

**DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE
LA COMPETENCIA**

**Grupo de Trabajo de Prácticas Restrictivas de la
Competencia**

INFORME MOTIVADO

VERSIÓN ÚNICA

Radicación 12-160585

Caso “LA MESA”

2018

EQUIPO RESPONSABLE:

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA

Delegado para la Protección de la Competencia

FELIPE ALFONSO CÁRDENAS QUINTERO

Coordinador del Grupo de Prácticas Restrictivas de la Competencia

FRANCISCO MELO RODRÍGUEZ

Abogado

Natalia Pabón Domínguez

Abogada

Juan Sebastián Villanueva O.

Abogado

Luisa Fernanda Montero M.

Abogada

Lizeth Parada Peña

Abogada

Pablo Jaramillo Vélez

Economista

INFORME MOTIVADO

Radicación: 12-160585

Referencia: Investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

Conducta investigada: Numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 16 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Investigados:

Agentes de mercado:

- **REINGEGAS S.A.S.**¹ (en adelante **REINGEGAS**), identificada con NIT 830046206 -1.
- **ARIBUK S.A.S.** (en adelante **ARIBUK**), identificada con NIT 830135178-3.
- **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.548.090, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3 A GAS DE COLOMBIA** (en adelante **SEG 3A**) para la época de los hechos.

Autoridad municipal:

- Alcaldía del municipio de La Mesa – Cundinamarca (en adelante **ALCALDÍA DE LA MESA**).

Personas naturales vinculadas con los agentes de mercado y autoridad municipal:

- **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.399.856, en su calidad de representante legal de **REINGEGAS**.
- **HERNÁN ARIAS RIAÑO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.306.084, en su calidad de representante legal de **ARIBUK** para la época de los hechos.
- **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.174.612, quien se identificó como “representante legal” de **SEG 3A** en el documento denominado “Acta de Acuerdo”, suscrito el 16 de agosto de 2012.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.412.802, en su calidad de secretario de Obras Públicas de la Alcaldía Municipal de La Mesa, para la época de los hechos.
- **RODRIGO GUARÍN LESMES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.062.282, en su calidad de Alcalde del municipio de La Mesa – Cundinamarca.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011², cuando el despacho del Superintendente Delegado para la Protección

¹ Antes constituida como sociedad limitada (LTDA).

² Decreto 4886 de 2011. “**ARTÍCULO 9. Funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.** Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:

(...)

de la Competencia culmine la instrucción de una investigación, deberá presentar al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha existido o no una infracción de las normas sobre protección de la competencia.

Del mismo modo, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012³, establece que una vez se ha desarrollado la audiencia verbal de que trata esa misma disposición, se correrá traslado del informe motivado por veinte (20) días hábiles a los investigados y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Surtida como se encuentra la actuación que corresponde, el presente documento constituye el informe motivado de la investigación administrativa adelantada con el radicado No. 12-160585, la cual se dio inicio mediante la Resolución No. 57334 del 13 de agosto de 2018⁴.

1. INICIO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Mediante oficio radicado con el No. 12-160585 del 18 de septiembre de 2012⁵, la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** (en adelante **SUPERSERVICIOS**) trasladó a la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante **SIC**) la denuncia presentada por **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO**, representante legal de **MECCISS EU**⁶ (en adelante **MECCISS**), mediante la cual solicitó ser tenida en cuenta dentro en los procesos de selección de las empresas que se encargarían de ofrecer el servicio de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en los municipios de La Mesa, Anapoima, El Colegio (Mesitas del Colegio) y Viotá (municipios circunscritos al departamento de Cundinamarca). Según la denunciante, las alcaldías de los municipios referidos habrían manifestado que ya tenían seleccionada la empresa que prestaría dicho servicio, motivo por el cual no le permitieron a **MECCISS** participar en esos mercados.

Teniendo en cuenta lo expuesto, mediante oficio radicado con el No. 12-160585-14 del 18 de febrero de 2013⁷, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó iniciar una averiguación preliminar para establecer si existía evidencia que determinara la necesidad de iniciar una investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia.

2. INICIO DE LA INVESTIGACIÓN FORMAL Y FORMULACIÓN DE PLIEGO DE CARGOS

6. *Presentar al Superintendente de Industria y Comercio una vez instruida la investigación, informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal. (...)*".

³ Decreto 2153 de 1992. "**ARTÍCULO 52. PROCEDIMIENTO (modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012)**."

(...)

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite. (...)".

⁴ Folio 619 del cuaderno público No. 4.

⁵ Folios 1 a 4 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

⁶ Sociedad comercial con NIT 830.039.772-8 cuya constitución cambió de "empresa unipersonal" a "sociedad por acciones simplificadas".

⁷ Folio 259 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

Mediante la Resolución No. 57334 de 13 de agosto de 2018⁸, la Delegatura ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **REINGEGAS, ARIBUK** y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A** para la época de los hechos, con el fin de determinar si habrían incurrido en el acuerdo previsto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, se abrió investigación contra la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA** para determinar si infringió la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Finalmente, la Delegatura ordenó abrir investigación contra las siguientes 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**, quien se identificó como "*representante legal*" de **SEG 3A** en el documento denominado "Acta de Acuerdo", suscrito el 16 de agosto de 2012; **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 y; **RODRIGO GUARÍN LESMES**, en su calidad de 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, por 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.

La imputación formulada por la Delegatura mediante la Resolución No. 57334 de 13 de agosto de 2018 tuvo como fundamento probatorio el documento denominado "*ACTA DE ACUERDO*", suscrito el 16 de agosto de 2012⁹ por las firmas instaladoras **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**, evidencia que además corroboraría la participación en dicha reunión del Secretario de Obras Públicas de la Alcaldía Municipal de La Mesa, según consta en su contenido. El documento descrito habría tenido 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).

Además, el acto de apertura advirtió que los investigados habrían fijado un mecanismo disuasivo con la finalidad de asegurar el cumplimiento de lo convenido en el "*ACTA DE ACUERDO*" suscrita el 16 de agosto de 2012. Puntualmente, la Delegatura resaltó que los investigados habrían establecido una medida para reprimir cualquier posible incumplimiento de las obligaciones y compromisos adquiridos. Esto se corroboraría con lo previsto en el numeral 12 del documento de referencia, según el cual se estableció que: "*[l]a firma que **INCUMPLA** con lo estipulado anteriormente expuesto la alcaldía oficiará a Gas Natural Fenosa para que se retire el convenio que contaba para la financiación*".

Vale señalar que dentro de las consideraciones que en su oportunidad presentó la Delegatura con el fin de dar apertura formal a la investigación, también se señaló que el acuerdo de las tarifas mínimas que deberían cobrar las empresas investigadas para la prestación de los servicios es una conducta que, en principio, tendría como objeto afectar las condiciones de competencia en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en el municipio de La Mesa, y por lo tanto, se trataría de "*(...) una conducta suficientemente significativa para abrir una investigación por la presunta violación a las normas de protección de la libre competencia*".

⁸ Folio 619 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁹ Folios 161 a 162 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

Por otro lado, las imputaciones relacionadas con la infracción de la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en la resolución de apertura de investigación No. 57334 de 2018, se sustentaron en el proceso de gasificación en La Mesa, Cundinamarca, que habría sido creado y ejecutado por la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA**.

En ese sentido, en la resolución de apertura de investigación la Delegatura afirmó que dicho proceso propició 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.

Es por lo anterior que se afirmó que, al implementar el mencionado proceso de gasificación en el municipio de la Mesa, entre otras, se alteró la dinámica del juego de la libre competencia económica, provocando así un desplazamiento de la demanda hacia **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**.

2.1. NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN No. 57334 DE 13 DE AGOSTO DE 2018

La Resolución No. 57334 de 13 de agosto de 2018 fue notificada a los investigados de la manera en que se expone a continuación:

Tabla No. 1
Forma de notificación de la Resolución de Apertura

INVESTIGADO	FORMA DE NOTIFICACIÓN	FECHA DE NOTIFICACIÓN
REINGEGAS	Personal	16/08/2018
CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS	Personal	16/08/2018
ARIBUK	Aviso	03/09/2018
LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO	Personal	31/08/2018
HERNÁN ARIAS RIAÑO	Personal	22/08/2018
ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS	Personal	31/08/2018
ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA	Aviso	29/09/2018
RODRÍGO GUARÍN LESMES	Aviso	03/09/2018
JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS	Personal	21/08/2018

Fuente: Certificado de la Secretaría General de la SIC¹⁰.

2.2. PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN No. 57334 DE 13 DE AGOSTO DE 2018

El artículo noveno de la Resolución No. 57334 de 13 de agosto de 2018 estableció para los investigados el deber de publicar este acto administrativo en un diario de amplia circulación. La mencionada publicación se cumplió de la siguiente forma:

Tabla No. 2
Publicación en diario de amplia circulación¹¹

INVESTIGADO	PUBLICACIÓN	FECHA DE PUBLICACIÓN
REINGEGAS	La República	31/08/2018
CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS	La República	31/08/2018
ARIBUK	La República	05/09/2018
LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO	El Periódico Deportivo	11/09/2018
HERNÁN ARIAS RIAÑO	La República	05/09/2018
ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS	El Periódico Deportivo	11/09/2018
ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA	No allegó	N/A
RODRÍGO GUARÍN LESMES	El Nuevo Siglo	10/09/2018
JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS	El nuevo Siglo	07/09/2018

Fuente: Elaboración SIC con fundamento en la información que reposa en el Expediente.

2.3. TERCEROS INTERESADOS

De igual forma, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, y de conformidad con el artículo quinto de la Resolución No. 57334 de 13 de agosto de 2018, el día 14 de agosto de 2018¹² la **SIC** publicó en su página web la información relativa al acto de apertura con el fin de que, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la fecha de tal publicación, los competidores, consumidores o, en general, aquel que acreditara un interés directo e individual en la investigación, aportaran las consideraciones y pruebas que quisieran hacer valer, tal como lo prevé el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 157 del Decreto Ley 19 de 2012.

Una vez vencido el término legal señalado, esta Entidad no recibió ninguna solicitud de reconocimiento como tercero interesado en la presente investigación administrativa.

3. ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LOS INVESTIGADOS

En este aparte se presentan los argumentos específicos y sustanciales que los investigados presentaron en sus escritos de descargos frente a la formulación de pliego de cargos realizada dentro de la presente investigación.

3.1. REINGEGAS y CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS en calidad de representante legal de REINGEGAS.

Mediante escritos idénticos radicados con No. 12-160585-53 del 14 de septiembre de 2018¹³ y 12-160585-54 del 14 de septiembre de 2018¹⁴, **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** solicitaron que se les exonerara de toda

¹¹ Folio 758 de la Carpeta Reservada No. 2 del Expediente.
Folio 849 de la Carpeta Reservada No. 3 del Expediente.
Folio 928 de la Carpeta Reservada No. 3 del Expediente.
Folio 1007 de la Carpeta Reservada No. 4 del Expediente.
Folio 1016 de la Carpeta Reservada No. 4 del Expediente.
Folio 1044 de la Carpeta Reservada No. 4 del Expediente.
Folio 1060 de la Carpeta Reservada No. 4 del Expediente.

¹² Ver enlace en la página web de la Superintendencia: <http://www.sic.gov.co/integraciones-aperturas-de-investigacion>

¹³ Folios 663 a 758 del cuaderno reservado SIC No. 2 del Expediente.

¹⁴ Folios 759 a 849 del cuaderno reservado SIC No. 3 del Expediente.

responsabilidad que pudiera generarse con ocasión de la Resolución No. 57334 del 13 de agosto de 2018 y, como consecuencia, que se procediera a archivar de forma definitiva la actuación administrativa que se adelanta en su contra.

En primer lugar, **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** alegaron la caducidad de la facultad sancionatoria de la **SIC** toda vez que, si se tiene que el término legal para sancionar es de cinco (5) años contados a partir de i) la ejecución de la conducta o ii) desde el último hecho constitutivo de una conducta continuada. Sobre esa base concluyeron que la Delegatura no cuenta con pruebas en el expediente para determinar el momento de la supuesta comisión de las conductas imputadas.

Como sustento de lo anterior, los investigados expresaron que, para el primer supuesto, la determinación de la caducidad desde la ejecución de la conducta, considerando que para la **SIC** el acto mediante el cual se ejecutó la conducta es el "**ACTA DE ACUERDO**" suscrita el 16 de agosto de 2012, la facultad sancionatoria habría terminado en agosto de 2017. Así mismo, para el segundo supuesto, la determinación de la caducidad desde el último hecho constitutivo de una conducta continuada, no hay pruebas para establecer que determinen que la lista de precios fue aplicada en el mercado posteriormente al 24 de enero de 2013, es decir, la facultad sancionatoria habría terminado en enero de 2018.

De igual manera, los investigados **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** explicaron que, aun cuando la tabla de precios determina la vigencia para el 31 de diciembre de 2013, la tabla no fue aplicada por parte de **REINGEGAS**.

En segundo lugar, los investigados **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** señalaron que la reunión del 16 de agosto de 2012, en la que se suscribió el "**ACTA DE ACUERDO**", la propició la **ALCALDÍA DE LA MESA** con el propósito de controlar a las empresas instaladoras con el fin de i) asegurar el cumplimiento de las obligaciones y ii) evitar que se cobraran precios exorbitantes, razón por la cual fijó precios "*reales*".

En adición, los investigados **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** enunciaron que la **ALCALDÍA DE LA MESA**, en razón a su poder para establecer las condiciones del proceso de gasificación del municipio, obligó a los contratistas a suscribir el documento mencionado, so pena de perder la financiación con **FENOSA**. Tanto así que esta penalidad se plasmó en el numeral 12 del "**ACTA DE ACUERDO**" impuesto por la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

Lo anterior demuestra, para los investigados **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, la "*posición de poder*" que ostenta la **ALCALDÍA DE LA MESA**, como quiera que al ser **FENOSA** la única empresa distribuidora y comercializadora de gas natural en el municipio, se impedía que otras empresas distintas participaran en el mercado.

Como consecuencia de lo anterior, los investigados **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** enunciaron que el acuerdo analizado resultaba perjudicial pues se impuso un sobrecosto a las empresas instaladoras, específicamente al tener que comprar un seguro de responsabilidad extracontractual como condición para continuar en el mercado.

En tercer lugar, los investigados **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** señalaron que las conductas que desplegaron no surtieron efectos en el mercado, toda vez que dicha persona jurídica no ejecutó el acuerdo que se suscribió con la **ALCALDÍA DE LA MESA** y otras empresas del sector.

Como sustento de lo anterior los investigados señalaron que, además de las imposiciones contractuales de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para restringir la participación de **REINGEGAS** en el mercado, debe tenerse en cuenta que la participación de mercado con la que contaba la sociedad instaladora de redes

internas de gas domiciliario fue obtenida con anterioridad al acuerdo. Frente a esto agregaron que, con anterioridad al convenio suscrito, **REINGEGAS** cobraba tarifas más altas por sus servicios, por lo que el "ACTA DE ACUERDO" no le generó ventajas competitivas en el mercado.

Así mismo, y con ocasión de la falta de efectos de la conducta en el mercado, alegaron los investigados que aun cuando por virtud del acuerdo **REINGEGAS** debía comparecer a los comités mensuales, solo se realizó uno en el año 2012, en donde su participación resultó irrelevante debido al bloqueo de **REINGEGAS** en el mercado y, por lo tanto, se evidenció la inaplicabilidad del convenio. También sostuvieron que, aunque en el acuerdo se fijó una tabla de precios, los mismos no fueron implementados por la investigada porque el mercado la obligó a utilizar precios que se acomodaran al mismo.

Para concluir sobre este punto, los investigados mencionaron las cifras señaladas en la imputación para afirmar que la cuota de participación de mercado de **REINGEGAS**, de solo el 28%, debía considerarse como evidencia de que el acuerdo que interesa en este caso nunca se ejecutó. En concepto de los investigados, si el acuerdo se hubiera ejecutado, la participación de mercado de **REINGEGAS** habría sido muy superior.

En cuarto lugar, los investigados **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** recalcaron que la ley establece que la construcción de redes internas no es un negocio exclusivo del distribuidor de gas natural. Así, la potestad de contratar libremente la empresa instaladora la tenía el usuario como tal, por lo que la posibilidad de financiación solo estaba en cabeza de **FENOSA** pero que, en razón al acuerdo realizado, se otorgó a la **ALCALDÍA DE LA MESA** la facultad de elegir al contratista constructor e instalador.

Además, señalaron que **FENOSA** no recibió solicitud alguna de terceras empresas que pretendieran registrarse como firmas instaladoras para la construcción de mantenimiento e instalaciones, entre los años 2012 y 2013.

Finalmente, frente a la responsabilidad de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** la defensa consistió en que se vio obligado a firmar el acuerdo y que no tuvo objeto ni se ejecutó por su parte ni por parte de **REINGEGAS**, razón por la cual no se configuraron las conductas imputadas.

3.2. JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS en calidad de secretario de Obras Públicas de la ALCALDÍA DE LA MESA y RODRIGO GUARÍN LESMES en calidad de Alcalde del municipio de La Mesa

Mediante escritos idénticos de radicados Nos. 12-160585-55 del 18 de septiembre de 2018¹⁵ y 12-160585-56 del 18 de septiembre de 2018¹⁶, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES**, respectivamente, solicitaron a esta Delegatura se declarara que no habían participado en los hechos que motivaron la Resolución No. 57334 del 13 de agosto de 2018 y, por lo tanto, que se ordene el archivo de la diligencia administrativa de la referencia.

Como sustento de sus pretensiones, en primer lugar, los investigados expusieron que desde la Secretaría de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** no se obstaculizó ni se impidió la participación a las empresas instaladoras, sino que, por el contrario, se apegaron a la idoneidad comercial y técnica que exigía **FENOSA** a las potenciales firmas instaladoras. Por esto, dicen los investigados, cuando **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO**, representante legal de **MECCISS**, acudió a su oficina, se le aclaró que podía realizar instalaciones, pero que el proceso de financiación a través de la factura se adelantaba con **FENOSA** y no con la **ALCALDÍA DE LA MESA**.

¹⁵ Folios 850 a 928 del cuaderno reservado No. 3 del Expediente.

¹⁶ Folios 929 a 1027 del cuaderno reservado No. 4 del Expediente.

JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS y **RODRIGO GUARÍN LESMES** como sustento de que no se obstruyó ni se obstaculizó la entrada de otras firmas instaladoras, indicaron que **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO**, representante legal de **MECCISS**, abrió una oficina de venta de servicios de instalación de redes internas, realizó publicidad mediante la distribución de volantes -con información falsa sobre su experiencia- y efectivamente consiguió clientes a los cuales les hizo la respectiva instalación.

En segundo lugar, los investigados **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES**, para sostener que el proceso de gasificación del municipio de La Mesa se realizó conforme a la ley, hicieron referencia al Acta No. 036-2012 de la reunión del Concejo Municipal celebrada el 24 de mayo de 2012¹⁷, en la cual se declaró, entre otras cosas, que *"pueden escoger con la firma que quiera contratar, esto tiene que ser con transparencia"* y que *"es importante que los contratistas sean certificados por la SIC y hay un listado de empresas certificadas para que las obras internas de las casas, cumplan con los requisitos técnicos"*, esto último en concordancia con el Registro Único de Firmas Instaladoras (en adelante **RUFI**) de **FENOSA**, mediante el cual se enlistan las firmas instaladoras que cuentan con registro ante la **SIC**.

En tercer lugar, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES** indicaron que en respuesta a la solicitud de la comunidad y el Concejo Municipal de incluir más firmas instaladoras -siempre y cuando estuvieran en la lista del **RUFI**-, las empresas interesadas en hacer parte del proceso de gasificación del municipio tuvieron la oportunidad de manifestar su interés y participar, al punto que la campaña que se realizó logró que once (11) empresas entregaran su respectivo folleto y diez (10) de ellas efectivamente prestaran sus servicios en La Mesa, entre esas, **MECCISS**, aunque no hacía parte del *ranking* de empresas instaladoras enviado por **FENOSA**.

En cuarto lugar, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES** arguyeron que la **ALCALDÍA DE LA MESA** consideró necesario proteger a la ciudadanía del municipio de situaciones como las de Tocaima y Bogotá, en las que se presentó fraude por parte de las empresas instaladoras. Por esta razón, y por las dudas de la ciudadanía sobre el trámite, se invitó a las firmas instaladoras que contaban con un convenio de colaboración comercial con **FENOSA** y se determinaron los parámetros del proceso.

Estos parámetros fueron, entre otros, el establecimiento del *"pagaré"* como documento del servicio y la *"lista de precios sugeridos"* que nació de la inconformidad de los usuarios con los precios de la instalación de las redes internas. Por esto, se *"sugirió que se debía contar con precios por metro lineal, puntos adicionales que requeriría cada uno de los usuarios para instalación en su predio"*.

Ahora bien, los investigados **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES** recalcaron que la **ALCALDÍA DE LA MESA** no pidió que establecieran lista de precios a las empresas **REINGEGAS**, **SEG 3A** y **ARIBUK**, sino que *"este lineamiento lo debían tener todas las empresas que fueran a realizar las instalaciones en el municipio"*. Además, aclararon que las firmas instaladoras lo hicieron libremente sin necesidad de ningún acuerdo o permiso de la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Además, añadieron que *"por la preocupación de proteger el bolsillo de los consumidores de La Mesa, la ALCALDÍA DE LA MESA solicitó a las firmas establecer un tope máximo sugerido"*.

Por lo anterior, se buscó determinar un tope máximo sugerido para la instalación domiciliaria lo cual, en consideración de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, protegería a los usuarios en el momento que estableciera el valor de dicha instalación, permitiendo que las firmas instaladoras operaran de acuerdo a las fuerzas del mercado libremente y a su capacidad en la fuerza de ventas y comercial.

¹⁷ Folios 864 a 867 del cuaderno reservado no. 3 del Expediente.

En quinto lugar, los investigados **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES** argumentaron que, frente a la dinámica de libre oferta y demanda, las firmas instaladoras de gas domiciliario no produjeron un *"mal funcionamiento del mercado o una lesión a la independencia entre las firmas instaladoras y los usuarios"*, a lo que agregaron que las empresas instaladoras tuvieron la oportunidad de hacer sus ofrecimientos de acuerdo con las cotizaciones presentadas y según las negociaciones a las que pudieron llegar con sus clientes.

En último lugar, los investigados **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES** reiteraron que nunca hubo un acuerdo de precios que afectara de manera significativa el proceso competitivo en el mercado de la instalación de gas natural domiciliario, toda vez que los usuarios tuvieron la oportunidad de *"disfrutar de una oferta y de una demanda, ya que los agentes participativos actuaron libremente en la competencia"*.

3.3. HERNÁN ARIAS RIAÑO (representante legal de ARIBUK para la época de los hechos)

Mediante escrito de radicado No. 12-160585-57 del 19 de septiembre de 2018¹⁸, **HERNÁN ARIAS RIAÑO** solicitó a esta Delegatura que se declarara que no participó en los hechos que motivaron la Resolución No. 57334 del 13 de agosto de 2018 y, por lo tanto, que se ordene el archivo de la actuación administrativa de la referencia.

En primer lugar, el investigado explicó que la **ALCALDÍA DE LA MESA** realizó una campaña para implementar el servicio de gas natural domiciliario en el municipio y, como líder de dicho proceso junto con el Concejo Municipal, consideró necesario *"proteger a la población de posibles abusos por parte de las empresas instaladoras de gas natural"*. Para esto, dice el investigado, la **ALCALDÍA DE LA MESA** se apoyó en **FENOSA** para conocer la lista de empresas que cumplieran los requisitos para poder acceder a la financiación del servicio de gas natural.

