia, y dado que la inscripción en dicho registro es un requisito necesario para que una firma instaladora pueda desarrollar este tipo de tareas en la zona de influencia del distribuidor, **GASES DEL CARIBE** cuenta con la capacidad de afectar la incorporación de nuevas firmas instaladoras en el mercado conexo descrito. Esta situación no representa por sí misma una facultad caprichosa del distribuidor, pues esta tarea es una función registral que debe limitarse a la exigencia de requisitos que la normatividad regulatoria del sector considera como mínimos técnicos y de seguridad. Pese a lo anterior, el distribuidor puede exigir el cumplimiento de requisitos no establecidos en la ley, siempre y cuando no afecte la libre competencia.

Sobre las características de este mercado conexo, la Delegatura sostuvo que los usuarios son libres de escoger la firma o persona natural de su preferencia de la lista de firmas instaladores publicada por **GASES DEL CARIBE**, situación que lo caracteriza como un mercado de libre concurrencia.

5.3. Análisis de los requisitos exigidos por GASES DEL CARIBE para la inscripción de firmas instaladoras

Teniendo en cuenta el poder de mercado de **GASES DEL CARIBE** y su capacidad de limitar la presencia de competencia para sus contratistas en el mercado conexo de instalaciones de redes internas de gas natural a través del registro de firmas instaladoras, la Delegatura encontró que el abuso de esa posición dominante se pudo presentar a través de los requisitos definidos por **GASES DEL CARIBE** para que terceras personas se pudieran inscribir en el listado de firmas instaladoras de redes internas autorizadas por el distribuidor.

Así las cosas, la Delegatura analizó los dos requisitos definidos por **GASES DEL CARIBE** para inscribir firmas instaladoras de redes internas que fueron objeto de la imputación formulada por ella en la Apertura de Investigación, a saber: (i) acreditar al menos seis (6) instaladores con certificado de competencia laboral expedido por un organismo de certificación de personal acreditado ante el **ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE COLOMBIA**, la Superintendencia de Industria y Comercio o el **SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE**; y (ii) acreditar experiencia en la construcción de instalaciones internas de gas natural acompañado de dos (2) certificaciones de clientes.

¹⁵ El cual puede estar conformado tanto por un municipio como por un grupo de municipios (incluye áreas urbanas, rurales y corregimientos).

28

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 33590** DE 2016

Al respecto, la Delegatura **concluyó que la inclusión de estos requisitos adicionales constituiría una conducta obstructiva del mercado en virtud del abuso de una posición de dominio**. Para la anterior conclusión, la Delegatura tuvo en cuenta que en un caso anterior esta Superintendencia ya había analizado requisitos similares en un mercado idéntico, motivo por el cual consideró que los requisitos definidos por **GASES DEL CARIBE** debían ser analizados desde la misma óptica utilizada por la Superintendencia de Industria y Comercio en su Resolución No. 4907 de 2013, mediante la cual se sancionó a **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.**

Así, sobre el primero de los requisitos transcritos, la Delegatura manifestó que al ser coincidente con uno de los requisitos por los cuales se sancionó a **GASES DE OCCIDENTE** en la Resolución ya citada, y pese a que en este caso se trataba de seis (6) instaladores certificados en vez de diez (10), la conclusión de esta Autoridad de competencia no puede ser distinta a la de considerarlo como una obstrucción injustificada a la participación de empresas competidoras. Así mismo, para la Delegatura el número exigido no puede atender a un criterio de seguridad en cuanto esta labor es propia de los entes de regulación y vigilancia, y no pueden someterse al criterio de cada distribuidor o comercializador de gas natural definirlos.

Al igual que con el requisito anterior, la Delegatura hizo un análisis similar del segundo requisito expuesto, llegando a la conclusión de que el mismo resultaba obstructivo de la competencia en la medida en que su exigencia significaría que nunca habría nuevos competidores en el mercado de diseño, construcción e instalación de redes internas de gas natural. Tal situación representaría mayores barreras a la entrada al exigir certificaciones que sobrepasan los requerimientos ya previstos por el regulador del sector. En consecuencia, la Delegatura consideró que dejar al arbitrio de las distribuidoras y comercializadoras la imposición de ese tipo de requisitos que busca supuestamente "*acreditar una experiencia*" puntual para evitar riesgos en la seguridad, crearía incentivos a los distribuidores para evitar que otros competidores entren al mercado.

