

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Cali, veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Expediente núm. 2009 00493 00

Acción: Nulidad.

Actor: SIGMA LTDA INGENIERÍA Y GESTIÓN AMBIENTAL

La Sociedad SIGMA LTDA INGENIERÍA Y GESTIÓN AMBIENTAL, por medio de apoderada presentó demanda ante esta Corporación, con fundamento en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, tendiente a obtener declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1509 del 5 de junio de 2009 expedida por el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La demanda

I.1. La sociedad SIGMA LTDA INGENIERÍA Y GESTIÓN AMBIENTAL, actuando a través de apoderado, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda ante esta Corporación, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución 1509 de 2009, expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

I.2. El actor considera que con la expedición de la norma demandada, se violaron los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 26, 78, 333, 334, 336 y 365 de la Carta Política; 2 (numeral 2.6), 9 (numeral 9.2), 11 (numerales 11.1 y 11.2), 30, 34 (numeral 34.6), 74 (numeral 74.1, literal a) y 133 de la Ley 142 de 1992; 4.1 y 4.2 de la guía ISO/IEC17020:1998; 4 de la Ley 1340 de 2009; 46, 47, 48,

50 del Decreto 2153 de 2002; 8 de la Ley 155 de 1959; numerales 1.2.6.4.2, 1.2.6.4.3 y 1.2.6.4.4 de la Resolución 14471 de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I.3. Como fundamento de la violación expuso los siguientes argumentos:

I.1.- Violación directa de normas de rango constitucional por falta de aplicación

Aunque el actor hace una amplia lista de normas constitucionales violadas, solo sustenta la de los artículos 1 y 333 del Ordenamiento Superior así:

1.1.1. Considera que con la norma atacada se desconoce el artículo primero de la Constitución Política de Colombia por cuanto desconoció que en un Estado Social de Derecho debe prevalecer el interés general sobre el particular al favorecer de manera arbitraria e injusta los intereses de las empresas prestadoras del servicio de suministro de gas en detrimento de los derechos de los usuarios de

este servicio público y de sus rivales en el mercado que son las empresas certificadas por la Superintendencia de Industria y Comercio como organismos de inspección de instalaciones de gas.

I.1.2.- Estima que se desconocen la libertad de empresa, el derecho a la libertad económica y el derecho al trabajo, en detrimento de las entidades de inspección que están sometidas a que exista vínculo contractual vigente con las Empresas Distribuidoras de Gas, quienes con esta norma tienen la potestad legal de contratarlos o no y definir en últimas la suerte de las organizaciones dedicadas a las actividades de inspección.

Con la resolución 1509 de 2009 se privilegia a las Empresas de Gas, conculcando los derechos de usuarios que deben pagar un sobrecosto y empresas de inspección que son sus competidores quienes quedan sometidos al abuso de las empresas distribuidoras.

1.2.- Violación directa de las normas de la ley 142 de 1994 de servicios públicos domiciliarios

Señaló que la Ley 142 de 1992, en cumplimiento de mandatos superiores consagró para los usuarios la libertad de elección del prestador y proveedores de servicios. Indicó además que las empresas prestadoras de servicio deben abstenerse del uso arbitrario e injusto de su posición dominante frente a los usuarios y terceros y cuando exista la posibilidad de competencia exigió la inhibición de prácticas monopolísticas o restrictivas de la misma.

Aseveró que todos estos mandatos de obligatorio cumplimiento han sido sistemáticamente quebrantados por las empresas distribuidoras del servicio de gas. En la práctica estas empresas contratan a los organismos de inspección bajo contratos privados de inspección que en algunos casos se denominan: "Contrato para la inspección, certificación de instalaciones internas, inspección de instalaciones de incremento de consumo, montaje de medidor, conexión gasodoméstico y revisión de diseños para suministro de gas en edificaciones residenciales y comerciales" pagando a los órganos de inspección en el caso de de Bogotá una suma de \$9.500 por la labor de certificar las instalaciones de gas de cada usuario y

cargando con un sobrecosto a los usufructuarios del servicio por la intermediación la suma \$23.000.

Manifestó que en virtud de la norma atacada, si una empresa de inspección no tiene vínculo contractual vigente con la distribuidora de gas está condenado a desaparecer, lo que implica la ruina de una empresa con las consecuencias económicas y sociales que involucra el cierre definitivo de una entidad generadora de empleo y de progreso. Además inhibe el fortalecimiento de los organismos de inspección que para subsistir deben someter su libre albedrío a su contratante, las distribuidoras de gas.

Expuso que la guía ISO/IEC17020:1998, señala que el organismo de inspección debe ser independiente, reglamento que, a juicio del actor, no fue tomado en cuenta en la Resolución impugnada, pues no podrá existir independencia entre las distribuidoras y los organismos de inspección, si el sustento de éstos depende de la contratación y la voluntad de aquellas.

Recalcó que otra situación lamentable que rompe todo el equilibrio comercial que ha ganado terreno a lo largo de los años es el hecho de que la existencia de nuevos organismos de certificación se limita a que nazcan con un vínculo contractual vigente con las distribuidoras, es decir, un imposible en la práctica. Así, la Resolución impugnada es lesiva a los intereses de los participantes en el mercado y de los usuarios porque impide la creación de nuevos organismos de inspección.

Advirtió que de acuerdo con la normatividad vigente recogida en la Resolución impugnada, las distribuidoras podrán realizar la inspección a las instalaciones de gas directamente. Frente a esto el actor considera que si las distribuidoras deciden hacer directamente las inspecciones, las empresas de inspección desaparecerían y los usuarios continuarían como hasta el momento, cancelando el único valor impuesto por las distribuidoras, sin la posibilidad de elegir libremente el prestador de servicio que favorezca la economía familiar.

Arguyó que la Resolución 1509 de 2009 legaliza para el servicio de inspecciones de gas el abuso de la posición dominante de las distribuidoras en detrimento de la libre competencia, la libertad económica, la libre iniciativa, la libertad de empresa y hace nugatorio el derecho de los usuarios a escoger libremente al prestador del servicio.