En segundo lugar, frente a la imputación relacionada con el acuerdo de precios, **HERNÁN ARIAS RIAÑO** explicó que la reunión del 16 de agosto de 2012 en la que se suscribió el *"ACTA DE ACUERDO"* la propició la **ALCALDÍA DE LA MESA** ya que consideró la necesidad de *"llevar a cabo un acuerdo con las empresas instaladoras de gas natural, para asegurar el cumplimiento de lo pactado (...)"*.

Según **HERNÁN ARIAS RIAÑO** la administración municipal pretendió que las empresas i) cumplieran con la calidad e idoneidad de productos y servicios; ii) homogeneizaran los precios para que, por el mismo metraje, no hubiese cobros distintos y iii) aseguraran el cumplimiento de las empresas que fueron designadas para adelantar la instalación de gas en el municipio.

En segundo lugar, respecto de la lista de precios **HERNÁN ARIAS RIAÑO** aseguró que fue producto del estudio realizado por la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Ahora bien, el investigado aclaró que los documentos de las ventas de los servicios reflejan que los precios efectivamente cobrados no concuerdan con la lista de precios que se estableció entre la **ALCALDÍA DE LA MESA, ARIBUK, REINGEGAS** y **SEG 3A**, es decir, que según el investigado *"se cumple con la oferta y demanda y sin que exista un acuerdo anticompetitivo"*. Por consiguiente, esto desvirtuaría la tesis de la **SIC**, que considera que se habría incurrido en prácticas restrictivas de la libre competencia, pues los precios *"ni siquiera se acercan"* a los de la lista de los precios sugeridos.

En tercer lugar, el investigado alegó que el proyecto de gasificación en el municipio se retrasó y esto generó diversas situaciones que lo llevaron a cerrar su oficina y ceder la sociedad a sus hijos **KATERINE MICHELL** y **CRISTIAN**

¹⁸ Folios 1008 a 1019 del cuaderno reservado No. 4 del Expediente.

HERNÁN ARIAS RAMÍREZ. Por esto, **HERNÁN ARIAS RIAÑO** afirmó que no hay manera de que él o su empresa estén incumpliendo las normas sobre libre competencia económica.

3.4. ARIBUK

Mediante escrito de descargos radicado con el No. 12-160585-80 del 26 de septiembre de 2018¹⁹, **CRISTIAN HERNÁN ARIAS RAMÍREZ**, en calidad de representante legal suplente de **ARIBUK**, solicitó el archivo de la actuación administrativa y, como consecuencia, que se absuelva a **KATERIN MICHELL ARIAS RAMÍREZ**, quien figura como representante legal de **ARIBUK**.

Como sustento de su petición, **ARIBUK** señaló que en el 2012 fue seleccionada junto con dos empresas más para hacer parte del programa de gasificación del municipio. Ahora bien, dicho programa se suspendió por falta de recursos en el año 2014, razón por la cual la compañía se vio obligada a cambiar de representación legal.

Además de lo anterior, **ARIBUK** explicó que aun cuando **KATERIN MICHELL ARIAS RAMÍREZ** fue la persona encargada de responder todas las solicitudes a la **SIC** sobre el presente trámite, esto no la vincula con la reunión en la que se suscribió el “**ACTA DE ACUERDO**” pues no asistió ni firmó ningún documento relacionado en tanto que asumió la representación de la sociedad investigada desde el 5 de mayo de 2014.

3.5. ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS, en calidad de autodenominado “representante legal” de SEG 3A, y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, en calidad de propietaria del establecimiento de comercio SEG 3A

Mediante oficio de radicado No. 12-160585-61 del 27 de septiembre de 2018²⁰ y oficio radicado No. 12-160585-62 del 28 de septiembre de 2018²¹, los investigados y esposos **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** solicitaron a esta Delegatura que se declarara que no participaron en los hechos que motivaron la Resolución No. 57334 del 13 de agosto de 2018 y, por lo tanto, que se ordene el archivo de la actuación administrativa de la referencia.

ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS explicó las características de la figura de “*establecimiento de comercio*” con base en la normativa colombiana para recalcar que resulta “*desafortunada*” la apreciación de esta Delegatura al endilgarle conductas anticompetitivas en calidad de “*representante legal*”, toda vez que la firma en el “**ACTA DE ACUERDO**” no es una prueba que determine legalmente dicha calidad. La justificación de **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** sobre su firma como “*representante legal*” de **SEG 3A** en el “**ACTA DE ACUERDO**” radica en que solo actuó como asistente de la reunión en la que se suscribió el documento, anotando que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, esposa y propietaria del establecimiento de comercio, nunca lo autorizó para asistir a ese evento en representación de ella o de **SEG 3A**.

Además de lo anterior, el investigado **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** alegó que en el presente trámite “*no existe un vínculo de causa entre el acto de competencia desleal –acuerdo de precios–*” propuesto por esta Delegatura en el pliego de cargos, pues no existe prueba que evidencie que los “*comportamientos desleales fueron ejecutados por el suscrito*” ya que no está legitimado en la causa como para ser objeto de reproche. Esto, toda vez que el artículo 22 de la Ley 256 de 1996 determina que si los actos de competencia desleal son realizados por

¹⁹ Folios 1027 a 1033 del cuaderno reservado SIC No. 4 del Expediente.

²⁰ Folios 1034 a 1045 del cuaderno reservado no. 4 del Expediente.

²¹ Folios 1046 a 1062 del cuaderno reservado no. 4 del Expediente.

trabajadores o colaboradores, las acciones de reproche se deben dirigir al patrono, amén de los artículos 3 y 20 de la citada norma.

Por otra parte, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** alegó que la Delegatura no cuenta con las pruebas suficientes para declarar la responsabilidad por las conductas que se le endilgaron. Además, presentó réplicas en relación con distintos enunciados del pliego de cargos.

Así, en primer lugar, la investigada explicó que en ningún momento acordó con **FENOSA** la financiación de los servicios de construcción de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario, sino que fue la distribuidora y comercializadora de gas natural quien otorgó el beneficio a **SEG 3A**, en razón a su destacado desempeño reflejado en el *ranking* que realiza **FENOSA**.

Por lo anterior, frente a la imputación de acuerdo de precios, la investigada recalcó que en ningún momento realizó pacto alguno con la **ALCALDÍA DE LA MESA** y que de dicha situación no hay prueba en contrario. De hecho, indicó que el "**ACTA DE ACUERDO**" no cuenta con la firma de **LUDY FERNANDA CÁCERE SOLANO** y, por el contrario, que quien si suscribió tal documento en nombre de **SEG 3A** no se encontraba autorizado para hacerlo pues, incluso, nunca ha tenido una relación contractual o laboral con la investigada.

En segundo lugar, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** declaró que no suscribió el "**ACTA DE ACUERDO**" del 16 de agosto de 2012 y que tampoco autorizó a nadie para asistir y suscribir documentos en representación suya, sumado al hecho de que no existe ningún documento en el que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** otorgue dichas facultades a un tercero. Por esta razón, la investigada consideró, en razón a que no asistió a la reunión, no participó en la elaboración, no suscribió el contrato y tampoco autorizó a nadie para que la representara, que resultó desacertada la afirmación del pliego de cargos al enunciar que el documento del acuerdo, *per se*, daba cuenta de la presunta voluntad de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**.

Sobre lo anterior precisó que su esposo y también investigado, **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, suscribió dicha acta pero que tal situación no obedeció a un mandato o representación legal pues no existe documento que así lo demuestre, ya que su comparecencia se debió a un encuentro ocasional, hecho que conocían los demás intervinientes e investigados. Agregó que, en todo caso, **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no cuenta con calidad alguna dentro del establecimiento de comercio **SEG 3A**, ni mucho menos como actor del mercado.

En tercer lugar, respecto de la publicación de la "**LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA, SEG 3A DE COLOMBIA Y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA**", la investigada **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** declaró que no firmó dicho documento ni autorizó a nadie para que lo hiciera en representación suya. Sobre tal punto adicionó que, toda vez que dicho documento fue recaudado en el transcurso de la diligencia de inspección practicada por esta Superintendencia en las instalaciones de **SEG 3A**, para la cual en ningún momento le fue remitido requerimiento alguno, tal actuación junto con los elementos probatorios recaudados en ella son ilegales por no haber sido autorizada dicha diligencia por **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como representante legal de **SEG 3A**.

En cuarto lugar, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** hizo énfasis en que el mencionado documento que refiere a la lista de precios no cuenta con valor jurídico, en tanto lo califica como un simple panfleto del cual no se puede predicar su origen por la carencia de firmas sobre el mismo, por lo que no resulta distinto de una mera referencia al establecimiento de comercio de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** y a los demás investigados, sin que de él puedan derivarse responsabilidad alguna para ellos. Además, añadió que tal documento tampoco puede ser entendido como una manifestación del "**ACTA DE ACUERDO**" del 16 de

agosto de 2012, pues esta última no indica que tal archivo sea su anexo o parte integrante del convenio, evidenciándose nuevamente la falta de valor probatorio y sustento legal de las imputaciones realizadas a los investigados en la Resolución 57334 de 2018.

En quinto lugar, y con ocasión a la declaración rendida por **HERNÁN GUILLERMO ROMERO SUÁREZ**, Coordinador técnico de **REINGEGAS**, la investigada manifestó que lo dicho por él resulta falso en tanto que el declarante habló de hechos que no le constan y, además, nunca se reunió en los lugares que señaló el declarante. De igual forma, la investigada puso de presente que, al preguntarse a **HERNÁN GUILLERMO ROMERO SUÁREZ** por la presencia de las otras dos firmas instaladores en las reuniones, este indicó que no sabía.

Agotadas las consideraciones sobre los acuerdos que dieron lugar a la actuación administrativa de la referencia, procedió, en igual forma que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, a realizar precisiones sobre la naturaleza jurídica del establecimiento de comercio, que corresponde a un conjunto de bienes y, por lo tanto, no es susceptible de ser sujeto de derechos u obligaciones y no ostenta personería jurídica, de manera que no podría predicarse responsabilidad alguna de ese conjunto de bienes. En virtud de lo anterior, sostuvo que es el empresario el cual, en desarrollo de la empresa, tiene la titularidad del establecimiento de comercio y, por lo tanto, quien se encuentra atado a las obligaciones que surgen de aquella.

En conclusión, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** reiteró jamás haber suscrito un acuerdo restrictivo de la competencia en desarrollo del objeto social del establecimiento de comercio **SEG 3A**.

4. AUDIENCIA ÚNICA DEL ARTÍCULO 52 DEL DECRETO 2153 DE 1992

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia mediante resolución No. 79881 del 26 de octubre de 2018 ordenó citar a los investigados dentro de la presente actuación administrativa a la audiencia que se llevaría a cabo el día dos (2) de noviembre de 2018 a las diez de la mañana (10:00 a.m.), con el fin de que expusieran los argumentos que pretendieran hacer valer dentro de la investigación²².

Llegado el día y hora señalados para la realización de la audiencia, los investigados se presentaron en las instalaciones de esta Entidad y expusieron los siguientes argumentos:

4.1 REINGEGAS

En la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 reiteró lo planteado en los descargos y, en adición, argumentó lo siguiente:

- Con relación a la caducidad ya planteada, sostuvo que sancionar por fuera del término legal implicaría una transgresión a los principios de legalidad y tipicidad.
- Respecto del objeto del acuerdo cuya existencia se investiga, indicó que el hecho de tener el financiamiento por parte de **FENOSA** no quiere decir que se esté actuando en contra del mercado, ni que el mismo sea parte del presunto acuerdo. **REINGEGAS** simplemente cumplió a cabalidad con los requisitos que le exigía **FENOSA** para poder obtenerlo.

Así mismo, manifestó que el supuesto acuerdo no pretendía obtener ganancia alguna, pues la naturaleza misma del mercado no lo permitía. En ese sentido, al existir ausencia de lucro no se generó una afectación a la libre competencia,

²² Folio 2764 del Cuaderno Público No.6 del Expediente.

pues la conducta de **REINGEGAS** y su representante legal no tuvo como objeto impedir a terceros el acceso al mercado, pues es evidente que su conducta no tenía la capacidad, idoneidad, aptitud o suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado.

- Respecto al efecto del acuerdo, señaló que es necesario tener en cuenta que son sancionables aquellas conductas que efectivamente pongan en peligro o vulneren la libre competencia en el mercado y no aquellas que, aunque parezcan anticompetitivas, no lo sean, pues ello constituiría una transgresión al derecho a la libre empresa. En tal sentido, es necesario que la autoridad pruebe el daño al bien tutelado, así como también debe probar que el comportamiento es significativo dentro de la conducta imputada, circunstancia que no sucedió respecto de **REINGEGAS** y su representante legal **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**.

En el mismo sentido indicó que **REINGEGAS** y su representante legal siempre actuaron de buena fe, nunca pretendieron violar un precepto legal, ni mucho menos limitar la participación de otros competidores.

- Con relación al requerimiento realizado por esta Delegatura a **REINGEGAS** mediante Resolución No. 78793 de 22 de octubre de 2018, relacionado con la totalidad de cotizaciones de las ventas de instalaciones de redes internas de gas domiciliario para los años 2012 a 2014, aclaró que estos documentos no se encontraban en los registros de la compañía porque en el giro ordinario del negocio de **REINGEGAS**, cuando se realiza el proceso de financiación ante **FENOSA**, esta requiere que le sea entregada el original de la cotización realizada al cliente. Según la investigada, estos documentos son necesarios para que **FENOSA** proceda a financiar el servicio al usuario y para que realice el pago a las empresas instaladoras. Sobre esa base, los investigados sostuvieron que no pueden atender el requerimiento de la Delegatura porque nadie está obligado a lo imposible.
- Por último, solicitó que se tuviera en cuenta la conducta procesal de **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, quienes siempre mostraron una actitud de ayuda con esta Superintendencia para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación, con el fin de dosificar y graduar la sanción a la menor aplicable al caso.

4.2 CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS (representante legal de **REINGEGAS**)

En la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** se pronunció en el mismo sentido que **REINGEGAS**, pero resaltó que no colaboró, ejecutó, facilitó, ni toleró ninguna de las conductas que le son imputadas a **REINGEGAS**. Por último, reiteró que se vio obligado por la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA** a firmar el documento denominado "ACTA DE ACUERDO".

4.3 HERNÁN ARÍAS RIAÑO (representante legal de **ARIBUK** para la época de los hechos)

De forma general el señor **HERNÁN ARÍAS RIAÑO** (Representante Legal de **ARIBUK** para le época de los hechos) reafirmó lo dicho en su escrito de descargos y destacó que:

- El objetivo de todas las actuaciones fue proteger al usuario.
- Frente a los precios manifestó que la empresa inclusive prefería que le pagaran de contado, sin necesidad de usar la financiación, para poder así bajar los precios y quedarse con el cliente.
- Arguyó que para entrar a cualquier municipio o cualquier conjunto "lo primero que piden los administradores es una lista de precios que diga bueno

¿Ustedes qué nos van a cobrar?”, por lo que es usual contar con este tipo de lista de precios.

4.4 ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS (quien se identificó como “representante legal” de **SEG 3 A** en el “ACTA DE ACUERDO”)

Los puntos referidos por **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (quien se identificó como “representante legal” de **SEG 3 A** en el “ACTA DE ACUERDO”) se centraron en manifestar su desconcierto y desconocimiento de las razones por las cuales figura como investigado en el presente proceso. Para sustentar lo anterior manifestó lo que en seguida se presenta:

- Admitió que estuvo presente en la reunión del 16 de agosto de 2012, de donde resultaron los documentos “Acta de acuerdo” y “Lista de precios” y en donde se explicó que la comunidad estaba preocupada por los precios de las instalaciones y por las empresas que llegaban, vendían, se iban y dejaban las instalaciones prácticamente botadas. Sin embargo, aclaró que su esposa, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, que era la dueña de **SEG 3 A**, no sabía que dicha reunión se iba a realizar y, además, no autorizó, no dio poder ni consintió para que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (quien se identificó como “representante legal” de **SEG 3 A** en el “ACTA DE ACUERDO”) actuara como representante de **SEG 3 A** ya que este último nunca ha sido socio, nunca ha sido empleado y mucho menos ha sido representante legal del establecimiento de comercio **SEG 3 A**.

- Reconoció haber firmado un documento en el encuentro del 16 de agosto de 2012, pero aclaró que lo hizo como asistente a una reunión donde formularon una propuesta para mejorarles los precios a los usuarios. Adujo que se trataba de un documento de asistencia donde se escucharon varias cosas y **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (quien se identificó como “representante legal” de **SEG 3 A** en el “ACTA DE ACUERDO”), en su calidad de esposo de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, decidió por su propia cuenta y sin autorización asistir a ver qué era lo que estaba diciendo la comunidad y ver cuáles eran los problemas que se estaban presentando.

- Por todo lo anterior, afirmó que no participó en ningún listado de precios ya que, entre otros, no hay listado de precios firmado por su puño y letra o su huella. También porque es común que “cada firma instaladora use un listado de precios en cada parte” y, por último, sostuvo que a raíz de la comercialización que se hizo en la Mesa, básicamente se fueron a “quiebra” y el establecimiento **SEG 3 A** se cerró a principios de 2014.

4.5 JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS (Secretario de Obras Públicas de la ALCALDÍA DE LA MESA para la época de los hechos)

En la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 reiteró lo planteado en los descargos y, en adición, argumentó:

- Recalcó que existió un proceso de gasificación entre tres entidades: Secretaría de Minas del Departamento, el **MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA** (en adelante, **MME**) y las Alcaldías de los municipios en los que **FENOSA** haría el proceso de distribución y comercialización de gas natural domiciliario. Además, refirió que se exigió que, por parte de la Alcaldía, se nombrara a un supervisor del proceso que, para el caso de la Mesa, fue **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** en calidad de Secretario de Obras Públicas.

- En el 2011 empezó el proceso y distintas empresas presentaron ante la **ALCALDÍA DE LA MESA** el folleto de sus servicios y se les solicitó información sobre las propuestas para evaluarlas.

- Siempre se aclaró que cualquier empresa instaladora podía prestar el servicio. No obstante, se recomendó que fueran aquellas que cumplieran con las

condiciones de idoneidad y que estuvieran en el *ranking* que había suministrado **FENOSA**, el cual estuvo publicado por medio año para que los ciudadanos pudieran saber cuáles eran las empresas que cumplían esa calidad.

- Se presentaron ante la **SIC** todos los documentos pertinentes al proceso de gasificación del municipio.
- Recalcó que todo fue bajo un orden legal pues, de lo contrario, la **ALCALDÍA DE LA MESA** no habría colaborado entregando el acta de acuerdo.
- La libre competencia económica no significa dejar que cualquier empresa llegue a prestar servicios al municipio, sin que la **ALCALDÍA DE LA MESA** brinde las respectivas garantías de idoneidad y o calidad de trabajos para los ciudadanos. Era esto precisamente lo que buscaba la autoridad municipal, para lo cual la **ALCALDÍA DE LA MESA** realizó visitas para verificar el cumplimiento del proceso.
- En las distintas reuniones que se realizaron en el seno del Concejo Municipal se solicitó que se incluyeran a más empresas instaladoras y se les requirieran las cotizaciones para que hicieran parte del proceso, siempre y cuando estuvieran en el *ranking* de **FENOSA**.

4.6 RODRIGO GUARÍN LESMES (Alcalde del municipio de La Mesa para la época de los hechos)

En la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 reiteró lo planteado en los descargos y, en adición, argumentó:

- Afirmó que como Alcalde jamás impidió u ordenó a alguien que impidiera la participación de empresa alguna en el proceso de gasificación en el municipio de La Mesa, a lo que agregó que tuvo poco contacto con ese proceso en tanto que quien llevó el proceso fue el Secretario de Obras Públicas.
- Adujo que como Alcalde se ciñó a las a las exigencias de **FENOSA** en cuanto a la idoneidad comercial y técnica que debían tener las potenciales firmas instaladoras. Agregó que actuó con base en un *ranking* que envió **FENOSA**, el cual incluía a las empresas más idóneas, toda vez que no existía un procedimiento reglado que indicara cómo se debe hacer para escoger o determinar cuáles son las empresas instaladoras a pesar de que el proceso de gasificación estaba en cabeza de **FENOSA**.
- Argumentó que existen varias evidencias que muestran que la ciudadanía podía escoger cualquier empresa instaladora, tal como lo dice el acta 036 de 2012 del Concejo Municipal de La Mesa e, incluso, en comunicaciones enviadas por él como Alcalde se enunció que había esa posibilidad, que nunca fue restringida. De hecho, existen pruebas de que varias empresas instaladoras, que no estaban en el *ranking* de **FENOSA**, prestaron el servicio en el municipio. Sin embargo, el competente para otorgar la financiación a través de la factura era **FENOSA** y no la **ALCALDÍA DE LA MESA**.
- Lo que se buscó con el "ACTA DE ACUERDO" fue crear un mecanismo de protección al usuario ante las quejas que realizaron algunos ciudadanos respecto de los trámites que estaban realizando algunas empresas instaladoras con la documentación, toda vez que i) les hacían firmar pagarés en blanco; ii) había diversidad de precios en los elementos constitutivos de la instalación domiciliaria de la red interna de gas natural y iii) los antecedentes de los municipios vecinos (estafas, robos, mala calidad de los productos) imponían que se estableciera alguna medida de protección para el erario que el municipio iba a aportar al proceso de gasificación a través de un convenio.
- El investigado alegó que el propósito del acuerdo fue establecer un tope máximo sugerido para las instalaciones domiciliarias. Igual las empresas podían

moverse según las fuerzas del mercado libremente y de acuerdo con su capacidad financiera, su fuerza de ventas y comercial. Incluso, mencionó que hubo empresas que se movieron por debajo de los precios sugeridos.

- El acta, aun cuando es un documento público, no fue socializado con el municipio, ya que lo que se buscaba era proteger los recursos públicos y asegurar el cumplimiento de la calidad y la idoneidad de los productos y servicios ofertados, características que estaban en la lista que remitió **FENOSA**.
- Afirmó que siempre actuó de manera transparente con la Autoridad de Competencia en el curso de esta actuación administrativa.
- Agregó que la Alcaldía llevó un control a las obras a través de su Secretaría de Obras Públicas.
- El investigado adujo que la actuación que se imputó no habría ocurrido si, dado que no existe una regulación que determine la manera en que debía operar la gasificación del municipio, **FENOSA** hubiera seleccionado directamente a los instaladores a quienes les ofrecería el convenio de financiación.
- Si hubiese habido acuerdo de precios, entonces todos los que suscribieron habrían cobrado lo mismos valores, lo cual no fue así.

5. CONSIDERACIONES PREVIAS DE LA DELEGATURA FRENTE A LAS APRECIACIONES DE LOS INVESTIGADOS.

Previo a analizar el mérito del trámite, en este acápite de consideraciones previas se resolverán los argumentos de defensa relacionados con circunstancias procesales que, en concepto de los investigados, afectarían la validez de la actuación administrativa.

5.1 FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Como quiera que el investigado **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (quien se identificó como "*representante legal*" de **SEG 3A** en el "*ACTA DE ACUERDO*") alegó carecer de legitimación por pasiva en el presente trámite administrativo, esto es, la imposibilidad de ser sujeto de investigación por parte de esta Superintendencia, se procede a denegar tal argumentación, con atención a las siguientes consideraciones.

Sea lo primero indicar que de conformidad con el escrito de descargos presentado por el investigado del que trata el presente acápite, este último alegó la falta de legitimación por pasiva en la investigación iniciada mediante Resolución 57334 del 13 de agosto de 2018, en tanto sostuvo que en virtud de los artículos 3 y 22 de la Ley 256 de 1996, las acciones de las que trata el artículo 20 de la norma en cita y relativa a las acciones derivadas de la competencia desleal, se han de dirigir en contra de quienes participen en el mercado. Por esa razón sostuvo que en ningún momento se materializó el supuesto de hecho de dicha norma, pues para la época de los hechos no participó en el mercado de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas, así como tampoco ha sostenido relación laboral y/o contractual con **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**.