Teniendo en cuenta las consideraciones enunciadas, la Delegatura sostuvo que este tipo de requisitos va en contra de la regulación de este tipo de mercados, ya que la misma permite la concurrencia de personas naturales y jurídicas con las facultades técnicas, competencias laborales y autorizaciones pertinentes. Por lo anterior, unas exigencias como las que definió **GASES DEL CARIBE** llevan a que un tercero instalador debe tener un tamaño mínimo (6 instaladores acreditados) y tener una experiencia mínima acreditada (2 certificaciones) previo a su ingreso en el mercado, generando una obstrucción indebida a que nuevas empresas o personas naturales, que pese a cumplir con todas las exigencias técnicas y legales, no puedan entrar al mercado.

Por lo mencionado, la Delegatura concluyó que los requisitos impuestos por **GASES DEL CARIBE** para el registro de instaladores de redes excedieron los establecidos en la regulación generando cargas adicionales y creando barreras artificiales al mercado de diseño, construcción e instalación de redes internas de gas natural. Aunado a ello, agregó que los anteriores requisitos obstructivos de la competencia se materializaron en una exclusión de instaladores de redes internas que se pudo evidenciar del hecho de que durante los años 2010 a 2013 la construcción de redes internas fue labor casi exclusiva de los contratistas de **GASES DEL CARIBE**, como se mencionó en párrafos anteriores.

5.4. Análisis de la responsabilidad de RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ

En cuanto a la actuación personal de **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**, en su calidad de Representante Legal de **GASES DEL CARIBE** desde 1985, la Delegatura estableció que dentro de las funciones asignadas a él (que de cualquier forma emanan de la naturaleza de su cargo como administrador) se incluía la labor de vigilancia y supervisión de todas las actividades que estuvieran relacionadas con el objeto social de la empresa, que como el mismo investigado indica, es principalmente la distribución de gas natural. Teniendo en cuenta lo anterior, y que la instalación de redes internas de gas natural es una actividad conexas a la de distribución de gas natural, dicha actividad debía hacer parte de sus funciones de vigilancia.

En consecuencia, para la Delegatura **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ** toleró las conductas reprochadas a **GASES DEL CARIBE** al permitir la fijación de los requisitos obstructivos, sin aprobarlo expresamente, pero omitiendo su función de vigilancia. Esta omisión se habría dejado entrever en la medida en que no existía un método de seguimiento a la norma técnica que regula

RESOLUCIÓN NÚMERO Nº 33590 DE 2016

la actividad y que en la declaración rendida ante esta Entidad, **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ** no pudo identificar con exactitud quién habría sido el responsable directo de la imposición de requisitos ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar de tal situación. Debido a ello, la Delegatura no evidenció ninguna conducta tendiente a cumplir con la expectativa mínima de diligencia que se espera de este tipo de directivos, y en ese sentido, no encontró ninguna prueba suficiente para demostrar la diligencia de **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**, quien en su defensa solo arguyó el desconocimiento de la conducta, lo que en realidad solo demostraría un defecto en el cumplimiento de su deber de diligencia en razón de su cargo de administrador.

5.5. Recomendaciones de la Delegatura

Por las consideraciones expuestas en el Informe Motivado, la Delegatura le recomendó al Superintendente de Industria y Comercio:

*"SANCIONAR a la investigada **GASES DEL CARIBE S.A. ESP**, por las infracciones al numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al artículo 34 de la ley 142 de 1994 y al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de conformidad con lo previsto en el artículos 25 de la Ley 1340 de 2009.*

*SANCIONAR a **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ** por la realización de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, de cara a las infracciones al numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al artículo 34 de la ley 142 de 1994 y al artículo 1 de la Ley 155 de 1959."*

SEXTO: 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 de la Delegatura a los investigados, quienes dentro del término establecido para que expresaran sus observaciones manifestaron, en términos generales, lo siguiente:

- Que de acuerdo con la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos el objeto de la investigación se centró en solo los meses de junio, julio y agosto de 2010. Teniendo en cuenta lo anterior, la caducidad de la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio habría operado en agosto de 2015 y las afirmaciones del Informe Motivado sobre la existencia de los requisitos restrictivos hasta 2012 escaparían del lapso de investigación enunciado en la apertura.
- Que se tuvieron en cuenta afirmaciones de una sociedad (**METRO REDES Y SERVICIOS S.A.S.**) que se creó en 2013 para argumentar que los requisitos de 2010 impidieron el acceso al mercado de instalación de redes internas, tiempo en el cual dicha sociedad ni siquiera existía.
- Que la exigencia de requisitos adicionales a los definidos en la ley no constituye una violación a la regulación del sector, ya que la misma **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** (en adelante "**SSPD**") sostiene en su Resolución No. 14471 de 2002 que "*no hay disposición legal que consagre ni que prohíba lo referente a cancelación del registro y a requisitos de procedencia adicionales a los técnicos*". Esta permisión dada por la **SSPD** no puede ser desechada por el simple hecho de que la autoridad competente en materia de competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio, pues su contenido debe ser analizado desde la función orientadora que tiene esa autoridad sobre los administrados, ya que estos actúan bajo las directrices serias y fundamentadas de los entes de regulación del sector (legítima confianza). En este sentido, el actuar de **GASES DEL CARIBE** estaba protegido por la norma jurídica emitida por el ente regulador y en caso de no compartirlo la Superintendencia de Industria y Comercio su deber era instruir, pero no sancionar al agente que actúa bajo esa disposición sectorial.
- Que la Delegatura no acreditó la posición de dominio de **GASES DEL CARIBE** y llegó al punto de manifestar que tenía dominancia en el departamento de Bolívar, donde ella misma reconoce que sólo tiene el 2% de participación. La Delegatura debía definir la posición de dominio de **GASES DEL CARIBE** para poder atribuirle luego un abuso de la misma. en este caso solo se limitó a extraer la dominancia de un documento público del Ministerio de Minas y Energía que consultó en internet, sin decretarlo como prueba ni asegurarlo a través de los protocolos necesarios para el manejo de evidencia digital. Adicionalmente, los datos contenidos en ese informe son erróneos, pues no coinciden con los datos remitidos por **GASES DEL CARIBE** al Ministerio.

