

EMPRESAS DISTRIBUIDORAS DE GAS NATURAL – Registro de firmas instaladoras de redes internas / INSTALADOR DE REDES INTERNAS DE GAS NATURAL – Requisitos para su registro

Las empresas distribuidoras deben llevar un Registro de las firmas instaladoras de redes internas de gas natural que operen en su sector de distribución, para lo cual deben tener en cuenta las condiciones técnicas consagradas expresamente en la regulación por las autoridades competentes y, por consiguiente, no pueden negar el registro a los instaladores que reúnan dichas condiciones técnicas o limitar su acceso al mercado conexo de instalación de redes internas de gas natural. En relación con los requisitos que deben cumplir quienes deseen obtener el registro como instaladores de redes internas de gas natural, establecidos en la regulación, por las autoridades competentes, se encuentran los siguientes: 1. Certificación de conformidad del personal, expedida por un organismo de certificación de personas, acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia, de acuerdo con el artículo 5º, numeral 1, del Decreto 4738 de 15 de diciembre de 2008, expedido por el Presidente de la República; 2. Inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores de la Superintendencia mencionada; 3. Estar legalmente inscritos en la Cámara de Comercio; y 4. Contar con el Registro de Información Tributaria (RIT) y el Registro Único Tributario (RUT).

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Sanción a Gases de Occidente S.A. E.S.P. / GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. – Abuso de posición dominante: exigir requisitos adicionales a los previstos en la regulación a los instaladores de redes internas de gas natural para su registro

La motivación de los actos administrativos acusados fue congruente y coherente, dado que la Superintendencia de Industria y Comercio indicó claramente que la conducta por la cual investigó y sancionó a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. fue por establecer o exigir requisitos restrictivos de la competencia, para otorgar el registro de instaladores de redes internas de gas natural, vale decir, por exigir requisitos, durante el período de abril a agosto de 2011, que impidieron que instaladores independientes pudieran acceder al registro de la empresa demandante y, por tanto, no tuvieron la oportunidad de acceder al mercado de instalación de redes internas de gas natural, ni estuvieran autorizados para ofrecer sus servicios a los usuarios del mercado de distribución de gas. Es decir, por establecer requisitos que, a la luz de las normas de protección a la competencia, son constitutivos de un comportamiento abusivo de una posición de dominio, conforme lo establece el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y, por consiguiente, violatoria del artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – No desconoció el debido proceso ni incurrió en falsa motivación al imponer sanción a Gases de Occidente S.A. E.S.P. por contravenir normas sobre prácticas comerciales restrictivas

Las razones antes expuestas demuestran que la Superintendencia expresó de manera clara y precisa los motivos determinantes que la llevaron a sancionar a la actora, vale decir, por cuanto la demandante abusó de su posición de dominio, al obstruir e impedir el acceso de instaladores al mercado de instalación de redes internas de gas natural, en la zona en la que es ella distribuidora de gas natural, durante el período de abril a agosto de 2011, mediante el establecimiento de requisitos que exceden los previstos por las autoridades competentes, para

otorgar el registro de los mencionados instaladores, como se dijo anteriormente, lo cual permitió a la demandante que se centrara en los motivos realmente determinantes de la decisión sancionatoria, y a ejercer en debida forma su derecho de contradicción y defensa, a través de la interposición del recurso de reposición y presentación de solicitudes de nulidad. En segundo lugar, se observa que la recurrente señaló que se incurrió en FALSA MOTIVACIÓN, con fundamento en la inexistencia de la situación de hecho que dio lugar a la imposición de la sanción de multa y por error de derecho, en la medida en que para la fecha en que se profirieron y quedaron ejecutoriados los actos administrativos demandados, habían desaparecido los fundamentos de hecho que sustentan tal sanción, además de que se configuró una errónea interpretación de las normas que fundamentan dichos actos y que rigen el ejercicio de la función administrativa. Para la Sala no es de recibo este argumento, habida cuenta de que las consideraciones expuestas en este acápite de la sentencia recurrida resultan válidas para demostrar que se hizo una interpretación de las normas, que fundamentan los actos administrativos demandados, ajustada a derecho, y que la actora sí incurrió en la mencionada conducta durante el período de abril a agosto de 2011. Vale la pena precisar que si bien dicha conducta solo tuvo ocurrencia en ese tiempo, la demandante la cometió y es acreedora de la sanción, independientemente de que haya dejado de realizarla con posterioridad a ese período y antes de la expedición de los actos demandados, pues lo cierto es que se comprobó que ella violó lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto núm. 2153 de 1992 y en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION 067 DE 1995 – NUMERAL 4.14 / RESOLUCION 039 DE 1995 – PARAGRAFO DEL ANEXO 2 / RESOLUCION 108 DE 1997 – ARTICULO 19 / DECRETO 2153 DE 1992 – ARTICULO 50 / LEY 142 DE 1994 – ARTICULO 34

NORMA DEMANDADA: NO APLICA

NOTA DE RELATORIA: Abuso de la posición dominante, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 26 de junio de 2015, Rad. 2009-00493-00, MP. Marco Antonio Velilla Moreno. Proporcionalidad de la sanción, Consejo de Estado Sección Primera, sentencia de 18 de agosto de 2005, Rad. 2002-00524-01, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

NOTA DE RELATORIA: Síntesis del caso: Gases de Occidente S.A. E.S.P., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó las Resoluciones 4907 de 18 de febrero de 2013, *“por medio de la cual se impone una sanción”*, y la 27748 de 14 de mayo de 2013, *“por la cual se resuelve un recurso de reposición”*, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio. La Sala confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las pretensiones de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-41-000-2013-02773-01

Actor: GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de 11 de septiembre de 2014, proferida por la Sección Primera -Subsección "A"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., por medio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Se declare la nulidad de las **Resoluciones núms. 4907 de 18 de febrero de 2013** "*Por la cual se imponen unas sanciones*" y **27748 de 14 de mayo de 2013**, "*Por la cual se resuelve un recurso de reposición*", expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio.

2ª. Se restablezca el derecho vulnerado a la actora con la expedición de los actos administrativos acusados, cuya declaratoria de nulidad se solicita, el cual opera con la expedición y ejecutoria de la sentencia que declare la nulidad de las Resoluciones acusadas.

3ª. Que a título de reparación del daño causado a la demandante, se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio al reconocimiento y pago en favor de la actora, de la totalidad de los perjuicios materiales a ella ocasionados con la imposición y pago de la sanción pecuniaria impuesta mediante los actos administrativos demandados, para lo cual se ordenara la devolución del valor

pagado a título de sanción. Suma que deberá ser indexada y sobre la cual se deberán liquidar intereses comerciales corrientes hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y a partir de ésta o del auto que apruebe la conciliación judicial en el evento en que ésta tenga lugar, se reconozcan intereses moratorios, en el caso en que la demandada incurra en retardo en el pago correspondiente.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

1ª. Se declare la nulidad de la **Resoluciones núm. 4907 de 18 de febrero de 2013 “Por la cual se imponen unas sanciones” y 27748 de 14 de mayo de 2013, “Por la cual se resuelve un recurso de reposición”,** expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio, en el sentido de modificar la tasación de la sanción impuesta, efectuando una disminución de la misma conforme a un juicio de proporcionalidad razonable, teniendo en cuenta la conducta objeto de sanción y los efectos de la misma.

2ª. Como consecuencia de la anterior pretensión, se restablezca el derecho vulnerado a la actora con la expedición de los actos administrativos acusados, cuya declaratoria de nulidad se solicita, el cual opera con la expedición y ejecutoria de la sentencia que declare la nulidad de las Resoluciones acusadas, en el sentido de modificar la tasación de la sanción impuesta.

3ª. Que se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio al reconocimiento y pago en favor de la actora, de la totalidad de los perjuicios materiales que le fueron ocasionados a ésta, con la imposición y pago de la sanción pecuniaria impuesta mediante las Resoluciones demandadas, para lo cual se ordenará la devolución por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio del valor pagado en exceso por la demandante, a título de sanción (multa), conforme se establezca en la sentencia que declare la nulidad parcial de los actos administrativos demandados y que, en consecuencia, modifique la tasación de la sanción impuesta. Suma que deberá ser indexada y sobre la cual se deberán liquidar intereses comerciales corrientes hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y a partir de esta fecha o del auto que apruebe la conciliación judicial, en el caso en que la demandada incurra en retardo en el pago correspondiente.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

1º. La Sociedad **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.** fue constituida mediante escritura pública núm. 881 de 27 de mayo de 1991, otorgada en la Notaría Quince del Círculo Notarial de Santiago de Cali.

2º. Mediante la Resolución núm. 4359 de 12 de febrero de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó abrir investigación contra **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.**, a efectos de establecer si dicha sociedad infringió lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto núm. 2153 de 1992 y 34 de la Ley 142 de 1994, esto es, por presuntamente incurrir en abuso de posición dominante en el mercado conexo de instalación de redes de gas natural.

Así mismo, ordenó abrir investigación contra el señor Arturo Gutiérrez de Piñeres Abello, en su calidad de Gerente General de **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.**, a fin de determinar si, en el desarrollo de las funciones de su cargo, infringió las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, vale decir, si incurrió en los hechos que generan la responsabilidad, prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

3º. Conforme a la citada Resolución de apertura, la investigación pretendía determinar si la sociedad demandante incurrió en abuso de su posición dominante en el mercado conexo de instalación de redes, por las conductas previstas en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto núm. 2153 de 1992, esto es, por subordinar el suministro del gas al pago de la “evaluación de conformidad” por fuera del cargo de conexión; si estaría obstruyendo con este actuar el acceso al mercado de redes internas de gas natural, conforme al numeral 6 del artículo 50 del Decreto núm. 2153 de 1992, al: (i) exigir requisitos adicionales a los establecidos en la regulación para el registro de instaladores de redes; (ii) exigir requisitos adicionales para la aprobación de redes internas y (iii) si el cargo adicional por el sobre costo del pago de la certificación de conformidad generaría efectos exclusorios en el mercado.