En relación con la alegación descrita, se encuentra que no le asiste razón a **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (quien se identificó como "*representante legal*" de **SEG 3A** en el "*ACTA DE ACUERDO*"), como quiera que, tal como se indicó en el artículo tercero de la Resolución 57334 del 13 de agosto de 2018, a este se le imputaron los hechos que dan lugar a los supuestos comprendidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 –modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009–, por la supuesta colaboración, facilitación, autorización o ejecución de las infracciones previstas en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto en cita y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así las cosas, conforme a las normas enunciadas, se indica que la presente actuación se sustrae del ámbito de aplicación de la Ley 256 de 1996 –la cual tiene por objeto ventilar ante la jurisdicción ordinaria actuaciones o conductas de competencia desleal–. En efecto, la presente actuación administrativa está fundada en la facultad constitucional y legal con la que cuenta esta Superintendencia para investigar y sancionar a quienes, en los términos del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, hayan contribuido –por su acción u omisión– a la realización de comportamientos restrictivos de la libre competencia económica. Así, dado que lo que, en relación con el investigado **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (quien se identificó como “representante legal” de **SEG 3A** en el “**ACTA DE ACUERDO**”), se pretende establecer en esta actuación es si incurrió en el comportamiento descrito en la norma referida, es claro que ese investigado es quien está llamado a ejercer su derecho de defensa a fin de determinar o no su eventual responsabilidad en los precisos términos de la Resolución No. 57334 del 13 de agosto de 2018, por lo que se acredita de forma clara y concreta el interés que le asiste como investigado en el presente trámite.

Por estas razones, no es admisible el argumento consistente en que el investigado carece de legitimación por pasiva.

5.2 LA SUPUESTA ILEGALIDAD DE LA VISITA ADMINISTRATIVA DE INSPECCIÓN Y DEL RECAUDO DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS ENCONTRADOS EN EL ESTABLECIMIENTO DE SEG 3A

LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO (propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**) alegó que la visita administrativa adelantada por esta Superintendencia en las instalaciones del establecimiento de comercio de **SEG 3A** y las pruebas obtenidas en desarrollo de esa diligencia son ilegales porque se practicaron sin previo aviso y sin su presencia. Al respecto, considera la Delegatura que no existe razón alguna para colegir la irregularidad alegada, pues, como se pasa a explicar, la validez de las visitas administrativas de inspección y de la actividad probatoria que se adelanta en el marco de esas diligencias no está condicionada a que la realización de la visita en cuestión se anuncie con anterioridad ni a que en el marco de esa específica actuación se haga presente alguna persona determinada. Sostener lo contrario significaría desconocer los mandatos constitucionales y legales que direccionan la actividad de la **SIC**.

El sustento de la anterior conclusión en lo que tiene que ver con la inexistencia de un deber consistente en anunciar con antelación la realización con la visita se encuentra en las siguientes razones:

En primer lugar, debe llamarse la atención acerca de que el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 estableció que es función de esta Superintendencia “[r]ealizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, 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”. Como se observa, ni esta norma, ni en ninguna otra del cuerpo normativo aplicable a los procesos que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio para establecer la infracción del régimen de protección de la libre competencia económica, se estableció algún mandato que le exija a esta Entidad adelantar este tipo de diligencias avisando previamente a la persona visitada.

En segundo lugar, es preciso tener en cuenta que el establecimiento de un deber de notificación antes de la realización de la visita administrativa de inspección impediría que ese instrumento cumpliera el propósito que lo justifica. En efecto, la finalidad de las visitas administrativas de inspección es permitir la obtención y la conservación del material probatorio que permita determinar la existencia de una infracción del régimen de protección de la libre competencia económica. Exigir un aviso previo a la utilización del instrumento evidentemente obstaculizaría su utilidad y, en consecuencia, lo haría inoperante. Así las cosas, interpretar la norma

contenida en el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 en el sentido propuesto por la investigada sería inaceptable teniendo en cuenta el criterio de interpretación basado en el efecto útil de las normas jurídicas, pues esa forma de entender la disposición la privaría completamente de utilidad en el marco de las actuaciones administrativas adelantadas por la Superintendencia.

De otra parte, la conclusión consistente en que la validez de una visita administrativa de inspección y de las pruebas recaudadas en ese contexto tampoco está condicionada a que el representante legal de una empresa atienda directamente la diligencia se sustenta en las siguientes razones:

En primer lugar, de la misma forma que acontece en relación con el aspecto anterior, la normativa aplicable no establece una condición como la referida para establecer la validez de la visita administrativa de inspección.

En segundo lugar, no puede perderse de vista que la **SIC** ha dejado establecido que la presencia del representante legal de una empresa no es elemento indispensable para adelantar la diligencia que interesa en este punto. Al respecto, la **SIC** ha dejado establecido lo siguiente:

"El artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 estableció en sus numerales 62 que la SIC puede "realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, 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". Como se puede ver, la norma, que es especial para los procedimientos de protección de la competencia, en ningún momento hace distinción sobre quién dentro de la empresa puede atender las solicitudes de información en el curso de una visita administrativa, razón por la cual no es dable al recurrente restringir la facultad que la Ley le otorgó a la SIC sin distingo alguno. De esta forma, es falsa la afirmación según la cual no existe norma que habilite a la SIC a solicitar información en el domicilio social de la empresa visitada, o que restrinja la facultad de exigir tales documentos a quien es el representante legal exclusivamente. Nótese que la solicitud de información contenida en libros y papeles de comercio es una potestad especial con la que la Ley invistió a esta Entidad, la cual se ejercita a través de una solicitud de suministro de la información y no por medio de una diligencia de exhibición, situación que inaplicaría el procedimiento pretendido por el recurrente. Por lo demás, exigir que el representante legal debe ser quien atiende todas las visitas administrativas de inspección implicaría, en la práctica, paralizar las funciones de inspección, vigilancia y control del Estado, ya que es obvio que en el curso de los negocios no son pocas las ocasiones en que los representantes legales están ausentes del domicilio de la empresa, sin que ello implique que nadie dentro de ella pueda acceder a una solicitud de información. Exigir la presencia del representante legal en estos casos -más cuando las visitas de inspección son en su mayoría no anunciadas o "sorpresa"-, sería tanto como exigir que todas las notificaciones judiciales que se le hagan a la empresa deban ser recibidas por el representante legal, ya que es el quien puede representar judicialmente a la compañía, lo cual sería absurdo" (subrayas fuera del texto)²³.

Así las cosas, ateniéndose a consideraciones precedentes sobre las facultades con las que cuenta esta Superintendencia, se encuentra que no le asiste razón alguna a **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** (propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**) en relación con la alegación analizada.

6. ETAPA PROBATORIA

Con el fin de surtir la etapa de instrucción, esta Delegatura mediante Resolución No. 76541 del 9 de octubre de 2018²⁴ decretó la práctica de pruebas solicitadas por **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (Representante Legal de **REINGEGAS**), así como decretó las pruebas de oficio que consideró pertinentes, conforme con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de

²³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 20 de 2015.

²⁴ Folios 1067 a 1076 del Cuaderno público No. 4 del Expediente.

1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. Posteriormente, mediante la Resolución No. 78793 del 22 de octubre de 2018 la Delegatura formuló un requerimiento de información a los investigados y, por último, con la Resolución No. 79881²⁵ del 26 de octubre de 2018, prescindió de la práctica de unas pruebas, declaró cerrada la etapa probatoria y señaló hora y fecha para la práctica de la audiencia única del artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

7. 7. CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

Esta Superintendencia ha señalado en ocasiones anteriores que el mercado, 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 competencia²⁶.

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, lo que en definitiva significa que los mercados relevantes en casos de carteles empresariales están definidos por los bienes y/o servicios afectados por el propio acuerdo anticompetitivo²⁷.

En este sentido, si las pruebas que obran en el expediente identifican con claridad, tanto los participantes del acuerdo, como el producto y el marco geográfico en el que tiene efectos, no resulta pertinente extender el análisis a otros agentes, otros productos ni a otra zona.

Sobre la base de la aclaración recién anotada, en la presente sección se procede a delimitar el mercado del servicio público domiciliario de gas natural, presentando definiciones que son esenciales para la comprensión tanto de sus actores como de sus mercados conexos. Estas definiciones se presentan tal y como lo hace la regulación. En primer lugar, se define el gas natural como sustancia y como servicio público domiciliario. En segundo lugar, se presentan actores relevantes del mercado: desde el punto de vista del consumo se definen los usuarios de gas natural regulados y los no regulados y desde el punto de vista de la provisión se definen los distribuidores y comercializadores de gas natural. En tercer lugar, se define el concepto de mercado conexo utilizado en el presente informe. Una vez delimitado lo anterior, se presenta el mercado conexo de instalación de redes internas de gas natural. Este último es presentado por ser objeto de los hechos investigados.

El artículo 1 de la Resolución No. 057 de 1996 de la **COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA Y GAS** (en adelante, **CREG**) define el gas natural 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”. Por su parte, la Ley 142 de 1994 incluyó al sector gas como un servicio público domiciliario. Específicamente, la Resolución **CREG** No. 108 de 1997, define el servicio público domiciliario de gas combustible así:

“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”²⁸.

²⁵ Folios 2741 a 2743 del cuaderno xxx No. 6 del expediente.

²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 6839 del 9 de febrero de 2010. Versión Pública Hoja No 7.

²⁷ Unión Europea, Caso T-111/2008, MasterCard Inc, MasterCard Europe SPRL v. Commission, 24 de mayo de 2012.

²⁸ Artículo 1. Definiciones (...) Resolución CREG No. 108 de 1997.

En cuanto a los actores del mercado para esta investigación, el Decreto 3429 de 2003 clasifica a los usuarios según su nivel de consumo como regulados y no regulados. Los primeros, es decir los regulados, son aquellos cuyo consumo es inferior a 100.000 pies cúbicos día de gas natural o su equivalente en metros cúbicos (m³)²⁹, es el caso de los usuarios residenciales y los pequeños usuarios industriales y comerciales. En contraposición, los usuarios no regulados son aquellos que tienen un consumo superior a los 100.000 pies cúbicos día, esto es, los grandes usuarios comerciales e industriales, los distribuidores de **GAS NATURAL VEHICULAR** (en adelante, **GNV**) y las termoeléctricas.

Ahora bien, desde el punto de vista de la provisión, la cadena productiva del gas natural puede dividirse en 4 etapas que son producción, transporte, distribución y comercialización. Se procede a exponer los últimos dos eslabones por estar directamente relacionados con el mercado objeto de investigación.

La distribución de gas natural³⁰ consiste en el traslado de este recurso mediante una red de gasoductos desde la puerta de ciudad hasta las instalaciones de los usuarios finales, lo cual incluye su conexión y medición. Las actividades principales de un distribuidor son la administración, la gestión comercial, la planeación, la expansión, la operación y el mantenimiento de todo o parte de la capacidad de un sistema de distribución.

En Colombia, la prestación del servicio de distribución se realiza bajo dos modalidades: las **ÁREAS DE SERVICIO NO EXCLUSIVO** (en adelante, **ASNE**) y las **ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO** (en adelante, **ASE**). Estas últimas corresponden a concesiones otorgadas por el **MME**, 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.

Por su parte, las **ASNE** no son concesiones, sino áreas o mercados³¹ sin condiciones de exclusividad en la actividad de distribución, delimitados para el desarrollo de proyectos de masificación de gas natural, para los cuales los distribuidores interesados en operarlos deben solicitar ante la **CREG** la respectiva aprobación tarifaria³² presentando los estudios sobre costos y tarifas de distribución. En consecuencia, usualmente existe una empresa distribuidora que presta el servicio en cada municipio del país y, sólo en casos excepcionales como es el de los municipios de Acacias, Meta, y Floridablanca, Santander, participa más de un distribuidor.

Por otra parte, la comercialización de gas natural representa la coordinación de acciones entre los usuarios finales y los agentes en la producción, el transporte y la distribución. El comercializador se encuentra presente a lo largo de la cadena "*(...) aparece en la etapa de producción cuando compra gas de los productores, aparece en el transporte cuando alquila la red de gasoductos troncales pagando*

²⁹ Decreto 3429 de 2003 del **MME**. "(...) 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".

³⁰ Resolución CREG No. 011 de 2003. "Artículo 2. DEFINICIONES. (...) **DISTRIBUCIÓN DE GAS COMBUSTIBLE**: Es el 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, de conformidad con la definición del numeral 14.28 de la Ley 142 de 1994".

³¹ El cual puede estar conformado tanto por un municipio como por un grupo de municipios (incluye áreas urbanas, rurales y corregimientos).

³² Mediante Resolución CREG-011 de 2003 se adoptó la metodología y criterios generales para determinar la remuneración de 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.

un "cargo por transporte" y aparece en la distribución cuando alquila redes urbanas para llevarle el servicio a un consumidor final"³³.

En el caso de los usuarios no regulados la actividad la puede desarrollar el distribuidor u otro comercializador, y el cargo se fija entre el usuario y comercializador³⁴.

No obstante, cuando se trata de usuarios regulados, la comercialización es una "(...) actividad complementaria al servicio público domiciliario de gas natural, que consiste en la compraventa o suministro de gas natural a título oneroso"³⁵; incluye el pago de los servicios de transporte y distribución, medición del consumo, emisión y entrega de facturas, recaudo, mercadeo y atención al usuario³⁶, actividades que en general son desarrolladas por las sociedades distribuidoras.

Al respecto, es importante mencionar que en Colombia la comercialización para usuarios regulados es desarrollada en su mayoría por los distribuidores en los términos del 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".

En suma, una vez expuesta la cadena productiva de gas natural, se puede entender que la distribución y la comercialización son etapas clave en términos de atención de la demanda de los usuarios finales del servicio público domiciliario de gas natural. Es de estos eslabones de distribución y comercialización de los cuales se deriva la actividad conexas de construcción e instalación de redes internas.

Para conectar a un usuario al servicio de gas natural se requiere la construcción de dos tipos de redes: la red externa, llamada también red local y la red interna, así como una acometida que conecta ambas redes. La regulación define la red interna como: "el conjunto de redes, tuberías, accesorios y equipos que integran el sistema de suministro del servicio público al inmueble a partir del medidor, o, en el caso de los suscriptores o usuarios sin medidor, a partir del registro de corte del inmueble. Para edificios de propiedad horizontal o condominios, es aquel sistema de suministro del servicio al inmueble a partir del registro de corte general, cuando lo hubiere"³⁷. La red interna es propiedad del usuario, quien debe contratar su construcción directamente con firmas instaladoras técnicamente confiables.

Una vez expuesto lo anterior, resulta pertinente definir el concepto de mercado conexo utilizado en el presente informe. 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. Por otro lado la relación es consecuencial porque la existencia del mercado conexo o secundario deriva de la existencia del mercado principal³⁸.

³³ Op. Cit. CEDE (2005), p. 121.

³⁴ CREG (2013). Propuesta para remunerar la actividad de comercialización del servicio público de gas combustible por redes de tubería. Ver: http://www.creg.gov.co/phocadownload/publicaciones/remuneracion_comercializacion_gas_combustible.pdf Consulta 22 de marzo de 2017.

³⁵ Artículo 1 del Decreto 3429 de 2003.

³⁶ Op. Cit., CREG. Cartilla.

³⁷ Resolución CREG No. 108 de 1997, artículo 1. Definiciones.

³⁸ En ocasiones previas esta Superintendencia ha interpretado los mercados conexos siguiendo la misma línea, en el caso particular de las instalaciones de redes internas de gas natural: ver resolución 32505 de 2011, resolución 4907 de 2013, resolución 17387 de 2015.

la relación es consecuencial porque la existencia del mercado conexo o secundario deriva de la existencia del mercado principal³⁸.

Así las cosas, la construcción e instalación de redes internas se considera como un mercado conexo a la distribución y comercialización de gas natural, dado que existe una relación complementaria y consecuencial entre estos, pues la instalación de la red interna tiene como fin el consumo del gas natural distribuido. Esta actividad, que no tendría razón de ser sin la existencia de las actividades de distribución y comercialización, tiene además la particularidad de ser susceptible de desintegración vertical, en otras palabras, puede ser ofrecida por agentes diferentes al distribuidor y/o comercializador de gas natural³⁹.

7.1.1. Características del mercado conexo de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural

La construcción de redes externas y acometidas para el suministro del gas natural son actividades a cargo de la empresa distribuidora, la cual puede escoger al constructor de estas obras empleando procedimientos de selección objetiva⁴⁰.

Por su parte, 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. Por lo tanto, es necesario precisar las características de este mercado:

i) Libre concurrencia

La regulación del sector ha sido clara en relación con la libertad de concurrencia para firmas o personas instaladoras, confirmando que “[l]a red interna no será negocio exclusivo del distribuidor y por lo tanto, cualquier persona calificada e idónea podrá prestar el servicio”⁴¹. Esto significa que la empresa distribuidora de gas natural no puede imponerle al usuario la firma o el personal con el que debe contratar la construcción e instalación de la red interna para el suministro de gas natural, así como no puede obstruir la concurrencia en el mercado de constructores e instaladores de redes internas de gas natural.

ii) Control subjetivo y control objetivo de las instalaciones

Con el fin de garantizar la seguridad de las redes internas para el suministro de gas natural, la regulación establece requisitos mínimos de idoneidad de las instalaciones con controles que recaen sobre la red interna (control objetivo), así como requisitos de idoneidad de los instaladores con controles que recaen sobre constructores e instaladores de redes internas (control subjetivo), tal y como lo establece el numeral 2.19 de la Resolución **CREG** No. 067 de 1995:

“Toda instalación deberá cumplir con las normas técnicas y de seguridad correspondientes. El distribuidor no podrá distribuir gas natural o GLP en ninguna

³⁸ En ocasiones previas esta Superintendencia ha interpretado los mercados conexos siguiendo la misma línea, en el caso particular de las instalaciones de redes internas de gas natural: ver resolución 32505 de 2011, resolución 4907 de 2013, resolución 17387 de 2015.

³⁹ Es importante tener en cuenta que aunque la Resolución **CREG** No. 059 de 2012 y la Resolución del **MME** No. 90902 del 24 de octubre de 2013 introducen una serie de cambios en la reglamentación del servicio de gas natural y específicamente en la actividad complementaria de instalaciones internas, estas no se toman en cuenta para el análisis en razón a que no estaban vigentes para la época de los hechos que dieron origen a esta actuación administrativa. De acuerdo con lo anterior, para el análisis que se desarrolla en este acto administrativo se toma como referencia la normatividad vigente para el sector durante los años 2012 y 2013.

⁴⁰ Artículo 34, Ley 142 de 1994: “Las empresas de servicios públicos, **en todos sus actos y contratos**, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados” (negrita fuera de texto).

⁴¹Parágrafo del artículo 108, Resolución **CREG** No. 057 de 1996.

*probadas que estén expresamente previstas en el contrato*⁴². Del mismo modo, con el objeto de evitar extralimitaciones por parte de la empresa distribuidora, el párrafo del artículo 19 de la Resolución **CREG** No. 108 de 1997⁴³ delimitó el alcance del control que puede realizarse para condicionar el otorgamiento del registro.

En relación con los requisitos de idoneidad del instalador establecidos en la regulación por las Autoridades competentes y aquellos a los que debe limitar su verificación la empresa distribuidora, se encuentran los siguientes:

- Certificación de conformidad del personal⁴⁴ expedido por un organismo de certificación de personas, acreditado por la **SIC** o por el **ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE COLOMBIA (ONAC)**⁴⁵.
- Inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores de la **SIC**⁴⁶.
- Estar legalmente inscrito en la Cámara de Comercio.
- Contar con el **REGISTRO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA (RIT)** y el **REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO (RUT)** actualizado.

Una vez el usuario realiza la solicitud de conexión al servicio de gas natural (directamente o a través de la empresa instaladora de la red interna), la empresa distribuidora deberá realizar, directa o indirectamente, la evaluación de conformidad de las instalaciones y proceder con la conexión del servicio dentro de los plazos establecidos en el numeral VII de la Resolución **CREG** No. 067 de 1995⁴⁷.

Una vez expuesto lo anterior, puede concluirse que el mercado de instalación de redes internas de gas natural atiende la demanda de los usuarios regulados que solicitan el servicio de gas natural domiciliario por parte de los comercializadores. Es un mercado conexo a las actividades de comercialización y distribución de gas natural porque es necesario para la existencia de las mismas. Adicional a esto, el mercado conexo de instalación de redes internas de gas natural está en principio regido por la libre competencia, ya que se le permite a cualquier persona calificada prestar el servicio.

7.1.2. Mercado geográfico

Es preciso considerar que para la época de los hechos materia de investigación (periodo 2012-2013), **REINGEGAS**, **ARIBUK** y la comerciante **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** como propietaria del establecimiento de

⁴² Literal a del artículo 17 de la Resolución **CREG** No. 108 de 1997.

⁴³ (i) Está prohibido limitar el número de registrados, (ii) El registro tiene carácter público, (iii) La empresa distribuidora tiene el deber de divulgar el registro, (iv) La empresa distribuidora debe entregar, a petición de cualquier usuario, la lista de firmas registradas, (v) Está prohibido utilizar el registro para favorecer monopolios, (vi) Está prohibido utilizar el registro como barrera de entrada de personas calificadas, (vii) Está prohibido negar el registro a las personas que reúnan las condiciones técnicas establecidas por las autoridades competentes.

⁴⁴ Literal g de la Resolución **SIC** No. 14471 de 2002.

⁴⁵ Numeral 1 del artículo 5 del Decreto ONAC 4738 de 2008.

⁴⁶ Numeral 1.2.6.5. de la Resolución **SIC** No. 14471 de 2002.

⁴⁷ (i) La empresa no podrá fijar citas para visitar en un plazo mayor a 15 días hábiles. (ii) La empresa no podrá demorarse más de 3 días hábiles para dar una cita o para fijar una visita a un cliente, a partir del recibo de la solicitud. (iii) La empresa deberá contestar toda la correspondencia que reciba, y en un lapso de tiempo no superior a 15 días hábiles. En caso de que la respuesta requiera de un análisis más largo, deberá comunicárselo al usuario. (iv) La empresa no podrá incumplir citas o visitas programadas a los clientes, salvo que exista causa justificativa. (v) Para instalaciones nuevas, la empresa dispondrá como máximo de 30 días hábiles para conexión del servicio, una vez el usuario haya pagado los derechos correspondientes.

comercio **SEG 3A**, prestaban el servicio de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario de manera coincidente en el municipio de La Mesa, el cual constituye el mercado geográfico en el que se desarrollaron las presuntas infracciones del régimen de protección de la libre competencia económica que dan origen a la presente investigación.

En consideración de lo anterior, se describe a continuación el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en el municipio de La Mesa como el mercado afectado.

En primer lugar, resulta necesario señalar que la única empresa distribuidora y comercializadora de gas natural domiciliario en La Mesa (Cundinamarca) es **FENOSA**. Por lo tanto, todas las instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural construidas por terceros conectan con la red de distribución de gas natural de esta empresa.

En el periodo 2012-2013 se registraron en La Mesa alrededor de 1.876 construcciones e instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en las que se conectó, efectivamente, la prestación del servicio. Estas instalaciones fueron realizadas en un 93% a usuarios pertenecientes a los estratos 1, 2 y 3⁴⁸.