Lamentó que la posición de la CREG sustentada en la Resolución CREG 067 de 1995, es que los distribuidores son quienes deben en exclusiva controlar la prestación del servicio de revisión periódica de instalaciones de gas.

I.3.- Violación directa a la ley 1340 de julio 24 de 2009

Sobre este tema el actor transcribió los artículos 2, 3, 4 de la citada Ley, así como los artículos 46, 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 2002 y el artículo 8 de la Ley 155 de 1959, sin indicar en que forma la norma demandada quebranta las mismas.

I.4.- Violación directa de la Resolución 14471 de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio

Manifestó que esta disposición fue objeto de violación en la Resolución demandada porque dentro de las motivaciones se señala que en lo no previsto en la resolución 1023 del 25 de mayo de 1995 se aplicará el contenido de la Resolución 14471 de 2002 y arbitrariamente sustenta lo relacionado con los organismos acreditados para realizar inspecciones a instalaciones de gas en la Resolución 067 del 21 de diciembre de 1995 norma emitida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG – que en el numeral 5.23 señala que el distribuidor es quien está obligado a inspeccionar las instalaciones del usuario.

La Resolución 067 del 21 de diciembre de 1995 Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG – fue objeto de revisión, reglamentación y modificación mediante la que Resolución 14471 de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio SIC: las revisiones a las instalaciones de gas se llevan a cabo a través de organismos de certificación o de inspección acreditados por la Superintendencia de Industria y Comercio y de hecho señala que las distribuidoras de gas podrían optar por realizar directamente las

certificaciones eligiendo la opción de convertirse en un órganos de inspección acreditados por la Superintendencia de Industria y Comercio. Esto significa que deja abierta la posibilidad de que las certificaciones efectuadas en el marco del estatuto legal a las instalaciones de gas pueden efectuarse por organismos de inspección acreditados (dieciocho (18) empresas cuentan con la certificación de la SIC en Colombia) o a través de las distribuidoras de gas, esto dentro de los límites del respeto a la libre competencia, el derecho de escogencia de los usuarios y en acato a la prohibición de fomentar los monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia y desalentar las prácticas abusivas de la posición dominante.

Consideró que es claro de acuerdo a la Resolución 14471 de 2002 SIC que las distribuidoras de gas también pueden ser órganos de inspección con los mismos deberes, cargas y obligaciones que los otros órganos de inspección independientes y que además es clara la norma cuando señala que cuando la certificación de las instalaciones no la realice directamente la empresa distribuidora, ésta podrá acordar con la entidad que vayan a realizar la

certificación un procedimiento operativo para la misma que garantice el cumplimiento de lo dispuesto en dicho numeral. Circunstancia que ha sido aprovechada por las distribuidoras para suscribir onerosos contratos privados con los órganos de inspección cobrando al usuario del servicio cifras exorbitantes por la intermediación.

Indicó que la obligación del Distribuidor de inspeccionar las instalaciones no puede entenderse como una atribución exclusiva a la distribuidora para elegir a discreción el órgano de inspección que llevará a cabo la labor mediante contrato privado sin tener en cuenta la libertad del usuario de escoger el proveedor de este servicio entre ésta y los demás órganos de inspección existentes en el mercado y autorizados al igual por la Superintendencia de Industria y Comercio para efectuar esta labor.

De otra parte, afirmó que el Artículo 27 de la Resolución CREG 108 de 1997 establece que "en las condiciones uniformes del contrato, la empresa establecerá los valores a cobrar por concepto de revisión de instalaciones, calibración de medidores y, en general, cualquier otro servicio que el suscriptor o usuario pueda contratar

con la empresa o con terceros, con el fin de que el usuario pueda comparar el precio que le ofrece la empresa frente a otros proveedores de iguales bienes o servicios". Añadió que esa norma deja sin sustento la Resolución CREG-067 de 1995 en el sentido de monopolizar a favor de las distribuidoras de gas el servicio de revisión periódica a las instalaciones de gas.

II-TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

Contestación de la demanda

El MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, por medio de apoderado, defendió la legalidad de la Resolución No. 1509 de 5 de junio de 2009, en los términos que se resumen a continuación:

2.1.- Manifestó que la resolución demandada se expidió dentro del marco de los requisitos y procedimientos para la elaboración, adopción y aplicación de Reglamentos Técnicos al interior de los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario, señalados en las Decisiones 376, 419, 506 y 562 de la Comisión de la Comunidad Andina, cuyo propósito es evitar que los Reglamentos Técnicos se constituyan en obstáculos innecesarios al comercio intrasubregional, sin desconocer que esta herramienta es esencial para el desarrollo de la comunidad andina y para la protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente y la protección al consumidor.

2.2.- Indicó que la participación de la Superintendencia de Industria y Comercio se concreta en la acreditación del organismo de certificación de personal.

2.3.- Preciso que según el numeral V.5.1.-Revisión a las instalaciones y medidores del usuario -, numeral 5.23 del Código de Distribución de Gas Combustible por Redes, contenido en la Resolución 67 del 21 de diciembre de 1995 de la Comisión de

Regulación de Energía y Gas –CREG–, es el distribuidor quien está obligado a inspeccionar las instalaciones del usuario periódicamente y a intervalos no superiores a cinco años, o a solicitud del usuario, consultando las normas técnicas y de seguridad. Por lo tanto, las empresas distribuidoras tienen la responsabilidad de realizar revisiones periódicas a las instalaciones internas de los usuarios con el fin de garantizar la seguridad y salud de sus usuarios y de la sociedad en general, de manera que conforme con el literal a) del subnumeral 1.2.6.4.3 pueden optar por expedir directamente la certificación de conformidad con los requisitos establecidos en el numeral 1.2.6 de la Resolución 14471 de 2002.

Advirtió que no obstante lo anterior, según el subnumeral 1.2.6.4.4 de la Resolución 14471 de 2001, cuando la empresa distribuidora, directamente, no certifique las instalaciones a que se refiere el numeral 1.2.6 ídem, puede acordar con las entidades que vayan a realizar la certificación un procedimiento operativo que garantice el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 1.2.6.

Añadió que uno de los propósitos de la Resolución demandada fue el de fijar un procedimiento único a los organismos de inspección de instalaciones en servicio, dadas las situaciones de conflicto generadas por los usuarios del servicio en razón de la diversidad de criterios en la aplicación de los procedimientos de inspección de instalaciones.

III- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa, en su vista de fondo solicita se denieguen las peticiones de la demanda por los argumentos que se exponen a continuación:

Manifestó que el aparte demandado, sigue los lineamientos de la Resolución 067 de 21 de diciembre de 1995 expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, conforme a la cual:

"V. 5. Procedimiento para la Operación del Sistema de Distribución.

V. 5.1. Revisión a las instalaciones y medidores del usuario.

5.23. El distribuidor estará obligado a inspeccionar las instalaciones del usuario periódicamente y a intervalos no

superiores a cinco años, o a solicitud del usuario, consultando las normas técnicas y de seguridad. Realizará pruebas de hermeticidad, escapes y funcionamiento, a fin de garantizar el cumplimiento de las condiciones de este Código y de los contratos que se suscriban con el usuario. El costo de las pruebas que requieren estarán a cargo del usuario.”

Expresó que el demandante al acusar la Resolución 1509 de 2009, por establecer un presunto privilegio para las empresas distribuidoras de gas frente a las demás empresas dedicadas a las actividades de inspección olvidó la base en que se funda la norma, es decir, **que la obligación de inspeccionar las instalaciones del usuario, está en cabeza del distribuidor**, y que ella no fue impuesta por esa disposición, sino por **la Resolución 067 de 21 de diciembre de 1995, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)**, citada anteriormente, a la cual se da desarrollo, permitiendo que el distribuidor, a su elección, decida, autónomamente cómo cumplirá esa obligación que le fue impuesta por el ordenamiento jurídico.

Así, esa Delegada pone de presente el contenido confuso de la demanda e igualmente que la disposición demandada es simplemente el desarrollo de otra norma jurídica (Resolución 067

de 21 de diciembre de 1995), y por ello, si se consideraba que existía una restricción de la libre competencia en contra de las empresas que realizan inspecciones a las instalaciones de gas, a favor de los distribuidores, debió ser aquella norma, y no la que se estudia ahora, la demandada.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

IV.1. Norma demandada

El aparte demandado de la Resolución No. 1509 de 2009, aquí demandada, que se transcribe en negrilla, es del siguiente tenor:

RESOLUCION 1509 DE 2009

(junio 5)

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Por la cual se modifica la Resolución 0936 del 21 de abril de 2008 que incorporó la Resolución 14471 del 14 de mayo de 2002.

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial las conferidas en el artículo 78 de la Constitución

Política de Colombia, en artículo 3º de la Ley 155 de 1959, en las Decisiones 376 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 419, 506 y 562 de la Comisión de la Comunidad Andina, y en el numeral 4 del artículo 2º del Decreto-ley 210 de 2003, y

CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con lo previsto en el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia, serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

Que el artículo 3º de la Ley 155 de 1959 preceptúa que el Gobierno intervendrá en la fijación de normas sobre pesas y medidas, calidad, empaque y clasificación de los productos, materias primas y artículos o mercancías con miras a defender el interés de los consumidores.

Que el numeral 7 del artículo 28 del Decreto 210 de 2003, dispone que es función del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo coordinar en el nivel nacional la elaboración de los reglamentos técnicos que se requieran para la defensa de los objetivos legítimos del país y estudiar y aprobar el programa anual de elaboración de los reglamentos que se requieran en coordinación con los diferentes sectores productivos y entidades interesadas, así como elaborar aquellos que no correspondan a una entidad o autoridad diferente, verificando que mediante la elaboración y expedición de reglamentos técnicos, no se creen obstáculos innecesarios al Comercio, de acuerdo con la legislación vigente y los acuerdos internacionales de los cuales Colombia hace parte.

Que en el artículo 3º de la Resolución 0936 del 21 de abril de 2008, expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se dispuso que, en lo no previsto en la Resolución 1023 del 25 de mayo de 2004, se aplicará el contenido de la Resolución 14471 del 14 de mayo de 2002 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Que la diversidad de criterios en la aplicación de procedimientos de inspección de instalaciones en servicio por parte de organismos de certificación e inspección, han generado situaciones de conflicto con usuarios del servicio, por lo que se requiere de un procedimiento único para llevar a cabo este tipo de actividades.

Que en mérito de lo expuesto, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo;

RESUELVE:

Artículo 1º. Adiciónese a la Resolución 936 del 21 de abril de 2008, el siguiente artículo:

(...)

Teniendo en cuenta lo preceptuado en el Numeral V.5.1 –Revisión a las instalaciones y medidores del usuario– del Código de Distribución de Gas Combustible por Redes, expedido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG - mediante Resolución 067 del 21 de diciembre de 1995, el distribuidor es quien está obligado a inspeccionar las instalaciones del usuario periódicamente y a intervalos no superiores a cinco años, o a solicitud del usuario, consultando las normas técnicas y de seguridad. Para tal efecto, el distribuidor, como organismo autorizado o como organismo de inspección acreditado, podrá realizar dicha inspección directamente, o a través de organismos de inspección acreditados para desarrollar este servicio, con los cuales mantenga vínculo contractual vigente.

(...)

IV.2. Precisó el actor que la disposición acusada quebranta, entre otros, los artículos 2 (numeral 2.6), 9 (numeral 9.2), de la Ley 142 de 1994.

Las normas citadas son del siguiente tenor:

Artículo 2°. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos [334](#), [336](#), y [365](#) a [370](#) de la Constitución Política, para los siguientes fines:

(...)

2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

(...)

Artículo 9°. Derecho de los usuarios. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a:

(...)

9.2. La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización.

(...)

De conformidad con las normas anteriores, la Ley 142 de 1994, fue clara en materia de servicios públicos: (i) al fijar entre los fines de la intervención del Estado la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante; (ii) al establecer como uno de los derechos de los usuarios la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención y utilización.

La disposición demandada por su parte, hace referencia a lo dispuesto por la CREG en el numeral V.5.1. de la Resolución 067 de 1995, donde se estableció para efectos de la revisión de las instalaciones y medidores del usuario, que el distribuidor es quien está obligado a inspeccionar las instalaciones del usuario periódicamente y a intervalos no superiores a cinco años, o a solicitud del usuario, consultando las normas técnicas y de seguridad.

Con base en esa directriz, el Ministerio de Comercio Industria y Turismo señaló que para darle cumplimiento a la misma, el distribuidor, como organismo autorizado o como organismo de inspección acreditado, podría realizar dicha inspección

directamente, o a través de organismos de inspección acreditados para desarrollar este servicio, con los cuales mantuviera vínculo contractual vigente, que es lo que cuestiona el demandante.

Para comprender el alcance de la medida atacada, y si con ella se vulnera el deber del Estado de proteger la libre competencia y evitar el abuso de la posición dominante o se quebranta el derecho de los usuarios a elegir libremente el prestador del servicio, considera la Sala necesario hacer un breve análisis sobre el derecho de la competencia en el control de los actos administrativos y la teoría del abuso automático de la posición dominante, para luego entrar a analizar el caso concreto.

IV.3. El derecho de la competencia en el control de los actos administrativos

En realidad la legitimidad de la acción pública en el mercado, siempre ha sido motivo de debate. Pero en los últimos años, existe una marcada tendencia a permitir el control jurídico sobre las intervenciones económicas de las personas públicas, sometiéndolas

a las exigencias del mercado, hasta el punto que el derecho administrativo no ha podido ignorar más el derecho de la competencia.

En general el uso de sus prerrogativas de poder público por el Estado y los entes territoriales se traduce en la expedición de actos administrativos unilaterales o convencionales. Ahora bien, las intervenciones del poder público pueden afectar el funcionamiento del mercado cuando ellas revisten, formas particulares. Tal es el caso de (i) las medidas que tienen por objeto la organización y la gestión del servicio o del dominio público. (ii) las de reglamentación de una actividad, o incluso (iii) la actividad de interpretación o la aplicación abusiva de esas medidas o la violación de los procedimientos para su aplicación.

Se trata pues de interrogarnos sobre si son aplicables las normas de competencia a los actos del poder público, es decir a los actos administrativos.

Como lo advierte David Katz¹, a primera vista, el fenómeno de la aplicación del derecho de la competencia por el juez administrativo puede sorprender. Ella es en efecto paradójica en consideración a la situación que ha caracterizado durante largo tiempo los dos objetos. Este fenómeno no ha dejado indiferente a la doctrina².

Restringiéndolo a los aspectos técnicos, tres asuntos a priori esenciales deben ser planteados según David Katz: la competencia del juez administrativo para aplicar el derecho de la competencia, los medios de que dispone el juez administrativo para aplicar ese

¹ Katz David "Juge Administratif et Droit de la Concurrence" Université de Droit, d'économie et des Sciences d'Aix Marseille, Institut de Droit des Affaires, Presses Universitaires d'Aix- Marseille-PUAM, 2005.

² En providencia de esta sección expedida el 18 de octubre de 2007; Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Radicación núm. : 11001 0324 000 **2002 00309** 01 se declaró la nulidad por falta de competencia, del siguiente aparte del oficio acusado en esa oportunidad: "Efectivamente las entidades oficiales y semioficiales del orden nacional deben transportar absolutamente toda su correspondencia a través de la red oficial de correos", aparte que además, como se dijo en la aclaración de voto, evidentemente otorgaba una ventaja a la única empresa que formaba la "red oficial de correos", en detrimento de los demás operadores legales del mercado. En esa aclaración se precisó también que la jurisprudencia extranjera ha permitido el ejercicio de actividades industriales y comerciales a las personas públicas, sin autorización legislativa y sin violar por tanto la libre competencia, en tres hipótesis: primera, cuando estas son de interés general, y están vinculadas a la carencia de iniciativa privada sobre el mercado; segunda, cuando estas son propias de la misión de servicio público que cumple la persona pública; y tercera, cuando buscan satisfacer las necesidades propias de la persona pública.

Ver además Velilla Moreno Marco Antonio, "Introducción al Derecho Económico y de los Negocios" Bogotá, Editorial Planeta Colombiana S.A. 2013 y Arroyo Jiménez Luis, "La libre empresa y títulos habilitantes", Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales" 2004.

derecho y la cuestión de saber si las reglas de la competencia aplicadas por el juez administrativo difieren de las reglas de la competencia aplicadas por la jurisdicción ordinaria.

Frente al interrogante sobre la competencia del juez administrativo para aplicar el derecho de la competencia, concluye el autor que los asuntos tratados en aquellos casos en que el Consejo de Estado francés aplicó tal normativa imponen una respuesta afirmativa.

Advierte que para la doctrina francesa, es tradicional mezclar los asuntos de competencia jurisdiccional y del régimen jurídico aplicable a una situación dada, atribuyendo una importancia excesiva a la vinculación entre la competencia y el fondo del asunto. En Francia existen dos órdenes de jurisdicción (la ordinaria y la administrativa) y una visión bipartita del conjunto de reglas jurídicas (derecho privado y derecho público). Dejando aparte algunos casos particulares, se considera que habrá una correspondencia entre cada orden jurisdiccional y cada rama del derecho, de manera que el juez ordinario aplicará el derecho privado y el juez administrativo el derecho público. Expresa

también el autor que intuitivamente el derecho de la competencia se concibe como un derecho privado, ya que concierne a los actores del mundo económico que, en su mayoría, son personas privadas. Por tanto podría considerarse ilógico que el juez administrativo aplicara el derecho de la competencia.

No obstante, explica el autor que esas consideraciones no son pertinentes. A partir del momento en que el juez administrativo es competente para conocer de un acto de la administración, el principio referente a la relación entre la competencia y el fondo del asunto no es óbice para que el juez administrativo aplique el derecho privado.