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 33590** DE 2016

- Que el 25% del mercado no es un racero de medición de la dominancia y así lo ha sostenido la misma Superintendencia de Industria y Comercio en casos como el de **FEDEGAN**¹⁶. No sólo basta con la definición de ese umbral en un mercado relevante definido, sino que es necesario acreditar capacidad unilateral de fijar condiciones del mercado. Incluso el Artículo 14 de la Ley 142 de 1994 establece que deben considerarse los sustitutos próximos en el mercado, situación que recoge un estudio del Ministerio de Minas y Energía donde señala que al gas natural le compiten otras fuentes energéticas¹⁷.
- Que el mercado geográfico relevante no se definió adecuadamente por parte de la Delegatura. La apertura y el Informe Motivado solamente acogen la división geográfica que la **CREG** adopta con fines tarifarios, pero que no implica que compartan condiciones análogas. No puede afirmarse que **GASES DEL CARIBE** tiene posición de dominio si no puede fijar las condiciones de un mercado excesivamente regulado, sumado al hecho de que esa distribuidora de gas natural tiene fuerte presión competitiva de otras fuentes energéticas.
- Que no se dan los requisitos para que existiendo posición de dominio en el mercado principal –como lo afirma la Delegatura- se pueda afectar el mercado conexo de instalaciones de redes internas, ya que: (i) pese a tener un monopolio natural, no tiene posición de dominio en el mercado principal; (ii) no existió ningún efecto de cierre de mercado toda vez que cualquiera de los agentes de ese mercado, incluido el quejoso, podían cumplir fácilmente con los requisitos adicionales (el **SENA** se encontraba capacitando muchas personas naturales como instaladores, facilitando la vinculación del personal necesario –6 instaladores certificados- por cualquier vía jurídica); y (iii) no se otorgaron ventajas a los contratistas de **GASES DEL CARIBE**, ya que los requisitos exigidos a ellos eran más rigurosos que aquellos que se les exigía a terceros.
- Que el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 tiene sujeto pasivo calificado, toda vez que la ley que lo introdujo –Ley 591 del 2000- buscaba la prevención del establecimiento de barreras a la entrada para MIPYMES. Por lo anterior, debe acreditarse que efectivamente se obstruyó a una empresa de tales condiciones el acceso al mercado.
- Que el requisito de seis (6) instaladores calificados no es restrictivo de la competencia y debió analizarse más allá del caso de **GASES DE OCCIDENTE**, pues a diferencia del caso de referencia este requisito se fijó únicamente para las instalaciones en multifamiliares y su exigencia no es caprichosa, ya que quedó demostrado que para ese tipo de construcciones se requiere ese número mínimo de instaladores para atender los tiempos de obra.
- Que el requisito de dos (2) certificaciones de construcciones de redes internas tampoco era restrictivo de la competencia en cuanto era de fácil cumplimiento, ya que podía acreditarse con la experiencia de alguno de los instaladores de la sociedad en construcciones residenciales, comerciales o industriales.
- Que la Delegatura acude a otro requisito distinto de los imputados para calificar la obstrucción del acceso al mercado, ya que la exigencia de 20 certificaciones de conformidad de instalaciones por cada uno de los instaladores que se pretenden inscribir no hizo parte de la imputación formulada mediante la Resolución de Apertura de Investigación y formulación de cargos.
- Que la Delegatura parte, sin prueba alguna, de que el mercado estaba cerrado y que **GASES DEL CARIBE** conoció de la denuncia que se le interpuso (ilógico desde la óptica de que es una etapa reservada), motivo por el cual habría decidido abrir el mercado eliminando los requisitos. Adicionalmente, no obra en el expediente prueba alguna de que la situación del mercado haya cambiado con la imposición de los requisitos, ya que con anterioridad a ellos tampoco se solicitaron inscripciones en el registro de instaladores.
- Que la especialidad del mercado hace que se apliquen las normas sectoriales de preferencia a las normas generales del régimen de protección de la competencia. En este sentido, no

¹⁶ Citado por los investigadores, Informe Motivado páginas 22-23, radicado 07-136989.

¹⁷ "La cadena del Gas Natural en Colombia" Página. 105 y siguientes.

2

RESOLUCIÓN NÚMERO № 33590 DE 2016

debieron imputarse dos normas de carácter general –una contendía en la Ley 155 de 1959 (régimen general) y otra expresada en la Ley 142 de 1994 (norma sectorial)- sino simplemente la prohibición general del artículo 34 de la Ley 142 de 1994. De igual modo, no existió ningún sistema, procedimiento, o práctica en cuanto se trató de un hecho aislado de corta duración -3 meses-.

- Que la Delegatura hace una lectura ligera de la respuesta dada por **GASES DEL CARIBE** frente a la segunda solicitud de inscripción de **CONSTRUSSA**. Lo que expresó **GASES DEL CARIBE** en esa oportunidad fue que para el momento de atender la solicitud de 2012, se tuvieron en cuenta unos requisitos que habían sido modificados desde abril de 2012, pero no implica que en el interregno entre septiembre de 2010 y abril de 2012 se hayan mantenido los requisitos reprochados. Se trata entonces de simplemente dos hechos aislados.
- Que no hay violación al artículo 34 de la Ley 142 de 1994 en cuanto ninguno de los supuestos normativos que se prevén fue vulnerado: (i) no existió discriminación, toda vez que a los contratistas de **GASES DEL CARIBE** se le exigen requisitos aún mayores a los definidos para terceros instaladores; (ii) la conducta no tuvo capacidad de afectar la competencia debido a que los requisitos sólo eran para instalaciones en multifamiliares, eran de fácil cumplimiento y no se presentaron solicitudes mientras estaban vigentes; y (iii) la conducta de **GASES DEL CARIBE** no tenía el propósito de afectar la competencia.
- Que con relación a la responsabilidad de **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**, la Delegatura pretende imponer una sanción automática por su condición de gerente argumentando su falta de vigilancia. Lo anterior, pese a que está plenamente demostrado que la definición de los requisitos provino de unas personas del área técnica de la sociedad y que la dependencia jurídica fue quien advirtió la necesidad de eliminarlos, todo esto sin que exista evidencia del conocimiento por parte de la gerencia general.
- Que pese a haber solicitado expresamente a la Delegatura evitar el "copy-paste" del caso de **GASES DE OCCIDENTE** a la presente actuación, la Delegatura inspira el análisis de la anti competitividad de los requisitos en el caso mencionado. Estos dos casos tienen diferencias profundas que imposibilitan su analogía: (i) en el caso de **GASES DE OCCIDENTE** se estudiaron 8 requisitos como anticompetitivos, en este caso solo dos; (ii) los requisitos exigidos por **GASES DE OCCIDENTE** son cuantitativamente superiores a los de **GASES DEL CARIBE**; y (iii) en el caso de **GASES DE OCCIDENTE** los requisitos operaban sobre la totalidad del registro, mientras que en el caso de **GASES DEL CARIBE** se circunscribían a las instalaciones de redes internas en construcciones multifamiliares.
- Que no es posible crear una *lex tertia* entre el régimen sectorial y el régimen general de protección de la competencia. Para la aplicación del concepto de abuso de posición de dominio del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153, es necesario aplicar el concepto de posición de dominio descrito en el mismo Decreto –capacidad de definir las condiciones del mercado- y no la de la Ley 142 de 1994 -25% de los usuarios de un mercado-..
- Que la Delegatura tuvo en cuenta las declaraciones del Representante Legal de **CONSTRUSSA** –obtenido en etapa preliminar- sin incorporarlo a la investigación como testimonio o siquiera citado para ratificar lo dicho, situación que imposibilitó la contradicción de esta prueba. De dicha prueba, se desprende la existencia de los requisitos en 2012, periodo que excede el objeto de la investigación.
- Que se negó la prueba pericial solicitada por las investigadas para la definición del mercado relevante y, adicionalmente, no se puso en conocimiento ni se debatió el estudio económico que reemplazó la mencionada prueba.

SÉPTIMO: Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones por infracciones al régimen de libre competencia, 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

28

RESOLUCIÓN NÚMERO Nº 33590 DE 2016

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 2011¹⁸, 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. **En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico**". (Subrayado y negrilla fuera del texto legal).

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la presente investigación se desarrolla en un mercado regulado por la Ley 142 de 1994 (régimen de los servicios públicos domiciliarios), las normas especiales de protección de la competencia que se contienen en dicho régimen se aplicarán de preferencia al régimen general de protección de la competencia, en los temas específicos que trate.

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 ese sentido: "[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 lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 12 del artículo 3 *ibidem*, y el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes 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.

7.2. Marco normativo

Como se expresó anteriormente, con la Resolución No 89494 de 2013 la Delegatura abrió una investigación y formuló pliego de cargos a **GASES DEL CARIBE** para determinar si infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de su posición de dominio para obstruir o impedir a terceros el acceso al mercado) y el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 (actuaciones con la capacidad, propósito o efecto de restringir indebidamente la competencia en el mercado de los servicios públicos domiciliarios), incurrió en la conducta prohibida en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, así como las prohibiciones generales contenidas en los artículos 1 de la Ley 155 de 1959 y 34 de la Ley 142 de 1994. Así mismo, se le imputó a **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**, Representante Legal de **GASES DEL CARIBE**, la presunta infracción del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

El numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1.992, adicionado por la Ley 590 de 2.000, artículo 16, establece que se consideran abusivas de posición de dominio, entre otras, las siguientes conductas:

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

¹⁸ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

RESOLUCIÓN NÚMERO № 3 3 5 9 0 DE 2016

(...)

6. Adicionado por el art. 16, Ley 590 de 2000, con el siguiente texto: *Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.*"

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963 establece que:

"Artículo 1º. *Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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 anterior disposición ha sido interpretada por la esta Superintendencia como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir la competencia en un mercado¹⁹. Situación que hace que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no tenga un carácter residual, ni excluyente de las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora. En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, *tienden a limitar la libre competencia*. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

En relación con la normatividad sectorial, el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 establece:

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

Por su parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

"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.*

7.3. El caso concreto

Como primera medida, este Despacho analizará la vigencia de su capacidad sancionatoria. Para lo anterior, identificará la imputación que la Delegatura efectuó –tanto fáctica como jurídicamente– a **GASES DEL CARIBE** y **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**, para contar a partir de ella los 5 años que tiene antes de que opere la caducidad de su capacidad de imponer sanciones.

La Delegatura sustentó la Resolución de Apertura de la Investigación con Pliego de Cargos en que **GASES DEL CARIBE** habría utilizado su posición dominante en el mercado primario de

¹⁹ Ver Resoluciones Nos. 6839 de 2010 y 65477 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

"Por la cual se archiva una investigación y se adoptan otras decisiones"

RESOLUCIÓN NÚMERO **33590** DE 2016

distribución de gas natural para consolidar su posición en el mercado de instalación, diseño y mantenimiento de redes internas de gas natural, en el cual actuaba a través de contratistas. La Delegatura expresó que "con el objetivo de salvaguardar dicho interés económico, **GASES DEL CARIBE**, para el años 2010 (época de los hechos), presuntamente habría negado el registro a firmas instaladoras independientes, absteniéndose de conectar las construcciones domiciliarias de gas natural realizadas por ellas, con el fin de eliminar la competencia en el mercado"²⁰. En términos del acto administrativo de imputación, la Delegatura explicó que dicha potencial obstrucción se pudo materializar a través de la "implementación de requisitos de discrecional apreciación y no autorizados por la Ley"²¹.

Aunado a lo anterior, la Delegatura definió en una tabla (Tabla No. 12 de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos) los requisitos establecidos por **GASES DEL CARIBE** para la inscripción de firmas instaladoras que como distribuidor debe llevar. Dicha tabla establecía lo siguiente:

IMAGEN 1 – TABLA 12 DE LA APERTURA DE INVESTIGACIÓN

REQUISITOS EXIGIDOS POR LA NORMATIVIDAD Y GASES DEL CARIBE S.A PARA OTORGAR EL REGISTRO DE INSTALACIÓN DE REDES INTERNAS 2010-2013			
REQUISITOS SEGÚN NORMATIVIDAD	REQUISITOS GASES DEL CARIBE		
	2010	jun-10	SEP-2010- 2013
Certificación de conformidad de personal expedido por un organismo acreditado por la SIC o por el organismo Nacional de Acreditación de Colombia. Según Resolución 14471 de 2002 numeral 1.2.6.5.	Listado de instaladores con certificado de competencia laboral vigente, expedido por organismo acreditado para certificación de personal, en virtud de lo dispuesto en la resolución 1471 de 2002 proferida por la SIC.	Acreditar que el solicitante dispone por lo menos de seis (6) instaladores, en caso que el interesado desee inscribirse como constructor de instalaciones internas para edificaciones multifamiliares, los cuales debe contar con un Certificado de competencia laboral expedido por un organismo de certificación de personal acreditado ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia - ONAC, SIC, SENA, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1.2.6.3.2 literal g) de la resolución 14471 de 2002 proferido por la mencionada Superintendencia (GARANTIZAR IDONEIDAD).	A partir de la fecha los requisitos establecidos se ajustan a la normatividad.
Inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores de la SIC. Según Resolución 14471 de 2002 numeral 1.2.6.5.	Inscripción vigente en el registro de fabricantes e importadores ante la SIC, tal como lo ordena en el numeral 1.2.6.5 de la resolución 14471 de 2002 proferida por la SIC.		
Estar legalmente inscrito en la Cámara de Comercio según Resolución 32505 de 2011. No se consideran restrictivo de la competencia.	Certificado de existencia y representación legal con vigencia no mayor a 30 días.	Acreditar experiencia en la construcción de instalaciones internas de gas natural acompañando dos (2) certificaciones de clientes para los cuales el solicitante haya construido instalaciones internas de gas natural para edificaciones de uso residencial, edificaciones multifamiliares (Edificios y conjuntos residenciales y/o comerciales).	
Contar con el Registro de Información Tributaria - RIT y el registro Único Tributario -RUT actualizado. Según Resolución 32505 de 2011. No se considera restrictivo de la competencia.	Fotocopia de la cédula de ciudadanía del representante legal de la empresa.		

Fuente: Hoja No. 31 de la Resolución No. 89494 de 2013, en folio 192 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente

En estos términos, el límite temporal –imputación fáctica- de los hechos investigados fue limitado expresamente por la Delegatura a los tres meses (junio, julio y agosto) de 2010 expresados en la Resolución que imputó los cargos a los investigados. Teniendo en cuenta lo anterior, los hechos investigados solo pueden sancionados dentro de los 5 años siguientes, esto es, hasta el último día hábil del mes de agosto de 2015. En consecuencia, la capacidad sancionatoria de la Superintendencia por los hechos imputados a **GASES DEL CARIBE** y **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ** en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos caducó el 31 de agosto de 2015.

Bajo esta circunstancia, las pruebas mencionadas por la Delegatura para demostrar la continuidad de la conducta por parte de los investigados hasta 2012, pese a haber sido obtenidas de forma legal, no permiten modificar el acto administrativo de imputación que de forma expresa sostuvo que la conducta investigada correspondía exclusivamente a los 2 requisitos exigidos por **GASES DEL CARIBE** que fueron expuestos y dentro de los tres meses enunciados, esto es, junio, julio y agosto de 2010.

²⁰ Hoja No. 29 de la Resolución No. 89494 de 2013, en folio 190 de la Carpeta Pública No. 1 del Expediente

²¹ Ibidem.

RESOLUCIÓN NÚMERO Nº 33590 DE 2016

Por todo lo expuesto, este Despacho archivará la presente investigación en contra de **GASES DEL CARIBE** y su representante legal, toda vez que la facultad sancionatoria sobre los hechos investigados -esto es de la imposición de los requisitos entre junio y agosto de 2010- ya habría caducado. De igual forma, remitirá el expediente a la Delegatura para que estudie la posibilidad de abrir una nueva investigación, contemplando la existencia de los requisitos reprochados hasta 2012.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. ARCHIVAR la presente investigación a favor de **GASES DEL CARIBE S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS** y **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**, atendiendo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. REMITIR el presente expediente a la Delegatura para la Protección de la Competencia con el fin de que en ejercicio de sus funciones determine la necesidad de abrir una nueva investigación en contra de **GASES DEL CARIBE S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS** y **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**, así como cualquier otra persona que estime conveniente, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO. NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **GASES DEL CARIBE S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS** y **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**, 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 CUARTO. 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.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **31 MAY 2016**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)


MÓNICA ANDREA RAMÍREZ HINESTROZA

Radicado No. 12-94851

NOTIFICAR:

GASES DEL CARIBE S.A. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS

NIT 890.101.691-2

Gerente General: **RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ**

Dirección: Carrera 59 No. 59 - 166

Teléfono: 3306310

Correo electrónico: notificacionesjuridicas@gascaribe.com

Barranquilla – Atlántico

Apoderado

Doctor

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

T.P. 61.688 del C. S. de la J.

Dirección: Calle 90 No. 19 – 41 Oficina 301 Edificio Quantum Bussiness Center

Correo electrónico: earchila@archilaabogados.com

Bogotá

RESOLUCIÓN NÚMERO Nº 33590 DE 2016

RAMÓN DÁVILA MARTÍNEZ

C.C. 8.688.998

Dirección: Carrera 59 No. 59 - 166

Teléfono: 3686477

Barranquilla – Atlántico

Apoderado

Doctor

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

T.P. 61.688 del C. S. de la J.

Dirección: Calle 90 No. 19 – 41 Oficina 301 Edificio Quantum Bussiness Center

Correo electrónico: earchila@archilaabogados.com

Bogotá