Ahora bien, a partir de las visitas realizadas a los usuarios del municipio de La Mesa con el objeto de llevar a cabo el proceso de certificación de las redes internas, las cuales fueron reportadas por **FENOSA** a esta Superintendencia, se logró evidenciar que en el 2012-2013 participaron siete (7) firmas instaladoras en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural en dicho municipio, tal y como se relaciona en la siguiente tabla:

Tabla. Firmas instaladoras de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa Cundinamarca – 2012-2013

FIRMA INSTALADORA	No. INSTALACIONES	Participación (%)
REINGEGAS S.A.S.	1135	60,5%
CÁCERES SOLANO LUDY FERNANDA/ SEG 3A GAS DE COLOMBIA	359	19,1%
ARIBUK S.A.S.	354	18,9%
RAINBOW ENERGY S.A.S.	10	0,5%
KALIGAS 2 S.A.S. / MARLENY BUITRAGO PEÑA	8	0,4%
MECCISS E.U.	7	0,4%
CIMECOL LTDA.	3	0,2%
Total	1876	100%

Fuente: Elaboración SIC⁴⁹.

Como se puede apreciar en la tabla anterior, **REINGEGAS**, **ARIBUK** y **SEG 3A** tuvieron para el periodo 2012-2013 el 98,5% de la participación del mercado conexo de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa (Cundinamarca), mientras que, analizados los datos reportados por **FENOSA** en relación con las otras cuatro (4) firmas instaladoras presentes en ese mercado, se logró acreditar que totalizaron el 1,5% restante, con

⁴⁸ Folios 321 a 329 del cuaderno público No. 2 del expediente.

⁴⁹ Basada en folios 321 a 323 del cuaderno RESERVADO GAS FENOSA del expediente. Esta Superintendencia pudo constatar 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, tres (3) de ellas no prestaron servicios de instalación en el municipio de La Mesa-Cundinamarca en el periodo de los hechos investigados. De allí que la presente tabla reporte únicamente siete (7) firmas instaladoras. Esto naturalmente cambia las participaciones de mercado. Sin embargo, en ambos casos, es decir, ante la presencia de siete (7) y diez (10) firmas el índice de concentración de mercado Herfindahl y Hirschman (HHI) permanece por encima de 4.000, indicando alta concentración. Ver siguiente pie de página para una explicación del índice HHI).

participaciones individuales no mayores al 0,5%. El índice de Herfindahl y Hirschman (IHH) para este mercado fue de 4.383,3 valor que indica un mercado altamente concentrado⁵⁰.

De conformidad con lo expuesto, esta Delegatura logró evidenciar que el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en La Mesa (Cundinamarca) estuvo altamente concentrado por lo menos para el periodo de investigación.

De otra parte, entre 2012 y 2013 siete (7) empresas instaladoras de redes internas de gas natural domiciliario prestaron sus servicios en el municipio de La Mesa (Cundinamarca), compañías que participaron en dicho mercado teniendo en cuenta que cumplían con los requisitos de idoneidad exigidos por **FENOSA** en calidad de distribuidor y comercializador del gas natural, aunado al hecho de que las empresas instaladoras incurrieron en los gastos requeridos para iniciar su operación en dicho municipio⁵¹.

No obstante, analizadas las condiciones expuestas, la Delegatura logró acreditar que la actividad de gasificación, específicamente en lo concerniente a la etapa de instalación de las redes internas, estuvo altamente concentrada por la actividad desplegada por tres (3) empresas que, en efecto, llevaron a cabo más de 350 instalaciones, cifra que resulta desproporcionada si se tiene en cuenta que las 4 compañías restantes no efectuaron más de 10 instalaciones individualmente consideradas entre 2012 y 2013.

En este punto del análisis, vale la pena aclarar que la dimensión geográfica del mercado considerado en la presente investigación se circunscribió única y exclusivamente a La Mesa-Cundinamarca, precisamente teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos que motivaron la actuación de esta Delegatura tal como fue presentado en líneas anteriores en el presente informe.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, el mercado de instalación de redes internas de gas natural es un mercado conexo a las actividades de comercialización y distribución del mismo. Asimismo, los servicios de instalación de redes internas pueden ser prestados por cualquier persona calificada para hacerlo. De igual manera, la información analizada por la Delegatura indica que entre los años 2012 y 2013, el mercado de instalación de redes internas de gas natural en el municipio de La Mesa-Cundinamarca tuvo una actividad altamente concentrada en tres empresas que son **REINGEGAS**, **SEG 3A** y **ARIBUK**. La concentración del mercado investigado también se hace evidente a través del índice HHI que tuvo entre 2012 y 2013 un valor de 4.383,3 en este mercado.

⁵⁰ El índice HHI:

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

Donde S_i es la participación de mercado de la empresa i en la industria y N es el número de firmas que componen la industria. Cfr. Tyrole, J. La Teoría de la Organización Industrial. Editorial Ariel S.A. España 1990. Página 339.

Al respecto, ver *Horizontal Merger Guidelines* U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 2010:

"(...) Basados en su experiencia, las Agencias generalmente clasifican los mercados en tres tipos:

- Mercados no concentrados: HHI debajo de 1,500
- Mercados moderadamente concentrados: HHI entre 1,500 y 2,500
- Mercados altamente concentrados: HHI sobre 2500". (traducción libre).

⁵¹ Los datos tomados en cuenta para el presente caso, fueron los reportados por **FENOSA** a partir de las de las visitas de certificación de redes internas de usuarios de los municipios de La Mesa.

8. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA SOBRE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS

Existen en el presente caso dos conductas anticompetitivas objeto de investigación, un acuerdo anticompetitivo para la fijación de precios en los términos del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y por otro lado, pero guardando concordancia con la anterior conducta, existe una infracción a la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. A continuación, se pasará a exponer cada una de las conductas mencionadas.

8.1. EL ACUERDO ANTICOMPETITIVO PARA LA FIJACIÓN DE PRECIOS

Como es sabido, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 comprende una lista no taxativa de acuerdos que pueden considerarse como anticompetitivos, en cuyo numeral 1 enuncia aquellos que "(...) **tengan por objeto** o *tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios*".

De lo establecido en dicho numeral, es claro que la configuración de la conducta anticompetitiva de fijación directa o indirecta de precios, puede presentarse en dos modalidades, bien sea por objeto o como efecto. Para efectos del análisis de la conducta, se tiene que la presente investigación hace referencia al primer supuesto establecido en el numeral 1 del artículo 47 citado, esto es, a la celebración de un acuerdo cuyo objeto consistió precisamente en la fijación directa de precios. Esto implica, entonces, que bastará demostrar la existencia de un acuerdo cuyo objeto sea fijar los precios (directa o indirectamente) para que la conducta sea reprochable⁵². En otras palabras, no pesa sobre la autoridad la necesidad de acreditar los efectos del acuerdo en el mercado para insistir en su represión⁵³, siempre y cuando la autoridad esté en capacidad de identificar la presencia de un objeto anticompetitivo en el acuerdo, que, entonces, 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, si el supuesto referido se cumple será posible concluir que el acuerdo es reprochable por objeto con fundamento en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁵⁴.

8.1.1. Objeto del acuerdo restrictivo de la competencia

Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, la Delegatura pasará a evidenciar que en este caso efectivamente existió un acuerdo con un objeto anticompetitivo por cuanto mediante el documento denominado "ACTA DE ACUERDO", suscrito por **REINGEGAS, ARIBUK, SEG 3 A** y la **ALCALDÍA DE LA MESA** a través de **JAVIER ALEJANDRO ROJAS PÉREZ** (Secretario de obras públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para la época de los hechos), y mediante la consecuente "*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*"), se fijaron 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 el 31 de diciembre de 2013.

Es importante resaltar que los investigados de forma general reconocieron la existencia del acuerdo del que da cuenta el contenido del "ACTA DE ACUERDO"⁵⁵, de donde se deriva a su vez la "*Lista de precios*". Al respecto, los investigados enfocaron su defensa en desestimar los efectos del acuerdo en cuestión debido a que, según dijeron, nunca se ejecutó.

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 103652 de 2015

⁵³ 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)

⁵⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 103652 del 30 de diciembre de 2015. Hoja 75.

⁵⁵ Folios 161 a 162 del Cuaderno público No. 1 del Expediente.

Con el objetivo de demostrar lo anterior, se estudiarán los aspectos generales de la concertación, entre los cuales se encuentran: (i) el inicio del proceso de gasificación en el municipio de la Mesa, Cundinamarca, (ii) la reunión convocada para el 16 de agosto de 2012; (iii) el contenido del "ACTA DE ACUERDO" y, (iv) la "Lista de precios" establecida por las firmas instaladoras **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK** para las instalaciones de redes internas de gas natural para La Mesa, Cundinamarca.

(i) Inicio del proceso de gasificación en el municipio de la Mesa, Cundinamarca

En el año 2011 empezó el proceso de gasificación en La Mesa, Cundinamarca. Para lograr ese cometido, la **ALCALDÍA DE LA MESA**, junto con otras Alcaldías, celebraron un convenio con **FENOSA** –denominado acta de compromiso⁵⁶– para iniciar el proceso de llegada del gas natural a estos municipios, la cual se suscribió el 16 de abril de 2012.

En dicha acta de compromiso **FENOSA**, en términos generales, se comprometió a realizar las acciones necesarias para instalar gas natural en todos los municipios con los cuales firmó dicho acuerdo y a financiar por su cuenta y riesgo los costos que se generaran desde el inicio hasta la culminación de la obra en cada uno de los municipios. Por su parte, los municipios se comprometieron a gestionar traslados presupuestales para los subsidios correspondientes para las conexiones del servicio público de gas natural domiciliario para los estratos 1 y 2, así como a realizar los trámites para obtener los permisos y licencias necesarios para la ejecución de la obra, entre otras actividades.

A su vez, a inicios de 2012 la empresa **REINGEGAS** hizo presencia en el municipio de La Mesa, siendo pionera en la construcción e instalación de redes internas de gas domiciliario en ese municipio. Es así como durante el mes de febrero de 2012 la empresa inició operaciones mientras esperaba el aval de la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Así lo indicó **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (Representante legal de **REINGEGAS**) en su declaración del 17 de octubre de 2018⁵⁷:

"CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Durante el tiempo que transcurren los hechos, nosotros antes de tener la carta, iniciamos el puerta a puerta y recolección de documentación y demás, porque ya se había dicho por parte de GAS NATURAL que teníamos que tener el Aval de la Alcaldía, entonces ese documento tardó meses en llegar pero nosotros como ya, digámoslo así, nos habían notificado verbalmente la Alcaldía iniciamos la obra.

(...)

DESPACHO: *¿quién lideró como tal ese proceso? (De gasificación en La Mesa)*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Iniciamos nosotros, nosotros lo lideramos tanto así que por eso cogimos una ventaja, más bien, con respecto a las otras empresas.*

DESPACHO: *¿Durante qué periodo lo lideraron ustedes?*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Primeros de febrero hasta antes del mes de agosto o primeros días del mes de agosto.*

DESPACHO: *¿De qué año?*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *De 2012 (...)"*

Posterior a esa fecha, el 12 de abril de 2012 la **ALCALDÍA DE LA MESA** envió una comunicación a **FENOSA** informándole que había seleccionado a

⁵⁶ Folios 515 a 517 del Cuaderno reservado No. 2 del Expediente

⁵⁷ CD obrante a folio 2595 del cuaderno público No. 5 del expediente. Min. 16:46 y 22:02.

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 gasificación⁵⁸.

Por otro lado, según lo narrado por **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para la época de los hechos) y por **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde de La Mesa para la época de los hechos) en sus escritos de descargos⁵⁹, el 24 de mayo de 2012 hubo una reunión que contó con la presencia de miembros del Concejo Municipal, **LUIS IGNACIO FLÓREZ** (Secretario de Minas y Energía de la Gobernación de Cundinamarca para la época de los hechos), **MILTON RODRÍGUEZ** (Senador de la Comisión Quinta para la época de los hechos), **RENÉ PEREA** (Director Comercial de **FENOSA** para la época de los hechos) y **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde Municipal para la época de los hechos).

Según los investigados, en esa reunión se “dieron los derroteros para llevar a cabo la gasificación del municipio de La Mesa”⁶⁰ y se discutió que debían llegar más empresas instaladoras de redes de gas. A su vez, se habló sobre las firmas instaladoras de redes internas, que por recomendación del representante de **FENOSA** deberían ser contratistas certificados por la **SIC**. Sobre el particular, es necesario informar que **FENOSA** cuenta con un registro único de firmas instaladoras (**RUFI**), en el cual se encuentran las firmas instaladoras que tienen registro ante la **SIC**. Adicionalmente, la distribuidora ha implementado un *ranking* de evolución por medio del cual establecen unos criterios de actuación comercial y técnica que permita evaluar la gestión de esas empresas instaladoras.

Considerando todo lo anterior, según lo narrado por **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**⁶¹ (Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para la época de los hechos) y por **RODRIGO GUARÍN LESMES**⁶² (Alcalde de La Mesa para la época de los hechos), por iniciativa de la comunidad y del mismo Concejo Municipal se solicitó la participación de otras empresas instaladoras de gas domiciliario, siempre y cuando estuvieran registradas en el **RUFI**, para lo cual **FENOSA** hizo llegar a la **ALCALDÍA DE LA MESA** el *ranking* de las firmas instaladoras para facilitar la selección de las firmas que iban a realizar esta labor⁶³.

En ese sentido, obra en el expediente⁶⁴ un documento con fecha de 31 de julio de 2012, enviado por **FABIOLA MARÍA RODRÍGUEZ DELGADO**, quien actuó en representación de **FENOSA**, dirigido a **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde de La Mesa para la época de los hechos) para remitirle el **RUFI** y el *Ranking de Evaluación*. Así mismo, una vez seleccionadas las firmas instaladoras de redes internas de gas domiciliario se le solicitó a **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde de La Mesa para la época de los hechos) informar cuál o cuáles han sido elegidas para poder así proceder a asignarles un “*Convenio de Colaboración Comercial*”, que estaría destinado a la concesión de la financiación para el pago de la instalación de las redes internas de gas que llegaran a construir las empresas elegidas por la **ALCALDÍA**.

Posteriormente, mediante comunicación del 1 de agosto de 2012 la **ALCALDÍA DE LA MESA** informó a **FENOSA** que ya había seleccionado a las empresas instaladoras de redes que iban a prestar ese servicio en La Mesa y que, por ende, requerían adelantar las gestiones pertinentes para iniciar el proyecto⁶⁵. Esas empresas seleccionadas eran **ARIBUK** y **SEG 3 A**, que entrarían al municipio junto con **REINGEGAS**, que ya había comenzado sus actividad comercial de instalación.

⁵⁸ Folio 361 del cuaderno público No 3 del Expediente.

⁵⁹ Folios 850 a 928 del cuaderno reservado SIC No. 3 del Expediente y Folios 929 a 1007 del cuaderno reservado SIC No. 4 del Expediente.

⁶⁰ Folio 853 del cuaderno reservado SIC No. 3 del Expediente.

⁶¹ Folio 854 del cuaderno reservado SIC No. 3 del Expediente.

⁶² Folio 933 del cuaderno reservado SIC No. 4 del Expediente

⁶³ Folio 507 a 513 del cuaderno reservado SIC No. 2 del Expediente

⁶⁴ Folio 862 del cuaderno reservado SIC No. 3 del Expediente

⁶⁵ Folio 877 del cuaderno reservado SIC No. 3 del Expediente

Acto seguido, se encuentra la carta fechada el 8 de agosto de 2012, la cual fuera recibida en las dependencias de la **ALCALDÍA DE LA MESA**⁶⁶, en donde **HERNAN ARIAS RIAÑO** (Representante legal de **ARIBUK**) y **LUDY FERNANDA CÁCERES** (Representante legal de **SEG 3 A**), allegaron al Alcalde **RODRIGO GUARÍN** una "Solicitud permiso de funcionamiento", en la cual expresaron su agradecimiento por haberles tenido en cuenta a efectos de prestar el servicio de comercialización y construcción de las redes domiciliarias de gas natural en el casco urbano del municipio de la Mesa – Cundinamarca; y además, que para dar inicio a las labores de comercialización, ambas empresas, **ARIBUK** y **SEG 3A** estarían "*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*".

Así mismo, en escrito del 9 de agosto de 2012 **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas para la época de los hechos) informó al Concejo Municipal de la Mesa lo siguiente⁶⁷:

"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"
(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Así mismo, se tiene que, la selección que realizó la **ALCALDÍA DE LA MESA** de las tres firmas instaladoras **REINGEGAS**, **ARIBUK** y **SEG 3** tenía como objetivo que más empresas ofrecieran sus servicios de instalación de redes a los habitantes de La Mesa. Mayor sustento se brinda a lo dicho, cuando en atención al ACTA No. 049 del 12 de agosto de 2012 del Concejo Municipal de la Mesa⁶⁸ (cuatro días antes de la suscripción del ACTA DE ACUERDO), se encontró que al tratarse el punto cuarto del orden del día, referente a las intervenciones de "*personas inscritas con el tema GAS NATURAL DOMICILIARIO*", se hicieron las siguientes declaraciones:

- El señor **HUGO MALHECHA** (Persona Inscrita ante la Alcaldía de La Mesa para intervenir en el tema del Gas natural Domiciliario) sostuvo que "*le parece raro que el municipio haya hecho acompañamiento a la empresa reingegas como si hubiese sido por decreto municipal, dice que ahora el viernes pasado ya anunciaron la llegada de otras dos empresas después de tantos meses de estar anunciando a REINGEGAS con una poliza*".
- La señora **LILIANA MONTENEGRO** (Representante Legal de **MECCISS**), en nombre de la firma **MECCIS**, indicó las calidades de la empresa que representa tiene para la prestación del servicio de instalación de redes internas de gas natural domiciliario.

⁶⁶ Folio 503 del Cuaderno SIC RESERVADO No. 2 del Expediente.

⁶⁷ Folios 881 a 882 del cuaderno reservado SIC No. 3 del Expediente

⁶⁸ Folios 534 a 543 del Cuaderno reservado No. 2 del Expediente.

- El Alcalde del momento, **RODRIGO GUARÍN LESMES**, en uso de la palabra que le fue concedido, sostuvo que ante la necesidad de aclarar aspectos técnicos ha hecho un trabajo de acompañamiento dando autorización a **REINGEGAS**, procedimiento el cual ha sido socializado con los presidentes de las juntas de acción comunal. De igual forma, procedió a indicar que en un principio se habló con **REINGEGAS**, lo cual ocasionó que alguien manifestara la posibilidad de la existencia de un monopolio, por lo que se aceptaron dos empresas más, conforme a la información y calificación de **FENOSA**, por lo que los habitantes podían escoger con cualquiera de esas tres.
- Concedida la palabra a la Concejal **AMIRA DEL ROSARIO MORENO ROA**, aquella procedió a preguntar al Alcalde, entre otras, cómo fue el proceso de selección de las empresas escogidas para la instalación de redes internas domiciliarias de gas natural.
- Acto seguido, la Concejal **PAOLA RIVERA** dijo que el día 18 de julio se le realizó una entrevista al señor **JAVIER PERÉZ (JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS)**, Secretario de Obras Públicas para la época de los hechos) en Cristalina, donde este sale con personas de **REINGEGAS**, indicando que solo hay una única firma avalada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, por lo que de contratar con otra los usuarios asumirían la responsabilidad. Sobre tal punto preguntó: ¿desde cuándo la **ALCALDÍA DE LA MESA** se volvió una avaladora de empresas privadas? En igual sentido alegó que el Alcalde, como máxima autoridad en el municipio, salió a decir que **REINGEGAS** es la única empresa autorizada, generando una confianza en la ciudadanía.

De igual forma, pregunto qué ¿desde cuándo el señor **RODRIGO GUARÍN** sale a avalar empresas diciendo qué empresas contratar?, adicionando ¿dónde está la sana competencia de las empresas, donde está el poder escoger la mejor tarifa? Sobre tal punto indicó que el 31 de julio de 2012, **FENOSA** remitió un listado de empresas avaladas en el RUFÍ a la **ALCALDÍA**, pero que mediante comunicación del 1 de agosto de 2012 se indicó a **GAS NATURAL** que ya se tenían tres (3) empresas –**REINGEGAS**, **ARIBUK** y **SEG 3A**–.

Para finalizar, precisó que al correo de **JAVIER PÉREZ** llegó una cotización de la firma **APROGAS**, quien realiza la misma instalación que **REINGEGAS** a un menor costo, por lo que pregunta el por qué la Administración direcciona a los consumidores a contratar con una empresa en particular.

- Concediéndose el derecho de réplica a **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde de la Mesa, para la época de los hechos), este procedió a señalar que se incluyó a **REINGEGAS** y a las firmas ubicadas en el primer y cuarto puesto del ranking (**SEG 3A** y **ARIBUK**, respectivamente), como quiera que fue la medida adoptada para evitar que **FENOSA** impusiera a las empresas con las que se contrataría la prestación del servicio. Sin embargo, aclaró que tampoco se trató de aceptar *“120 empresas y volver una rapiña el tema de dejar entrar a todas esas empresas y que tienen el derecho de estar allí”*.
- Siendo el turno de hablar del Secretario de Obras Públicas de la Mesa (**JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**), aquel sostuvo que en ese preciso momento se estaban seleccionando otras dos empresas, para que así los beneficiarios pudieran escoger entre las cinco disponibles en el municipio, sin mencionar cuales en especial.

De igual forma, sostuvo que los criterios tenidos en cuenta fueron i) las ventas y quejas de cada empresa según el ranking, ii) como las condiciones

de calidad, garantía y capacidad financiera, siendo este último elemento por qué se descartó a APROGAS.

- El Concejal **WILSON MARTÍNEZ**, al hacer uso de la palabra y con sustento en la Ley 142 de 1994, procedió a preguntarle al Alcalde ¿si hay otras empresas que están en el RUF1 que no estén avaladas por la Administración Municipal y por qué?

Así las cosas, del precitado documento se encuentra que varios integrantes del Concejo Municipal de la Mesa – Cundinamarca expresaron su inconformismo con el Alcalde de dicho municipio, en tanto le reprocharon su papel activo en la elección de las firmas instaladoras, así como de no dar razón suficiente sobre el por qué no ingresaron más empresas a competir, impidiendo la sana rivalidad ente agentes del mercado y la obtención del mejor precio para los habitantes del Municipio de La Mesa, Cundinamarca.

De los apartes anteriormente señalados, en primer lugar, se observa como con anterioridad a la suscripción del “*ACTA DE ACUERDO*”, entre la **ALCALDÍA DE LA MESA** y las firmas **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK** existía previú convenio 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 aduce **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de La Mesa para la época de los hechos), también fueron aceptados por **ARIBUK** y **SEG 3 A**.

(ii) Reunión convocada para el 16 de agosto de 2012

Habida cuenta de los antecedentes ya expuestos y los problemas que determinadas empresas instaladoras de redes internas de gas domiciliario generaron en otros municipios, referidos por los investigados **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**⁶⁹ (Secretario de Obras Públicas de la **ALCANDÍA DE LA MESA** para la época de los hechos) y **RODRIGO GUARÍN LESMES**⁷⁰ (Alcalde de La Mesa para la época de los hechos) al rendir descargos, que de hecho aparecen corroborados con diversas noticias divulgadas por algunos medios de comunicación⁷¹, la **ALCALDÍA DE LA MESA** vio la necesidad de proteger a sus habitantes para que no sucediera lo mismo en ese municipio. Por ese motivo procedió a invitar a las firmas instaladoras que había seleccionado previamente, que contaban con el convenio comercial de financiación con **FENOSA**, con el fin de establecer los parámetros en que debería desarrollarse su actividad mercantil para que resultara en beneficio de los usuarios de la Mesa.

A dicha reunión, que tuvo lugar el 16 de agosto de 2012, fueron citados los representantes de cada una de las firmas que habían sido seleccionadas. Sobre el particular, **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) en su declaración del 17 de noviembre de 2018⁷² manifestó que:

(...)

DESPACHO: *Y fue, ¿por qué en ese mes de agosto entonces la Alcaldía decidió hacer como una nueva...*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Convocatoria, tengo entendido y seleccionó, eso no lo supe sino cuando, posteriormente en una reunión que me obligaron a ir, digo obligaron porque me dijeron que me necesitaban urgente, veo y los otros colegas allá y pues con sorpresa nos encontramos allá.*

(...)