Igualmente, se señaló, en dicha Resolución, que de determinarse la veracidad de tales conductas, se habría incurrido en la violación a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

4º. El Superintendente de Industria y Comercio, a través de la **Resolución núm. 4907 de 18 de febrero de 2013**, acogió la recomendación dada, en el Informe Motivado por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en el sentido de sancionar a la sociedad **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.**, por haber incurrido en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto núm. 2153 de 1992 y de no sancionarla por la prevista en el numeral 3 del artículo antes citado, por cuanto dicha sociedad no incurrió en esa conducta.

Así mismo, acogió la recomendación de no sancionar al señor Arturo Gutiérrez de Piñeres, al no haber incurrido en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por no obrar pruebas suficientes.

5º. La citada **Resolución núm. 4907** concluyó que la sociedad **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.** tiene posición dominante en los mercados de distribución y comercialización de gas natural, mientras que en el de instalación de redes internas de gas natural (conexo a los dos primeros), tiene una posición minoritaria, dado que es un mercado nacional en el que puede participar cualquier empresa, que cumpla con los requisitos impuestos por la regulación para ofertar y prestar sus servicios.

Que se encuentra probado, en la actuación de apertura de investigación, que se configuraron los siguientes elementos para establecer el abuso de una posición dominante de la actora: (i.) la existencia de un mercado determinado en el cual el agente tenga posición de dominio; (ii.) la existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y consecuencial con el mercado dominado y (iii.) que el agente que tiene la posición de dominio use ese poder con el fin de obtener una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto de aquel en el cual posee dicho dominio.

En cuanto al referido tercer elemento, se explicó en dicha Resolución, que con anterioridad a abril de 2011, la empresa demandante no exigía a los instaladores registrarse éstos podían operar en su zona de influencia. En abril de 2011, la citada empresa implementó el registro, estableciendo requisitos adicionales, razón para que a pesar de que algunos de los instaladores de redes de gas natural, que estaban registrados ante otros distribuidores, no pudieran obtener el registro ante la empresa en mención.

Que estos requisitos adicionales le aseguran mantener su participación, e incluso aumentarla en el mercado de instalación de redes internas.

Que durante 4 meses, de abril a agosto de 2011, período en que estuvieron vigentes los dichos requisitos adicionales, éstos impidieron el registro de instaladores de redes internas de gas natural, al no cumplir con ellos. Por ello, la demandante generó una obstrucción de acceso al mercado de instalación de redes internas de gas natural, a aquellos instaladores de redes internas independientes que no tenían relación contractual con la empresa, incurriendo, así en abuso de posición de dominio, razón por la cual procede la imposición de sanción pecuniaria.

6º. En la referida Resolución, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una multa a la mencionada sociedad de \$1.311.657.500.00, equivalente a 2.225 SMMLV (salarios mínimos mensuales legales vigentes).

7º. Dicha sociedad, en la oportunidad procesal, interpuso el recurso de reposición contra la mencionada **Resolución núm. 4907 de 18 de febrero de 2013.**

8º. El Superintendente de Industria y Comercio, mediante la **Resolución núm. 27748 de 14 de mayo de 2013**, resolvió el citado recurso, y ordenó decretar de oficio y tener como pruebas dos certificaciones, expedidas por el señor José Darío Martínez Escudero, Gerente Técnico de la sociedad actora; negó tener en cuenta los pliegos de condiciones del proceso de selección abreviada Proceso SIC núm. 07 de 2012; y modificó el artículo quinto de la Resolución recurrida, y, en su lugar, redujo la sanción impuesta a la actora en la suma \$655'828.750.00, equivalentes a 1.112,5 SMMLV y confirmó en todas sus partes restantes, el acto administrativo sancionatorio acusado.

I.3.- A juicio de la actora se violaron los artículos 3º, 4º, 29, 83, 84, y 209 de la Constitución Política; 91, 93 y 137 del C.P.A.C.A.; 11 de la Ley 153 de 1987 y 34 de la Ley 142 de 1994.

Explicó el alcance de los cargos de violación, en síntesis, así:

. FALSA MOTIVACIÓN

Señaló que las pretensiones de la demanda se enmarcan exclusivamente en lo que concierne a los requisitos establecidos y exigidos por la actora, adicionales a aquellos establecidos y exigidos por la regulación, que rige la materia, concretamente, a los requisitos adicionales a los instaladores de las redes internas de gas natural, para efectos de registrarlos como prestadores de instalación de redes internas.

Expresó que los actos administrativos, cuya declaratoria de nulidad se pretende, de manera general, se encuentran viciados de ilegalidad, por incurrir en una falsa motivación, al encontrarse fundamentados de manera incongruente, incoherente y contradictoria, en supuestos normativos y fácticos, que al ser interpretados y aplicados de manera uniforme en el caso objeto de estudio, conllevan, inequívocamente, a conclusiones y decisiones opuestas.

Indicó que en la parte motiva de dichos actos administrativos, el sustento de los mismos es la vulneración a la regulación que rige los requisitos exigidos a quienes prestan el servicio de instalación de redes internas de gas natural, razón suficiente para concluir, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, que el exceso de los requisitos exigidos, al efecto, por la sociedad actora, es suficiente para sancionar tal conducta, mientras que en otros casos y, de manera especial, frente a los mismos requisitos exigidos de manera adicional, por esta empresa, la Superintendencia determinó que éstos no eran fundamento para la imposición de alguna sanción.

Explicó que la Autoridad Administrativa que expidió los actos administrativos acusados incurrió en falsa motivación, es decir, en la causal de nulidad prevista en el inciso 2º del artículo 137 del C. P.A.C.A., en concordancia con el artículo 138 ibídem, al ser evidente la contradicción o incoherencia que se desprende de la simple lectura de las Resoluciones demandadas, al observar que en algunos casos y en desmedro de la actora, se tuvo en cuenta para efectos de la imposición de la sanción, una aplicación taxativa de las normas que establecen los requisitos establecidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas- CREG- derivada de una interpretación estrecha y literal de las mismas, para concluir que los únicos requisitos exigibles para efectos del registro, por parte de la demandante, de los instaladores de redes internas de gas natural, eran los establecidos en la regulación correspondiente, y en otros casos, concluir que, en general y de manera amplia, los distribuidores de gas natural podían legalmente establecer y

exigir otros requisitos adicionales, siempre y cuando no incidieran en la competencia aplicable a este sector de la prestación del servicio.

Que lo anterior conduce a la violación del *debido proceso*, en cuanto se impidió a la sociedad actora ejercer en debida forma su derecho de contradicción y defensa, pues al carecer la motivación de la debida congruencia y coherencia con la parte resolutive, se indujo en error a la sociedad demandante con la imposición de la sanción, imposibilitando que la defensa de la misma se centrara en los motivos realmente determinantes de la decisión adoptada.

Advirtió que, igualmente, se incurrió en *una falsa motivación, por inexistencia de la situación de hecho* que dio lugar la imposición de la sanción de multa y en *un error de derecho*, toda vez que para la fecha en que se profirió y quedó ejecutoriado el acto administrativo sancionatorio habían desaparecido los fundamentos de hecho en los cuales se sustentó la sanción y que se dio, además, una errónea interpretación de las normas que los sustentan y que rigen el ejercicio de la función administrativa sancionatoria, al no tener en cuenta que la expedición de los actos administrativos está condicionada a la eficacia de los mismos y concretamente, en materia sancionatoria, a la finalidad de esta función administrativa, como lo es la de constituirse en un requerimiento y ser conminatoria frente a un eventual incumplimiento de un precepto legal.

Que también se incurrió *en falsa motivación, en la modalidad de error de hecho*, en la medida en que erige como supuesto de la restricción de la libre competencia del acceso al servicio de instalación de redes internas de gas natural, el hecho del que dan cuenta los mensajes de correo electrónico, que tienen como origen los correos enviados por el señor John Alexander Alzate con destino a la sociedad actora y las respuestas de ésta a aquel, al afirmar que la negativa inicial de registrarlo como prestador del servicio de instalación de redes internas de gas natural obedeció necesariamente a que éste no satisfizo los requisitos exigidos por la actora, más allá de los taxativamente establecidos en la regulación, cuando lo cierto es que de tales mensajes lo único que puede colegirse es que no se habían satisfecho los requisitos exigidos para efectos del registro, sin distinguir si se trataba de los exigidos taxativamente por la regulación o de los exigidos en particular por la actora.

Precisó que no se constituyó la conducta obstructiva de la competencia, por cuanto durante el tiempo en que ella rigió, la actora nunca se negó a inscribir a firma instaladora alguna, además de que ninguno de los requisitos adicionales a los establecidos por la ley y exigidos por la demandante eran de difícil o de imposible cumplimiento.

Que la ley exige para que se dé el abuso de posición dominante, que ocurra la conducta como acto, o que se llegue a un acuerdo a través de un contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, según lo establece el artículo 50, en concordancia con el artículo 44 del Decreto 2153 de 1992.

Que la simple adopción o expedición de reglas que contengan requisitos para lograr que firmas de instaladores de redes internas de gas natural pudieran acceder a construir e instalar dichas redes, pero sin que ellas produzcan efectos al mercado, contrarios a la libre competencia, no configura por sí mismo la conducta ilícita en contra del mercado, que es lo prohibido y castigado por la ley.

De otra parte, anotó que la instalación de redes internas de gas natural no es una actividad propia de los servicios públicos domiciliarios. Es conexas al mercado de distribución de gas natural, pero no al de los servicios públicos domiciliarios. Por tal razón, la demandante no pudo haber violado la Ley 142 de 1994, que reglamentó los servicios públicos.

VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.

Manifestó que los actos administrativos acusados se encuentran viciados de ilegalidad, dado que con su expedición se violó el artículo 29 de la Constitución Política, esto es, el derecho fundamental del debido proceso, en la medida en que la Superintendencia demandada no respetó el principio general, que rige la materia probatoria, que es el de la valoración de los medios probatorios, como sustento o soporte del acto administrativo o de la decisión judicial.