Puntualiza que el derecho de la competencia es un derecho económico por excelencia. Las reglas de la competencia entrañan una particularidad, en el sentido que todo planteamiento de aplicación de esas reglas requiere de un análisis económico de los elementos del litigio.

Esto conduce, según el mismo autor, a la tercera pregunta consistente en saber si al aplicar el derecho de la competencia, el juez administrativo está sujeto o no a la administración de una normativa específica, distinta de la aplicada por el juez ordinario a los operadores económicos privados. Este problema remite al tema de la autonomía del derecho administrativo.

En cuanto al tema de la autonomía del derecho administrativo, en tanto derecho aplicado por la jurisdicción contencioso administrativa, que ha ocupado a la doctrina, señala el autor en comentario que el mismo no ha sido pacífico entre quienes lo han desarrollado.

Así, menciona que, mientras unos autores como André de Laubadère y Charles Eisenmann y una parte de la doctrina clásica consideran que las reglas de derecho administrativo aplicadas a la administración por el juez contencioso administrativo son autónomas, otros autores han establecido que el derecho administrativo, en tanto derecho aplicado a la administración por el juez contencioso, no debe ser considerado como un cuerpo de

normas autónomo, ya que el juez administrativo se ve obligado a aplicar muchas veces normas de derecho privado, lo cual conduce a una autonomía relativa del derecho administrativo.

Christophe Cabanes y Benoît Neveu³ señalan a su vez que a *propósito de la excepción de ilegalidad de un contrato de concesión de los servicios de pompas fúnebres en una comuna, el Comisario de Gobierno Jacques Henri Stahl estimó en el caso Million et Marais, sometido al Consejo de Estado francés, que: "las mutaciones tecnológicas y económicas, la apertura de las economías de mercado, el derecho comunitario de la competencia, conducen de todas formas, a repensar las relaciones entre el servicio público y su entorno concurrencial (...) Para ello hace falta que se añada a la concepción tradicional del servicio público, centrada en el usuario, otra dimensión, la relacionada con el ambiente económico y el derecho de la competencia".*

La decisión Million et Marais del Consejo de Estado francés, señalan los citados autores, ha marcado el inicio de una nueva era: aquella

³ Cabanes Christophe y Neveu **Benoît**, *"Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics"*, *Collection Analyse Juridique ; Editions Le Moniteur, París, 2008*

de la oponibilidad afirmada y reconocida del derecho de la competencia a los actos de las personas públicas. A partir de esa fecha, ya no es solamente la autoridad de competencia la que se ocupa del respeto de las normas legales que regulan la competencia. El juez administrativo ha de compartir las mismas preocupaciones, pero con una finalidad diferente. No le corresponde a éste último sancionar los comportamientos desviados de las empresas, sino controlar la regularidad de los actos administrativos, asegurándose de que ellos no contraríen el derecho de la competencia, sea directamente, o indirectamente al conducir a uno o varios operadores económicos a desconocer las reglas del derecho de la competencia.

La oponibilidad del derecho de la competencia a los actos administrativos y la competencia reconocida al juez contencioso para conocerla llevan a éste a verse enfrentado a asuntos económicos y a la problemática ligada al funcionamiento del mercado. Las exigencias de la competencia en los mercados deben por tanto estar siempre presentes en el control de los actos administrativos encomendado al juez administrativo, bien a través

del principio de libertad de comercio e industria⁴ o del principio de igualdad⁵.

El examen de los actos administrativos a la luz del derecho de la competencia implica entonces ir más allá del control formal para tener en cuenta los efectos provocados desde el punto de vista de los operadores económicos⁶.

Ello porque como lo señala el profesor Bréchon-Moulènes, *"el derecho económico no es un derecho formal sino material. El exige que se reflexione en términos de efectos mas que de fuentes"*⁷.

Los actos y los hechos sometidos al juez administrativo deben entonces necesariamente estar en relación con el contexto económico en que ellos operan. Es esta relación y la apreciación del

⁴ CE 22 juin 1951, Daudignac, Lebn p. 362 – CE 9 nov 1988, Territoire de la Polynésie française, Lebon p. 406. en Cabanes Christophe y Neveu **Benoît**, **"Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics"**, **Collection Analyse Juridique ; Editions Le Moniteur, Paris, 2008**

⁵ CE sect. 15 juill. 1959, Chambre syndycale des bureaux d'études techniques, Lebon p. 469 – CE 19 fébr. 1964, Sté Maison Ivonne, Lebon p. 822 – CE 2 mars 1973, Syndicat national du commerce en gros des équipements, pièces pour véhicules et outillages, Lebon p. 181. Cabanes Christophe y Neveu **Benoît**, **"Droit de la Concurrence Dans les Contrats Publics"**, **Collection Analyse Juridique ; Editions Le Moniteur, Paris, 2008**

⁶ Ibidem

⁷ Ibidem

contexto económico relevante lo que exige del juez administrativo hacer evolucionar sus métodos de control para integrar a ellos los relativos al análisis económico⁸.

Aceptando realizar un control sobre el respeto de las reglas del derecho de la competencia, el juez administrativo no ha pretendido hacer una interpretación autónoma de esas reglas, sino solamente un control diferente y complementario⁹.

En todo caso, advierten Cabanes y Neveu, el análisis del juez contencioso al incorporar a su razonamiento las reglas del derecho de la competencia no solo debe abstenerse de desarrollar una concepción autónoma del derecho de la competencia sino que debe tomar también en cuenta consideraciones relacionadas con el interés general. De esta manera, las consideraciones de interés general pueden llegar a justificar que, no obstante la violación – efectiva o potencial- directa o indirecta de las reglas del derecho de la competencia, un acto administrativo no sea considerado ilegal.

⁸ Ibidem

⁹ Ibidem

Esta es la lógica que parece haber presidido las soluciones adoptadas por el Consejo de Estado francés del 3 de noviembre de 1995 "District de l'agglomération nancéine" Req. N° 152484 y en el caso "Corisca Ferries" Req. 298618 fallo del 15 de diciembre de 2006, donde junto con las disposiciones que establecían especificaciones que tenían el efecto de limitar la competencia, se analizaron las justificaciones propias de las necesidades del servicio para concluir sobre la legalidad de aquellas¹⁰.

Estas tesis han sido resumidas recientemente por Jean Marc Sauvé Vice-presidente del Consejo de Estado francés el 7 de mayo de 2010¹¹, al señalar que la profundización de los valores del derecho público es el fruto si no de la integración de la libre competencia al concepto de interés general al menos de una conciliación armoniosa entre los imperativos de la libre competencia y las otras finalidades de la acción pública.

¹⁰ Ibidem

¹¹ Sauvé Jean Marc, "poderes públicos y competencia" Intervención del Vice-presidente del Consejo de Estado francés el 7 de mayo de 2010. <http://www.conseil-etat.fr/fr/discours-et-interventions/pouvoirs-publics-et-concurrence-.html>

Añade que, como lo ha afirmado el Consejo de Estado francés, la necesidad de tomar en cuenta la libertad de comercio e industria y las reglas de la competencia persigue un objetivo de interés general. Así, la libre competencia se ha convertido en un principio, entre otros, que los poderes públicos aplican en su actuación, bajo el control judicial, principio que solo adquiere sentido si se articula entre los que integran el interés general. La obligación de los poderes públicos de velar por la conciliación entre los objetivos de orden social y los imperativos tendientes a la preservación de la libre competencia¹², es uno entre muchos ejemplos.

IV.4. El abuso automático de la posición dominante.

En la discusión de la Constitución Política de 1991¹³ se propuso una ampliación del ámbito de la libertad económica y un perfeccionamiento de los elementos de la economía de mercado, la precisión de la responsabilidad del Estado en la conducción de la economía y del proceso de desarrollo y la inclusión de elementos

¹² CE, 21 mai 2008, Société Nouvelle de Remorquage du Havre (SNRH) et Société Remorquage Maritime de Rouen (SORMAR)/INT Rec. T. P.950 <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/Conseil-d-Etat-1ere-et-6eme-sous-sections-reunies-21-05-2008-291115-291115/J49429/>

¹³ Gaceta Constitucional No. 46 lunes 18 de abril de 1991.

más eficaces para el logro de los propósitos estatales de equidad social.

Con estas orientaciones se planteó el hoy artículo 333 de la Carta, considerando que:

- Al referirse a la actividad económica de manera general se reconocía el pluralismo en las formas de satisfacer las necesidades humanas, sin privilegiar algunas por razón de su estructura o forma de propiedad, con lo cual quedaron cobijadas tanto las empresas como las formas no organizadas de producción, la iniciativa privada, las formas solidarias y la actividad estatal en la producción de bienes y servicios.
- Al señalar que salvo casos especiales esa actividad no requiere de permiso previo se quitaron las barreras de carácter burocrático para su plena realización, de manera que los límites solo pudieran imponerse por razones de interés general.

- Al inscribir la actividad económica dentro de la competencia "se asegura su plena vigencia en beneficio directo de la comunidad, comoquiera que la práctica ha demostrado que es preciso garantizar también la libre competencia. Su interrelación es de tal naturaleza que bien puede afirmarse que ésta constituye condición fundamental de la existencia de dicha libertad'.

Para los constituyentes de 1991 la operación sana de un sistema de mercado requiere de tres elementos esenciales; *"la propiedad privada, la libre empresa y la libertad de competencia. Para que el sistema opere a favor de la sociedad y no en su contra, se precisa que ninguno de estos elementos se desnaturalice. Si tal desnaturalización ocurre, el sistema funciona mal y el bienestar social, fin último de todo sistema económico y político, se ve seriamente comprometida..."*.

Por lo anterior resultaba fundamental que el Estado estuviera obligado a impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica

y a evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

Adicionalmente en el artículo 88 Superior quedó consagrada la libre competencia económica como un derecho o interés colectivo dotando a las personas de las acciones populares para su defensa.

El carácter colectivo de ese derecho implica reconocer que las prácticas desleales o restrictivas de la competencia no solo pueden dañar a otros competidores sino a la colectividad en su conjunto, todo lo cual debe ser tomado en cuenta por el juez administrativo al evaluar la conformidad con el derecho de los actos administrativos..

A este respecto, como lo señala Dominique Brault en su obra "*Politique et pratique du droit de la concurrence en France*"¹⁴ el derecho francés ha desarrollado el concepto de abuso automático que se aplica a las medidas estatales que ponen a una o más empresas en una situación tal que corren un fuerte riesgo de abusar de su posición dominante.

¹⁴ Brault Dominique "*Politique et pratique du droit de la concurrence en France*" Paris, L.G.D.J.-E.J.A. 2004

Se ha considerado como abusiva la medida estatal que aumenta el riesgo de conducir a abusar de su poder a quienes conforman un monopolio u oligopolio¹⁵.

El concepto de abuso automático de la posición de poder ha sido desarrollado por la jurisdicción administrativa francesa. El Consejo de Estado francés, considerando que las normas de competencia del derecho comunitario y del derecho interno son aplicables a los actos administrativos que puedan tener efecto anticoncurrencial¹⁶, si éstas tienen como consecuencia poner a un operador en situación de abusar de la posición dominante que el acto le confiere.

Siguiendo este criterio, el abuso de posición dominante se presume y no es necesario constatarlo efectivamente y el acto administrativo que induce estos comportamientos abusivos puede ser mirado, en si mismo, como un abuso de posición dominante.

¹⁵ *Ibidem*

¹⁶ David Katz "Juge administratif et Droit de la Concurrence" Presses Universitaires D'Aix-Marseille Université Paul Cézanne Faculté de Droit et de Science Politique Collection Institut de Droit des Affaires 2004

Con la teoría del abuso automático lo que se condena es entonces la simple potencialidad de abuso.

Que la noción de abuso del poder dominante se haya extendido a conductas no abusivas en el sentido común del término se justifica dentro de una óptica de protección de la competencia potencial, sin que de todos modos sea aconsejable que la tesis se lleve a un punto tal que desmotive o penalice la iniciativa y desempeño de las empresas que dominan su mercado especialmente cuando ello es el resultado de su creatividad y su superioridad.

Se observa respecto de esta teoría del abuso automático de la posición dominante que la separación de los aspectos estructurales y comportamentales de la regulación concurrencial ha sido superada, de manera que los instrumentos utilizados clásicamente para controlar los comportamientos anticompetitivos, sirven en adelante para influir sobre las estructuras del mercado.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, es incompatible con el respeto a las disposiciones relativas a la competencia una reglamentación que genere una posición dominante y conduzca a la explotación de esa posición de manera abusiva¹⁷.

De acuerdo con esa tesis, **un acto administrativo puede contrariar las normas de competencia si tiene por consecuencia poner a un operador en situación de abusar de su posición dominante.**

Lo anterior implica una innovación en tanto se presume el abuso, mientras tradicionalmente se ha diferenciado la constitución de una posición dominante, que en si misma no es una práctica anticoncurrencial, y el abuso de esa posición que debe ser constatado sin que pueda simplemente deducirse del estado de dominación.

El fundamento del Consejo de Estado Francés para adoptar esta teoría del abuso automático de la posición dominante se funda en

¹⁷ Brault Dominique "Politique et pratique du droit de la concurrence en France" Paris, L.G.D.J.-E.J.A. 2004 pg. 419

que el principio de libre competencia es oponible a los actos administrativos.

De esta manera el Consejo de Estado Francés ha dado a las reglas de competencia un lugar importante dentro del bloque de normas respecto de las cuales se juzgan las decisiones de las autoridades administrativas.

Por su parte Jean Philippe Kovar¹⁸ ha resaltado que en el curso de un decenio, la sujeción de los actos administrativos al derecho de la competencia se ha convertido en uno de los asuntos más importantes del derecho público.

El abuso automático de la posición dominante es la hipótesis más característica de violación de las normas de competencia. Sin embargo no es necesario que la administración sea responsable del origen de un abuso de posición dominante, pues ella puede decidir simplemente favorecer o reforzar un abuso de posición dominante

¹⁸ Kovar Jean Philippe "*La soumission des actes de puissance publique au droit français de la concurrence*" Memoire présenté en vue de l'obtention du D.E.A. de droit des affaires 1999-2000 Université Robert Schuman- Strasbourg III Faculte de Droit et des Sciences Politiques.
<http://cde.alsace.cnrs.fr/IMG/pdf/KOVAR.bdf>

preexistente y directamente imputable a un operador en el mercado.

La aplicación del derecho de la competencia al juzgar actos administrativos se predica en relación con aquellos actos en que los efectos anticoncurrenciales son directamente imputables a la administración. Esos actos no necesariamente ponen a un operador en el mercado en situación de abusar de una posición dominante, pero producen los mismos efectos que el abuso de dicha posición.

El estudio de las decisiones del Consejo de Estado Francés permite diferenciar varias categorías de atentados a la libre competencia resultantes de un texto normativo. Ellas tienen todas como efecto reducir la libre escogencia de los consumidores falseando la competencia entre empresas por la vía de discriminaciones entre operadores o de una atrofia deliberada del mercado.

La inclusión del principio de libre competencia en el análisis del juez administrativo permite tomar en consideración el impacto sobre el mercado de una decisión administrativa.

En numerosas ocasiones la Corte de Justicia Europea y el Tribunal de Primera Instancia, no han dudado en considerar, en varias hipótesis, que una medida estatal puede ser vinculada a un abuso de posición dominante, incluso si ese abuso no ha sido cometido aún¹⁹.

Así las cosas, la oponibilidad del derecho de la competencia a los actos de poder público implica obligar a quienes expiden estos actos a reconocer la existencia de dicha normativa, respetarla y actuar bajo sus efectos²⁰.

¹⁹ David Katz “Juge administratif et Droit de la Concurrence” Presses Universitaires D’Aix-Marseille Université Paul Cézanne Faculté de Droit et de Science Politique Collection Institut de Droit des Affaires 2004

²⁰ Aurélien Antoine “Prérogatives de Puissance Publique et Droit de la Concurrence” Bibliothèque de Droit Public. Tome 261 Paris L.G.D.J. Lextenso Editions.

Con ese prisma, es claro que el derecho a la libre competencia es una de las consideraciones que debe tomar en cuenta el juez administrativo al establecer la legalidad de un acto administrativo.

IV.5. El caso concreto

En primer lugar, debe tomarse en cuenta que con relación a la industria del gas, la distribución, según lo señala la Resolución CREG 112 de 2007 tiene condiciones de monopolio natural en cada mercado relevante²¹, lo que hace de ella un monopolio regional²². Adicionalmente, en dicha industria se desarrollan una serie de actividades complementarias que conforman mercados conexos como el de la operación y mantenimiento del gasoducto, el servicio de conexión de red, la instalación de redes internas, el servicio de inspección periódica, la venta de electrodomésticos a gas.

²¹ En la parte motiva de la citada Resolución se dice “Que la actividad de Distribución de gas natural es considerada un monopolio natural y en consecuencia es eficiente que solo exista un distribuidor en cada mercado relevante”

²² “Cadena del Gas Natural en Colombia” Unidad de Planeación Minero Energética disponible en http://www.upme.gov.co/Docs/Chain_Gas_Natural.pdf

En el presente caso la Sala se centrará en la actividad de inspección de instalaciones de gas que constituye un mercado en si mismo, dentro del cual es posible la competencia, y que está estrechamente vinculado al monopolio de distribución, en razón de que, para la fecha en que la normativa demandada fue expedida, la obligación de realizar las revisiones periódicas a las instalaciones de gas estaba en cabeza del distribuidor, según lo ordenaba la Resolución CREG 067 de 1995.

Si se considera el ámbito de la industria del gas, la posición dominante de las empresas distribuidoras no es dudosa debido a la condición de monopolio que ostentan. Cosa distinta ocurre en el ámbito de la inspección periódica de las instalaciones de gas, actividad conexas a la de distribución del gas, pero que puede realizarse en forma independiente de aquella y que conforma un sector en el cual la competencia, en principio, es posible. Se trata, por tanto de analizar si la actuación estatal censurada crea *per se* situaciones que puedan generar obstáculos a la competencia en este campo.

Nada se opone a que la empresa encargada de la distribución del gas ocupe una posición dominante en dicho mercado. Con arreglo a la jurisprudencia y la doctrina la posición dominante esta dada por el poder económico que tiene la empresa que le permite restringir en diversas formas una competencia efectiva en su propio mercado o en los mercados conexos como sería el de la inspección de instalaciones de gas.

Esa posición dominante derivada del monopolio de las empresas distribuidoras de gas, se ve considerablemente reforzada por el hecho de que las medidas atacadas han conferido a dichas empresas facultades tanto para la realización directa de la inspección, como para hacerla mediante empresas certificadas con las que deben tener un contrato.

Por lo demás, como se dijo, la inspección de instalaciones representa un mercado bien delimitado, en el que también puede competir la empresa monopolista a la que se ha impuesto el deber de realizar las revisiones, de manera que esta última puede buscar

incrementar su poder en el mercado no dominado, considerando la especial posición que ostenta en el mercado donde es monopolista.

Tradicionalmente, como se dijo antes, el solo hecho de ocupar una posición dominante no se considera negativo y es necesario demostrar que la empresa en dicha posición ha utilizado herramientas anticoncurrenciales para resquebrajar la competencia en un mercado determinado. No obstante, la jurisprudencia y la doctrina europeas han ido consolidando la tesis del abuso automático de la posición dominante derivado de actuaciones estatales que colocan a las empresas en condiciones de abusar de su posición de dominio.

Es así como una de las particularidades del presente asunto, consiste precisamente en que hay que tomar en cuenta la estructura establecida mediante las disposiciones legales con respecto a la compatibilidad de la misma con las normas de competencia, sin que ello conlleve analizar un comportamiento determinado de una empresa.

Desde esta perspectiva, como lo ha señalado el Tribunal de Justicia Europeo²³, puede afirmarse que el Estado, al expedir una norma que pueda tener efectos anticoncurrenciales debe ponderar de un lado, los principios de libre competencia, y de otro lado, el cumplimiento de la misión de interés general que tenga la actividad en cuestión de manera que se busque preservar la posibilidad para los usuarios de disponer del servicio en forma permanente y asequible.

Por lo anterior, suele manifestarse en la doctrina, que el Estado debe procurar en lo posible y teniendo en la mira el interés general, evitar medidas que (i) conducen a abusos efectivos; (ii) conducen a abusos potenciales; (iii) que tienen simplemente efectos similares a un comportamiento abusivo.²⁴

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996
Caso Tetrapak

²⁴ Maillo González-Orús Jerónimo, "Servicios de Interés General y Artículo 86 del Tratado CE: Una Visión Evolutiva". Nº 1 – 2005 Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-Ceu Madrid, junio de 2005 Disponible en <http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Servicios-de-interes-general-y-articulo-86-CE.pdf>

Así las cosas, entiende la Sala que en el presente caso, el aparte de la disposición demandada que obliga a la empresa de inspección a tener un contrato con el distribuidor, constituye en si misma una forma de limitar la competencia que no resulta proporcional con el legítimo fin de proteger a los usuarios y de garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar la calidad de vida de los usuarios, pues dicho fin puede lograrse por medios menos restrictivos, máxime considerando que las empresas de inspección deben estar acreditadas por el Estado y deben cumplir normas especiales en desarrollo de su labor.

Lo anterior obedece al deber de realizar la inspección de las instalaciones de gas, que en otra normativa que aquí no se cuestiona se impone la empresa en situación de monopolio en el mercado de distribución, al que se añade en la disposición atacada el de tener un contrato con las empresas que desarrollan su actividad en el mercado conexo de la inspección donde la empresa distribuidora es asimismo competidora.

De esta manera, la competencia en el mercado conexo que forman las empresas de inspección, que ya está debilitada por el hecho de que la empresa distribuidora dispone de un monopolio en lo referente a la distribución de gas y, al propio tiempo, puede realizar directamente la inspección de las instalaciones de gas, puede verse debilitada aún más por el hecho de que la propia empresa de distribución resuelva acerca de las organizaciones que contrata para realizar la inspección cuando ella no la efectúa directamente y ese resquebrajamiento de la competencia se presenta, no necesariamente por una conducta deliberada de una empresa, sino en virtud de lo dispuesto en la normativa atacada.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición demandada, el usuario final puede contratar la inspección de las instalaciones de gas con el propio distribuidor, en razón a que no existen restricciones legales que impidan que la empresa distribuidora pueda realizar directamente la inspección de las instalaciones, y con empresas certificadas para ello, **siempre que estas tengan un contrato vigente con el distribuidor.**

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 9 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 1994²⁵, 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.

²⁵ 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;

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 competencia a las que debería ajustarse, al generar una situación de abuso automático de posición dominante.

Cabe anotar que no encuentra la Sala que se haya violado la Ley 1340 de julio 24 de 2009, pues la misma es posterior a la fecha de la Resolución demandada (junio 5 de 2009).

En consecuencia, habrá de declararse la nulidad de la siguiente expresión de la disposición demandada: "con los cuales mantenga vínculo contractual vigente", por violación de los artículos 2 (numeral 2.6), 9 (numeral 9.2), y 133 (numeral 133.4) de la Ley 142 de 1994, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia, lo cual releva a la Sala de estudiar los demás cargos planteados.

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

F A L L A:

Declárase la nulidad de la expresión "con los cuales mantenga vínculo contractual vigente" contenida en el aparte demandado del artículo 1 de la Resolución 1509 de

2009, expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
GONZÁLEZ**
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

**GUILLERMO VARGAS AYALA
VELILLA MORENO**
Ausente con permiso

MARCO ANTONIO