⁶⁹ Folio 854 del cuaderno reservado SIC No. 3 del Expediente.

⁷⁰ Folio 933 del cuaderno reservado SIC No. 4 del Expediente

⁷¹ Folio 855 del cuaderno reservado SIC No. 3 del Expediente.

⁷² Folio 2595 del cuaderno público No. 5 del Expediente. Min 22:30, 23:50 y 24:23

DESPACHO: ¿Qué empresas estaban allí presentes?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Estaba el señor, con exactitud sí puedo decir, estaba el señor HERNÁN ARIAS de ARIBUK, el señor ALBERTO ALFARO de SEG 3 A

(...)

DESPACHO: ¿Y por parte de la Alcaldía quiénes estaban presentes?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Estaba el señor Javier Pérez que es Secretario de Obras.

DESPACHO: ¿Y quién más?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *No nadie más, estaba con su computador donde tenía, pues me leyeron y me estaban ahí explicando el tema del por qué el ingreso de nuevas empresas. (...).*" (Subrayado y destacado fuera de texto)

Así mismo, obra en el expediente una copia del "ACTA DE ACUERDO" del 16 de agosto de 2012⁷³, que resume los temas tratados en la reunión referida –que serán analizados más adelante– y en donde se constata la presencia de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS, ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS, HERNÁN ARIAS RIAÑO** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** identificándose como aparece al pie de sus firmas:

⁷³ Folio 161 a 162 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

Hoja No. 2 del "ACTA DE ACUERDO"



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
ALCALDÍA MUNICIPAL LA MESA

162

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, 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

Como se puede apreciar, **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** se identificó en el acto que se comenta como "Representante Legal **SEG 3 A GAS DE COLOMBIA**", aspecto este que resulta relevante teniendo en cuenta el enfoque de la defensa de ese investigado y de su esposa **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3 A**.

Por otra parte, sobre el motivo de la reunión del 16 de agosto de 2012 se pone de presente que aquel era, en primer lugar, socializar el porqué de la elección de otras firmas instaladoras diferentes a **REINGEGAS** y, en segundo lugar, el de fijar unos parámetros bajo los cuales se ejecutaría el proyecto de instalaciones internas de gas domiciliario. Así fue corroborado por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) en su declaración del 17 de octubre de 2018⁷⁴:

"(...)

DESPACHO: Y ¿Cuál era el motivo?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *El motivo era básicamente, nos transmitieron que por petición de la comunidad y del Concejo deberían estar más empresas, para lo cual nos presentaron ahí a las demás empresas, que ya las distinguía y unos parámetros de un documento que ellos, debería yo de firmar (...)* (Subrayado y destacado fuera de texto)

⁷⁴ Folio 2595 del cuaderno público No. 5 del Expediente. Min 23:27

24

En efecto, como ya se indicó, en esa reunión se elaboró un documento en donde se dejó constancia de los temas discutidos y se consagraron los derroteros a seguir en el proyecto de instalación de redes internas de gas domiciliario, incluido un acuerdo sobre los precios que se cobrarían por esa actividad, que estaría materializado en una lista de precios. Este comportamiento, como ya se expondrá, resulta reprochable a la luz de las normas de protección de la libre competencia económica.

La denominada “**ACTA DE ACUERDO**”⁷⁵ fue el documento resultante de la reunión a la que se ha hecho referencia y, como se pasará a analizar, al ser firmado por todos los presentes en la reunión se daría 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 investigado.

(iii) El contenido del “**ACTA DE ACUERDO**”

Resulta relevante mencionar los temas contenidos en el “**ACTA DE ACUERDO**”⁷⁶ puesto que, como ya se ha indicado, es precisamente en este documento donde es posible evidenciar la conducta anticompetitiva investigada y, además, allí se establecen los demás criterios que integran, complementan y perfeccionan el objeto del acuerdo para la fijación de precios de las instalaciones de redes internas de gas en el Municipio de la Mesa, Cundinamarca.

Como ya quedó establecido, el objetivo de la reunión citada por la **ALCALDÍA DE LA MESA** era el de establecer los parámetros del funcionamiento del proceso de gasificación en La Mesa con las firmas instaladoras que habían sido elegidas. En ese sentido, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para la época de los hechos), aclaró en su declaración del 24 de enero de 2013⁷⁷ que:

“ (...)

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 (...) (Subrayado y destacado fuera de texto)*

(...)

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 (...)” (Subrayado y destacado fuera de texto)*

⁷⁵ Folio 161 y 162 de la carpeta Pública No. 1 del Expediente

⁷⁶ Folio 161 y 162 de la carpeta Pública No. 1 del Expediente

⁷⁷ Folio 552 de la carpeta Pública No. 3 del Expediente. MIN 8:14 a 8:35 y 18:02 a 18:55

Así las cosas, los parámetros generales que se discutieron en la reunión y se plasmaron en el acta se aprecian a continuación⁷⁸:

Documento denominado "ACTA DE ACUERDO"



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
ALCALDÍA MUNICIPAL LA MESA

161

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 items 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

⁷⁸ Folios 161 a 162 del cuaderno Público No. 1 del Expediente



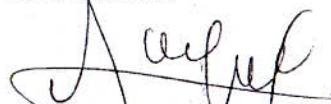
REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
ALCALDÍA MUNICIPAL LA MESA

162

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 SUAREZ ROJAS
Representante Legal
REINGEGAS LTDA.,


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


HERNAN ARIAS RIANO
Representante Legal
ARIBUK


JAVIER PEREZ ROJAS
Secretario de Obras Públicas

"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

De los puntos anotados, es menester resaltar en particular varios de ellos que evidencian la naturaleza del convenio como un acuerdo de precios y, además, corroboran su carácter anticompetitivo.

El primer aspecto que se debe resaltar es el contenido en el numeral 2 del "ACTA DE ACUERDO". Como se verá con detalle en una sección posterior de este documento, en ese aparte los miembros del acuerdo, esto es, la **ALCALDÍA DE LA MESA** y las tres (3) empresas instaladoras, pactaron los precios a los que se ofrecería el servicio de instalación de redes internas de gas natural domiciliario, que terminó materializándose en la "Lista de Precios".

El segundo aspecto relevante se encuentra en el numeral 11 del "ACTA DE ACUERDO", que evidencia que se pactó que **REINGEGAS** suspendería sus actividades comerciales en el municipio de La Mesa durante cuatro (4) meses. Un pacto con este contenido evidencia que lo convenido fue, evidentemente, un acuerdo en los términos de los artículos 45 y 47 del Decreto 2153 de 1992. En efecto, ese convenio estuvo establecido para permitir que **ARIBUK** y **SEG 3 A** ingresaran al mercado y obtuvieran una porción de la cuota de participación que para ese momento había adquirido **REINGEGAS** que, como ya quedó expuesto, para el mes de agosto de 2012 ya llevaba aproximadamente seis (6) meses de actividad comercial sin la concurrencia de los otros dos oferentes. Por supuesto, en un escenario de verdadera competencia semejante concesión es impensable. Sin embargo, como se analizará con mayor detalle en una sección posterior de este documento, el pacto analizado también le resultó conveniente a **REINGEGAS** pues, además de que ya tenía una ventaja sobre los demás oferentes, lo que obtuvo como resultado del acuerdo fue la posibilidad de limitar el número de sus competidores –que ya no serían todos aquellos que tuvieran las condiciones para

participar en el mercado relevante para esta investigación, sino solo las otras dos (2) empresas seleccionadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA**— y, además, la de poder comercializar sus servicios a precios más favorables como resultado del acuerdo sobre los precios y las condiciones de financiamiento.

El tercer aspecto que merece un comentario está previsto en el numeral 9 del “**ACTA DE ACUERDO**”, en el que se pactó que quedaba prohibida la instalación de redes internas en conjuntos residenciales “*hasta nueva orden de la Alcaldía*”. Ese punto del acuerdo evidencia hasta dónde llegó la injerencia de la **ALCALDÍA DE LA MESA** en el diseño e implementación del sistema que terminó siendo restrictivo de la libre competencia económica en el mercado que interesa en este caso, ya que la entidad inclusive se atribuyó la facultad de ordenar y disponer no solo sobre el cómo se debían realizar las instalaciones, sino también sobre el cuándo y el dónde.

Un aspecto relevante que se debe resaltar está consignado en el numeral 10 del “**ACTA DE ACUERDO**”. Consisten en que los miembros de la dinámica ilegal material de estudio pactaron la realización de “comités técnicos” mensuales con la finalidad de evaluar los trabajos ejecutados. Esto evidencia, tanto el comportamiento coordinado de los agentes de mercado, como la injerencia de la Alcaldía en el sistema de seguimiento y funcionamiento del proceso de gasificación.

Finalmente, es necesario resaltar el contenido del numeral 12 del “**ACTA DE ACUERDO**”, en el que se estableció el mecanismo que garantizaría el cumplimiento de lo pactado mediante la imposición de sanciones al competidor que se apartara de su compromiso. Este punto del convenio, es bueno resaltarlo, estableció un mecanismo que la literatura especializada considera fundamental para la adecuada implementación de un acuerdo de precios: un sistema de sanción para impedir el incumplimiento de lo pactado por parte de los miembros de esa dinámica⁷⁹.

Un elemento adicional que es conveniente resaltar del mencionado mecanismo de sanción consiste en la consecuencia prevista para quienes incumplieran lo pactado. Se materializó en que se excluiría al instalador del mecanismo de financiación a través de la facturación administrada por **FENOSA**. Esta prerrogativa, como ya quedó explicado, era un aspecto fundamental de toda la dinámica que es relevante para este caso, pues prácticamente aseguraba la posibilidad de poder comercializar los servicios de los tres (3) instaladores elegidos por la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Así, se trataba de un mecanismo de sanción tan persuasivo que, en la práctica, consistía en privar a los miembros del acuerdo del beneficio fundamental que buscaron con su participación en esa dinámica ilegal.

La gran importancia del sistema de financiación es un aspecto que no ofrece duda en este proceso. Sobre el particular, **MAURICIO BELLO PACHÓN** (Asesor Comercial de **REINGEGAS** para la época de los hechos) afirmó lo siguiente en la audiencia del 18 de octubre de 2018⁸⁰:

“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?*

MAURICIO BELLO PACHÓN: *No, 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.*

⁷⁹ Cfr. TIROLE, Jean et al. *The Economics of Tacit Collusion. Final Report for DG Competition*. European Commission. Marzo 2003. Pág. 5-7. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf
En el mismo sentido: Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 54403 de 18 de agosto de 2016. Pág. 136.

⁸⁰ Folio 2601 de la Carpeta Pública No. 5 del expediente Min. 32:36.

(...)

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 se pronunció **RAÚL ENCISO CASTAÑEDA** (Asesor Comercial de **REINGEGAS** para la época de los hechos), quien destacó que entre el método de pago de contado y el financiado la mayoría de veces los usuarios escogían el método financiado. El declarante afirmó lo siguiente⁸¹:

DESPACHO: *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*".

Inclusive, **RICHAR AUGUSTO HERRERA VARGAS** (propietario del establecimiento de comercio **GAS AMBIENTAL**) y cuya empresa no fue seleccionada para operar en La Mesa, aseguró que de forma general un 98% de sus ventas se lograron mediante el método de financiación⁸². Afirmó lo siguiente el declarante:

DESPACHO: *Si quisiéramos hacerlo en porcentajes ¿cuántas instalaciones financiadas vende usted y cuántas de contado?*

RICHAR AUGUSTO HERRERA: *Pues como este mercado ya varió ya casi todo se da financiado, un 98% se da financiado.*

DESPACHO: *¿Y para los años 2012, 2013?*

RICHAR AUGUSTO HERRERA: *Ese porcentaje de esa época para acá no ha variado*".

Es más, si alguna duda quedara acerca de que la exclusión del mecanismo de financiación era la herramienta para sancionar el incumplimiento del acuerdo, puede llamarse la atención sobre la declaración rendida por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (Representante Legal de **REINGEGAS**) el 17 de octubre de 2018⁸³:

(...)

DESPACHO: *Usted ha hecho referencia a un documento que en sus palabras "le hicieron firmar".*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Es correcto.*

DESPACHO: *¿A qué documento hace referencia?*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *A un documento que forma parte del expediente por el cual fui citado acá, que lleva el nombre de Acuerdo y pues no es un acuerdo porque es un documento que como lo acabo de decir me hicieron firmar porque dentro de ese documento hay unos parámetros en el cual nos limitó el trabajo bajo una persecución para la empresa, cuando hablo de una persecución posteriormente me referiré al por qué, y adicionalmente en donde fijan unos puntos específicos. Como le digo me hicieron firmar porque de no firmar notificarían a Gas Natural Fenosa para que se nos quitara la*

⁸¹ Folio 2603 de la Carpeta Pública No. 5 del expediente. Min. 18:04.

⁸² Folio 2613 de la Carpeta Pública No. 5 del expediente. Min. 18:13.

⁸³ Folio 2595 de la Carpeta Pública No. 5 del expediente. Min 24:44

herramienta de financiación que hace un momento estábamos hablando.
(...)” (Subrayado y resaltado fuera de texto)

Lo anterior evidencia que el “Aval” que otorgaba la **ALCALDÍA DE LA MESA** para proceder con la intermediación ante **FENOSA** para que de esa forma únicamente las firmas seleccionadas obtuviesen el convenio comercial para el financiamiento, fue uno de los pilares fundamentales, tanto para fortalecer el objeto del acuerdo anticompetitivo, como para el adecuado desarrollo de todo el proceso de gasificación en La Mesa, que se analizará más adelante.

Es decir que, de forma general el objeto del acuerdo materia de estudio era establecer las condiciones para la instalación de redes internas de gas domiciliario incluyendo las tarifas a las cuales se debían vender dichas instalaciones e inclusive incorporando una consecuencia grave para quién no siguiera los lineamientos convenidos, de manera que se blindara todo el proceso de gasificación en La Mesa, Cundinamarca. Sin embargo, esto resulta reprochable por cuanto en mercados de libre competencia estas condiciones las fija cada agente/empresa/competidor individualmente según sus lineamientos internos y no agentes competidores en el mismo mercado, de manera armonizada, predeterminada y concertada como ocurre en el presente caso.

Frente a lo anterior, se pone de presente lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, donde identificó los contenidos del derecho a la libre competencia, indicando que:

“La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.” (Subraya y destacado fuera de texto)

Es por eso que un simple análisis demuestra por qué en este caso existió una conducta anticompetitiva violatoria del régimen de la libre competencia, ya que si la libre competencia incluye dentro de sus contenidos la posibilidad de entrar al mercado, la de ofrecer las condiciones que se consideren adecuadas y la de garantizar que los consumidores puedan escoger a aquel que les ofrezca las mejores condiciones, se espera que esas prerrogativas efectivamente se materialicen en el mercado. Pero si todas las empresas que prestan el servicio ofrecen exactamente las mismas condiciones en virtud de un acuerdo concertado entre todos los oferentes, lo que incluye el precio y otras condiciones substanciales que determinan la demanda del servicio, se limita la entrada efectiva de otros competidores y, con ello, limitan la libertad de elección de sus consumidores, pues es claro que se restringe la libre competencia económica en tanto que se obstaculizan sus contenidos.

De igual manera, este tipo de conductas restrictivas de la libre competencia, en las que se determina a través de un acuerdo cuál es el precio del servicio objeto de investigación, genera una afectación directa al usuario que, en otro escenario, hubiese podido elegir precios y condiciones diferentes de cada uno de los oferentes, las cuales en un escenario de franca competencia se reflejarían en mayores beneficios para los señalados usuarios del servicio.

Es claro también que el punto cardinal de lo acordado son los precios que las tres empresas, **ARIBUK**, **REINGEGAS** y **SEG 3 A**, debían seguir, que es precisamente el tema que a continuación se pasará a analizar.

(iii) "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA, SEG 3A DE COLOMBIA Y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA"

Dentro del "ACTA DE ACUERDO" que se ha venido analizando se incluyó en el numeral 2 una lista de precios sugeridos por metro lineal o ítems adicionales. Este documento obra en el expediente en diferentes folios ya que copias del mismo fueron entregadas por **ARIBUK**⁸⁴, **SEG 3 A**⁸⁵ y la **ALCALDÍA DE LA MESA**⁸⁶ y, además, fue reconocido por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (Representante Legal de **REINGEGAS**) en su declaración del 17 de octubre de 2018 en donde mencionó⁸⁷ 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?

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)

La circunstancia comentada –esto es, que **ARIBUK** y la propietaria de **SEG 3 A** hubieran aportado el documento analizado, así como que **REINGEGAS** hubiera reconocido ese documento y admitido que participó en su elaboración–, sumada a todas las condiciones de contexto que rodearon la celebración del acuerdo contenido en el "ACTA DE ACUERDO" –ya expuesta en este informe–, permite llegar a la conclusión de que todos los investigados participaron en la elaboración del listado de precios.

El documento "Lista de precios" al que se hace referencia y en donde se puede observar cómo se establecieron no solo los valores de la instalación por metro y material, sino, también, los valores por trabajos adicionales y hasta posibles descuentos, es el siguiente:

⁸⁴ Folio 218 de la carpeta Pública No. 2 del Expediente

⁸⁵ Folio 257 de la carpeta Pública No. 2 del Expediente

⁸⁶ Folio 160 de la carpeta Pública No. 1 del Expediente.

⁸⁷ Folio 2595 de la Carpeta Pública No. 5 del expediente. Min 26:30.

Documento denominado "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 CONEXION Y MEDIDOR ES DE \$ 489.190 VIGENCIA 2.012

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 2013⁸⁸. 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 (...)"

⁸⁸ Folio 552 de la carpeta Pública No. 3 del Expediente. MIN 8:14 a 8:35 y 18:02 a 18:55

Por otro lado, ahondando sobre la publicidad que pudo a llegar a tener la "Lista de precios", **NIDIA SAYURI MURCIA PARRA**, quien ejercía como administradora de un conjunto residencial en la Mesa, Cundinamarca, en el cual se seleccionó a la empresa **REINGEGAS** para instalar su red interna de gas, declaró ante la Delegatura⁸⁹ que conocía el documento contentivo de la "Lista de Precios". Sobre el particular, aseveró que, aunque no recordaba los precios exactos, sí recordaba recuerda haber visto esa lista para el año 2013. Así quedó evidenciado en su declaración:

"(...)

DESPACHO: Necesito preguntarle es en relación con la lista de precios que acabó de ver y que reconoció, ¿no es la primera vez que usted ve esta lista?

NIDIA SAYURI MURCIA PARRA: No.

DESPACHO: ¿Cuándo la vio?

NIDIA SAYURI MURCIA PARRA: Pues en el momento, en ese momento yo la vi.

(...)

DESPACHO: Qué fecha?

NIDIA SAYURI MURCIA PARRA: En el 2013, en el promedio 2013 que fue en el momento que yo estaba. Antes no porque yo no estaba en el 2011 como administradora ni el 2012, yo tomé la personería jurídica fue en el 2013.

(...)

DESPACHO: Claro, pero ¿quién se la entregó? ¿Qué empresas instaladoras se la entregaron? ¿Cómo llegó a sus manos esta lista?

NIDIA SAYURI MURCIA PARRA: Todas las empresas las tenían. Esta es una lista que yo te digo que todas las empresas las tenían, pero variaban unos ítems con otros (...).

Por su parte cuando el apoderado de **REINGEGAS** y de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) indagó sobre cuál fue con exactitud el documento que recordó haber visto, la señora **NIDIA SAYURI MURCIA PARRA** (usuaria para momento de los hechos investigados) declaró que⁹⁰:

"(...)

Pregunta de un investigado: En relación con la lista que le fue presentada por parte del despacho constante en folio 20, usted dice lo reconoce, pero cuando dice que reconoce la lista ¿a qué se refiere de reconocer la lista? ¿Reconoce los precios? ¿Reconoce el estilo? ¿Qué reconoce de ese documento?

NIDIA SAYURI MURCIA PARRA: Como el diseño, los precios no porque no tengo ni idea por el momento.

Pregunta de un investigado: Diseño ¿a qué hace alusión?

NIDIA SAYURI MURCIA PARRA: Así como el cuadrito que era el que manejaban las firmas (...) Sí he visto ese diseño pero no recuerdo de qué firma.

Pregunta de un investigado: De las que se presentaron ¿Cuáles usaron ese diseño?

NIDIA SAYURI MURCIA PARRA: No sé, por eso te digo que no recuerdo, ¿Qué si vi ese diseño? Sí lo vi, puede ser de **REINGEGAS** o puede ser de las otras,

⁸⁹ Folio 2605 de la carpeta Pública No. 5 del Expediente. Min 43:52

⁹⁰ Folio 2605 de la carpeta Pública No. 5 del Expediente. Min 50:00

me imagino que fue de REINGEGAS que fue la que comercializó y por eso lo tengo presente (...). (Subrayado y destacado fuera de texto).

Con fundamento en la declaración anterior se puede corroborar el argumento que se planteó en la Resolución No. 57334 del 13 de agosto de 2018 en la que se formula pliego de cargos en la presente investigación, donde se expuso una comunicación⁹¹ al público por parte de **REINGEGAS** en donde se le dio publicidad al acuerdo de precios y se le informó a los usuarios lo siguiente:

22



REINGEGAS
LTDA.

Firma Instaladora de Gas Natural S.A. E.S.P.
NIT 830.048.208-1

REDES E INGENIERÍA DE GAS NATURAL

NOTIFICACION

Leer completamente

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

Respetada:

Reciba un cordial saludo y de antemano agradecemos la confianza depositada en nuestra compañía al elegirnos 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 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.


CARLOS H. SUAREZ
Director Comercial

Copia: AF-RE

CALLE B No. 17 - 25 TELFONOS: 3214183378 - 315 843 5956 LA MESA CUNDINAMARCA
CALLE 28 SUR # 52 A - 72 • PBX 710 6488 • Email: reingegas52@yahoo.es • BOGOTÁ, D.C.

De conformidad con lo anterior, está claro 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 el que se materializó. Así mismo, está demostrado que, como parte de la ejecución de ese ilegal, los referidos agentes del mercado y la citada autoridad pública socializaron el contenido de su acuerdo entre los potenciales clientes.

Una vez comprobado el objeto del acuerdo contenido en el "ACTA DE ACUERDO" y la existencia de la "Lista de Precios" junto con las demás circunstancias que se expusieron, es menester reiterar que ninguna defensa de los investigados se dirigió a debatir la existencia del acuerdo que interesa en este caso, pues se limitaron a desconocer su aplicación y sus efectos. Sin embargo, como ya quedó expuesto, esas defensas pasan por alto que, de conformidad con el régimen de protección de la libre competencia económica, para esta Superintendencia es suficientemente reprochable que las firmas instaladoras que debían competir en el municipio de la Mesa se reunieran en atención de una convocatoria promovida por un órgano estatal, en este caso, la **ALCALDÍA DE LA MESA**, con el fin de fijar los precios y otras condiciones de comercialización.

⁹¹ Folio 22 del cuaderno público No. 1 del expediente.

De lo expuesto hasta este punto, para la Delegatura resulta acreditado que en este caso se presentó una infracción por objeto del régimen para la protección de la competencia.

8.1.2. Con respecto a los argumentos de las defensas de los investigados sobre el objeto del acuerdo restrictivo de la competencia.

En este acápite se analizarán los argumentos sobre aspectos sustanciales que los investigados alegaron en las diversas oportunidades que el procedimiento administrativo sancionatorio aplicado en este caso ofrece para ese propósito.

8.1.2.1 Argumentos comunes

a) Algunos investigados alegaron, en resumen, que el propósito del acuerdo restrictivo materia de investigación no fue otro que “*proteger*” a los habitantes de La Mesa, “*asegurar el cumplimiento de las empresas*” y “*evitar que se cobraran precios exorbitantes*”, pues se habían presentado manifestaciones de inconformidad con el servicio de instalación de redes por parte de los usuarios.