Que en el caso bajo examen, la Superintendencia de Industria y Comercio le dio pleno valor, para efectos de imponer la sanción de multa a la actora, a la prueba documental, consistente en los correos electrónicos, entre otros, contrariando la

certeza que debe conllevar el medio probatorio, que se valora y se erige en pilar o sustento del acto administrativo.

Indicó que mal podía la demandada dar el valor de plena prueba a los referidos mensajes, para concluir que fueron los requisitos exigidos de manera particular por la actora, los que impidieron el registro de los instaladores de redes internas de gas natural a personas, que como el señor John Alexander Alzate, no cumplían con los requisitos exigidos requeridos, sin establecer previamente que se trataba de aquellos requisitos, que de forma particular la demandante había exigido para tales efectos y no de aquellos exigidos de manera taxativa y general por la regulación imperante en la materia.

Sostuvo que, igualmente, se desconoció el derecho del debido proceso, como quiera que los elementos de la sanción no están previamente definidos, como lo ordena y exige el artículo 29 de la Constitución Política, al referirse “Leyes preexistentes al acto que se imputa”, con lo cual se dejó al libre arbitrio, en este evento, de la Superintendencia demandada, uno de los elementos que lo conforman, cual es el monto o valor de la sanción.

Explicó que el monto o valor de la sanción no se encuentra definido y taxativamente determinado y legalmente se vuelve determinable por la sola voluntad de la demandada, con posterioridad a la comisión de la conducta, razón por la cual se desconoce la garantía del investigado y se arroga la Administración una facultad que solamente está prevista para el Legislador.

VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA.

Adujo que con la expedición de las Resoluciones demandadas se desconocieron dichos principios, consagrados en los artículos 83 y 84 de la Constitución Política, toda vez que la sociedad demandante exigió, para efectos del registro de instaladores de redes internas de gas natural, requisitos no previstos de manera taxativa en la regulación que rige la materia, con miras a garantizar una completa idoneidad de quienes podían ofrecer y prestar el servicio referido, en aras de proteger al usuario del servicio de gas natural, de una eficiente prestación del servicio de instalación en sí misma considerada y de la ocurrencia de los riesgos, que conlleva la prestación del servicio, dada su naturaleza, de por sí peligrosa, y la responsabilidad que ello implicaba y que conforme lo establece la ley, está

expresamente radicada en cabeza del distribuidor, en este caso de la demandante, así como a efectos de garantizar que la prestación de dicho servicio sea oportuna, es decir, se lleve a cabo en términos de tiempo razonables.

Insistió que ello no era en desmedro de la seguridad de los usuarios, por lo cual en aplicación y desarrollo de los requisitos literal y taxativamente establecidos en la regulación, la demandante, como concedora, experta y responsable, en lo que concierne a la distribución y prestación del servicio público domiciliario de gas natural, exigió requisitos particulares, que en una correcta lectura e interpretación de la regulación, se encuentran implícitos en la misma, como ocurre con los requisitos de experiencia y del número de instaladores de redes internas de gas natural, con los cuales debía contar, quien pretendiera registrarse como tal en dicha empresa, al igual que ocurrió con la exigencia de tener el instalador de redes internas de gas natural una oficina abierta para los usuarios en los Municipios, donde preste dicho servicio y demostrar metodología recursos y puntos de atención adecuados, requisito éste que la demandada tuvo a bien considerar no excesivo, aun cuando en estricto y literal sentido desborda la regulación.

VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Mencionó que aún en el supuesto de que no se acceda a la declaratoria de nulidad de los actos administrativos referidos por las razones antes expuestas, se configura el cargo de ilegalidad, dado que la Superintendencia demandada al imponer la sanción de multa, específicamente, al tasar el monto de dicha sanción pecuniaria, desconoció el principio de proporcionalidad.

Alegó que el monto de la sanción impuesta a la actora no consulta el impacto o incidencia de la conducta sancionada, toda vez que, de una parte, si bien las personas que podían acceder a la prestación del servicio de instalación de redes internas de gas natural debían cumplir la totalidad de los requisitos exigidos, no solamente por la regulación, sino los requeridos por la actora, éstos últimos no eran de difícil e imposible cumplimiento.

Que, tan así es, que los instaladores de las redes internas de la demandante, registrados y avalados por ésta, para ese efecto, los satisfacían a cabalidad. Circunstancia que permite colegir que la conducta sancionada no revestía la gravedad y magnitud que la Superintendencia le asigna, para sancionarla; además

de que los usuarios no resultaron afectados, en cuanto pudieron oportunamente acceder al servicio de suministro de gas natural, mediante la conexión de redes internas. Consideración ésta que no se tuvo en cuenta como criterio de graduación de la sanción pecuniaria a imponer a la demandante, como bien lo establece, tanto la CREG, como misma la Superintendencia de Industria y Comercio.

Que en ningún momento, la demandada en los actos acusados expresó las razones que justifican el monto de la multa impuesta a la actora.

Precisó que si bien es cierto que el principio de proporcionalidad es discrecional, en lo que se refiere a la tasación del monto de la sanción pecuniaria a imponer, ello no implica el desconocimiento de los parámetros que gobiernan dicha facultad y que impiden que su ejercicio por parte de la Administración sea arbitrario, ya que además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la determinación y aplicación de las diferentes sanciones y, en especial, de aquellas sanciones de tipo pecuniario, como lo son las multas, producen efectos directos sobre el patrimonio de las empresas prestadoras del servicio público, sobre todo, porque éstas pueden incidir de manera negativa en la consecución de la finalidad de la norma, de tal suerte que desaparezca el principal objetivo que sustenta su ejercicio.

Que, en virtud de lo anterior, la Superintendencia demandada está obligada a imponer sanciones proporcionales a la gravedad de la conducta, objeto de sanción. Circunstancia que depende dentro del contexto normativo, que regula el ejercicio de sus funciones, consultar la incidencia que la conducta tenga en la consecución de la finalidad de la norma y el propósito que se busca al hacer uso de la facultad sancionatoria, sin que en ningún aparte de los actos administrativos acusados, la Superintendencia demandada haya expresado las razones que justifican el monto de la multa impuesta a la sociedad actora.

VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Sostuvo que las causales de ilegalidad y por tanto constitutivas de nulidad de los actos administrativos, cuya declaratoria se pretende, de manera general desconocen el principio de legalidad al que deben ajustarse todas las autoridades públicas, entre ellas, las Autoridades Administrativas.

Afirmó que los artículos 1º y 4º de la Constitución Política, de la Ley 153 de 1887, establecen que Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado, entre otras, en la prevalencia del interés general, en la supremacía o jerarquía normativa, es decir, en la sujeción de las normas de inferior naturaleza a todas aquellas que le sean superiores, siendo el extremo principal o cabeza de dicha jerarquía normativa la Constitución Política de Colombia. Es por ello que la Doctrina y la Jurisprudencia han centrado su atención en el desarrollo de los conceptos del Estado de Derecho y Principio de Legalidad.

Por lo anterior, concluyó que la validez jurídica de una norma guarda relación directa con su producción dentro de la órbita de la norma jurídica superior.

Que es por ello, que las Resoluciones acusadas resultan violatorias de las normas citadas, en cuanto transgreden disposiciones de carácter superior.

I.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

I.4.1.- La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Que hay inexistencia de falsa motivación, dado que los motivos en que se fundan los actos administrativos demandados son ciertos, claros, puntuales, suficientes y se encuentran debidamente soportados con el acervo probatorio referido por el operador del servicio.

Que dentro de dichos actos se encuentran las razones de hecho y de derecho, que conllevaron su expedición, sin que los mismos hubiesen implicado algún tipo de ilegalidad o arbitrariedad.

Que así mismo, señalan de manera puntual, efectiva y extensa las razones, que motivaron la sanción impuesta, que no son otras, que la motivación de requisitos ilegales para restringir la entrada a un mercado dominado tradicionalmente por la sancionada.

Indicó que en la investigación se concluyó que la actora ostenta posición dominante en el mercado de distribución y comercialización de gas natural en Cali y Yumbo, en el Departamento del Valle del Cauca.

Que la instalación de redes internas es un mercado conexo al de distribución y comercialización de gas natural, que se caracteriza por ser un mercado independiente, en el que existe la libre concurrencia de empresas y en el que el usuario final tiene la libertad de contratar a la empresa con quien desee realizar la instalación de su red interna de gas y asumir el costo de la instalación. Por lo tanto, la empresa de distribución no puede imponerle al usuario la firma con la que debe contratar la construcción de su red interna de gas natural, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4.14 de la Resolución CREG núm. 067 de 1995.

Expresó que en la investigación se identificó que según la regulación vigente, los instaladores para garantizar la seguridad e idoneidad de su servicio, deben cumplir con los siguientes requisitos de idoneidad: (i.) certificación de conformidad del personal, expedido por un organismo de certificación de personas, acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia actualmente; ii.) inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores de la Superintendencia mencionada; (iii.) estar legalmente inscritos en la Cámara de Comercio y iv.) contar con el Registro de Información Tributaria (RIT) y el Registro Único Tributario (RUT).

Precisó que cualquier empresa que cumpla con los requisitos técnicos para instalar las redes internas y éste debidamente registrada ante el distribuidor, puede ofrecer y prestar los servicios de instalación en el área geográfica de influencia del distribuidor de gas.

Que el mercado geográfico afectado es aquel en que la actora tiene influencia. Para el caso que nos ocupa, el afectado es el de instalación de redes internas de gas natural, en las zonas en las que la actora tiene influencia en los Departamentos del Valle del Cauca y Cauca.

Resaltó que la sociedad demandante se comporta como monopolista en las áreas de servicio exclusivo y, al menos, tiene una alta participación en las de servicio no exclusivo, en las actividades de distribución y comercialización de gas natural en el mercado geográfico definido, donde además hay altas barreras de entrada,

razón por la cual se debe concluir que la empresa tiene posición de dominio en dicho mercado.

Anotó que de acuerdo con la información que reposa en el expediente, la actora participaba de manera directa e indirecta, en el mercado de instalación de redes internas de gas natural, en la misma área geográfica en la que ostentaba posición de dominio, y que en dicho mercado participa a través de 7 contratistas.

Manifestó que para que las empresas instaladoras puedan ofrecer y prestar sus servicios de instalación en una zona determinada del país, deben primero registrarse ante el distribuidor local de gas natural y, por ende, deben cumplir con todos los requisitos técnicos que les exigen las normas para poder ofrecer sus servicios.

Que el único requisito necesario para que las empresas otorguen el registro es el cumplimiento de las exigencias de idoneidad técnica que deben cumplir las empresas instaladoras de redes, conforme lo dispone el artículo 19 de la Resolución CREG núm. 108 de 1997.

Señaló que antes de abril de 2011, la actora no exigía que estuvieran registradas las empresas instaladoras, que desearan ofrecer y prestar sus servicios en la zona de operación de aquella; y había libre competencia en el mercado de instalación de redes internas en zona geográfica, en tanto que dichas instalaciones eran realizadas no sólo por las 7 empresas contratistas de la demandante, sino por otras empresas, que no tenían relación contractual con la actora.

Que a partir de abril de 2011 y durante los 4 meses que duraron vigentes los requisitos de registro impuestos por la demandante, ninguno de los instaladores de redes, que no fueran contratistas de la actora, logró el registro ante ella, teniendo en cuenta los requisitos adicionales a los de la regulación que exigía.

Aclaró que la Superintendencia de Industria y Comercio, obrando como autoridad única en materia de libre competencia, sólo podía pronunciarse frente aquellos requisitos adicionales que afectaran las dinámicas del mercado de instalación de redes internas de gas natural, mas no sobre aquellos que no obstante ser adicionales, no afectaban la libre competencia, por cuanto su conocimiento

correspondía a otras autoridades propias del sector, en la medida en que no fueron consideradas restrictivas de la libre competencia.

Expresó que la entidad demandada estableció que se configuró una obstrucción del mercado por parte de la actora para otorgar el registro a terceros instaladores de redes internas de gas.

Que la Superintendencia demandada analizó cada uno de los requisitos técnicos, legales y laborales exigidos por la actora y concluyó que en varios de ellos, la sociedad convocante excedió las exigencias prevista en la regulación, generando así un efecto exclusorio de los terceros que cumpliendo con los requerimientos legales se quisieran registrar, frente a los 7 contratistas de instalaciones internas de la demandante.

Que tan exclusorio fue el efecto, que ningún competidor diferente de los afiliados a la sociedad demandante se pudo registrar como prestador del servicio durante el tiempo en que estuvieron vigentes los mencionados requisitos.

Adicionalmente, pudo comprobar que la demandante exigió requisitos que ni siquiera están previstos en la regulación y que algunos de ellos también obstruyen el acceso al mercado de instalación de redes. Que, en consecuencia, concluyó que la actora incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Que, igualmente, concluyó que dado que durante la investigación se encontró probada la obstrucción de mercado por parte de la demandante, también, por consiguiente, violó lo dispuesto en la norma especial sobre servicios públicos domiciliarios.

Con respecto a lo alegado por la actora, en el sentido de que se incurrió en falsa motivación y error de derecho, en la medida en que para la fecha de la sanción, los hechos objeto de investigación ya habían desaparecido, estimó que la medida adoptada por la actora estuvo vigente entre los meses de abril y agosto de 2011 y que no importa que la conducta hubiese cesado de forma previa a la expedición de los actos, pues tal circunstancia en forma alguna desdibuja y diluye el hecho de que la conducta se concretó tanto por objeto, como por efecto.

Que el único límite temporal que tiene la Administración para reprochar este tipo de infracciones es la caducidad de la facultad sancionatoria, pero no se podrá llegar a conclusión diferente a que dicha caducidad no operó.

PRESUNTA VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.

Frente a la violación al debido proceso, señaló que ésta no se presentó. Que durante la investigación, se procedió a practicar y valorar todas las pruebas pertinentes, conducentes y útiles para esclarecer los hechos.

Advirtió que de los documentos obrantes en el expediente núm. 11-87446 y contentivo de la actuación administrativa demandada, se concluye en forma clara y precisa que la Superintendencia demandada se ajustó plenamente a derecho, así como al trámite administrativo previsto, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa que le asistía a los investigados, asunto que de igual forma desvirtúa las supuestas violaciones.

Indicó que de conformidad con el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3º de la Ley 1340 de 2009, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las normas sobre protección de la competencia y prácticas restrictivas, “para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”.

Anotó que de acuerdo con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con los numerales 8, 11 y 12 del artículo 3º ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

Con relación a los correos electrónicos, afirmó que de éstos se desprende la exigencia de requisitos adicionales a los fijados por la ley a los instaladores y la negación de acceso al registro de instaladores por el incumplimiento de dichos adicionales.

Expresó que no probó en sede administrativa que la conducta no fuese significativa en el mercado, de tal manera que dicho argumento no tiene vocación de prosperidad. Por el contrario, se probó que generó un impacto negativo en el mercado conexo de instalación de redes internas y, por consiguiente, en el de la provisión de gas natural, cuya importancia económica y social no se puede desconocer.

Que tampoco le asiste razón con respecto al argumento de no haberse probado un acto, contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela, por cuanto dichos conceptos se refieren a los acuerdos y actos anticompetitivos, reglados en los artículos 47 y 48 del Decreto 2153 de 1992, y no al abuso de posición dominante, reglado en el artículo 50 del citado Decreto.

PRINCIPIOS DE BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA.

Estimó que no se transgredieron estos principios, como quiera que las referidas exigencias son contrarias a normas de la libre competencia, además de que no es de recibo que las sustenten como consecuencia de la responsabilidad que la ley le endilga al distribuidor, dado que dicha responsabilidad, así como los requisitos exigidos a los instaladores, los determina la Ley y no el distribuidor de forma unilateral.

DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN.

Adujo que conforme al principio de proporcionalidad, que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Señaló que para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad

de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, etc.

Mencionó que en los procesos de dosificación de sanción que realiza la demandada, la multa a imponer a la sociedad y a las personas naturales que se sancionan, responde a las condiciones, características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que se reprocha y en ningún caso, busca excluir al investigado del mercado, ni imponer multas exageradas con relación al grado de responsabilidad en la afectación de la competencia.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

Mediante la sentencia de 11 de septiembre de 2014, la Sección Primera - Subsección "A"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda, con base en los razonamientos, que pueden resumirse así:

Expresó que, en primer lugar, según lo evidenciado en el proceso, debe descartarse que la decisión que se analiza fue *falsamente motivada* por el hecho de encontrarse fundamentada de manera incongruente, incoherente y contradictoria, pues la causa que originó la decisión fue la imposición, por parte de la entidad demandante, de los requisitos a los instaladores de redes internas de gas natural, adicionales a los previstos por el Legislador en la materia, esto es, la CREG, haciendo uso de su posición dominante en el mercado.

Manifestó que las actividades desarrolladas por la actora se concentraron principalmente en el Departamento del Valle, específicamente en el norte del mismo, en el que no tenían competencia otras empresas prestadoras en el mismo ramo, por lo que se infiere su poder dominante en el mercado de distribución y comercialización de gas natural, lo cual le aseguraba su influencia y participación casi del 100% en ese mercado, dado que abarcaba 23 Municipios del Departamento del Valle.

Señaló que de acuerdo con el numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, la sociedad actora ostentaba una posición dominante y casi monopolística en el Departamento del Valle del Cauca, aspecto que tuvo en su favor para establecer los requisitos adicionales a los instaladores de gas natural, que dieron origen a la queja y posterior sanción a la sociedad demandante.

Que entre los meses de abril y agosto de 2011, la actora implementó requisitos adicionales para el registro de instaladores independientes y construcción de redes internas instaladas por ellos, y más gravosas que los exigidos en la regulación vigente. Circunstancia que conllevó a que durante ese período no pudieran registrar, ni contratar, ni muchos menos prestar el referido servicio de instalación de redes internas personas diferentes a las empresas registradas con la demandante, por lo que se obstruyó el acceso al mercado de instalación de redes internas.

Estimó que los requisitos exigidos por la demandante excedieron los previstos en la norma reguladora, pero que éste no fue el argumento central utilizado por la Superintendencia demandada para imponer la sanción, por cuanto no tenía facultades para intervenir en materia regulatoria de la prestación de un servicio público, como en este caso, el gas natural, el cual es del resorte de la Superintendencia de Servicios Públicos, pero sí en materia de conductas anticompetitivas, de la cual es la autoridad nacional de competencia, en materia de su protección, de conformidad con el numeral 10 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 6 del artículo 3º del Decreto 4886 de 2011 y el artículo 4º de la Ley 1340 de 2009.

Que de acuerdo con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con los numerales 8, 11 y 12 del artículo 3º ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

Indicó que la sociedad demandante incurrió en abuso de posición dominante, al impedir el acceso al mercado de instalación de redes internas de gas natural

durante el período comprendido entre abril y agosto de 2011, “incurriendo con esta conducta en las causales 3 y 6¹, razón por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso la sanción que como se observó descansa en la normatividad citada”.

Con respecto a los principios de la buena fe y la confianza legítima, afirmó que se descartaba su desconocimiento, por cuanto no le es dado a los particulares asumir el rol del legislador, y, menos aún, cuando las normas que rigen la materia tienen el carácter especial, como las Resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, tales como las Resoluciones CREG 033 de 1999, CREG 011 de 2003 y la Ley 142 de 1994, que rige la prestación de los servicios públicos, entre otras, y respecto de lo cual, la actora no aduce en contrario, ni aporta prueba que las desvirtúe.

En relación con la *violación del debido proceso*, advirtió que el procedimiento que se adelanta en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia y que fue aplicado en las actuaciones, que dio origen a las Resoluciones acusada, se encuentra descrito en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Que del examen del plenario, se observa que en el cuaderno núm. 5 de los antecedentes administrativos, a folios 1769 a 1774, obra la Resolución núm. 35339 de 2012, mediante la cual la Superintendencia demandada decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la demandante y por el señor Arturo Gutiérrez de Piñeres, entre las cuales, se encontraban pruebas documentales, testimoniales e interrogatorio de parte, con lo cual se evidencia que no sólo se le dio valor a los correos electrónicos alegados por la actora, sino que también valoró otros medios probatorios, brindando la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa y contradicción, base del principio constitucional del debido proceso en el trámite administrativo.

Sobre los elementos de la sanción, consideró que revisada la multa impuesta por la demandada, se tiene que la Superintendencia inicialmente aplicó la suma equivalente a 2.225 salarios mínimos legales vigentes. Suma que posteriormente se modificó, al ser resuelto el recurso de reposición, quedando en la suma

¹ Numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

equivalente a 1.112,5 salarios mínimos legales vigentes, valores que están dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Que en el caso sub examine, se configuran los tres presupuestos para la procedencia de la imposición de la sanción, toda vez que la demandante incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, dado que se estableció que la demandante al publicar y exigir los requisitos adicionales para el registro de instaladores en su página web, para la construcción de redes internas, de manera que pudiera expedir el respectivo certificado de conformidad a los instaladores durante los meses de abril a agosto de 2011, abusó de su posición y obstruyó el acceso al mercado de instalación de redes internas, lo cual es suficiente para imponer la sanción, sin necesidad de acudir a los criterios de culpabilidad, que alega la actora.

Manifestó que no encontró que los actos acusados hayan desconocido los criterios requeridos para determinar el monto de la sanción, pues la motivación consignada en las Resoluciones demandadas es suficiente para justificar la sanción, donde se hizo la ponderación de los beneficios obtenidos por el infractor. Todo lo cual repercute en la buena marcha del servicio público y es en relación con ello que se debe valorar la proporcionalidad de la sanción, razón por la cual ésta resulta razonable y responde a los criterios que para imponerla señala el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Concluyó que la demandante no logró desvirtuar las razones que dieron lugar a la imposición de la sanción por parte de la Superintendencia demandada, razón por la cual la decisión contenida en los actos acusados fue justificada y proporcional, atendiendo la normativa constitucional y legal vigente, aplicable al caso, frente a la competencia sancionatoria que le asiste a la demandada respecto de sus vigilados, observando el debido proceso y respetando los principios de proporcionalidad, la buena fe y la confianza legítima.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

La actora fincó su inconformidad, en esencia, así:

Estimó que de la sentencia recurrida se colige que ésta no analiza, ni mucho menos desvirtúa la validez de los cargos formulados contra los actos administrativos acusado.

Destacó que dicha sentencia incurre en un error, que es determinante en la decisión objeto de ésta, como en su parte considerativa, en la medida en que colige que la sanción impuesta a la actora encuentra su fundamento en las conductas previstas en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, cuando la sanción impuesta se origina exclusivamente en la conducta establecida en el numeral 6 de dicho Decreto, pues los actos administrativos acusados expresamente declararon que la demandante no incurrió en la conducta prevista en el numeral 3 de dicha norma. Error que incide en la aplicación del principio de proporcionalidad y, por lo tanto, en la graduación de la sanción impuesta.

Adujo que el fallo recurrido en modo alguno analiza el cargo, consistente en que la falsa motivación por incongruencia, incoherencia y contradicción y por interpretación y aplicación no uniformes de los supuestos normativos y fácticos en el caso objeto de estudio, conllevan a conclusiones y decisiones opuestas, y que ello se da al sustentar la motivación de los actos acusados, pues respecto del exceso de los requisitos exigidos a quienes prestan el servicio de instalación de redes internas de gas natural, la Superintendencia demandada concluye que ello es suficiente para sancionar tal conducta, mientras que en otros casos, y de manera especial, frente a los mismos requisitos exigidos de manera adicional, concluye que éstos no son fundamento para la imposición de la sanción.

Aclaró que lo que fundamenta el cargo es que el tratamiento y consecuencias jurídicas no es el mismo o es completamente dispar, para unos y otros de tales requisitos adicionales, señalados en la norma de regulación de la CREG, dado que respecto de algunos de esos requisitos adicionales concluye que ello es suficiente para sancionar esa conducta, mientras que respecto de otros requisitos adicionales concluye que no son fundamento para la imposición de la sanción, cuando la Resolución de la CREG simplemente enumera dichos requisitos, sin hacer distinción entre unos y otros, es decir, con sujeción al mismo tratamiento normativo y jurídico. De ahí la incongruencia, incoherencia y contradicción que sustentan el cargo, que la sentencia recurrida omitió analizar.

Manifestó que la sentencia apelada tampoco se detuvo a estudiar el cargo que por violación al debido proceso, se estructura en el escrito de la demanda, sobre la base de que la incongruencia, incoherencia y contradicción, impidieron al demandante ejercer en debida forma su derecho de contradicción y defensa, al inducirla en error, impidiendo que ella se centrara en los motivos realmente determinantes de la decisión administrativa sancionatoria.

Expresó que en parte alguna de dicha sentencia se hizo mención con relación al cargo de falsa motivación, con fundamento en la inexistencia de la situación de hecho que dio lugar a la imposición de la sanción y por error de derecho, en la medida que para la fecha en que se profirieron y quedaron ejecutoriados los actos administrativos acusados habían desaparecido los fundamentos de hecho, que sustentan la sanción, además de que se configuró una errónea interpretación de las normas que fundamentan dichos actos y que rigen el ejercicio de la función administrativa.

Que omitió valorar el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, que permite, aún en la etapa de investigación, ordenar su clausura, y, por tanto, aplicarla en este evento, máxime cuando la actora no sólo brindaba garantías de que suspendería o modificaría la conducta, sino que ya había modificado totalmente su conducta, al eliminar totalmente la exigencia de requisitos adicionales a los instaladores de redes internas de gas natural.

Advirtió que se incurrió en apreciación errónea del cargo formulado en el líbello de la demanda por falsa motivación, en cuanto en éste no se cuestiona la validez de los correos electrónicos y su valoración probatoria.

Que la sustentación del cargo radica en que el contenido del correo electrónico no permite establecer que la negativa de la demandante a registrar como instalador de redes internas de gas natural al señor Jhon Alexander Alzate sea por el incumplimiento de requisitos adicionales establecido por la actora o por el incumplimiento de los requisitos exigidos y enumerados por la CREG.

Finalmente, alegó que en dicho fallo no se analizaron material, sino formalmente, los cargos por violación de los principios de la buena fe y de la confianza legítima, como tampoco el de proporcionalidad de la imposición de la sanción, en cuanto los

actos demandados no indican o fundamentan la valoración de la sanción y muchos menos, hacen la ponderación de los beneficios obtenidos por el infractor.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En esta etapa procesal, la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las **Resoluciones núms. 4907 de 18 de febrero de 2013** “*Por la cual se imponen unas sanciones*”, y **27748 de 14 de mayo de 2013**, “*Por la cual se resuelve un recurso de reposición*”, expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio, por medio de las cuales, respectivamente, se impuso a **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.** una multa por valor de \$1.311.657.500.00, equivalente a 2.225 SMMLV (salarios mínimos mensuales legales vigentes); y se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera Resolución, en el sentido de modificar el artículo quinto de la Resolución recurrida, y, en su lugar, reducir la sanción impuesta a la actora en la suma \$655.828.750.00, equivalentes a 1.112,5 SMMLV y confirmar en todas sus partes restantes, el acto administrativo sancionatorio acusado.

La anterior sanción pecuniaria fue impuesta como resultado de la investigación administrativa adelantada contra la mencionada sociedad, al comprobar la violación de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto núm. 2153 de 1992 y en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, en cuanto abusó de su posición de dominio, al obstruir e impedir el acceso de instaladores al mercado de instalación de redes internas de gas natural, en la zona en la que es ella distribuidora de gas natural, durante el período de abril a agosto de 2011, mediante el establecimiento de requisitos que exceden los previstos por la regulación, para otorgar el registro de los mencionados instaladores.

A este respecto, debe la Sala precisar que la Superintendencia demandada no sancionó a la actora por la violación de la conducta establecida en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto núm. 2153 de 1992, conforme lo señaló el fallador de primera instancia en la sentencia apelada, sino que solo lo hizo por la conducta prevista en el numeral 6 del citado artículo 50.

En efecto, en la **Resolución núm. 4907 de 2013 acusada**, la Superintendencia de Industria y Comercio fue muy clara al señalar, en su parte considerativa, que “se estableció que GDO² **no incurrió en la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992**, puesto que no probó que GDO, directamente o a través del organismo de inspección con el que tiene convenio, estuviera cobrando la evaluación de conformidad por fuera del cargo de conexión.”, y en su parte resolutive dispuso: “**ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P., con NIT 800167643-5, no contravino lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992**”.

(Negrillas y subrayas fuera de texto).

Ahora bien, los motivos de inconformidad expuestos por la recurrente, en el escrito de apelación, reiteran los argumentos expresados en los cargos de la demanda, los cuales se pueden resumir en: “**FALSA MOTIVACIÓN**”, “**VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO**” “**VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA BUENA FE Y CONFIANZA LEGÍTIMA**” y “**VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**”, al considerar que la sentencia recurrida no analizó, ni desvirtuó la validez de los cargos formulados, razón por la cual la Sala procederá a examinarlos, en aras de establecer la legalidad de los actos demandados.

En primer lugar, la actora señaló que los actos administrativos acusados, cuya declaratoria de nulidad se pretende, se encuentran viciados de ilegalidad, por incurrir en una “**FALSA MOTIVACIÓN**”, al encontrarse fundamentados de manera incongruente, incoherente y contradictoria, en supuestos normativos y fácticos, que al ser interpretados y aplicados de manera uniforme en el caso objeto de estudio, conllevan, inequívocamente, a conclusiones y decisiones opuestas, conforme se indicó en el recurso de apelación.

Explicó que lo que fundamenta este cargo es que el tratamiento y consecuencias jurídicas no es el mismo o es completamente dispar para unos y otros de los requisitos adicionales exigidos por **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.** para otorgar el registro de los mencionados instaladores, pues respecto de algunos de dichos requisitos adicionales la Superintendencia demandada concluye que ello es suficiente para sancionar tal conducta, mientras que respecto de otros requisitos adicionales concluye que no son fundamento para la imposición de la sanción,

² GDO- GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.

cuando la Resolución de la CREG simplemente enumera los referidos requisitos, sin hacer distinción entre unos y otros, es decir, con sujeción al mismo tratamiento normativo y jurídico.

Atendiendo que el asunto objeto de discusión concierne a los requisitos establecidos y exigidos por la actora, en forma adicional, para efectos de registrar como prestadores del servicio de instalación de las redes internas de gas natural, es menester tener en cuenta las siguientes disposiciones:

El **numeral 4.14 de la Resolución núm. 067 de 21 de diciembre de 1995**, "*Por la cual se establece el Código de Distribución de Gas Combustible por redes*", expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas- CREG, dispone:

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

El **parágrafo del Anexo 2 de la Resolución núm. 039 de 23 de octubre de 1995**, "*Por la cual se regula la actividad de Comercialización y de distribución de gas combustible por redes a pequeños consumidores*", expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas- CREG, señala:

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

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

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

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

Y el artículo 19 de la Resolución núm. 108 de 3 de julio de 1997, “Por la cual se señalan criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible por red física, en relación con la facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación entre la empresa y el usuario, y se dictan otras disposiciones.”, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas- CREG, prevé:

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

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

De conformidad con la normativa antes transcrita, las empresas distribuidoras deben llevar un Registro de las firmas instaladoras de redes internas de gas natural que operen en su sector de distribución, para lo cual deben tener en cuenta *las condiciones técnicas consagradas expresamente en la regulación por las autoridades competentes* y, por consiguiente, no pueden negar el registro a los instaladores que reúnan dichas condiciones técnicas o limitar su acceso al mercado conexo de instalación de redes internas de gas natural.

En relación con los requisitos que deben cumplir quienes deseen obtener el **registro como instaladores de redes internas de gas natural**, establecidos en la regulación, por las autoridades competentes, se encuentran los siguientes:

1. Certificación de conformidad del personal³, expedida por un organismo de certificación de personas, acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio o por el Organismo

³ Este requisito es exigido por la **Resolución núm. 14471 de 14 de mayo de 2002**, “Por la cual se fijan unos requisitos mínimos de calidad e idoneidad, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio.

Nacional de Acreditación de Colombia, de acuerdo con el artículo 5º, numeral 1, del Decreto 4738 de 15 de diciembre de 2008, expedido por el Presidente de la República;

2. Inscripción en el Registro de Fabricantes e Importadores de la Superintendencia mencionada⁴;

3. Estar legalmente inscritos en la Cámara de Comercio;⁵ y

4. Contar con el Registro de Información Tributaria (RIT) y el Registro Único Tributario (RUT).⁶

En el caso bajo examen, la Superintendencia de Industria y Comercio, en las Resoluciones demandadas, sancionó a **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.**, por abusar de su posición de dominio, en el mercado conexo⁷ de instalación de redes internas de gas natural, en cuanto exigió los siguientes requisitos *adicionales* a los previstos en la regulación, para otorgar el registro a los prestadores de dicho servicio:

1. Acreditar que dispone de por lo menos 10 instaladores, los cuales deben contar con certificado de competencia laboral, expedido por un organismo de certificación de personal acreditado ante el Organismo Nacional de Acreditación de Colombia- ONAC o la Superintendencia de Industria y Comercio- SIC o expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1.2.6.3.2, literal g) de la Resolución núm. 14771 de 2002, expedida por la mencionada Superintendencia, con vigencia no menor a 12 meses;

2. Presentar copia de al menos 50 certificaciones de conformidad de instalaciones, expedidas por un organismo de inspección acreditado, por cada uno de los interesados que se pretenden inscribir, expedidos dentro de los doce (12) meses anteriores a la solicitud de inscripción;

3. La empresa que se pretenda inscribir, debe acreditar experiencia en la construcción de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales, adjuntando para ello al menos cincuenta (50)

⁴ Este requisito también es exigido por la **Resolución núm. 14471 de 14 de mayo 2002**, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio.

⁵ Este requisito no se considera restrictivo de la competencia, de acuerdo con la Resolución SIC núm. 32505 de 2011.

⁶ *Ibidem*

⁷ La instalación de redes internas de gas natural constituye un *mercado conexo* y complementario al de distribución de gas.

instalaciones realizadas en cada año desde los últimos tres (3) años y, en cada una de ellas anexar un certificado del instalador y el certificado de conformidad expedido por un organismo debidamente acreditado;

4. Copia del certificado del Sistema de Gestión de Calidad 9001: 2008; y

5. Copia del Registro Uniforme de Evaluación de Contratistas (RUC) del Consejo Colombiano de Seguridad con su certificación de auditoría vigente, y copia del registro en la página REPRO.

Al analizar la parte motiva de las Resoluciones acusadas, se puede colegir que la Superintendencia de Industria y Comercio fue muy clara al señalar que si bien no es aceptable que la empresa distribuidora imponga requisitos técnicos adicionales o que excedan los previstos por las autoridades competentes, también lo es que ella no podía sancionar por la sola exigencia de esos requisitos adicionales, es decir por el solo incumplimiento de las normas que regulan actividad de gas natural, sino por aquellos **requisitos o conductas restrictivas de la competencia** que no atiendan al cumplimiento de normas de protección de ésta y que sean elementos de obstrucción de acceso al mercado de instalación de redes internas de gas.

En otras palabras, la entidad demandada precisó que sólo podría sancionar frente a aquellos requisitos adicionales *que afectan la libre competencia* dentro del mercado de instalación de redes internas de gas natural, pero *no sobre aquellos que a pesar de ser adicionales, no afectaban la libre competencia*.

En efecto, en la **Resolución núm. 4907 de 18 de febrero de 2013**, "*Por la cual se imponen unas sanciones*", la Superintendencia de Industria y Comercio fue muy enfática, al señalar:

"A simple vista se puede apreciar que los requisitos establecidos por GDO exceden los previstos en las normas (ver Tabla 4 arriba). Sin embargo, ello no implica que la sola exigencia de mayores requisitos configure la existencia de una conducta anticompetitiva y de un comportamiento abusivo por parte de GDO⁸. Así, que para poder concluir acerca del

⁸ GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.

abuso de posición de domino, es necesario estudiar los requisitos exigidos por GDO a la luz de las normas de competencia.

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

Tampoco pretende este Despacho que la presente Resolución se entienda como una manifestación de acuerdo o desacuerdo con las normas que actualmente regulan la actividad del gas natural en Colombia, y **por ello limita su análisis al marco del derecho de la competencia, aun cuando al referirse a la regulación sectorial que rige la materia invoque normas propias de la regulación sectorial.**

Así es que, en el evento en que las investigadas considerasen que las conductas que se estudian en la presente investigación obedecen a fallas en la regulación, como lo han manifestado durante la investigación, se les recomienda de manera respetuosa buscar solución a las inconformidades regulatorias ante las autoridades competentes, tales como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios o la CREG.

Aclarado lo anterior, **este Despacho procede a analizar los requisitos exigidos por GDO para el registro de los instaladores de redes de gas natural, a la luz del análisis que ha hecho la Delegatura, y con el fin de determinar si con los requisitos exigidos violaron las normas de protección de la competencia, y en particular aquellas relacionadas con el abuso de posición de dominio a través de la obstrucción del acceso al mercado (numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992).**⁹

(...)

“De lo anterior se concluye que la presente investigación se ha limitado a determinar si las investigadas incurrieron en conductas contrarias a la competencia, a la luz de las normas de protección de la competencia, pero en ningún momento ha pretendido pronunciarse sobre el cumplimiento de las normas regulatorias de la CREG por parte de GDO, ni sobre la idoneidad de la regulación aplicable al servicio público de gas natural de la CREG, puesto que esto está fuera de las competencias que la Ley le ha otorgado a la Superintendencia de Industria y Comercio.”¹⁰ (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

⁹ Folios 88 a 89 del Cuaderno núm. 1.

¹⁰ Folio 112 del Cuaderno núm. 1

Y en la **Resolución núm. 27748 de 14 de mayo de 2013**, “*Por la cual se resuelve un recurso de reposición*”, la Superintendencia demandada precisó lo siguiente:

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

(...)

Asimismo, **el análisis de la configuración de la conducta anticompetitiva por parte de GASES DE OCCIDENTE se hace a la luz de las normas de competencia y de los elementos que ha establecido la doctrina para determinar si existe abuso de la posición de dominio de un agente en un mercado conexo, como lo es la doctrina de los mercados complementarios.**¹¹ (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Sobre el particular, cabe advertir que desde el *Informe Motivado*¹² de 19 de octubre de 2012, con Radicación núm. 11-87446, emanado del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, que recomendó sancionar a la actora, por la conducta antes descrita, la Superintendencia de Industria y Comercio, en la fundamentación de dicho Informe, expresó con claridad que el análisis de dichos requisitos se iba a realizar desde el punto de vista de la libre competencia y no a partir de la regulación técnica, y que ella no sanciona el incumplimiento de una regulación sectorial, sino las conductas restrictivas de la competencia que no atienden al cumplimiento de una norma de protección de ésta.

Al efecto, dijo la entidad demandada, en el citado Informe:

¹¹ Folios 168 a 169 del Cuaderno núm. 1.

¹² El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 dispuso: “... Instruida la investigación se presentará al Superintendente un **informe motivado respecto de si ha habido una infracción.** De dicho informe se correrá traslado al investigado y a los terceros interesados, en caso de haberlos...” (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

“... Como se ha expuesto en el presente Informe, dichos requisitos exceden las condiciones técnicas establecidas por las autoridades competentes, y se refieren tanto a firmas instaladoras como a personas naturales.

Más allá del incumplimiento de la regulación, la Delegatura procederá a realizar un análisis económico de los requisitos, evaluará el potencial obstructivo y determinará si esto ha implicado una violación de las normas sobre libre competencia. **Vale la pena recalcar que se analizará cada uno de los requisitos, desde el punto de vista de la libre competencia y no desde la regulación técnica, es decir, se analizará si la conducta realizada por GASES DE OCCIDENTE obstruye el acceso al mercado conexo.** En relación con la regulación, esta es importante solamente para determinar si GASES DE OCCIDENTE estaba habilitado normativamente para hacer algunas de las exigencia, caso en el cual, no procederá el análisis de competencia (el cual se debería surtir en las etapas de formulación de la regulación).

(...)

En consecuencia, **esta Superintendencia no sanciona el incumplimiento de una regulación sectorial, sino las conductas restrictivas de la competencia que no atienden al cumplimiento de una norma.**¹³ (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

De manera, que contrario a lo señalado por la recurrente, el anterior recuento demuestra fehacientemente que la motivación de los actos administrativos acusados fue congruente y coherente, dado que la Superintendencia de Industria y Comercio indicó claramente que la conducta por la cual investigó y sancionó a **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.** fue por establecer o exigir **requisitos restrictivos de la competencia**, para otorgar el registro de instaladores de redes internas de gas natural, vale decir, por exigir requisitos, durante el período de abril a agosto de 2011, que impidieron que instaladores independientes pudieran acceder al registro de la empresa demandante y, por tanto, no tuvieron la oportunidad de acceder al mercado de instalación de redes internas de gas natural, ni estuvieran autorizados para ofrecer sus servicios a los usuarios del mercado de distribución de gas.

¹³ Folios 2222 a 2224 del Cuaderno Anexo, denominado Carpeta 7/12.

Es decir, por establecer requisitos que, a la luz de las normas de protección a la competencia, son constitutivos de un comportamiento abusivo de una posición de dominio, conforme lo establece el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y, por consiguiente, violatoria del artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

Dichas disposiciones, son del siguiente tenor:

“Decreto 2153 de 1992

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

(...)

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. (Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000).”

“Ley 142 de 1994

Artículo 34. PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS, ABUSIVAS O RESTRICTIVAS. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia...”

De otra parte, resulta también importante destacar que para fundamentar dicha conducta anticompetitiva y constitutiva de un abuso de posición dominante, la mencionada Superintendencia, en la **Resolución núm. 4907 de 18 de febrero de 2013**, “*Por la cual se imponen unas sanciones*”, concluyó lo siguiente:

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

En consecuencia, con base en el análisis precedente y la valoración de las pruebas que obran en el expediente, **es posible concluir que GDO incurrió en abuso de posición de dominio al restringir el acceso de terceros al mercado de instalación de redes internas**

de gas natural, razón por la cual este Despacho procederá a imponer una sanción por tal concepto. Adicionalmente, y por todo lo analizado en acápite anteriores, se concluye que GDO incumplió lo previsto en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994, por abusar de su posición de dominio." (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Y en la **Resolución núm. 27748 de 14 de mayo de 2013**, consideró lo siguiente:

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

(...)

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

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

Respecto a este punto cabe señalar que la Sala en reciente pronunciamiento, esto es, en sentencia de 26 de junio de 2015 (Expediente núm. 2009-00493-00, Actor: SIGMA LTDA. INGENIERÍA Y GESTIÓN AMBIENTAL, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), al estudiar la nulidad de la Resolución núm. 1509 de 5 de junio 2009, expedida por el Ministerio de Comercio Exterior, ha analizado la obstrucción al acceso a los mercados conexos y el abuso de posición dominante, de la siguiente manera:

“... En esta medida, el distribuidor, quien por lo general ostenta posición de dominio en el mercado de distribución de gas gracias a su condición de monopolio natural, no solo compite con las empresas de inspección de instalaciones en un mercado que es conexo al de distribución, sino que por virtud del contrato exigido por la norma demandada **se encuentra en una posición desde la que fácilmente puede generar barreras a la entrada y obstrucciones en el mercado conexo de inspección de instalaciones, restringiendo al mismo tiempo las posibilidades que un mayor nivel de competencia ofrecerían a la libertad de elección de los usuarios.**

En este orden de ideas, se observa que el aparte de la disposición que aquí se reprocha relacionado con la obligación de que exista un vínculo contractual vigente entre el distribuidor y las empresas que realizan la inspección de instalaciones, al permitir la creación de escenarios donde una empresa con posición de dominio en el mercado de distribución, ejerza su poder en el mercado conexo de inspección de instalaciones donde ella también compite, quebranta los fines de la intervención del Estado consagrados en el artículo 2 (numeral 2.6), de la Ley 142 de 1994 al tiempo que al propiciar la restricción de la competencia limita el derecho de los usuarios a la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización, previstos en el artículo 9 (numeral 9.2) ibídem.

Adicionalmente, conforme al artículo 133.4 de la Ley 142 de 1994¹⁴, se presume que hay abuso de posición dominante de la empresa de servicios públicos, al obligar al usuario a recurrir a la misma o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o cuando le limitan la libertad al usuario para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio.

A la luz de esa disposición, la normativa demandada, si bien no obliga al usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, pues es evidente que la inspección guarda esa relación, también es cierto que, al limitar las personas que pueden prestar el servicio de inspección de las instalaciones de gas al distribuidor o a las empresas que tengan contrato vigente con este, hace que los hechos que dan lugar a la presunción establecida en el artículo 133.4 de la Ley 142 de 1994 se configuren, no por una decisión de empresa alguna sino en virtud de la normativa atacada, que por lo tanto es contraria a las normas de

¹⁴ Ley 142 de 1994. Artículo 133. Abuso de la posición dominante. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:

(...)

133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

competencia a las que debería ajustarse, al generar una situación de abuso automático de posición dominante...” (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)

Por consiguiente, no cabe duda de que acertó el Tribunal de primera instancia cuando estimó que los actos demandados no incurrieron en falsa motivación por incongruencia, incoherencia y contradicción, y al efecto razonó de la siguiente manera:

“...En este orden de ideas a Juicio de la Sala y según lo evidenciado en el proceso debe descartarse en primer lugar que la decisión que se analiza fue falsamente motivada por el hecho de encontrarse fundamentados de manera incongruente, incoherente y contradictoria, sino que la causa que originó la decisión fue la imposición por parte de la entidad demandante –GDO de requisitos a los instaladores de redes internas de gas adicionales a los previstos por el ente regulador de la materia como este caso era la CREG, haciendo uso de su posición dominante en el mercado.”

“(...)”

“De lo anterior **se desprende que los requisitos exigidos por la sociedad excedieron los previstos en la norma reguladora, pero sin embargo este no fue el argumento central utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer la sanción por cuanto no tenía facultades para intervenir en materia regulatoria de la prestación de un servicio público como en este caso el servicio del gas natural, el cual es de resorte de la Superintendencia de Servicios Públicos, pero sí en materia de conductas anticompetitivas de la cual es la Autoridad Nacional de Competencia, en materia de su protección.”** (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

Ahora bien, en lo concerniente al cargo de la violación del debido proceso, que se estructura sobre la base de que la incongruencia, incoherencia y contradicción de la motivación de los actos administrativos acusados, impidieron a la actora ejercer en debida forma su derecho de contradicción y defensa, la Sala estima que tampoco está llamado a prosperar.

En efecto, las razones antes expuestas demuestran que la Superintendencia expresó de manera clara y precisa los motivos determinantes que la llevaron a sancionar a la actora, vale decir, por cuanto la demandante abusó de su posición de dominio, al obstruir e impedir el acceso de instaladores al mercado de

instalación de redes internas de gas natural, en la zona en la que es ella distribuidora de gas natural, durante el período de abril a agosto de 2011, mediante el establecimiento de requisitos que exceden los previstos por las autoridades competentes, para otorgar el registro de los mencionados instaladores, como se dijo anteriormente, lo cual permitió a la demandante que se centrara en los motivos realmente determinantes de la decisión sancionatoria, y a ejercer en debida forma su derecho de contradicción y defensa, a través de la interposición del recurso de reposición y presentación de solicitudes de nulidad.

En segundo lugar, se observa que la recurrente señaló que se incurrió en *FALSA MOTIVACIÓN*, con fundamento en la inexistencia de la situación de hecho que dio lugar a la imposición de la sanción de multa y por error de derecho, en la medida en que para la fecha en que se profirieron y quedaron ejecutoriados los actos administrativos demandados, habían desaparecido los fundamentos de hecho que sustentan tal sanción, además de que se configuró una errónea interpretación de las normas que fundamentan dichos actos y que rigen el ejercicio de la función administrativa.

Para la Sala no es de recibo este argumento, habida cuenta de que las consideraciones expuestas en este acápite de la sentencia recurrida resultan válidas para demostrar que se hizo una interpretación de las normas, que fundamentan los actos administrativos demandados, ajustada a derecho, y que la actora sí incurrió en la mencionada conducta durante el período de abril a agosto de 2011.

Vale la pena precisar que si bien dicha conducta solo tuvo ocurrencia en ese tiempo, la demandante la cometió y es acreedora de la sanción, independientemente de que haya dejado de realizarla con posterioridad a ese período y antes de la expedición de los actos demandados, pues lo cierto es que se comprobó que ella violó lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto núm. 2153 de 1992 y en el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

Además, se debe tener en cuenta que la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, de acuerdo con lo establecido en los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con los numerales 4 y 6 del artículo 1º del Decreto 4886

de 2011, y los numerales 8, 11 y 12 del artículo 3º ibídem, y los artículos 25 y 216 de la Ley 1340 de 2010.

Máxime aún, cuando quedó demostrado que la empresa demandante con la conducta realizada obstruyó y bloqueó el acceso y la participación de los instaladores independientes al mercado de instalación de redes internas de gas, el cual es conexo al de distribución de gas; y que la actora, en su condición de empresa de servicios públicos y prestadora de un servicio público esencial, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 142 de 1994, tiene una responsabilidad especial frente al mercado, como lo hizo ver la entidad demandada en los actos administrativos acusados.

Ahora, en lo atinente a lo señalado por la demandante, en el sentido de que se debió aplicar el artículo 52 del citado Decreto y ordenar la clausura de la investigación, cabe advertir que del texto de la referida norma claramente se infiere que ello es facultativo del Superintendente de Industria y Comercio, mas no es un deber, en cuanto prevé que: *“Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio **podrá** ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga”*.

En lo que atañe al cargo de *FALSA MOTIVACIÓN*, sustentado bajo el argumento de que el contenido de los correos electrónicos, dirigidos al señor **JHON ALEXANDER ALZATE VILLADA**, no permite establecer que la negativa de la demandante a registrarlo, como instalador de redes internas de gas natural, sea por el incumplimiento de requisitos adicionales establecidos por aquella o por el incumplimiento de los requisitos exigidos y enumerados por la CREG, la Sala estima que tampoco está llamado a prosperar, por lo siguiente:

De los correos electrónicos enviados por **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P** al señor Alzate Villada se desprende que la actora sólo aprobó su inscripción en el registro de instalaciones de red internas de gas en septiembre de 2011, una vez la empresa distribuidora modificó los requisitos y los ajustó conforme a los establecidos por la Ley, y que no tuvo en cuenta la solicitud inicial de registro, presentada por él en mayo de 2011, cuando aún estaban vigentes los *requisitos adicionales* fijados por la demandante.

Ciertamente, los siguientes correos electrónicos enviados por el señor Alzate Villada a **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.** ponen de presente que la solicitud de registro de mayo de 2011 no fue aprobada, a saber:

. Correo electrónico enviado el 18 de mayo de 2011

“... Tenga buena tarde, con la presente les informo que la semana pasada envié los documentos para el registro único de instalaciones internas de gases de occidente, deseo saber si llegaron los documentos a sus manos y qué pasos seguir para la certificación o si puedo ir a las instalaciones con cita previa...”

. Correo electrónico enviado el 13 de agosto de 2011

“La presente es para información del correo que ustedes me enviaron en la cual me informaban que la documentación de la inscripción en el registro de constructores de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales de gases de occidente está incompleta. Mi pregunta es debo volver a enviar toda la documentación o solamente **los requisitos que faltaban por anexar?**...” (Las negrillas fuera de texto)

Y los siguientes correos electrónicos, que fueron enviados por **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P** al señor Alzate Villada, demuestran que la solicitud de registro fue aprobada, después de que fueron modificados los referidos requisitos de registro:

. Correo electrónico enviado el 6 de septiembre de 2011

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

Al respecto le informamos que la información registrada en nuestra página ha cambiado lo invitamos a consultar la ruta adjunta y enviar de nuevo su solicitud por escrito con los respectivos soportes.” (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

. Correo electrónico enviado el 29 de septiembre de 2011

“Por medio de la presente nos permitimos informarles que conforme a la solicitud de inscripción presentada por ustedes en fecha (2011/09/08), **Gases de Occidente S.A. ESP ha aprobado su inscripción como empresa instaladora o instalador.**” (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

Ahora, con respecto a si la negativa de **GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.** a registrarlo en mayo de 2011, como instalador de redes internas de gas natural, obedeció al incumplimiento de los requisitos adicionales, para la Sala no cabe duda que lo fue por cuanto la actora exigió *requisitos adicionales* a los establecidos por la CREG, pues dentro de la investigación quedó plenamente comprobado que durante el período de abril a agosto de 2011, la actora estableció requisitos adicionales a los fijados por las autoridades competentes, hecho que en momento alguno ha sido controvertido y mucho menos negado por la demandante, conforme lo indicó en el memorial contentivo del recurso de apelación, a saber:

“En parte alguna del escrito de demanda se ha controvertido y muchos menos negado que la demandante exigió requisitos textualmente adicionales a los instaladores de redes internas de gas natural...”¹⁵ (las negrillas y subrayas fuera de texto)

De otra parte, en lo tocante al cargo de violación de los principios de buena fe y de la confianza legítima, la Sala estima que el a quo sí respondió a esta censura y que no se evidencia el desconocimiento de los mismos, teniendo en cuenta que con el análisis precedente quedó plenamente demostrado que la exigencia o establecimiento de dichos requisitos adicionales por la actora es contrario a las normas de la libre competencia.

Tampoco se puede aceptar como justificación que la actora sustente la exigencia de dichos requisitos adicionales, como consecuencia de la responsabilidad que ella tiene de garantizar la completa idoneidad de los prestadores del servicio de instalación de redes internas de gas y de proteger al usuario final de dicho servicio, dado que la Ley no le confiere facultades a la empresa distribuidora para fijar los requisitos exigidos para la prestación de dicho servicio, conforme lo señaló el fallador de primera instancia, cuando al efecto, dijo:

“Respecto a los principios de la Buena Fe y la Confianza legítima alegados por la sociedad demandante, donde adujo que los requisitos adicionales impuestos por la misma no previstos en la norma regulatoria, tuvieron como finalidad de garantizar una completa idoneidad en las personas naturales o jurídicas que podían prestar el servicio de instalación de las redes internas, en aras de garantizar y

¹⁵ Folio 387 del Cuaderno núm.1.

proteger al usuario final del servicio y evitar una instalación deficiente y peligrosa, se descartan por la colegiatura por cuanto **no le es dado a los particulares asumir el rol del legislador**, menos aun cuando las normas que rigen la materia tienen el carácter especial como son las resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas...” (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

Con relación al cargo de violación al principio de proporcionalidad de la sanción, observa la Sala que el a quo también respondió a esta censura, cuando expresó:

“... Revisada la multa impuesta por la Superintendencia mediante la resolución 4907 de 2013 a la sociedad demandante, se tiene que inicialmente aplicó la suma equivalente a 2.225 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, suma que se modificó al ser resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la mencionada resolución, quedando en la suma equivalente a 1.112,5 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, valores que están dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.
(...)

... Así las cosas en el caso sub examine, encuentra la Sala que se configuran los presupuestos para la procedencia de la imposición de la sanción correspondiente por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio por cuanto la demandante incurrió en la conducta prevista en el 6º del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, pues se estableció que la empresa GDO al publicar y exigir los requisitos adicionales para el registro de instaladores en su página web, para la construcción de redes internas de manera que pudiera expedir el respectivo certificado de conformidad a los instaladores durante los meses de abril a agosto de 2011, abusó de su posición de dominio y obstruyó el acceso al mercado de instalación de redes internas, lo cual es suficiente para imponer la sanción sin necesidad de acudir a los criterios de culpabilidad que alega la demandante.

Ahora bien no encuentra la Corporación que los actos demandados hayan desconocido los criterios requeridos para determinar el monto de la sanción, pues la motivación consignada en las resoluciones atacadas es suficiente para justificar la sanción donde se hizo la ponderación de los beneficios obtenidos por el infractor, todo cual repercute en la buena marcha del servicio público, y es en relación con ello que se debe valorar la proporcionalidad de la sanción, por lo cual encuentra que ésta resulta razonable y responde a los criterios que para imponerla señala el artículo 25 de la ley 1340 de 2009 antes citada.”

Aunado a lo anterior, es del caso señalar que en las Resoluciones demandadas sí se hizo una ponderación de los beneficios obtenidos por el infractor.

En efecto, en la **Resolución núm. 27748 de 14 de mayo de 2013 acusada**, la Superintendencia de Industria y Comercio señaló:

“... este Despacho encuentra pertinente indicar que, si bien dentro de los criterios que se encuentran establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para la graduación de la multa, se señala el beneficio obtenido por el infractor con la conducta, este beneficio no puede reducirse únicamente al beneficio económico obtenido por los infractores. Lo anterior, toda vez que es posible consolidar una posición en un mercado, tal y como ocurrió en el presente caso, donde GDO por el hecho de no tener registrados instaladores diferentes a sus propios contratistas, logró ser el único participante en el mercado de instalación de redes durante el período en el que estuvieron vigentes los requisitos aquí estudiados.”

Sobre este asunto, es preciso traer a colación la sentencia de 18 de agosto de 2005 (Expediente núm. 2002-00524-01, Actora: Grandes Superficies de Colombia S.A., Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), en la que esta Sección señaló:

“De suerte que atendiendo esas circunstancias y la relevancia de los derechos e intereses colectivos que se buscan proteger con las normas vulneradas por la actora, la Sala estima que la sanción impuesta es proporcional a los hechos sancionados, siendo conveniente advertir que **la proporcionalidad no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del C.C.A., esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos.** Es, entonces, ante todo un problema de relación axiológica entre la situación fáctica del caso y la sanción impuesta, que en principio se presume ajustada a la normativa pertinente, dada la presunción de legalidad del acto administrativo, y que por lo mismo el afectado debe desvirtuar cuando la controvierta, debiéndose decir que por las razones antes expuestas no ha sido desvirtuada en este caso.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, para que una sanción impuesta cumpla con el requisito de proporcionalidad, es necesario demostrar la relación de la magnitud de dicha sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento.

En el presente caso, la sanción impuesta es proporcional a los hechos que la motivaron, pues según se infiere del contenido de los actos acusados, se analizó tanto la conducta desplegada, como los argumentos dados por la actora, a la luz

de las disposiciones del Decreto 2153 de 1992 y de la Ley 142 de 1994, que le fueron imputadas, como del artículo 25 la Ley 1340 de 2009, y atendiendo las circunstancias y la relevancia del mercado afectado, se demostró que la conducta realizada por la empresa demandante tenía que ser sancionada, teniendo en cuenta la connotación restrictiva de la libre competencia que tiene la misma y la responsabilidad que le cabía a la actora, por ser una empresa de servicios públicos domiciliaria que atiende a los usuarios de gas natural, el cual es un servicio público esencial, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 142 de 1994.

Por consiguiente, tampoco prospera este cargo.

En conclusión, debe mantenerse incólume la presunción de legalidad que ampara a los actos acusados y confirmarse la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 30 de julio de 2015.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta

GUILLERMO VARGAS AYALA