En relación con la defensa descrita es claro que está desenfocada. Como es sabido, el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. 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 comportamiento coordinado. Es más, tanto es cierta esta conclusión que, de hecho, la intención –buena o mala– de las personas involucradas en un acuerdo anticompetitivo no es siquiera un elemento de graduación de la sanción en los términos del artículo 25 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”⁹².

b) **HERNÁN ARIAS RIAÑO** (Representante legal de **ARIBUK** para la época de los hechos) y **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (quien se identificó como “*representante legal*” de **SEG 3A** en el “*ACTA DE ACUERDO*”) argumentaron que el comportamiento consistente en que diversas firmas instaladores elaboraran de manera coordinada una lista de precios no es un comportamiento que pueda resultar reprochable porque al entrar a un nuevo municipio o conjunto en el que se pretenda prestar el servicios de instalación de redes “*lo primero que piden los administradores es una lista de precios, que diga bueno ¿Ustedes qué nos van a cobrar?*”⁹³.

Este argumento de defensa tampoco tiene un enfoque adecuado. Desde luego que el reproche que la Delegatura planteó frente a los investigados no consistió en que ellos hubieran elaborado listas de precios para comercializar sus servicios. Esa práctica, siempre que se realice de manera independiente por cada uno de los

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁹³ Folio 2764 del cuaderno público No. 6 del expediente.

competidores, no podría considerarse anticompetitiva con fundamento en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Como ya está claro en este punto, el reproche que, desde el punto de vista del régimen de protección de la libre competencia económica, planteó la Delegatura fue que esos agentes del mercado hubieran incurrido en un acuerdo de precios.

8.1.2.2 Sobre los argumentos de REINGEGAS y CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS

a) Los investigados **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) argumentaron que la **ALCALDÍA DE LA MESA** los obligó a suscribir el "ACTA DE ACUERDO" bajo la amenaza de que, en caso de que se negaran, gestionaría el retiro del convenio de financiación con **FENOSA**. Para corroborar ese carácter coactivo, los investigados resaltaron, de un lado, que en el numeral 12 del mencionado documento se incluyó, a manera de sanción, la exclusión mencionada y, del otro, que el acuerdo contuvo una estipulación evidentemente perjudicial para **REINGEGAS**, consistente en que no podría participar en el mercado relevante para este caso en un lapso de cuatro (4) meses.

Existen varias razones para desvirtuar la defensa descrita.

(i) En primer lugar, en el proceso no se aportó elemento de prueba alguno que pudiera soportar el sustento fáctico de la alegación de los investigados. Al respecto, es necesario tener en cuenta que la afirmación consistente en que la **ALCALDÍA DE LA MESA** coaccionó a **REINGEGAS** y a su representante legal no corresponde a una afirmación indefinida en los términos del inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso.

Así las cosas, dado que la afirmación materia de análisis debía ser demostrada, es relevante resaltar que los investigados no aportaron elemento de prueba alguno para demostrarlo, aspecto al que se debe agregar, con fundamento en la jurisprudencia, que en aquellos eventos en los que la imputación tiene un soporte suficiente, corresponde a los investigados demostrar aquellas circunstancias que podrían desvirtuar la imputación que se formuló en su contra. Sobre el punto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente:

"[...] la Corte estima necesario acudir al concepto de 'carga dinámica de la prueba' que tiene relación con la exigencia que procesalmente cabe hacer a la parte que posee la prueba, para que la presente y pueda así cubrir los efectos que busca.

"Porque, si bien, como ya se anotó, el principio de presunción de inocencia demanda del Estado demostrar los elementos suficientes para sustentar la solicitud de condena, no puede pasarse por alto que en los eventos en los cuales la Fiscalía cumple con la carga probatoria necesaria, allegando pruebas suficientes para determinar la existencia del delito y la participación que en el mismo tiene el acusado, si lo buscado es controvertir la validez o capacidad suasoria de esos elementos, es a la contraparte, dígase defensa o procesado, a quien corresponde entregar los elementos de juicio suficientes para soportar su pretensión"⁹⁴. (subrayado y resaltado fuera del texto)

Nótese, sobre este particular, que si consideraciones como la que ha quedado presentada son suficientes para legitimar la imposición de las sanciones propias del derecho penal, con mayor razón lo son para adoptar decisiones que comprometan la responsabilidad de las personas en el marco de un proceso administrativo de carácter sancionatorio.

En línea con la ausencia absoluta de elementos de prueba que permita corroborar la afirmación analizada, es conveniente poner de presente que el mismo **CARLOS**

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 31 de octubre de 2012. Rad. 35159.

HUMBERTO SUÁREZ ROJAS (representante legal de **REINGEGAS**), al rendir declaración ante la Delegatura el 17 de octubre de 2018⁹⁵, admitió que si bien estuvo en desacuerdo de firmar el “**ACTA DE ACUERDO**”, esa inconformidad no la dejó registrada en ningún documento. Al respecto dijo el declarante:

“(…)

DESPACHO: *¿Esa manifestación de no acuerdo queda como constancia en algún escrito que haya sucedido en esa reunión?*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *No (…)*”.

De la misma forma en que **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) se abstuvo de manifestar su inconformidad respecto del acuerdo que supuestamente fue obligado a admitir, debe mencionarse que **REINGEGAS** se abstuvo de poner en conocimiento de las autoridades competentes la supuesta coacción de la que estaba siendo víctima. Este es un aspecto llamativo, pues dentro del conjunto de empresas instaladoras que en la práctica quedaron facultadas para participar en el mercado de la Mesa, solo **REINGEGAS** contaba con las condiciones suficientes para soportar las complicaciones propias de denunciar el comportamiento ilegítimo que la **ALCALDÍA DE LA MESA** supuestamente ejecutó en su contra. Esta conclusión se evidencia, de un lado, porque –como ya quedó claro– para la fecha de celebración del acuerdo (16 de agosto de 2012) **REINGEGAS** ya había tenido presencia en el mercado durante seis (6) meses en calidad de único agente del mercado de la instalación de redes internas y, del otro, la empresa incluso cumplió una condición que, de hecho, materializaba el temor que supuestamente determinó su participación en la dinámica ilegal: ser excluida del mercado relevante en este caso durante cuatro (4) meses. Si **REINGEGAS** tenía que soportar esa supuesta injusticia como consecuencia de una coacción de la autoridad municipal, más racional habría resultado aceptar esa contingencia como resultado de defender su derecho a competir libremente mediante la formulación de las denuncias correspondientes.

Lo recién anotado se corrobora también porque, como pasa a sustentarse, **REINGEGAS** estaba en condiciones de mantener su presencia en La Mesa aunque no pudiera beneficiarse del sistema de financiación con **FENOSA**. Así lo ratificó **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) en audiencia del 17 de octubre de 2018⁹⁶, cuando manifestó que a pesar de no contar con la financiación era posible seguir trabajando en La Mesa porque de hecho hubo otras empresas que así lo hicieron:

“(…)

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *(…) Por qué? porque es que la financiación es una herramienta como lo dije anteriormente, es una herramienta para poder trabajar, no quiere decir que no podemos trabajar, pero una facilidad que se le da al usuario a través de la factura, más que las personas no tienen que entregar dinero si lo prefieren así.*

DESPACHO: *¿Si usted no hubiese contado con esa autorización (e la **ALCALDÍA DE LA MESA**) perfectamente hubiese podido prestar su servicio, pero no utilizar el sistema de financiación?*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Es correcto.*” (Subrayado y destacado fuera de texto)

En conclusión de este primer argumento, no existe prueba que soporte la afirmación de los investigados y, en cambio, el material probatorio –ya expuesto en este informe– inequívocamente apunta a la existencia de un acuerdo anticompetitivo en el que participaron **REINGEGAS** y su representante legal.

⁹⁵ Folio 2595 del cuaderno público No. 5 del Expediente. Min 28:33 a 29:28

⁹⁶ Folio 2595 del cuaderno público No. 5 del Expediente. MIN. 15:05,15:47 y 40:26

Adicionalmente, el comportamiento de esos investigados durante la época de los hechos no correspondió con lo esperable de personas supuestamente afectadas por una actuación injusta; fue más coherente con el de unas personas involucradas en la dinámica ilegal objeto de esta investigación.

(ii) En segundo lugar es preciso referir un elemento de juicio basado en la posición procesal de los demás investigados: ninguno de ellos refirió la existencia de la supuesta coacción y, de hecho, varios de ellos, que incluso estuvieron presentes en la reunión del 16 de agosto de 2012, afirmaron expresamente que lo que ocurrió en este caso fue un acuerdo para determinar los precios del servicio de instalación de redes internas de gas domiciliario.

En efecto, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de La Mesa), al rendir declaración ante la Delegatura –ya citadas en este informe– admitió expresamente que en la reunión que se ha referido las empresas instaladoras acordaron los precios con los que desarrollarían su actividad comercial⁹⁷. Lo anterior quedó corroborado por el representante legal de **ARIBUK**, que reconoció en sus descargos la circunstancia fáctica anotada⁹⁸. La propietaria del establecimiento **SEG 3 A** y su esposo, **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, aunque afirmaron que no hicieron parte del acuerdo investigado, admitieron expresamente la existencia del mismo y, más importante para estos efectos, no refirieron la existencia de la coacción alegada por **REINGEGAS** y su representante legal.

Por supuesto, la posición procesal de los demás investigados otorga elementos de juicio que, valorados teniendo en cuenta la ausencia absoluta de prueba que soporten la alegación en estudio, corroboran la conclusión que se ha anotado en este punto. Al respecto, es claro que, de haber existido la coacción alegada, los demás protagonistas de la dinámica ilegal también habrían podido dar cuenta de ella y no de un acuerdo expreso para fijar los precios.

(iii) En tercer lugar, es conveniente someter a examen uno de los argumentos que **REINGEGAS** y su representante legal formularon para apoyar su alegación, esto es, que nunca habrían participado voluntariamente en un acuerdo en el que se les impondría una consecuencia tan desfavorable como la de prohibirles la participación en el mercado durante cuatro (4) meses.

Al respecto, un análisis de contexto del acuerdo materia de investigación y de la posición que **REINGEGAS** tenía en el mercado relevante durante el mes de agosto de 2012 evidencia que esa empresa sí obtuvo un beneficio que compensaría el sacrificio consistente en abstenerse de competir durante cuatro (4) meses, beneficio que, valga decirlo, corresponde con la dinámica de negociación propia de un acuerdo de la estirpe que se estudia en esta actuación administrativa.

Ciertamente, aunque **REINGEGAS** tendría que ceder en cuanto a su participación en el mercado durante el lapso anotado, no puede perderse de vista que, a cambio, obtuvo dos valiosos beneficios propios de una dinámica de coordinación: de un lado, garantizó que sus competidores estuvieran limitados a dos empresas entrantes que no tenían participación alguna en ese momento, en lugar de tener que enfrentar la competencia de todas aquellas compañías que, como la quejosa que dio lugar a esta actuación, podrían entrar al mercado de La Mesa. Recuérdese que, de conformidad con la información de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, al menos había otras diez (10) empresas en condiciones de participar en el mercado. De otro lado, con su participación en el acuerdo investigado **REINGEGAS** garantizó que la competencia por precio y condiciones de comercialización estaría prácticamente eliminada, de manera que su privilegiada posición en el mercado difícilmente podría ser superada por el limitado número de competidores avalado para participar. Tanto es cierto este último punto que, de conformidad con la información del **RUES**, **REINGEGAS** fue la única de las tres (3) empresas mencionadas que mantuvo presencia en el mercado de La Mesa.

⁹⁷ Folio 552 de la carpeta Pública No. 3 del Expediente. MIN 8:14 a 8:35 y 18:02 a 18:55

⁹⁸ Folios 1008 a 1019 del cuaderno reservado No. 4 del Expediente

Se concluye, entonces, que no es cierto que fuera irracional para **REINGEGAS** participar en el acuerdo materia de investigación, pues a cambio de un razonable costo, le ofrecía efectivamente beneficios que no habría obtenido en un escenario de verdadera competencia.

(iv) En cuarto lugar, un factor adicional que apoya la tesis de la Delegatura consiste en que existen elementos de juicio que permiten concluir que **REINGEGAS** adoptó medidas para cumplir el acuerdo de precios que celebró con las demás instaladoras habilitadas para trabajar en La Mesa.

La conclusión anterior está sustentada, en primera medida, por la carta que **REINGEGAS** remitió a todos los clientes que tenía en La Mesa, ya referida en este informe. En ese documento la empresa puso en conocimiento de sus clientes la existencia del acuerdo investigado y, adicionalmente, advirtió que las condiciones que ofrecería en el mercado se acomodarían a ese convenio. En su parte pertinente el documento tiene el siguiente contenido:

“Esta decisión se tomó con base aún acuerdo al que se llegó con las compañías que están ofreciendo el servicio; donde todos manejaremos los mismos valores”.

Desde luego que la alegación de **REINGEGAS** consistente en que también fue coaccionada para divulgar esta comunicación no podría ser acogida en esta actuación, pues los argumentos que se han presentado para desvirtuar esa circunstancia se predicán también de ese comportamiento en particular. Es más, si la **ALCALDÍA DE LA MESA** hubiera estado interesada en comunicar esa información a los habitantes del municipio, simplemente pudo haberse limitado a hacerlo —como en efecto lo hizo mediante la utilización de medios de comunicación que circulaban en el municipio—, sin que para ello hubiera tenido que forzar a uno de los prestadores del servicio para que comunicara una información de ese tipo.

Otro elemento de juicio que soporta la conclusión consistente en que **REINGEGAS** efectivamente cumplió el acuerdo anticompetitivo en el que participó se encuentra en el hecho de que la **ALCALDÍA DE LA MESA** nunca aplicó la sanción que estableció en caso de incumplimiento. En lo que atañe a este punto recuérdese que en el numeral 12 del “**ACTA DE ACUERDO**” se plasmó un mecanismo de sanción en caso de desviación respecto de lo pactado. Ese mecanismo se aprecia a continuación:

*“La firma que **INCUMPLA** con lo estipulado anteriormente expuesto la alcaldía oficiará a Gas Natural Fenosa para que se retire el convenio que contaba para la financiación”⁹⁹.*

En ese sentido, si **REINGEGAS** no hubiera cumplido con lo acordado en el “**ACTA DE ACUERDO**” la consecuencia que se debió imponer según el numeral 12 transcrito era el retiro del convenio por parte de **FENOSA** bajo las órdenes de la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Sin embargo, **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) manifestó en audiencia del 17 de octubre de 2018¹⁰⁰ que **REINGEGAS** nunca fue sancionada con esa medida. Lo anterior se evidencia de la siguiente forma:

(...)

DESPACHO: *Después de agosto y que tienen esta reunión en el año 2012 ¿la Alcaldía se da cuenta que REINGEGAS no aplica los precios de esta lista?*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Digamos nunca ellos nos hicieron la notificación.*

(...)

⁹⁹ Folio 161 del cuaderno público No. 1.

¹⁰⁰ Folio 2595 del cuaderno público No. 5 del Expediente. Min 50:10

Lo anterior demuestra que no hay concordancia entre lo argumentado en los descargos de **REINGEGAS** y de su representante legal **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** y lo ratificado en la audiencia del 17 de octubre de 2018 por el mismo **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**), porque si la consecuencia del incumplimiento nunca se dio, se puede concluir que **REINGEGAS** efectivamente cumplió con lo acordado.

Finalmente, es bueno referir un elemento de juicio adicional, consistente en que algunos de los empleados de **REINGEGAS** que rindieron declaración ante la Delegatura manifestaron que tuvieron conocimiento sobre la existencia del acuerdo materia de investigación. De ello da cuenta la declaración de **HERNÁN GUILLERMO ROMERO SUÁREZ** (Coordinador técnico de **REINGEGAS** para la época de los hechos), quien aseveró que **REINGEGAS**, y las otras dos empresas investigadas, acordaron trabajar con la misma lista de precios, situación que a todas luces corrobora la participación de **REINGEGAS** en la conducta anticompetitiva. El declarante afirmó lo siguiente:

“DELEGATURA: Explíqueme a la Delegatura, por favor, cómo fijan ustedes las tarifas para la construcción de la redes internas.

HERNÁN GUILLERMO ROMERO: Con la parte de las empresas que llegaron a comercializar, se sacó una tabla que es la tabla que vemos ahí y por esa tabla se comenzó a trabajar, nosotros no llevábamos muchas asesorías, muchas ventas en el momento, entonces trabajamos en conjunto con otras empresas, para trabajar con la misma tabla de precios que se sacó (...).

DELEGATURA: ¿Y con qué empresas hicieron ustedes?

HERNÁN GUILLERMO ROMERO: Con las empresas que estaban dando la financiación.

DELEGATURA: ¿Cuáles empresas eran?

HERNÁN GUILLERMO ROMERO: Aribuk y 3GA de Colombia..., hicieron una reunión allá”¹⁰¹. (Subraya y destacado fuera de texto).

b) Durante la audiencia que tuvo lugar el 2 de noviembre de 2018¹⁰² los investigados **REINGEGAS** y su representante legal **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** manifestaron que solo son sancionables aquellas conductas que efectivamente pongan el peligro o vulneren la libre competencia en el mercado, y no aquellas que simplemente tengan esa apariencia pero que no reúnan las condiciones para generar esa amenaza. Así, en concepto de los investigados es necesario que la autoridad pruebe el daño al bien tutelado, así como también debe probar que el comportamiento es significativo.

Como ya quedó expuesto en este informe, un acuerdo que tenga un objeto anticompetitivo, como obviamente ocurre con aquellos mediante los cuales se fijan los precios de los productos y servicios en el mercado, tiene la idoneidad para generar una restricción en la libre competencia económica y, como también se explicó, impide la materialización de las prerrogativas constitutivas de ese derecho. En consecuencia, es claro que un acuerdo de esas características efectivamente amenaza la dinámica de competencia y, en esa medida, reúne todos los elementos de configuración del acuerdo ilegal prohibido mediante el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo sentido, es necesario reiterar que cuando se trata de un acuerdo de precios por objeto, no es menester para esta Superintendencia probar que existió un efecto en el mercado siempre y cuando demuestre la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia de dicho acuerdo para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado.

¹⁰¹ Folio 217 del cuaderno público No. 2 del expediente.

¹⁰² Folio 2764 de la carpeta pública No. 6 del expediente.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que existen elementos de juicio que sugieren que el acuerdo analizado también generó efectos, pues disciplinó los precios del servicio de instalación de redes internas de gas domiciliario en La Mesa.

c) Los investigados **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ** (Representante legal de **REINGEGAS**) alegaron la “operancia de la caducidad” de la facultad sancionatoria de la Superintendencia. En sustento de su alegación, recuérdese, sostuvieron que en el expediente no obran pruebas que determinen la comisión de las conductas imputadas, como la utilización de la tabla de precios pactada en el “**ACTA DE ACUERDO**” del 16 de agosto de 2012, con posterioridad a la fecha del 24 de enero de 2013. Agregaron que, en todo caso, **REINGEGAS** en ningún momento implementó las tablas de precios para el año 2013. De conformidad con lo dicho, sostuvieron que la conducta que suscitó la presente actuación administrativa habría cesado en agosto de 2012, y cuando mucho hasta el 24 de enero de 2013. En consecuencia, llegado el mes de enero de 2018 habría acaecido la caducidad de la facultad sancionatoria de la **SIC**.

Ninguna duda surge en relación con que la caducidad no ha operado en relación con la facultad sancionatoria de la **SIC** en este caso. En efecto, uno de los contenidos del acuerdo de precios materia de análisis, esto es, el pacto consignado en el documento denominado “Lista de Precios”, evidencia que el acuerdo en cuestión estaría vigente hasta el 31 de diciembre de 2013. La parte relevante del documento se aprecia a continuación:

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
--

Como se puede apreciar, el acuerdo objeto de análisis en este caso estuvo vigente al menos hasta el 31 de diciembre de 2013. Por lo tanto, teniendo en cuenta el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, la caducidad en este caso operaría hasta el 31 de diciembre de 2018.

8.1.2.3. Sobre los argumentos de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES**

Los investigados **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de La Mesa para la época de los hechos) y **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde de La Mesa para la época de los hechos) manifestaron que no es cierto que la **ALCALDÍA DE LA MESA** le haya solicitado a las compañías **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK** que establecieran una lista de precios con el fin de llevar a cabo el proceso de instalación de redes internas de gas en el municipio de La Mesa, sino que se trató de un lineamiento impartido que se dirigió a todas las compañías que fueran a participar en el mercado objeto de análisis.

Además, los investigados aclararon que las firmas instaladoras fijaron los precios libremente sin necesidad de ningún acuerdo o permiso de la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Según esto, “*por la preocupación de proteger el bolsillo de los consumidores de La Mesa, la **ALCALDÍA DE LA MESA** solicitó a las firmas establecer un tope máximo sugerido*” ya que, en consideración de la misma entidad, esto protegería a los usuarios en el momento que establecieran el valor de dicha instalación, con lo cual se permitió que las firmas instaladoras operaran de conformidad con las fuerzas del mercado libremente y de su capacidad en la fuerza de ventas y comercial.¹⁰³

Para resolver el primero de los argumentos basta con decir que, aunque fuera cierto que la **ALCALDÍA DE LA MESA** no hubiera auspiciado un acuerdo entre **REINGEGAS, ARIBUK** y el propietario de **SEG 3 A**, sino que hubiera dispuesto

¹⁰³ Folios 850 a 928 del cuaderno reservado No. 3 del expediente y Folios 929 a 1007 del cuaderno reservado No. 4 del Expediente

que “este lineamiento lo debían tener todas las empresas que fueran a realizar las instalaciones en el municipio”, de manera que cualquier empresa que pretendiera realizar una instalación de redes internas de gas natural domiciliario en el municipio de la Mesa debía acogerse a esa dinámica, su comportamiento sería igualmente reprochable en los términos del régimen de protección de la libre competencia económica. En efecto, auspiciar un acuerdo de precios entre tres competidores específicamente identificados y auspiciar ese comportamiento coordinado entre todas las personas que finalmente terminarían realizando instalaciones en La Mesa son comportamientos que, de manera idéntica, reúnen todos los elementos de configuración del comportamiento prohibido mediante el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. En ambos casos se trata de comportamientos que, de conformidad con lo que se ha explicado en este informe, resultan restrictivos de la libre competencia económica.

No puede perderse de vista que, al margen de la defensa que ahora se analiza, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de La Mesa para la época de los hechos) admitió, al rendir declaración ante la Delegatura, que la dinámica que la **ALCALDÍA DE LA MESA** patrocinó, entre las instaladoras de redes internas investigadas en este caso, un verdadero acuerdo para fijar los precios y demás condiciones de comercialización en el mercado relevante para esta actuación¹⁰⁴.

Ahora bien, en relación con el argumento según el cual la **ALCALDÍA DE LA MESA** lo que en realidad hizo fue solicitar “a las firmas establecer un tope máximo sugerido”, debe tenerse en cuenta que si el contenido del acuerdo auspiciado por esa autoridad municipal hubiera sido la fijación del precio máximo para los servicios de instalación de redes internas de gas domiciliario su comportamiento, en todo caso, continuaría siendo constitutivo de un acuerdo de precios en los términos del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Ciertamente, dado que el mercado de instalaciones de redes internas de gas domiciliario no tiene tarifas reguladas ni establecidas ni fijadas por ninguna regulación o normativa vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta anticompetitivo y, por tanto, reprochable fijar “topes máximos” para los precios, ya que es precisamente este tipo de conductas lo que impide que exista en el mercado una libre competencia regida por el libre juego entre la oferta y la demanda y no restringida a unos límites establecidos de manera coordinada y artificial.

En conclusión, aunque se hubieran acreditado las alegaciones de los investigados relacionadas con el objeto del acuerdo que la **ALCALDÍA DE LA MESA** auspició, lo cierto es que el comportamiento analizado mantendría su carácter anticompetitivo y, en consecuencia, debería ser sancionado.

8.1.2.4. Sobre el argumento de HERNÁN ARIAS RIAÑO (Representante legal de ARIBUK para la época de los hechos)

HERNÁN ARIAS RIAÑO (Representante legal de **ARIBUK** para la época de los hechos) arguyó que no incumplió las normas de competencia ya que como resultado del acuerdo, ni él ni **ARIBUK** obtuvieron ganancias sustanciales en el ejercicio de la instalación de redes internas de gas natural sino que, por el contrario, la empresa todavía se encuentra ante los estrados judiciales y entidades bancarias tratando de pagar las deudas generadas por las obras ejecutadas en la Mesa. Es decir, **ARIBUK** “antes de salir favorecida con un acuerdo de precios, lo que obtuvo fue un cierre al 90%”.

Sobre lo anterior, es necesario iterar que el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992¹⁰⁵ prevé que para que exista y sea sancionable un acuerdo de

¹⁰⁴ Folio 552 de la carpeta Pública No. 3 del Expediente. MIN 8:14 a 8:35 y 18:02 a 18:55

¹⁰⁵ 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. (...)”

fijación de precios entre competidores, no es necesario probar que dicho acuerdo se haya ejecutado o haya producido un efecto anticompetitivo¹⁰⁶, ni mucho menos que con la conducta ilegal se haya reportado una ganancia para los agentes involucrados.

Cabe recordar que la Delegatura se pronunció sobre este asunto en la Resolución No. 71692 del 8 de noviembre de 2017¹⁰⁷, al indicar que no en todos los casos de acuerdo es posible evidenciar un beneficio económico por parte de los cartelistas, situación que no debe dar lugar a un trato diferenciado respecto de los demás. En ese sentido, se puede entender que la ausencia de ganancia por parte de las empresas involucradas en el acuerdo no es un argumento relevante para afirmar que no se reúnen los elementos de configuración del comportamiento prohibido. La Delegatura afirmó expresamente lo siguiente:

*“En relación con este argumento, es oportuno indicar que la Superintendencia de Industria y Comercio ha sostenido que **si bien es cierto los acuerdos anticompetitivos de fijación de precios tienen como propósito obtener un beneficio económico supra-competitivo, en ocasiones este puede no presentarse, ya sea porque la estrategia ilegal fue mal diseñada, o porque el mercado no respondió a las expectativas esperadas por los cartelistas.***

En este sentido, las autoridades internacionales de competencia han considerado que una difícil situación económica o financiera de la empresa investigada por la comisión de una práctica anticompetitiva no puede dar lugar a tener un trato preferencial, ya que generaría un incentivo perverso frente a los otros agentes del mercado que no han infringido las normas de competencia y que también atraviesan una situación semejante.” (Subrayado y destacado fuera de texto)

Un punto de trascendental importancia para resaltar en relación con **ARIBUK** es que, como se pasa a explicar, existen elementos de prueba que evidencian que esa compañía sí cumplió el acuerdo restrictivo de la libre competencia económica analizado en este caso. En efecto, de conformidad con la información¹⁰⁸ allegada por **ARIBUK** se pudo constatar la similitud entre los precios acordados y los precios a los que efectivamente cotizó esta empresa. Al respecto, a continuación se expone una tabla que refleja el número de cotizaciones que indudablemente se ajustan a la tabla de precios convenida entre las tres empresas investigadas, a saber:

Tabla No. 5
Cotizaciones de ARIBUK que se ajustan a la tabla de precios

Material	Cotizaciones	Cotizaciones que se ajustan a la tabla de precios
Tubería en cobre de ½	36	35
Coraza blanca	27	27
Muro para caja	1	1
Punto adicional hasta 3 metros	3	2
Regata por metro lineal	7	7
Total	74	72
Porcentaje		97,3%

Fuente: Elaboración SIC con fundamento en la información que reposa en el Expediente.

Así, de 11 materiales o trabajos adicionales que se indican en las cotizaciones realizadas por **ARIBUK** en el periodo comprendido entre 2012 a 2013, se logró identificar 5 que fueron incluidos en la tabla de precios, los cuales fueron cotizados 74 veces, de un total de 84 cotizaciones por material. De las 74 cotizaciones de material encontrado en la tabla de precios, 72 de ellas se ajustan exactamente a

¹⁰⁶ Ello, sin olvidar que la norma en cita comprende también todos aquellos acuerdos que tengan como efecto la fijación de precios.

¹⁰⁷ “Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia”. Radicado No. 12 - 64145. Caso Practicaje.

¹⁰⁸ Folios 2262 a 2409 del cuaderno SIC reservado No. 6 del expediente.

los valores impuestos por la tabla de precios, lo que significa, entonces, que el 97% de las cotizaciones de materiales coinciden con los valores impuestos por dicha tabla de precios.

Por otra parte, es necesario indicar que existen dos facturas que cobran un 10% menos de lo cotizado¹⁰⁹, situación que claramente es consistente con el hecho que en la tabla de precios también se acordó dar un descuento de 10% para aquellos usuarios que paguen la instalación de contado.

De conformidad con todo lo anterior, no hay duda que **ARIBUK** no solo convino con sus competidores una lista de precios sino que además de ello, ejecutó lo dispuesto en ella, situación que corrobora la participación de **ARIBUK** en el acuerdo anticompetitivo.

8.1.2.5. Sobre los argumentos de ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, como propietaria del establecimiento de comercio SEG 3 A.

Pasa la Delegatura a pronunciarse en relación con los descargos realizados por **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, específicamente respecto de los argumentos consistentes en que el primero no tenía potestad alguna para vincular a la segunda con el "ACTA DE ACUERDO" que suscribió y, adicionalmente, en que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no fue consciente de que participó en una reunión en la que se consolidó un acuerdo de precios, pues creyó que simplemente estaba compareciendo a una reunión en la que se discutirían asuntos de los que era ajeno.

Teniendo en cuenta el contenido de los argumentos de defensa referidos, procede la Delegatura a evacuar las cuestiones relativas a i) la posibilidad del primero de vincular a la propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A** al acuerdo restrictivo de la competencia materia de investigación, ii) la consciencia y conocimiento del acuerdo por parte de **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** y, finalmente, iii) la ejecución de la lista de precios por parte de **SEG 3A**.

i) **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** (propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3 A**) y **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (quien se identificó como "representante legal" de **SEG 3A** en el "ACTA DE ACUERDO") sostuvieron que el establecimiento de comercio **SEG 3 A** en ningún momento hizo parte del acuerdo investigado, por cuanto **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, que fue la persona que suscribió el "ACTA DE ACUERDO" en la reunión del 16 de agosto de 2012 en calidad de "Representante legal" de **SEG 3 A**, no contaba con la facultad de representación del establecimiento de comercio **SEG 3A** ni tampoco con la autorización de su esposa y también investigada **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** (propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3 A**) para vincularla en una dinámica como la que es materia de investigación.

Tales argumentos no son de recibo en esta actuación administrativa, pues se cuenta con los medios probatorios que demuestran que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (quien se identificó como "representante legal" de **SEG 3A** en el "ACTA DE ACUERDO"), con aquiescencia de su esposa y también investigada **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** (propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3 A**), efectivamente está vinculado a la actividad mercantil desarrollada mediante el establecimiento de comercio **SEG 3 A**.

En sustento de la anterior conclusión debe considerarse, en primer lugar, que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** se identificó en el "ACTA DE ACUERDO" que se comenta como "Representante Legal **SEG 3 A GAS DE COLOMBIA**". Así, es claro que el referido investigado actuó en la negociación de la que da cuenta el documento y, además, suscribió este instrumento, invocando una calidad que

¹⁰⁹ Factura No. 2058. Folio 2267 a 2269 del cuaderno SIC reservado No. 6 del expediente.

indudablemente lo vincula a la actividad mercantil adelantada mediante ese establecimiento de comercio.

Ahora bien, esa no fue la única ocasión en la que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** ha actuado y suscrito documentos vinculándose a **SEG 3 A**. 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**¹¹⁰. En esa oportunidad los funcionarios de la Delegatura fueron atendidos 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”.

Puestas de este modo las cosas, es claro que en todas las actuaciones en las que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** participa en relación con el establecimiento de comercio que interesa en este caso, invoca para sí una calidad que evidentemente refiere una vinculación del citado investigado con la actividad mercantil desarrollada mediante el mencionado establecimiento de comercio. En esas condiciones, el hecho de que, precisamente en la actuación en la que se trata de establecer responsabilidades derivadas del ejercicio de la actividad mercantil en cuestión, quien normalmente se anuncia como “gerente” y “representante legal” ahora se presente como un extraño desligado por completo de ese negocio, es un comportamiento que difícilmente podría merecer alguna credibilidad.

El segundo elemento de prueba que es necesario mencionar para corroborar que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** está vinculado con el establecimiento **SEG 3 A** consiste en que en el expediente obran diferentes declaraciones que dan cuenta de esa vinculación.

Para comenzar, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de La Mesa para la época de los hechos) y **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde de La Mesa para la época de los hechos) en sus descargos relataron que decidieron invitar a las firmas instaladoras que habían sido seleccionadas a una reunión que se realizaría el 16 de agosto de 2012. Esa reunión efectivamente tuvo lugar, como ya ha quedado demostrado.

Así mismo, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** para la época de los hechos) declaró sobre el “**ACTA DE ACUERDO**”, que fue el documento elaborado en la reunión mencionada, lo siguiente¹¹¹:

JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS: (...) *En una de las actas, yo quiero aclarar eso, de acuerdo también a la socialización, a las diferentes inquietudes de las personas; realizamos un acta de compromiso con las firmas instaladoras y nosotros como Municipio, donde se expidieran parámetros, primero que todo, de la misma prestación del servicio a nuestra comunidad, y fuera de eso de parámetros de valores establecidos con las firmas instaladoras de acuerdo al precio del mercado (...)* (Subraya y destacado fuera de texto).

En ese sentido, si la **ALCALDÍA DE LA MESA** citó a las firmas seleccionadas – dentro de las cuales se encontraba **SEG 3 A**– y posteriormente procedió a realizar un acta con esas firmas instaladoras, se entiende que las personas que, una vez enteradas de la invitación, asistieron a esa reunión y suscribieron el acta, son las personas que tienen algún tipo de vinculación a esas firmas por cuanto, de otra forma, no se hubiesen enterado de la citación o no hubiesen suscrito un acta de acuerdo que concernía única y exclusivamente a las empresas **REINGEGAS**, **ARIBUK** y **SEG 3 A**.

¹¹⁰ Folios 237 a 239 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

¹¹¹ Folio 522 del Cuaderno Público No. 3. del Expediente Min: 8:14.

Así las cosas, sobre la asistencia a dicha reunión del 16 de agosto de 2016, **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (Representante legal de **REINGEGAS**) en declaración del 17 de octubre de 2018, indicó lo siguiente¹¹²:

“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**”.* (Subraya y destacado fuera de texto).

Por lo anterior, se evidencia que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** asistió como la persona encargada de representar los intereses de **SEG 3 A**, como lo hicieron **HERNÁN ARIAS RIAÑO** por **ARIBUK** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** por **REINGEGAS**.

En adición de lo anterior, al profundizar sobre la calidad de las personas que asistieron a dicha reunión y quienes acababa de identificar con exactitud, **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (Representante legal de **REINGEGAS**) sostuvo¹¹³:

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”.* (Subraya y destacado fuera de texto).

Así las cosas, el vínculo directo de **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** con el establecimiento de comercio **SEG 3 A** está corroborado mediante las declaraciones citadas. Sin embargo, por si ello no fuese suficiente, las personas que asistieron a la reunión en comento no fueron las únicas en reconocer la vinculación de **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** a **SEG 3 A**.

Obra en el expediente la declaración rendida por **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO** (Representante legal de **MECCIS**) quien, apelando a su conocimiento del medio en el que cuenta con amplia experiencia, afirmó que el público en general (dentro del círculo del mercado instalación de redes internas de gas) reconocía que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** trabajaba para **SEG 3 A**, a saber:

“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**.*

¹¹² Folio 2595 del cuaderno público No. 5 del Expediente. Min: 23:50.

¹¹³ Folio 2595 del cuaderno público No. 5 del Expediente. Min: 24:43

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.

DESPACHO: Y así sucedió en la Mesa?

LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO: Aja". (Subraya y destacado fuera de texto).

El tercer elemento de juicio relevante para esta conclusión es que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIÁS** ha manifestado en varias ocasiones ostentar la calidad de esposo de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, quien es a su vez la propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3 A**. De acuerdo con esto, es menester señalar que las reglas de la experiencia acreditan que las personas con este tipo de relación y que además se encuentran vinculadas a una misma actividad comercial, suelen trabajar en conjunto puesto que es común que enfoquen sus esfuerzos a un mismo fin. En este sentido, si **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** no estuvo presente en la reunión del 16 de agosto de 2012, es razonable concluir que su esposo hubiera asistido en esa ocasión pues, además de tener conocimiento sobre el servicio que ofrece el establecimiento que es formalmente de su esposa, también puede asistir a velar por los intereses comunes involucrados en el desempeño de ese negocio.

De otra parte, con relación al argumento esgrimido por el investigado, según el cual que conste su firma en el "ACTA DE ACUERDO" no obliga de ninguna manera a **SEG 3 A** por cuanto no hay poder ni autorización que medie, es necesario poner de presente que en este caso operó lo que el Código de Comercio en su artículo 842 denomina representación aparente. Lo anterior por cuanto en todos esos supuestos en los que una persona "dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa"¹¹⁴. Así, como ha quedado establecido que varias personas reconocieron que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIÁS** aparentaba estar vinculado con **SEG 3 A** y, por lo tanto, al suscribir el "ACTA DE ACUERDO" como representante legal de **SEG 3 A** se obligó y comprometió a lo estipulado en ella, de tal forma que, consintió todo lo acordado en la misma.

Por todo lo anterior, queda suficientemente evidenciado que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIÁS** sí estaba facultado para actuar a manera de propietario del establecimiento de comercio **SEG 3 A** en el marco de la negociación que llevó al acuerdo anticompetitivo que se investiga.

ii) Ahora bien, los investigados manifestaron que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIÁS** solo suscribió el documento "ACTA DE ACUERDO" para corroborar su asistencia a la reunión del 16 de agosto de 2012, mas no era consciente a lo que estaba comprometiendo a **SEG 3 A**.

Sin embargo, dicho argumento se desecha por cuanto se demostrará que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIÁS** tuvo plena conciencia del objeto pretendido con la suscripción del documento "ACTA DE ACUERDO", pues incluso por la necesaria razón de su asistencia a la celebración del acuerdo, se encuentra

¹¹⁴ Código de Comercio, artículo 842

que el verdadero significado de sus actuaciones era realizar el acuerdo sobre los precios.

Como muestra de ello se evidenciaron las declaraciones de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**¹¹⁵ (Secretario de Obras Públicas de La Mesa para la época de los hechos) y de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ CASALLAS** (representante legal de **REINGEGAS**). El primero de ellos sostuvo que efectivamente en el acta se acordaron los parámetros sobre los precios que manejarían las firmas instaladoras de gas elegidas por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, la cual, se reitera, fue suscrita por las tres (3) empresas. A su turno, el segundo declarante precisó que a la reunión del 16 de agosto de 2012, con claro objeto determinado, asistió "**ALBERTO ALFARO DE SEG 3A**", a quien ubicó como trabajador del establecimiento mencionado.

En igual sentido, y como efecto propio de lo dicho, se encuentra que los propietarios del establecimiento de comercio **SEG 3A** dieron cumplimiento a lo acordado con los demás competidores, en tanto se evidencia una pluralidad de documentos que dan fe no solo del estado de preparación que adoptó para dar cumplimiento a lo convenido, sino que, además, dan razón del fiel seguimiento de lo pactado.

En tal sentido, se encuentra la carta fechada el 8 de agosto de 2012 dirigida a **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde de la Mesa para la época de los hechos), la cual fuera recibida en las dependencias de la **ALCALDÍA DE LA MESA** el día 13 de agosto de 2012¹¹⁶. Mediante ese documento **HERNÁN ARIAS** y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como Gerentes Generales de **ARIBUK** y **SEG 3A**, respectivamente, expresaron que a efectos de dar inicio a las labores de comercialización sus empresas estarían ubicadas en la "**CII. 8 No. 21ª-50**" del municipio la Mesa. Así mismo, por distintas comunicaciones del 30 de agosto de 2012, esto es, luego de celebrado el acuerdo, las firmas instaladoras **ARIBUK**¹¹⁷ y **SEG 3A**¹¹⁸ solicitaron a la **ALCALDÍA DE LA MESA** la aprobación para poder realizar la comercialización de sus servicios en los conjuntos residenciales cerrados, en tanto la primera sostuvo tener bajo volumen de ventas, y la segunda alegó que recibieron la solicitud de los administradores de dichas urbanizaciones.

Sobre tal punto no debe perderse de vista el hecho de que dos empresas que están llamadas a competir, no solo suscriben efectivamente el acuerdo que conlleva al establecimiento de precios para la prestación del mismo servicio que ofrecen, sino que además compartían un mismo domicilio comercial e incluso realizaron la misma solicitud de comercialización a la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Frente al último punto se recalca que, por disímiles que resulten sus fundamentos alegados en las misivas para prestar sus servicios en conjuntos cerrados, lo cierto es que tal evento demuestra el fiel cumplimiento de **ARIBUK** y **SEG 3A** a lo acordado, pues de conformidad con el numeral noveno del "**ACTA DE ACUERDO**" se prohibió a los investigados la "*comercialización en los conjuntos de apartamentos o casas hasta nueva orden de la alcaldía*", que era precisamente la prohibición que los referidos agentes del mercado estaban solicitando levantar. Quiere decir que en nada influyeron las circunstancias alegadas por ellos para requerir el beneplácito de la administración para prestar sus servicios en dichas áreas, pues se evidencia que tales requerimientos se hicieron en razón y en respeto de lo acordado entre los investigados.

Igualmente, se encuentra que, a más de adquirir el convenio de financiación con **FENOSA**, como presupuesto de ejecución del acuerdo, para la Delegatura es un punto que se debe resaltar el que la **ALCALDÍA DE LA MESA** se haya abstenido de ejercer la medida correctiva de oficiar a **FENOSA** para retirar el referenciado

¹¹⁵ Folio 522 del Cuaderno Público No. 3. Min: 8:14.

¹¹⁶ Folio 503 del Cuaderno SIC RESERVADO No. 2 del Expediente.

¹¹⁷ Folio 499 del Cuaderno SIC RESERVADO No. 2 del Expediente

¹¹⁸ Folio 497 del Cuaderno SIC RESERVADO No. 2 del Expediente

convenio, dejando como única explicación lógica el cabal cumplimiento y ejecución de lo pactado por parte de **SEG 3A**. En efecto, si incluso desde el "ACTA DE ACUERDO" se pactó un sistema de represalias para el agente que incumpliera lo estipulado, el hecho de que las represalias nunca se hubieran materializado es un indicador elocuente de que la desviación en el comportamiento que pondría en movimiento ese sistema de sanción

Por último, y como quiera que mediante Resolución No. 76541 del 9 de octubre de 2018 se ofició a **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**, para que allegara con destino al trámite de la referencia "las facturas y demás información contable relacionada con las ventas de instalaciones de redes internas de gas domiciliario en el municipio de La Mesa Cundinamarca, para el periodo 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014"; esta Delegatura, se encontró con que tal requerimiento fue desatendido por la investigada, pues en escrito de Radicado No. 12-16585-106 del 16 de octubre de 2018¹¹⁹, aquella alegó haber destruido dicha documentación. Tal situación, fue resuelta por la Delegatura en la Resolución No. 78793 del 22 de octubre de 2018¹²⁰, en el sentido de requerir nuevamente la información solicitada, por cuanto de conformidad al artículo 60 del Código de Comercio es una obligación guardar los libros y papeles contables por un periodo no inferior a diez (10) años. Sin embargo, y pese a los requerimientos realizados por la Administración, mediante oficio de Radicado No. 12-160585-148 del 25 de octubre de 2018, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** se ratificó en las consideraciones realizadas por ella en el escrito del 16 de octubre de 2018.

Así las cosas, se encuentra que la investigada incumplió, sin dar explicación razonable, lo prescrito en el numeral 4 del artículo 19 y el artículo 60 del Código de Comercio, en tanto la primera norma establece la obligación de los comerciantes de conservar con arreglo a la Ley los documentos relacionados con sus negocios y actividades, y la segunda establece que deberá guardarlos por un periodo de diez años, en los términos ya señalados.

De tal situación, se evidencia, conforme a los artículos 167 y 241 del Código General del Proceso, que en la medida en que el requerimiento de información estaba encaminado a obtener material probatorio que permitiera determinar si los propietarios de **SEG 3A** habían cumplido o no el acuerdo al que se vincularon, el hecho de que la investigada se hubiera abstenido de atender el requerimiento en cuestión solo puede ser interpretado, en los términos de las normas procesales citadas, como un indicio en relación con la efectiva existencia de un cumplimiento respecto del acuerdo ilegal investigado.

iii) Por último, y dado que está acreditado que los propietarios de **SEG 3A** participaron, celebraron y cumplieron con el acuerdo, resultan irrelevantes las consideraciones que pudieran realizarse sobre la elaboración de la lista de precios como de la suscripción o no de la misma por parte de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** y/o **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, pues además de lo dicho previamente sobre la validez del documento contentivo de la lista de precios, y como se ha sostenido a lo largo del presente escrito, el reproche que acá se atribuye a los investigados guarda como raíz la celebración del acuerdo, por lo que de la mera situación de la no elaboración de la lista de precios por parte de los investigados no se desvirtúa su participación en el acuerdo, y mucho menos su responsabilidad, por cuanto de todas formas aplicaron esa "Lista de Precios".

En tal punto, esto es, sobre la celebración del acuerdo, se recuerda la declaración de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de la Mesa), quien indicó¹²¹:

¹¹⁹ Folio 2410 a 2443 del Cuaderno SIC RESERVADO No. 6 del Expediente.

¹²⁰ Folio 2666 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹²¹ Folio 522 del Cuaderno Público No. 3. Min: 8:14.

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.

(...)

Entonces cogimos la primera que se llama SEG 3A GAS DE COLOMBIA, está catalogado en el primer puesto de GAS NATURAL FENOSA, y la cuarta que se llama ARIBUK, S.A. creo que es. Ellos dos son las empresas que después de los análisis correspondientes, se incluyeron dentro de las firmas instaladoras y prestadoras del servicio de redes internas". (Subraya y destacado fuera de texto).

Así mismo, el también investigado **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ CASALLAS** manifestó sobre los participantes del acuerdo¹²²:

"DELEGATURA: ¿Qué empresas estaban allí presentes?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ CASALLAS: Estaba el señor, con exactitud si puedo decirlo, el señor HERNÁN ARIAS de ARIBUK, el señor ALBERTO ALFARO de SEG 3A"

8.2 SOBRE LA INFRACCIÓN A LA PROHIBICIÓN GENERAL

En esta sección se analizará el segundo de los comportamientos contenido en la resolución de apertura de investigación: la infracción a la prohibición general en la que habría incurrido la **ALCALDÍA DE LA MESA**. Para este propósito, se tendrá en cuenta todo lo que se expuso en el numeral 9.1. de este informe en relación con el proceso de gasificación que se aplicó en La Mesa y, adicionalmente, se explicarán con mayor detalle las circunstancias que acreditan la determinante participación que la referida autoridad municipal tuvo en el diseño y ejecución de ese proceso, así como en la afectación que se generó en la libre competencia económica en el mercado de la instalación de redes internas de gas domiciliario.

Antes de pasar a relacionar las pruebas que dan cuenta de las circunstancias relevantes para este caso, es importante presentar unas consideraciones acerca de las condiciones de configuración del comportamiento restrictivo materia de estudio.

8.2.1. El contenido de la norma

La prohibición general está contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que prevé:

"Artículo 1. Prohibición general. 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.

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

La **SIC**¹²³ y la Corte Constitucional —en Sentencia C-032 de 2017, en la que declaró la exequibilidad de la norma citada— han identificado que la norma

¹²² Folio 2595 del cuaderno público No. 5 del Expediente. Min: 23:50.

¹²³ Entre muchas otras: Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014. "Por la cual se impone unas sanciones y se adoptan otras decisiones".

transcrita contiene tres conductas o prohibiciones independientes: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros, (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia económica y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Para este caso interesa la segunda de las reglas referidas, esto es, la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia económica.

En relación con el contenido concreto de esa prohibición es relevante anotar que, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-032 de 2017, la regla en cuestión debe “*ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece*” –constituido por el régimen general de la libre competencia económica– y, además, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico.

Ahora bien, para efectos de identificar el contenido del subsistema normativo al que pertenece la regla que ahora se analiza y, de esa manera, precisar su sentido y alcance, debe llamarse la atención acerca de que la Corte Constitucional, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 333 y 334 de la Constitución¹²⁴, ha dejado establecido que la libre competencia económica “*consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones*”. Adicionalmente, la Corte ha señalado las prerrogativas que hacen parte del concepto de libre competencia económica, entre las que se encuentran “*(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario*”¹²⁵, aspecto al que se debe agregar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, que el propósito de las actuaciones administrativas que en esta materia adelanta la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** consiste en garantizar “*la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*”.

Puestas de este modo las cosas, es claro que podría considerarse que se configura una práctica, procedimiento o sistema que tiende a limitar la libre competencia económica, entre otras hipótesis, en aquellos eventos en los que el comportamiento en cuestión impide la materialización de la libre competencia económica y, en particular, de sus prerrogativas.

8.2.2. El sistema tendiente a limitar la libre competencia económica

En el numeral 8.1.1. de este informe ya se explicó en qué consistió el proceso de gasificación del municipio de La Mesa y cuál fue el papel de la **ALCALDÍA DE LA MESA** en el diseño y desarrollo de ese proceso. Así mismo, en el mencionado numeral de este documento también se explicó que la referida autoridad municipal promovió la celebración y cumplimiento de un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica entre **REINGEGAS**, **ARIBUK** y la propietaria del establecimiento **SEG 3 A**. Sobre la base de lo expuesto hasta este punto, pasa ahora la Delegatura a presentar el material probatorio que acredita la magnitud de la participación de la referida autoridad municipal en el comportamiento sancionable materia de investigación.

Con ese propósito, es importante reiterar que tener disponible la financiación de **FENOSA** era tan determinante para el desarrollo de la actividad mercantil que

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012, entre otros pronunciamientos.

¹²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012, entre otros pronunciamientos.

interesa en este caso, que las empresas que no obtuvieron la posibilidad de emplear ese método de pago, sino que únicamente podían instalar redes usando el método de pago de contado por orden de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, enfrentaron serias dificultades para mantener su participación en el mercado.

Además de lo que fue expuesto en este informe, una evidencia del carácter restrictivo del comportamiento materia de investigación se encuentra en lo narrado por **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO** (representante legal de **MECCISS S.A.S.**) y **DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO** (representante legal de **RAINBOW ENERGY S.A.S.**), así como en la respuesta otorgada por **LUIS FERNANDO FERNÁNDEZ** (Representante de **CIMECOL LTDA.** para la época de los hechos) al requerimiento realizado por parte de la Delegatura.

LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO (representante legal de **MECCISS S.A.S.**), quien además es la persona que interpuso la queja que le dio inició a esta actuación administrativa, al rendir declaración el 19 de octubre de 2018¹²⁶ refirió 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**. Cuando se le preguntó respecto de si la financiación era un criterio importante para obtener ventas y si era posible competir de igual forma cuando no se contaba con esa herramienta, **LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO** respondió que¹²⁷:

"(...)

LILIANA PATRICIA MONTENEGRO CAICEDO: *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.*

Un caso como el que fue comentado se replicó con la empresa instaladora **RAINBOW ENERGY S.A.S.**, cuya representante legal, **DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO**, rindió testimonio el 25 de octubre de 2018¹²⁸. En esa oportunidad manifestó que su incursión en el mercado de instalaciones de redes de gas en La Mesa, Cundinamarca, estuvo marcada por el hecho de no haber podido obtener el convenio de financiación ya que, en su concepto, eso le impidió competir en un marco de igualdad de condiciones. Así mismo, aseguró lo siguiente sobre la suerte que corrieron las empresas que intentaron competir usando únicamente el método de pago por contado y no financiado¹²⁹:

"(...)

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

DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO: *No, que yo sepa ellos eran los que estaban y estábamos Lilibiana, estaba Rainbow.*

DESPACHO: *Lilibiana ¿MECCISS?*

DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO: *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:*

¹²⁶ Folio 2611 del cuaderno reservado No. 5 del Expediente.

¹²⁷ Folio 2611 del cuaderno reservado No. 5 del Expediente Minuto: 18:04 a 18:50

¹²⁸ Folio 2669 del cuaderno público No. 5 del Expediente.

¹²⁹ Ídem. Min 32:11, 33:32 y 33:35

nosotros nos vamos, entonces Liliana y yo dijimos 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.

(...)

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

DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO: 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 compremos a ellas porque sencillamente, eso no está, eso no fue lo que nos dijeron, toca con las firmas autorizadas por Gas Natural-

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

DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO: No sabemos si fue el gestor, si fue el Alcalde en las reuniones que supuestamente ellos hacían con la comunidad. (...).

Sobre este último punto, es decir sobre la injerencia de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, **DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO** profundizó y señaló que¹³⁰:

(...)

DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO: (...) ahí fue cuando ellos cogieron fuerza 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.

DESPACHO: 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?

DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO: No.

DESPACHO: ¿Por qué?

DEISY ESPERANZA PALACIOS ARANGO: Por nombre, porque no nos creían, porque pensaban que nosotras íbamos a robar, que si nos daban la primera cuota ya después no volvíamos (...).

Todo lo anterior corrobora y da certeza de que la suerte que corrieron las firmas que no contaron con el “Aval” de la **ALCALDÍA DE LA MESA** y por ende con el convenio de financiación de **FENOSA**, fue desfavorable, ya que aunque la **ALCALDÍA DE LA MESA** los “autorizó” para vender de contado, a su vez influenciaron a los habitantes de la Mesa para evitar que le compraran instalaciones de redes a las empresas no seleccionadas. Esto también lo corroboran los artículos publicados por la **ALCALDÍA DE LA MESA** en los periódicos de La Mesa, “**EL FRANCOTIRADOR**” y “**ANAGRAMA**” que se expusieron en la resolución de apertura de investigación 57334 del 2018¹³¹.

Por último, obra también en el expediente la respuesta a un requerimiento realizado por la Delegatura¹³² para que **INGENIEROS CIVILES, MECÁNICOS Y**

¹³⁰ Ídem. Min. 41:20

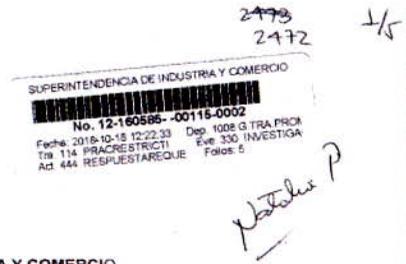
¹³¹ Folios 26 y 27 del cuaderno público No. 1 del expediente.

¹³² Folio 2002 del cuaderno público No. 4 del Expediente.

ELÉCTRICOS DE COLOMBIA, CIMECOL LTDA., aportara las facturas y demás información contable relacionada con las ventas de instalaciones de redes internas de gas en el municipio de La Mesa para el periodo del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2014.

En esa respuesta el señor **LUIS FERNANDO FERNANDEZ** (representante legal de **CIMECOL LTDA**) evidenció que efectivamente hubo una restricción a la competencia en el municipio de La Mesa para los años 2012 y 2013 por cuanto unas pocas firmas acapararon ese escenario, lo que concuerda con exactitud con los datos económicos expuestos en el acápite dedicado a describir las características del mercado relevante de este informe. En ese sentido la respuesta de **LUIS FERNANDO FERNANDEZ** (representante legal de **CIMECOL LTDA.**) fue¹³³:

Bogotá D.C. octubre 17 de 2018



Señores
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Dr. JORGE ANDRÉS PÉREZ ORDUZ
Ciudad.

Asunto: Radicado 12-160585-92-2 del 9 de octubre de 2018

Respetados Señores:

En respuesta a su solicitud, les informamos que durante los periodos 2012 y 2014, nuestra empresa no realizó ventas de redes internas de gas domiciliario en el municipio de la Mesa Cundinamarca.

En el año 2013, nuestra empresa intento incursionar en el mercado de las instalaciones internas de gas domiciliario en el segundo semestre del año, pero con resultados negativos debido a que Gas Natural, La Alcaldía del Municipio y dos empresas instaladoras a las cuales Gas Natural les autorizo financiación, entre ellas Reingegas, monopolizaron el mercado.

Después de seis meses de gestión comercial para vender de contado, muchas de nuestras ventas potenciales fueron quitadas por estas dos empresas, ya que siempre a nuestros clientes les bajaron precios. En muchos casos sin cuota inicial y sin contrato de por medio, montaban cajas de medidores en los predios sin construcción de redes internas de gas, evitando de esta forma la comercialización por otras empresas, todo con la anuencia de la Alcaldía y de Gas Natural.

En otros casos, las empresas que estaban ejecutando las redes para instalar la acometida en las casas, asustaban a los clientes diciéndoles que si no hacían la instalación con las dos empresas autorizadas por Gas Natural y el Municipio no les realizaban la acometida.

Por estas razones y muchas otras más, solamente nuestra empresa logró poner en servicio a 5 clientes, los cuales relacionamos a continuación y adjuntamos soportes de radicación ante Gas Natural.

¹³³ Folios 2472 del cuaderno reservado No. 7 del Expediente

4

Por último los informamos que durante 17 años nuestra empresa se dedicó a la construcción de instalaciones internas de gas y montaje de Gasodomésticos, con alta calidad y sin ninguna sanción ni requerimiento de parte de nuestros clientes, pero debido al fracaso económico en el municipio de la Mesa en el año 2013, nuestra empresa no se pudo recuperar y vendió solamente 11 instalaciones internas en la ciudad de Bogotá durante 2014, por lo cual desde el año 2015 cerro operaciones y el próximo 23 de octubre queda liquidada, ya que en esa fecha se vence nuestra personería Jurídica y no será renovada.

Atentamente,


CINECOL LTDA.
Ingeniería Civil y Electricidad
No. 123456789
LUIS FERNANDO FERNANDEZ M.
Representante Legal

Adjunto 4 copias

Por todo lo anterior, es claro 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 en los términos de la norma citada antes.

La anterior conclusión es evidente. Generar barreras artificiales de entrada a un mercado es un comportamiento incompatible con la prerrogativa relacionada con la libertad de ingreso al mercado, con aquella consistente en la posibilidad de ofrecer las condiciones que el competidor considere más favorables y, adicionalmente, con la que consiste en garantizar la libertad de elección de los consumidores. Puestas así las cosas, es claro que los comportamientos de la **ALCALDÍA DE LA MESA** analizados en este proceso efectivamente obstaculizaron la materialización de las prerrogativas del derecho a la libre competencia económica y, en consecuencia, resultaron idóneos para limitar ese derecho en el mercado relevante para esta actuación.

8.2.3 Con respecto a los argumentos de las defensas de los investigados relacionados con la prohibición general.

El argumento que formularon los investigados **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de La Mesa para la época de los hechos) y **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde de La Mesa para la época de los hechos) consistió en asegurar que desde la Secretaría de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA** no se obstaculizó ni se impidió la participación de las empresas instaladoras en el mercado, sino que, por el contrario, la autoridad municipal se apegó a la idoneidad comercial y técnica que exigía **FENOSA** a las potenciales firmas instaladoras.

En este sentido, es menester recalcar que la **ALCALDÍA DE LA MESA** tenía la facultad para seleccionar y autorizar a las firmas escogidas para la instalación de redes, sin que tuviese que mediar exigencia u obligación alguna de seguir parámetros de ninguna otra entidad o empresa. De esta forma, la **ALCALDÍA DE LA MESA** dentro de la metodología que ideó y le planteó a las firmas que querían participar en el proceso de gasificación de La Mesa, expedía una autorización para que las empresas seleccionadas para instalar redes internas de gas domiciliario pudieran celebrar un convenio comercial con **FENOSA**, de manera que quedaran habilitadas para obtener la financiación correspondiente. El proceso de obtención de dicho aval lo explicó **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**) en su declaración¹³⁴ de la siguiente forma:

"(...)

¹³⁴ Folio 2595 de cuaderno público No. 5 del expediente. Min 15:29, 17:35, y 19:00 a 19:45.

DESPACHO: ¿Quiénes podían prestar ese servicio de instalación de redes de gas en el municipio de La Mesa en los años comprendidos 2012, 2013 a 2014?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Claro, como lo dije anteriormente la Alcaldía daba la autorización por escrito y notificaba a la empresa Gas Natural Fenosa ¿por qué? Porque es que la financiación es una herramienta, como lo dije anteriormente, es una herramienta para poder trabajar, no quiere decir que no podamos trabajar, pero es una facilidad que se le da al usuario a través de la factura, más que las personas no tiene que entregar dinero si lo prefieren así.

DESPACHO: Cuando ustedes deciden prestar sus servicios para la gasificación del municipio de La Mesa, Cundinamarca necesitaban de una autorización si es que querían trabajar con financiación ¿es correcto?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Sí, correcto.

DESPACHO: ¿Y esa autorización la expedía la Alcaldía?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Es correcto.

DESPACHO: Si usted no contaba con esa autorización, perfectamente podía prestar su servicio pero no utilizar el servicio de financiación.

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Es correcto.

DESPACHO: Por eso es que ustedes acuden a la Alcaldía y obtienen esa carta ¿cierto?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Es correcto.

DESPACHO: El siguiente paso después de obtener esa autorización ¿esa es una carta firmada por quién?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Por el Alcalde de su momentos.

DESPACHO: Me recuerda el nombre por favor.

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Sí, Rodrigo Guarín Lesmes.

DESPACHO: ¿Por alguien más?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: No, estaba firmada exclusivamente por Rodrigo Guarín.

DESPACHO: Y usted acude con esa carta a Gas Natural Fenosa?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Sí, ellos, no ellos le notificaron directamente y nos entregaron copia a nosotros, esa carta no nos la entregaron a nosotros sino que ellos, no sé por qué medio se la hicieron llegar a ellos.

(...)

DESPACHO: ¿Usted intentó ir directamente a Gas Natural Fenosa con el fin de obtener un convenio para la financiación de las redes internas sin pasar por la Alcaldía para obtener la autorización?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Nosotros hablamos con la persona funcionaria encargada y dijo que ellos no daban el Aval, que el aval correspondía a la Alcaldía (...)

(...)

DESPACHO: Sabe usted si específicamente para el mercado de las instalaciones de redes de gas internas en el municipio de La Mesa ¿Gas Natural opinó o limitó los convenios de financiación?

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Tengo entendido que siempre decían “dirijanse a la Alcaldía que la Alcaldía determina” básicamente, no me consta específicamente pero siempre lo que decían era porque el mercado es grande y nos conocemos entre los colegas y nos encontrábamos muchas veces y me preguntaban ¿usted cómo está yendo a trabajar? No pues hablé en la Alcaldía y la Alcaldía determinaba, enviaba una carta a Gas Natural para que le dieran a uno un convenio de financiación en específico para estos municipios.*

En conclusión, la **ALCALDÍA DE LA MESA**, al controlar el acceso al sistema de financiación ofrecido por **FENOSA**, que era una de las herramientas más importantes para vender instalaciones a los usuarios pues les permitía hacer la instalación sin necesidad de pagar en el instante, sí estaba en posición de obstaculizar la participación de las empresas instaladoras de redes internas de gas en el municipio de La Mesa. Ahora bien, aunque se ha explicado que aun sin contar con la herramienta de la financiación las empresas eran libres de vender redes de contado, también ha quedado claro que obtener dicho financiamiento sí era una ventaja competitiva de fundamental importancia que de alguna forma definía quienes se podían mantener en el mercado de la Mesa y quiénes no.

Así lo ratificó **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (Representante legal de **REINGEGAS**) en la diligencia del 17 de octubre de 2018¹³⁵ cuando aseguró que:

“(…)

DESPACHO: *En su conocimiento para el caso del municipio de La Mesa ¿los usuarios qué prefieren?*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Como lo dije anteriormente, la herramienta de financiación era un elemento esencial y dependía de la ALCALDÍA poder entregar esa herramienta, entonces es una herramienta de financiación bien importante (...)*”

En ese sentido, la **ALCALDÍA DE LA MESA**, desde su Secretaría de Obras Públicas, impuso unas barreras injustificadas que resultan absolutamente contrarias a la libre competencia por cuanto precisamente la ausencia de barreras es el núcleo esencial del derecho a libre competencia como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C- 228 del 2010:

“(…) existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.” (Subrayado y destacado fuera de texto)

Así mismo, y como ya quedó establecido, es un hecho que al imponer este procedimiento de otorgamiento de avales para la financiación, el resultado final fue la concentración del mercado de La Mesa en los años 2012 y 2013, ya que si bien se presentaron por lo menos once (11) firmas ante la **ALCALDÍA DE LA MESA**, solo las tres seleccionadas: **REINGEGAS**, **ARIBUK** y **SEG 3 A** pudieron continuar con operaciones en dicho municipio.

¹³⁵ Folio 2595 de cuaderno público No. 5 del expediente. Min 39:25

9. RESPONSABILIDAD DE LOS AGENTES DEL MERCADO

El material probatorio que ha sido resaltado en este informe evidencia que **REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** (propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**) participaron en el acuerdo de precios restrictivo de la libre competencia económica que es materia de investigación desde su origen y que, además, cumplieron las estipulaciones ilegales que en el marco de esa dinámica establecieron.

En consecuencia, existen elementos de juicio suficientes para concluir que los agentes del mercado mencionados incurrieron en el comportamiento previsto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en la modalidad de responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del mismo Decreto, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

10. RESPONSABILIDAD DE LA ALCALDÍA DE LA MESA

Frente de la imputación de cargos que esta Delegatura realizó en contra de 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, es importante recordar que la investigada en ningún momento del trámite administrativo presentó argumentos para desconocer la realización de la conducta que involucran su responsabilidad en el proceso de gasificación en el municipio.

Ahora bien, de conformidad con el material probatorio que ha sido referido en este informe está claro que la **ALCALDÍA DE LA MESA** estableció un sistema idóneo para limitar la libre competencia económica en el mercado de la instalación de redes internas de gas domiciliario, pues impuso una serie de barreras que impidieron la libertad de entrada de competidores, la igualdad de esos agentes en el contexto del mercado, la posibilidad de fijar las condiciones que cada empresa considerara convenientes y, consecuentemente, la libertad de decisión de los consumidores. Se aprecia, entonces, que el comportamiento de la **ALCALDÍA DE LA MESA** impidió la materialización de las prerrogativas constitutivas del derecho a la libre competencia económica y que, por esa razón, incurrió en una violación de la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Adicionalmente, se demostró que la **ALCALDÍA DE LA MESA** dio lugar y auspició la celebración y ejecución del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica en el que estuvieron vinculadas **REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** (propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A**), conducta esta que también implicó una violación de la citada prohibición general.

Ahora bien, aunque la **ALCALDÍA DE LA MESA** no es agente del mercado, en los términos del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 sí tiene la capacidad de afectar el desarrollo de una actividad económica –en este caso la prestación del servicio de instalación de redes internas de gas domiciliario–, circunstancia que, sumada al hecho consistente en que directamente desarrolló comportamientos que constituyeron infracciones a la prohibición general, implica que la modalidad de responsabilidad por la que debería ser sancionada es aquella prevista en el numeral 15 del artículo 4 del mismo Decreto, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

11. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON LOS AGENTES DEL MERCADO Y CON LA AUTORIDAD PÚBLICA

A continuación, se procede a determinar la responsabilidad en la que incurrieron las personas naturales vinculadas con las empresas **REINGEGAS, ARIBUK, SEG 3A** y la **ALCALDÍA DE LA MESA** en el desarrollo de las conductas anticompetitivas objeto de la presente investigación.

Para estos efectos, con fundamento en todo en el acervo probatorio detallado hasta este momento, se determinará si dichas personas naturales realizaron alguna de las conductas señaladas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, específicamente, si colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron las prácticas restrictivas de la competencia investigadas.

No obstante lo anterior, desde ya concluye esta Delegatura que se encontró evidencia para determinar que las personas naturales que pasa a relacionar son responsables administrativamente, en los términos mencionados, por cuanto participaron en la configuración de las conductas anticompetitivas reprochadas en esta actuación administrativa.

11.1. RESPONSABILIDAD DE CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS, HERNÁN ARIAS RIAÑO Y ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS

De conformidad con el material probatorio que se ha relacionado en este informe los representantes legales de **REINGEGAS** y **ARIBUK**, así como el esposo de la propietaria del establecimiento **SEG 3 A**, participaron en todas las etapas de la formación, ejecución y cumplimiento del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica materia de investigación y, aunque conocían de la realización de ese comportamiento ilegal y tenían la potestad para impedir su continuación, se abstuvieron de adoptar medida alguna para impedir que los agentes del mercado se mantuvieran vinculados a esa dinámica ilegal. Por esas razones, es claro que las personas naturales en cuestión incurrieron, por acción y por omisión, en la responsabilidad administrativa establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

11.2. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ALCALDÍA

Tal y como se vio en acápites precedentes, así como del estudio en conjunto del material probatorio allegado al expediente, se encuentra que **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde del municipio de la Mesa para la época de los hechos) desplegó de forma activa las actuaciones necesarias para que –en ejercicio de su autoridad– se eligiera exclusivamente a las firmas **REINGEGAS, ARIBUK y SEG 3A** como las beneficiarias del sistema de financiamiento con **FENOSA**. De esa manera, de forma posterior, procedió a convenir entre tales empresas y la **ALCALDÍA DE LA MESA** una lista de precios para el proceso de gasificación en el municipio de la mesa, todo ello en contravía de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

En lo que respecta a la responsabilidad de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas del municipio de la Mesa para la época de los hechos), se encontró debidamente probado que aquel fue designado por el Alcalde del momento para dirigir el proceso que culminara con el acuerdo de la que sería implementado en el proceso de gasificación de la mesa y que acá se reprocha, por estar en contravía 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.

12. RECOMENDACIÓN

Con base en todo lo que ha sido expuesto, la Delegatura encontró acreditado que **REINGEGAS, ARIBUK** y la propietaria de **SEG 3A** incurrieron en la conducta descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo, encontró que la **ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE LA MESA** incurrió en la conducta descrita en el numeral 1 de la Ley 155 de 1959.

En consecuencia se recomienda:

12.1. Declarar administrativamente responsable y sancionar a:

a) Agentes de mercado:

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

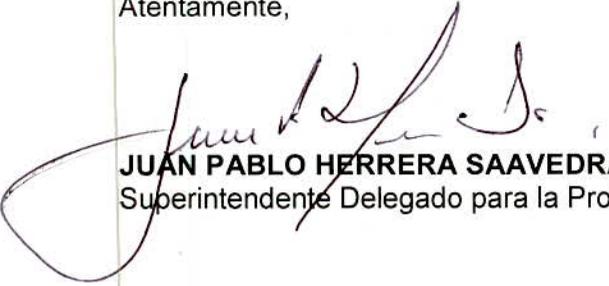
b) Autoridad municipal:

- **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.

Atentamente,



JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia