



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **13 - 5704** DE 2019

(11 MAR 2019)

Radicación: 12-160585

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 91153 del 14 de diciembre de 2018 (en adelante Resolución No. 91153 de 2018 o Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **REINGEGAS LTDA.** (hoy **REINGEGAS S.A.S.**, en adelante "**REINGEGAS**"), **ARIBUK S.A.S.** (en adelante "**ARIBUK**") y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** en su condición de propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A GAS DE COLOMBIA** (en adelante "**SEG 3A**") por haber infringido el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así mismo, se sancionó a la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA** (en adelante "**ALCALDÍA DE LA MESA**") por haber infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

De igual manera, se impusieron sanciones a **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**), **HERNÁN ARIAS RIAÑO** (representante legal de **ARIBUK**), **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (en representación de **SEG 3A**), **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**) y **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde del municipio de La Mesa para la época de los hechos), por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria, respecto de la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios), la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que:

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

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

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

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

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

Por su parte, respecto de la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) por parte de la **ALCALDÍA DE LA MESA**, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó lo siguiente:

*"De las pruebas obrantes en el Expediente, se evidenció que la **ALCALDÍA DE LA MESA** incurrió en la conducta prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al implementar un sistema tendiente a limitar la libre competencia económica en el marco del proceso de gasificación del municipio de La Mesa, en la medida en que auspició la celebración y el cumplimiento de un acuerdo en los precios entre las empresas prestadoras del servicio de instalación de redes internas investigadas.*

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

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a los agentes de mercado investigados por infringir el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios) y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), así como a las personas naturales investigadas por incurrir en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, así:

PERSONAS JURÍDICAS		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	REINGEGAS	\$ 35.155.890.00
2	SEG 3 A (LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO)	\$ 62.499.360.00
3	ARIBUK	\$ 37.499.616.00
4	ALCALDÍA DE LA MESA	\$ 277.340.910.00

PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS	\$23.437.260.00
2	HERNÁN ARIAS RIAÑO	\$23.437.260.00
3	ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS	\$19.531.050.00
4	RODRIGO GUARÍN LESMES	\$11.718.630.00
5	JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS	\$15.624.840.00

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 91153 de 2018 y dentro del término legal, los investigados interpusieron recursos de reposición, con excepción de **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, quien presentó su recurso de manera extemporánea.

Los argumentos presentados por los recurrentes fueron los siguientes:

2.1. Argumentos planteados por REINGEGAS y CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS, representante legal de REINGEGAS

- No existe evidencia de cómo la lista de precios tenía alguna potencialidad, afectó o limitó la libre competencia económica. Si hubo afectación, esta obedeció a la falta de capacidad de *financiamiento* que no podían ofrecer los competidores por no haber sido seleccionadas por la Alcaldía. Esto último no era potestad de las empresas investigadas.
- La decisión de seleccionar a las empresas para ser beneficiarias del sistema de financiación de **FENOSA** fue unilateral de la Alcaldía porque *"cumple[n] a cabalidad con las expectativas determinadas por la entidad"*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No existe conexión entre el problema que sucedió en el mercado a causa del esquema de financiación y los precios que supuestamente se fijaron, que **REINGEGAS** nunca aplicó. No se entiende la relación causal que estableció el Despacho entre ambos sucesos.
- **REINGEGAS** contaba con el esquema de financiamiento de manera previa al acuerdo.
- El "Acta de Acuerdo" fue un documento con exigencias emitidas por el Secretario de Obras Públicas no un acuerdo entre las empresas.
- Los precios que están escritos en la "Lista de Precios" son acordes a los que prevalecían en el mercado. Se reitera que **REINGEGAS** nunca aplicó dichos precios.
- **REINGEGAS** no reconoció que la "Lista de Precios" fue elaborada por las empresas instaladoras, como erróneamente lo afirmó el Despacho en la Resolución Sancionatoria.
- No es cierta la afirmación según la cual "*el propósito mismo de la mencionada reunión comporta una situación en la que los participantes del mercado en cuestión se disponen acordar las condiciones con las que entrarán a competir en el mercado*", pues **REINGEGAS** ya estaba participando en él.
- Respecto de las comunicaciones supuestamente difundidas por **REINGEGAS** a la población sobre los precios acordados, solo existe un escrito en el Expediente obrante a folio 22 del Cuaderno Público No. 1 y no hay pruebas de que el mismo se haya remitido.
- No se valoró el testimonio de una administradora de un conjunto residencial en La Mesa, en el que se evidencia una cotización independiente de **REINGEGAS**.
- El acuerdo de precios endilgado no tenía la potencialidad de afectar a los competidores, manifestación que es soportada incluso por la persona que presentó la denuncia.
- La cuantía de las sanciones tiene que ser significativamente menor para **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** por las siguientes razones: (i) no es correcto afirmar que participaron durante toda la conducta restrictiva pues no hay evidencia de que así lo hicieron; (ii) su conducta procesal no debe valorarse de manera neutra sino para reducir la sanción pues participaron activamente durante todo el proceso, con el fin de dar claridad a los hechos, aportaron elementos probatorios, incluyendo la declaración de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, que fueron usados por la Superintendencia para aclarar circunstancias de tiempo modo y lugar de los hechos objeto de estudio; (iii) **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** tuvo una mayor sanción que las otras personas naturales investigadas aun cuando el verbo rector de su conducta fue ejecutar mientras que a otros se les sancionó por ejecutar, facilitar y tolerar; (iv) si bien **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** ejecutó el acuerdo en concepto de la Superintendencia, existen diferentes niveles de ejecución. Por ejemplo, el de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES** fue aún más gravoso y, sin embargo, obtuvieron una multa menor; (v) en términos porcentuales respecto del patrimonio, la sanción de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** también es la mayor; (vi) se tuvo en cuenta la declaración de renta de 2017, correspondiente a información del 2016 y no la del periodo investigado, cuando supuestamente sucedió la conducta anticompetitiva; y (vii) no son ciertos los beneficios endilgados por la comisión de la conducta pues no fue el acuerdo sino el esquema de financiación el que disminuyó la presión competitiva en el mercado y el acuerdo de precios no determinó el actuar de la empresa.
- Se solicita reconsiderar el plazo, a un periodo no menor a cinco (5) meses, para realizar el pago de las sanciones pues no tienen los recursos necesarios para cumplir con la decisión en el lapso impuesto.
- Si bien **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** reconoció que la "Lista de Precios" tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013, el origen del documento se dio en 2012 y esa es la fecha que debe tenerse en cuenta puesto que dicha lista nunca fue aplicada. "*Una cosa es que aparezca escrita una vigencia, otra cosa es que se evidencien circunstancias que sin lugar a dudas den como último hecho constitutivo de la conducta supuestamente continuada el año 2013, y más aún, hasta diciembre de ese año*".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2.2. Argumentos presentados por LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, propietaria del establecimiento SEG 3A

- Nunca ha firmado o acordado la fijación de precios de la que trata la presente investigación. En particular, no firmó el documento denominado "Acuerdo de Precios" ni tampoco un documento en el que autorizara a alguien a representarla en la reunión en la que se firmó dicho acuerdo.
- **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no cumple con los requisitos para acreditarse como instalador de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario y por tanto no puede ser sujeto de investigación y sanción alguna.
- El documento en el que la **ALCALDÍA DE LA MESA** le informó a **FENOSA** sobre las empresas escogidas para participar en el mercado es una manifestación unilateral y en todo caso no correspondió a una práctica anticompetitiva que le generara "ventaja" a las tres empresas. De hecho, no fue la Alcaldía la que escogió a las empresas, pues estas ya habían sido presentadas por **FENOSA** a la Alcaldía.
- Mal puede hablarse, como lo hace la Superintendencia de Industria y Comercio, de "un mejor precio", "*pues de bullo se sabe que lo financiado no es el mejor precio, O No?*". El hecho de que el consumidor opte por el sistema de financiación no es una ventaja competitiva pues al final va a pagar un mayor precio.
- El agradecimiento conjunto con **ARIBUK** a la Alcaldía por haber seleccionado a ambos establecimientos y el funcionar en un mismo inmueble no constituyen una conducta anticompetitiva, pues por el contrario "*son excelentes modales y restricción de gastos*".
- Teniendo en cuenta que no hubo representación de **SEG 3A** en la reunión del 12 de agosto de 2012, nada me obligaba a dar cumplimiento a lo allí acordado. Es más, **SEG 3A** siguió cobrando sus precios, lo cual lo llevó a la quiebra.
- La "Lista de Precios" no tiene sustento o valor jurídico alguno, no puede reclamarse su origen, no está suscrito por mi parte, no tiene fecha y no proviene del "Acta de Acuerdo".
- **FENOSA** no necesita de la procedencia de recomendaciones y "*otra clase manipulaciones*" para entregar a los instaladores el sistema de pago mediante financiación. Es más, "*yo ya contaba con el mismo antes del inicio de los hechos aquí investigados*".
- No es culpa de las empresas si a sus competidores no les es otorgada la posibilidad de contar con el esquema de financiación.
- Nunca se demuestra la vinculación de **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** con mi establecimiento de comercio. De hecho, lo obtenido en la visita administrativa a mi establecimiento, atendida por el referido, fue ilegal pues el acta de dicha visita fue suscrita por quien no tenía el derecho de disposición, esto es, no era ni el representante legal ni el propietario. Que el referido haya manifestado ser gerente no se convalida con la realidad.
- No es cierto que la calidad de representante o no de **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** respecto de **SEG 3A** sea irrelevante pues es precisamente su falta de representación legal la que la excluye de acuerdo anticompetitivo alguno. Si quienes lo acompañaron en la reunión consideraron que la representaba, cayeron desafortunadamente en un engaño. La representación legal para todos los efectos debe demostrarse con la inscripción en el registro mercantil de las Cámaras de Comercio.
- Los mencionados comités en el "Acta de Acuerdo" tenían como propósito establecer parámetros y unidad en aspectos técnicos, sin que con ello pueda derivarse alguna conducta anticompetitiva en el mercado.
- Se aplica de manera ilegal en su contra el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, pues "*hasta donde yo sé, no soy persona jurídica, pero como están las cosas, parece que esa Superintendencia abusando de su posición de dominio pretende para mi caso legislar, esto es, cambiar mi naturaleza jurídica*".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Sobre la solicitud de nulidad presentada en mis observaciones al Informe Motivado, existe una indebida interpretación del artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 pues, hasta antes de proferirse el Informe Motivado no podía existir de mi parte pronunciamiento alguno de la violación al debido proceso por el hecho de no contestar mi petición de solicitud de prórroga para aportar las pruebas solicitadas por la Delegatura, pues hasta ese momento la Delegatura podía dar respuesta a la aludida petición. Como no lo hizo, el momento propicio para proponerla sería en las observaciones al Informe Motivado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no me otorgó ningún plazo para aportar pruebas pues la investigación estaba a punto de caducar y por ende, la Entidad debía obtener antes del 31 de diciembre de 2018 una decisión, sea cual fuere.
- De la investigación se excluyeron pruebas que por ley son obligatorias, como el caso del certificado de existencia y representación del establecimiento de comercio **SEG 3A** para establecer que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** nunca ha sido su propietario o representante legal.
- Se solicita nulidad por violación al debido proceso, en concordancia con el principio de la necesidad de la prueba establecido en el artículo 164 del Código General del Proceso, pues la responsabilidad declarada sobre la comisión de conductas anticompetitivas del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, y/o haber colaborado, facilitado, ejecutado o tolerado las infracciones previstas en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2163 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- La única prueba usada en su contra fue la asistencia de **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** a una reunión celebrada el 16 de agosto de 2012, sin representación a su favor, ni en nombre del establecimiento de comercio **SEG 3A**. Así, se desconoce que la matrícula mercantil es el medio de identificación del comerciante y su establecimiento de comercio y que el citado tampoco ha sido reconocido por la **CREG** como agente habilitado para la construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario.
- Se profirió un Informe Motivado sin que se haya dado respuesta a la petición del 26 de octubre de 2018 para dar plazo para aportar pruebas solicitadas mediante la Resolución No. 76541 del 9 de octubre de 2018. Más aún, dentro del Informe Motivado, se omite informar la solicitud de prórroga.
- Sobre la asistencia a la audiencia de que trata el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, no es cierto como lo expone el Informe Motivado que los investigados se hayan presentado a la misma pues ella no asistió por encontrarse incapacitada, lo cual fue informado a la Delegatura con antelación, solicitando se reprogramara la diligencia en mención, solicitud que no fue respondida ni informada en el Informe Motivado.

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

- La conducta ha caducado a la fecha de presentación del recurso de reposición por cuanto el supuesto acuerdo fue suscrito el 16 de agosto de 2012 y se prolongó hasta noviembre de 2013. Además el periodo investigado por la Superintendencia fue hasta el 31 de diciembre de 2013 con lo cual también ya transcurrieron más de cinco (5) años y la sanción no se encuentra en firme.
- En la Resolución Sancionatoria no se demuestra con claridad en qué consistía la práctica conscientemente paralela que se configuraría en el evento en que los sancionados presentarían comportamientos económicos coincidentes durante el periodo investigado.
- El espíritu de la reunión plasmada en el "Acta de Acuerdo" era resolver el problema social de contar con una única empresa instaladora en el municipio, en el marco de la ejecución del plan de desarrollo de La Mesa. Lo que fijaba el mencionado acuerdo eran "*pautas para el plan de gasificación*".
- La Resolución Sancionatoria no presentó un estudio de caracterización del mercado relevante y solo se dedica a efectuar un análisis de la Resolución 57 de 1996 de la **CREG**. Además, la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Superintendencia de Industria y Comercio solo realizó una caracterización de **FENOSA** pero no de las empresas instaladoras de redes internas.

- En el análisis de mercado se incurre en el error de asumir que la relación comercial entre el usuario final y la empresa a contratar era única entre ambos actores, sin tener en cuenta que podían interactuar otros actores como **FENOSA** y las autoridades locales.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no realizó ningún análisis econométrico para poder concluir que los precios fuesen paralelos. Además de ello, las pruebas no demuestran un comportamiento consciente respecto del mencionado paralelismo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio hace meras suposiciones del beneficio obtenido por los infractores con la conducta. La queja nunca fue por los precios cobrados sino por quedarse por fuera de las empresas seleccionadas para la gasificación de La Mesa, en el sentido de no poder obtener la financiación por parte de **FENOSA**.
- En el Expediente no obra prueba alguna que determine la condición socioeconómica de los usuarios, como lo afirma la Superintendencia.
- A la fecha en que se suscribió el "Acta de Acuerdo" ya se habían seleccionado las empresas instaladoras luego no es cierto que como efecto de dicho acuerdo se haya limitado la entrada de empresas al mercado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta la calificación de las empresas seleccionadas, su experiencia y calidad para entender que ello fue la fuente de participación de las empresas durante el periodo investigado.
- En el Expediente no existe prueba alguna de que los precios de mercado se hubieran fijado por el actuar ilegal de las empresas investigadas y no por la interacción entre oferta y demanda.
- No existe evidencia que permita llegar a la estadística de que el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3 ni que el acuerdo haya implicado que las alternativas de dichos consumidores eran o pagar el precio artificial o renunciar al esquema de financiamiento de **FENOSA**.

2.4. Argumentos presentados por la ALCALDÍA DE LA MESA

- *"[S]i bien, de tiempo atrás solicité a esa Entidad se me facilitará (sic) el material probatorio obrante en el expediente para así procurar por desarrollar de manera efectiva mis actividades defensivas, lo cierto es que no he obtenido respuesta sobre el particular".*
- En el presente caso se presenta el fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria. El término de caducidad inició el 1 de enero de 2014 y culminaría el 1 de enero de 2019. A esa fecha, no se encuentra en firme el acto administrativo sancionatorio en el presente caso.
- En la Resolución Sancionatoria no se hace pronunciamiento alguno respecto del escrito defensivo de la **ALCALDÍA DE LA MESA** radicado ante la Superintendencia de Industria y Comercio el 21 de noviembre de 2018, lo que va en contravía del derecho al debido proceso y al del derecho a la defensa.
- Como se concluyó en las observaciones al Informe Motivado, la Superintendencia de Industria y Comercio no contó con material probatorio determinante para imputar responsabilidad alguna a la **ALCALDÍA DE LA MESA** y si pretende que sea la que demuestre que en todo caso no le asiste alguna responsabilidad en los hechos objeto de imputación.
- No existe prueba de que se haya obligado o constreñido a los ciudadanos del municipio para la instalación del servicio de gas domiciliario. La Superintendencia de Industria y Comercio indicó que el 98,5% de los ciudadanos realizó dicha instalación por intermedio de las empresas que hicieron parte del acuerdo. Esto genera necesariamente la conclusión de que no hubo alguna suerte de constreñimiento, pues el 1,5% restante utilizó empresas ajenas al acuerdo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Lo anterior permite inferir que *"la publicidad realizada en el periódico "Fracotirador" (sic) probablemente facilitó que los ciudadanos del Municipio utilizaran aquél servicio y lo el de las empresas que no estuviesen referidas en el "acuerdo" pero igualmente que sí existió para el caso concreto la instalación del servicio de gas domiciliario por parte de empresas diversas a las del pacto"*.
- Quien debe sufragar los perjuicios ocasionados por el acuerdo no puede ser otro que el particular que aprovechándose de su posición optó por realizar actuaciones so pretexto de garantizar un servicio público.
- En cualquier caso, no es la Alcaldía la que puede comportarse de una u otra manera, pues quien actúa no es la Alcaldía sino el personal que hace parte de ella, de tal suerte que a quien puede atribuírsele alguna clase de conducta dolosa o culposa es al ser humano y no a una Entidad.
- Se vulnera el principio *non bis in ídem* pues se sancionó tanto a la Alcaldía como al Alcalde y al Secretario de Obras Públicas, quienes obran en su nombre.
- Mientras que a la Alcaldía se le sancionó con \$270.000.000.00 por encontrarse sometida al actuar de sus empleados, a los servidores públicos investigados se les multó con sumas "irrisorias".
- No puede determinarse la conducta procesal de una figura abstracta como lo es una Alcaldía. Más aun cuando los hechos investigados se derivaron del actuar de particulares.
- No se indicó de dónde surgió la dosimetría que arrojó como resultado la multa a pagar por parte de la Alcaldía. Esto es, debe existir una dosificación de la sanción en consideración de cada caso concreto, *"con los criterios previstos en el citado artículo 50"* del CPACA.

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

- La Superintendencia de Industria y Comercio no valoró el convenio SME 004 de 2012, por medio del cual se gestionó la instalación y el pago a las familias más vulnerables del municipio, pues nunca fue allegado como prueba, ni se decretó.
- No existe afectación a la libre competencia pues un porcentaje muy alto de la demanda estaba bajo responsabilidad de la administración.
- **RODRIGO GUARÍN LESMES** nombró un supervisor, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, para que ejecutara en el municipio la instalación de gas natural domiciliario en los hogares con menores recursos. Era este supervisor quien debía responder por los pagos y establecer los parámetros necesarios para que no se desviaran los recursos.
- **RODRIGO GUARÍN LESMES** nunca tuvo contacto con las empresas instaladoras, ni con sus representantes o empleados, y la evaluación y confirmación de sus datos, como en el caso de **MECCISS**, estaba a cargo de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**. Además tampoco existe prueba en el Expediente que incluya la firma de documento alguno por parte del primero o un testimonio en el que la Superintendencia se base para acusar al investigado.
- La elección de las empresas investigadas se debió a que habían entregado su hoja de vida con información verificada, propuesta comercial y a que estaban en los primeros lugares del *ranking* enviado por **FENOSA**. La única finalidad del respaldo de la administración a estas empresas era ejecutar el convenio SME 004 de 2012 de forma segura y *"evitando que se presentaran posibles estafas a los habitantes más vulnerables y pobres del municipio"*.
- La comunicación enviada el 1 de agosto de 2012 simplemente informaba a **FENOSA** sobre las empresas que habían cumplido con los requisitos exigidos por ellos mismos, pero no afectó la libre competencia en el mercado.
- *"El falso argumento de la financiación está motivado con base en porcentajes inexistentes y acomodados, así como se pretende fusionar el acta de acuerdo con la lista de precios con base en supuestos, (...) así mismo pretenden mezclar las instalaciones de los estratos 1, 2 y 3 como*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

si se financiaran todas, siendo esto totalmente falso". El estrato 3, a quien afectaba el esquema de financiación, apenas representaba el 25% de las instalaciones.

- La última prueba obrante en el Expediente del supuesto acuerdo tiene fecha 16 de agosto de 2016, de modo que la Superintendencia de Industria y Comercio no puede esperar más de seis (6) años para proferir una Resolución de Apertura y llevar a cabo una investigación en cuatro (4) meses.
- La Superintendencia de Industria Comercio no ha probado de manera certera y con base en la lógica propia de su cargo como fallador, en qué momento **RODRIGO GUARÍN LESMES** colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró alguna conducta violatoria de las normas sobre protección de la competencia.
- Sobre el "Acta de Acuerdo" se presenta la caducidad de la facultad sancionatoria el día 16 de agosto de 2017. Sin embargo, es importante aclarar que **RODRIGO GUARÍN LESMES** no se encuentra registrado con identidad plena en este documento, tampoco su firma, o cualquier otro dato que sustente su participación en el mismo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no establece con claridad, con base en las facturas emitidas por las empresas u otros soportes contables, si hubo o no cumplimiento al supuesto acuerdo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio valoró de forma inadecuada la declaración rendida por **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS** el 17 de octubre de 2018, así como el documento de **REINGEGAS** llamado "notificación", pues no tuvo en cuenta el contexto ni circunstancias de modo tiempo y lugar. Resulta *"muy grave la actitud procesal de la superintendencia, prestarse para decretar una prueba (...) todo con la finalidad de tapar sus dilaciones injustificadas, demuestran que no existe imparcialidad por parte del fallador"*.
- **RODRIGO GUARÍN LESMES** no es un agente de mercado, no recibe pagos por obras y no genera facturas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio violó el derecho de **RODRIGO GUARÍN LESMES** al debido proceso pues en su caso se presentó un incumplimiento de los términos procesales. El único *"salvavidas que le queda al ente fallador es establecer una falsa relación entre el acta de acuerdo y la lista de precios, con base en conjeturas infundadas y respaldarlo con una declaración que rinde un sujeto procesal, después de seis años"*.
- Para declarar responsable a **RODRIGO GUARÍN LESMES**, la Superintendencia de Industria y Comercio debe probar si el investigado actuó con dolo o culpa grave y determinar el daño que causó a los ciudadanos, con fundamento en un estudio detallado del mercado, junto con cifras exactas del mismo. Lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.
- En varios apartes de la Resolución Sancionatoria, se identifica la posible responsabilidad de **FENOSA**, pero *"extrañamente"* no fue tomado como sujeto procesal.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no puede obligar a la Alcaldía de La Mesa a entregar recursos públicos en forma de subsidios a cualquier empresa que se presente como instaladora, sin verificar su capacidad de cumplimiento y respaldo comercial.
- Que la declaración de **NIDIA SAYURI MURCIA PARRA** corrobore la existencia de un posible "Listado de precios" no significa que la misma sea prueba válida en contra de **RODRIGO GUARÍN LESMES**.
- El "Acta de Acuerdo" no presenta ni valores a cobrar, ni fechas de ejecución, ni anexos relacionados, como erróneamente lo ha afirmado la Superintendencia. Por su parte, la denominada "Lista de Precios" tampoco tiene fecha comprobable.
- La verdad es que aproximadamente el 75% de las instalaciones pertenecientes a los estratos 1 y 2, fueron pagadas por el municipio con los subsidios, el 25% restante pertenecen a los estratos

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3 y 4, y no todos utilizaron la financiación de modo que los datos usados por la Superintendencia de Industria y Comercio según los cuales el 93% de usuarios, pertenecientes a estratos 1, 2 y 3 se vieron potencialmente afectados por el acuerdo están errados.

- El artículo séptimo de la Resolución Sancionatoria viola el principio de presunción de inocencia respecto de **RODRIGO GUARÍN LESMES** pues no existe certeza de su participación en los actos que se le endilgan en contra de la libre competencia.
- De acuerdo con el artículo 176 del Código General del Proceso, las pruebas debieron ser apreciadas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Sin embargo, para determinar la responsabilidad de **RODRIGO GUARÍN LESMES**, la Superintendencia de Industria y Comercio solo valoró y dio una importancia extralimitada a la declaración del representante legal de **REINGEGAS**.

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

- A **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** se le juzgó de manera equivocada por actuar conforme a sus funciones como empleado público, tratando de evitar un posible engaño y posterior fraude a los habitantes de La Mesa.
- No se valoró de manera adecuada y justificada una prueba fundamental dentro de la investigación, como lo es el CONVENIO SME-004 DE 2012, donde se le entregan unos recursos en forma de subsidios a la administración municipal, que sea quien avale a las firmas instaladoras con fundamento en los requisitos exigidos por **FENOSA**, le pague a las empresas instaladoras y supervise los trabajos, de tal manera que no se pierdan los dineros públicos.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** tenía bajo su responsabilidad la distribución y el cuidado de \$238.510.507 para subsidios. No se evidencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio cómo se debía distribuir ese dinero, si estaba en cabeza de la administración municipal y no de los usuarios finales.
- Se vulneró su derecho fundamental al debido proceso porque se pretendió relacionar la "lista de precios" con él, sin tener una prueba conducente, pertinente y útil que sustente tal afirmación.
- Una cosa es su actuación como funcionario de la alcaldía cuando redactó el "acta de acuerdo" y otra muy diferente la actuación de las empresas cuando al parecer decidieron realizar la "lista de precios".
- No se valoró que **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** estaba actuando como supervisor de recursos públicos direccionados a la instalación de gas natural en los estratos 1 y 2 y solo estaba asegurando una prestación adecuada y eficiente del servicio, evitando que firmas que ni cumplían con la capacidad solicitada por **FENOSA** afectaran los estratos más pobres del municipio.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** no es un agente que participaba en la prestación del servicio, por lo que no existe motivo para realizar acuerdos anticompetitivos con empresas, ya que no representa ni pertenece a ningún agente de mercado.
- La declaración de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, representante legal de **REINGEGAS** no es creíble, de acuerdo a su actuación durante el proceso, las ganancias que obtuvo en la gasificación, la incoherencia con la que se expresa, los documentos y testigos que presentó, aunado al tiempo que transcurrió desde la ocurrencia de los hechos y la fecha de presentación de su declaración.
- Este caso es especial y merece un estudio jurídico completamente diferente al que se le ha dado, es más, era obligación de la Superintendencia evitar que esa situación se presentara, pues conoció los hechos en 2012 y en lugar de identificar las posibles fallas y tomar las medidas correctivas necesarias en su momento, esperó 6 años para culpar a un funcionario honesto y mostrar resultados con base en una investigación colmada de violaciones al debido proceso.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Aproximadamente el 70% de las instalaciones se efectuaron en los estratos 1 y 2, las cuales fueron pagadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA** por medio subsidios. La financiación solo se podría tasar en afectación a los estratos 3 y 4, pero su participación fue de menos del 30%. Si los recursos con los cuales se pagaría la instalación iban a ser efectuados por la Alcaldía, esta entidad estaba en todo su derecho de avalar las empresas que cumplieran con lo establecido por **FENOSA**. La Superintendencia de Industria y Comercio pretende mostrar una afectación inexistente, el porcentaje de financiación es mínimo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio asegura que la participación de **FENOSA** dentro del proceso está probada, pero extrañamente no fue investigada ni sancionada, como sí ocurrió con personas que lo único que hicieron fue seguir los lineamientos de la empresa distribuidora.
- Teniendo en cuenta que **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** fue quien suscribió el "Acta de Acuerdo", la obligación contenida en su artículo 12 sobre informar a **FENOSA** para que retirara a la empresa que incumpliera lo acordado carece de sustento en cuanto a la representación jurídica de la Alcaldía. Además, no hubo incumplimientos y por tal motivo nunca se notificó a **FENOSA**.
- Si bien **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** participó del "Acta de Acuerdo", también lo es que su objeto nunca fue el de atentar contra la libre competencia.
- El apoyo y aval de la Alcaldía a las empresas que formaban parte del ranking enviado por **FENOSA**, tenía como fundamento lo acordado en el Convenio SME 004 de 2012.
- La "Lista de Precios" fue planeada, ejecutada y distribuida por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, sujeto curtido con más de 20 años de experiencia en el mercado, que en la redacción de sus volantes nunca menciona a **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, ni a ningún otro funcionario de la administración ni de la Alcaldía, porque él sabía que el objeto del "Acta de Acuerdo" siempre estuvo enmarcado en la protección de los recursos públicos en forma de subsidios.
- **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** aparte de no haber participado en la supuesta "Lista de Precios", no hace parte de ninguna empresa instaladora de gas natural, no realiza trabajos ni obras relacionadas con ese objeto social, nunca efectuó cobros, no generó facturas, ni repartió volantes.
- La Superintendencia de Industria y Comercio intenta valorar dos pruebas documentales en un solo acto, el "Acta de Acuerdo", que no posee carácter continuado, que en su interior no se relacionan fechas futuras, con la "Lista de Precios" en la cual se establece en su encabezado la fecha de 31 de diciembre de 2013, pero este documento tuvo participación exclusiva de las empresas instaladoras y no **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, de quien, por lo tanto, se presenta el fenómeno jurídico de la caducidad.
- La Superintendencia de Industria y Comercio nunca se pronunció acerca de la fecha que aparece redactada en la parte inferior de la "Lista de Precios": "EL VALOR DE LOS DERECHOS DE CONEXIÓN Y MEDIDOR ES DE \$ 489.150 VIGENCIA 2.012".
- El numeral 2 del "Acta de Acuerdo" está haciendo un control a las empresas para que no abusaran en los cobros a los habitantes de La Mesa, tal y como lo venía haciendo **REINGEGAS**, quien estaba cobrando por los puntos adicionales el mismo valor que por la conexión inicial.
- Es imposible que en su declaración del 17 de octubre de 2018, después de 6 años y 2 meses, **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** pueda recordar con exactitud y expresar sin equívoco que la lista de precios fue elaborada en la reunión del 16 de agosto de 2012. Lo que sí es probable es que haya mentido en su declaración para apoyar su defensa.
- La Superintendencia de Industria y Comercio debe explicar en qué salieron afectados los usuarios de los estratos 1 y 2, pero no con suposiciones sueltas, sino con argumentos respaldados con cifras y material probatorio contundente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Los comités establecidos en el "Acta de Acuerdo" son una exigencia del supervisor del Convenio SME 004 de 2012, donde pretendía controlar los trabajos realizados, junto con los pagos efectuados por medio de subsidios. También verificar en campo la calidad de las obras, nunca hubo otra intención, solamente controlar abusos e incumplimientos.
- Se presentó una violación al debido proceso en la práctica de la prueba correspondiente a la declaración de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, lo que acarrea una nulidad, porque (i) se presentó 6 años y 2 meses después de la ocurrencia de los hechos; (ii) se busca ilegalmente relacionar a **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** con la supuesta "Lista de Precios"; (iii) **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** suministró información falsa con la finalidad de evitar que **FENOSA** le cierre las puertas a futuras oportunidades comerciales; (iv) la nulidad de la prueba exonera a **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** pero no a las empresas instaladoras; y (v) al momento de su declaración, **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** tenía conocimiento de los cargos indilgados, las pruebas obrantes en el Expediente, y estaba armando su estrategia de defensa junto con su abogado, siendo estos factores subvalorados por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- En cuanto a la tasación de la multa, el supuesto efecto en el mercado es nulo, está manipulado y erróneamente sustentado, porque los estratos 1 y 2 estaban cobijados por el Convenio SME 004 de 2012, por lo que aproximadamente el 70% de las instalaciones se pagaron con recursos públicos en forma de subsidios y de manera directa.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

3.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria es importante llamar la atención respecto del hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política. Este precepto constitucional establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En esa medida, el artículo 333 de la Constitución Política, además de establecer el derecho colectivo a la libre competencia económica, impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos como los carteles empresariales, o incluso, actos de naturaleza unilateral como los actos de abuso de posición dominante en el mercado u otras conductas.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse en varias ocasiones al régimen general de la libre competencia económica el cual encuentra sus bases en el referido artículo 333 Superior. Como primera medida ha dicho que la Constitución Política

*"(...) adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero **que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general**"³. (Se destaca).*

De acuerdo con esto,

*"Un asunto central es el de los límites de actuación que tienen los actores del mercado, y más precisamente, **los límites que deben ser impuestos a la libertad económica, que***

³ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017 (25 de enero), MP: Alberto Rojas Ríos. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-032-17.htm>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

se materializan en el régimen de protección de la competencia. Al respecto pueden ser identificados dos clases de límites: los que se imponen libremente los propios actores, dispuestos entre otros instrumentos, en los "manuales de buenas prácticas", y **los que les son impuestos por medio de la regulación, de la ley, entre los que se encuentran el conjunto de reglas que protegen el derecho a la libre competencia**⁴. (Se destaca).

En este entendido, la función sancionatoria adelantada por la Superintendencia:

"(...) presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

*Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, **el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia.** Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta*⁵. (Se destaca).

En consecuencia, y conforme lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad pública encargada de intervenir en el desarrollo de las actividades propias de la libertad económica cuando evidencie que podría existir una afectación al derecho constitucional a la libre competencia económica. Intervención que se realiza con la finalidad de controlar a las empresas y proteger a los consumidores, en cuanto a que

*"(...) la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos"*⁶.

Por consiguiente, para el correcto ejercicio de sus competencias y funciones aplica el régimen general de la libre competencia, el cual, como lo ha aseverado la Corte se encuentra integrado por la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009 y Decreto 4886 de 2011. Adicionalmente, resulta relevante indicar que, en materia procesal, en los aspectos no regulados en las normas especiales se debe aplicar la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- y en lo no regulado por éste último por lo establecido en la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso. En palabras de la Corte,

*"En el plano normativo dicho régimen está conformado básicamente por la **Ley 155 de 1959** sobre prácticas comerciales restrictivas, cuya vigencia ha sido reiterada por normas posteriores, especialmente por la **Ley 1340 de 2009**; por el **Decreto 2153 de 1992**, que es un decreto con fuerza de ley, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, que reestructuró en su momento la Superintendencia de Industria y Comercio, especialmente lo allí dispuesto por los artículos 44 a 54, aún vigentes, (...) por la Ley 1340 de 2009, sobre protección de la libre competencia, especialmente el artículo 1 que determina su objeto, el artículo 4, que instala el régimen general de protección de la competencia y el artículo 6, que establece que la SIC "conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia"; y por los decretos que sucesivamente modifican la estructura de la entidad, los que en general introducen nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Superintendente y a la Superintendencia*

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017 (25 de enero), MP: Alberto Rojas Ríos. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-032-17.htm>.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001 (13 de junio), MP: Rodrigo Escobar Gil. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-616-01.htm>.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-172 de 2014 (19 de marzo), MP: Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-172-14.htm>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Delegada para la Protección de la Competencia, precisando algunos aspectos sustantivos y de procedimiento, (en) el **Decreto 4886 de 2011**⁷. (Se destaca)

(...)

"Las reglas de procedimiento para las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el régimen de protección de la competencia, se encuentra reglado en el **Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 019 de 2012, contando con las cláusulas de integración de la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**"⁸.

Teniendo en cuenta lo establecido en cada una de las normas señaladas, la Superintendencia tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Así, se busca reprimir, sancionar y prevenir la infracción de las normas que protegen el régimen de la competencia y que tienen como bien jurídico protegido el derecho de todos los colombianos a la libre competencia económica. Luego entonces, y conforme lo establece el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, a través de las actuaciones administrativas de esta entidad se busca velar, garantizar y cumplir con tres propósitos: "(...) *la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*"⁹. En efecto, como lo ha reiterado la Superintendencia en repetidas ocasiones

"El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener"¹⁰.

En este contexto, la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como policía administrativa en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de la actividad económica en los diferentes mercados nacionales; función que se enmarca dentro del ámbito del derecho administrativo sancionatorio, en el cual los principios de legalidad y tipicidad tienen distinta entidad y rigor que en el derecho penal. Por ello la Corte ha indicado que

"En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas.

(...)

el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, **se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) "los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada"; (ii) "las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta"; (iii) "la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad.**

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017 (25 de enero), MP: Alberto Rojas Ríos. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-032-17.htm>.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017 (25 de enero), MP: Alberto Rojas Ríos. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-032-17.htm>.

⁹ Artículo 3 Ley 1340 de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia", Diario Oficial 47.420 de 24 de julio de 2009. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html.

¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014 (16 de diciembre). Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/RESOLUCION_N_76724.pdf.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Y respecto del carácter flexible del principio de tipicidad como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, agregó:

*"En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción". De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que **"las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"**"¹¹. (Se destaca)*

Bajo este entendido, la exigencia frente a las particularidades propias de cada norma administrativa sancionatoria y el análisis que debe hacer la autoridad administrativa son menos rigurosos que en materia penal, por cuanto su fundamento y finalidad son completamente diferentes. También, basta con que (i) los elementos básicos de la conducta típica a sancionar se encuentren en la norma, (ii) haya remisiones normativas precisas en caso de que la norma a aplicar sea un tipo en blanco o al menos contenga los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la conducta y (iii) que la sanción o criterios para determinarla sean claros. Así pues, se debe hacer especial énfasis en que existe una mayor flexibilidad en la adecuación típica en ejercicio del derecho administrativo sancionatorio.

En suma,

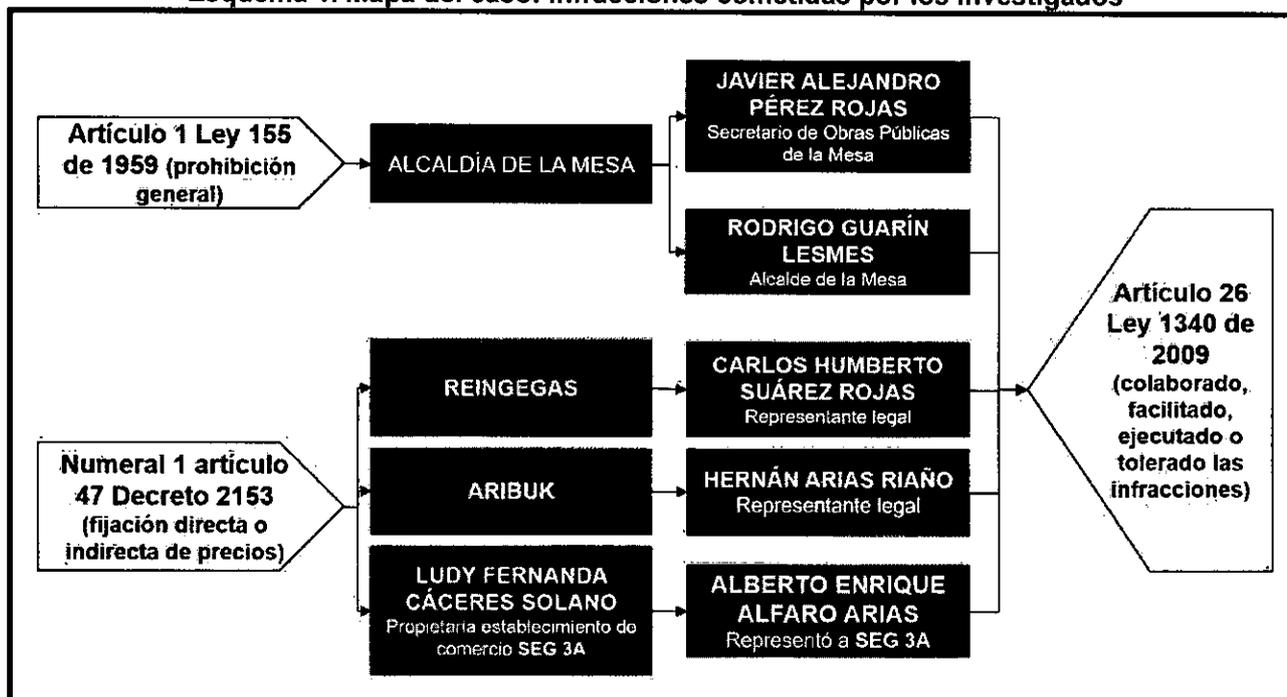
- (i) El régimen de la libre competencia económica encuentra su fundamento en el artículo 333 de la Constitución Política.
- (ii) Las normas que conforman el régimen de la libre competencia en Colombia son la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2009 y Decreto 019 de 2012.
- (iii) En materia procesal, las actuaciones administrativas, adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se rigen por lo dispuesto en las referidas normas y en lo no regulado por ellas por lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y subsidiariamente por lo establecido en la Ley 1564 de 2012.
- (iv) La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad nacional de competencia.
- (v) Los propósitos de las actuaciones administrativas en protección del régimen de la competencia son tres: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- (vi) El análisis de adecuación de las conductas a las normas, que en materia administrativa sancionatoria realiza el juzgador, es mucho más flexible que el exigido en materia penal.

Bajo el contexto señalado, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta de que **REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, como propietaria del establecimiento **SEG 3A**, acordaron fijar los precios de las construcciones e instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural en el municipio de La Mesa – Cundinamarca, y que esta conducta fue propiciada, favorecida y patrocinada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**. El Despacho fundamentó esta conclusión en abundante material probatorio obrante en el Expediente, que demostró que esta conducta se fraguó en detrimento de los usuarios que requerían de dicha instalación para acceder al servicio público de gas natural, toda vez que los investigados acordaron renunciar a competir en precios y de esta manera evitar que los usuarios logran obtener mejores precios de acuerdo a la oferta y demanda en un mercado en el que debería prevalecer la libre competencia.

De esta forma, el Despacho encontró acreditado, en primer lugar, que la **ALCALDÍA DE LA MESA** informó a **GAS NATURAL S.A. E.S.P.** (en adelante "**FENOSA**") que **REINGEGAS, SEG 3A y ARIBUK** serían las empresas seleccionadas para ejecutar la construcción e instalación de las redes internas de gas domiciliario en el municipio de La Mesa. Es decir, estas empresas serían las únicas seleccionadas y autorizadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA** para ejecutar esta labor.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014 (16 de diciembre). Recuperado de [http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/RESOLUCION N 76724.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/RESOLUCION_N_76724.pdf).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Esquema 1. Mapa del caso: infracciones cometidas por los investigados

Fuente: Elaborado con información obrante en el Expediente.

De esta manera, las tres empresas sancionadas, al haber sido las únicas seleccionadas y autorizadas por la **ALCALDÍA DE LA MESA** para construir e instalar las redes internas de gas en el municipio de La Mesa, obtuvieron automáticamente su inclusión en un "*Convenio de Colaboración Comercial*" con **FENOSA**, que les permitía ofrecer sus servicios a los usuarios con financiación a través de la factura de gas natural. Al respecto, debe recordarse que se demostró que para una empresa participante del mercado de construcción e instalación de redes internas de gas en un municipio con características socioeconómicas como La Mesa, contar con la facilidad de poder ofrecer pago con financiación a través de las facturas del distribuidor de gas constituía una ventaja competitiva frente a las demás empresas que no cuentan con dicha posibilidad.

En línea con lo anterior, el Despacho demostró que el 16 de agosto de 2012 se celebró en el municipio una reunión auspiciada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, en la que participaron las tres empresas instaladoras de redes sancionadas (**REINGEGAS**, **SEG 3A** y **ARIBUK**) junto con **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, en representación de la **ALCALDÍA DE LA MESA** como Secretario de Obras Públicas.

El propósito de esta reunión, tal y como consta en el acta de la misma, denominada "ACTA DE ACUERDO", fue el de "*establecer los parámetros con que se va a ejecutar el proyecto de instalaciones internas de gas domiciliario*". De acuerdo con el acta mencionada, se acreditó que en dicha reunión las empresas sancionadas acordaron los precios que se ofrecerían a los usuarios (punto 2) y, entre otras cosas, estipularon como mecanismo de coerción ante una posible desviación del cartel, que el castigo ante cualquier eventual incumplimiento sería la pérdida del convenio con **FENOSA** que les permitía ofrecer sus servicios con financiación.

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

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
ALCALDÍA MUNICIPAL LA MESA

ACTA DE ACUERDO

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

1. El Pagare que firma el usuario deberá estar debidamente diligenciado y soportado con el formato de la cotización de los trabajos a realizar y con su correspondiente valor y material.

2. Se establece una lista de precios sugerido por metro lineal e ítems adicionales que requieran por condiciones técnicas.

3. Se comercializara con dos (2) tipos de materiales certificados COBRE TIPO L y PE AL PE.

4. Los subsidios serán únicamente para los estratos 1 y 2.

5. Ninguna de las firmas instaladoras podrá bajo ninguna circunstancia realizar venta, comercialización de instalaciones en las zonas de afectación y que no estén en la red de distribución urbana definida por Gas Natural Fenosa.

6. Si algún usuario desea cancelar de contado lo podrá realizar tres (3) días antes de que la firma instaladora radique la documentación ante Gas Natural Fenosa y reciba los trabajos a conformidad, previa construcción de las redes de distribución urbana definida por Gas Natural Fenosa.

7. Las firmas instaladoras suscribirán una póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual.

8. Las firmas instaladoras -SEG 3 A GAS DE COLOMBIA y ARIBUK respetaran las cajas o nichos instalados para los centros de medición a la empresa REINGEGAS LTDA que fueron instaladas hasta el día 15 de agosto de 2012.

9. Queda terminantemente prohibida la comercialización en los conjuntos de apartamentos o casas hasta nueva orden de la alcaldía.

10. Se realizaran comités técnicos mensualmente con el fin de hacer evaluación de los trabajos ejecutados.

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
ALCALDÍA MUNICIPAL LA MESA

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

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

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

CARLOS SUÁREZ ROJAS
Representante Legal
REINGEGAS LTDA.

ALBERTO ENRIQUE ALFAROMARTÍN
Representante Legal
SEG 3 A GAS DE COLOMBIA

HERNÁN ARIAS TRIANO
Representante Legal
ARIBUK

JAVIER PÉREZ ROJAS
Secretario de Obras Públicas

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

Fuente: Folios 161 y 162 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. (Destacado fuera del original).

Teniendo presente que en el acta suscrita por los investigados se acordó en su punto 2 "establecer una lista de precios", en el Expediente obra un documento denominado "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS, SEG 3A Y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA", en el que se observan los precios establecidos por los investigados, los cuales tendrían una vigencia, según el mismo documento, hasta el 31 de diciembre de 2013. Tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, copias de este documento fueron entregadas por ARIBUK, SEG 3A y la ALCALDÍA DE LA MESA, al paso que fue reconocido por CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS (representante legal de REINGEGAS) en su declaración del 17 de octubre de 2018 y por el Secretario de Obras Públicas, JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS, en su declaración del 24 de enero de 2013.

Para mayor ilustración, a continuación, se presenta nuevamente, la imagen de la lista precios obrante en el Expediente:

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 2. Lista de precios

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

VIGENCIA 31 DE DICIEMBRE 2013

PRECIOS A FINANCIAR CON LA FACTURA DE GAS NATURAL

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

COSTOS DE TRABAJO ADICIONALES DONDE SE REQUIERAN POR CONDICIONES
TECNICAS

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

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

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

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

En línea con lo anterior, el Despacho presentó una imagen de las comunicaciones difundidas a la población del municipio de La Mesa, en la que se aprecia la manera en que las empresas investigadas informaron a la población sobre el acuerdo respecto de los precios de las instalaciones internas de gas. En otras palabras, exteriorizaron a la comunidad su acuerdo restrictivo de la libre competencia. Esta fue la comunicación enviada por las empresas a los pobladores:

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 3. Comunicación REINGEGAS

22



**REINGEGAS
LTDA.**

Proveeduría de Gas Natural S.A. S.A.S.
NIT 830.048.200-1

**REDES E INGENIERÍA
DE GAS NATURAL
NOTIFICACION**

Lea completamente

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

Respetada:

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

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

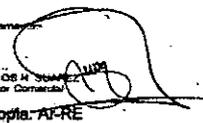
Esta decisión, se tomo con base aún acuerdo al que se llegó con las compañías que están ofreciendo el servicio; donde todos manejaremos los mismos valores.

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

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

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

Agradecemos su gentil atención.



CARLOS H. SUAREZ
Director Comercial

Copia: A/R-E

CALLE 8 - No. 17 - 25 TELFONOS: 3214183378 - 315 843 5956 LA MESA CUNDINAMARCA
CALLE 28 SUR # 52 A - 72 - PBX 710 6488 - Email: reingegas52@yahoo.es - BOGOTÁ, D.C.

Fuente: Folio 22 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. (Destacado fuera del original).

Como puede observarse, se difundió a la población del municipio de La Mesa que las empresas investigadas manejarían los mismos precios en virtud del acuerdo celebrado entre ellas. Bajo este escenario, los usuarios del servicio público de gas natural del municipio de La Mesa bajo ningún escenario tendrían la posibilidad de acceder a un precio mejor en virtud del libre juego de la competencia, toda vez que las tres únicas empresas que ofrecían el servicio en dicho municipio, y que contaban con el programa de financiación de **FENOSA**, decidieron cartelizarse para evitar cualquier rivalidad entre ellas en perjuicio de la población.

Por su parte, la responsabilidad de la **ALCALDÍA DE LA MESA** también quedó plenamente demostrada en la Resolución Sancionatoria, en virtud de que (i) propició un escenario adverso a la libre competencia económica al elegir y privilegiar a **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**; (ii) indujo a los consumidores a contratar con dichas empresas; (iii) participó activamente en el acuerdo anticompetitivo; y (iv) alteró la dinámica del juego de la libre competencia económica al provocar un desplazamiento de la demanda hacia estos tres agentes.

En efecto, la **ALCALDÍA DE LA MESA** no solo seleccionó a las tres empresas investigadas para realizar las instalaciones, las cuales serían las únicas con financiación, sino que se encargó de difundirlo a la población a través de notas de prensa, en las que hacía un llamado a la comunidad para que estuviera alerta frente a otras empresas que ofrecieran dichos servicios diferentes a las investigadas, pues estas realizarían cobros directos y se harán responsables directamente.

El texto del anuncio expuesto en la Resolución Sancionatoria fue el siguiente:

"Como ya se ha venido informando por parte de la Administración Municipal en el proceso de socialización del proyecto para el suministro de Gas Natural domiciliario en nuestro municipio. La construcción de las instalaciones internas las realizaran firmas instaladoras, para ello Gas Natural S.A. cuenta con un registro único de firmas instaladoras (RUF1), en

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

el cual se encuentran relacionadas las firmas instaladoras que tienen registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio SIC. De esta manera Fenosa cuenta con un ranking en el cual se establecen los criterios de actuación comercial y técnica que permite evaluar la gestión de estas empresas. Por lo anterior, y en busca de dar solución a las inquietudes que ha manifestado la comunidad, la Administración Municipal ha determinado la inclusión de dos empresas más, las cuales con anterioridad habían entregado sus respectivas propuestas que están acordes a los criterios de negociación. Estas empresas se encuentran en el primer y cuarto puesto del ranking Fenosa, de esta manera las empresas que tienen convenio con Gas Natural Fenosa S.A. para financiar su instalación interna son CÁCERES SOLANO LUDY FERNANDA SEG 3A GAS DE COLOMBIA, ARIBUK LTDA y REINGEGAS LTDA. Posicionadas en el Primero, Cuarto y Décimo Séptimo lugar del Ranking Fenosa. Estas compañías NO realizarán recaudo de dineros por ningún motivo ya que el costo de las redes internas será cobrado en la factura de gas una vez entrado en funcionamiento el servicio. Es de resaltar que cualquier empresa puede realizar las instalaciones internas, por ello la Administración Municipal hace un llamado a la comunidad a estar muy alerta pues las mismas realizarán cobros directos y se harán responsables directamente"¹². (Se destaca).

Conforme lo anterior, los potenciales usuarios habrían terminado inclinándose hacia las empresas propuestas por la Alcaldía, lo cual pudo corroborarse con el hecho de que el 98,5% de las instalaciones de redes internas en el municipio de La Mesa durante el año 2013 fueron realizadas por las investigadas.

En conclusión, el Despacho encontró plenamente demostrado tanto el acuerdo de precios de las instalaciones internas de gas en el municipio de La Mesa, como la participación de la **ALCALDÍA DE LA MESA** en el mismo. Por tal motivo, se sancionó a **REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** –propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A-**, la **ALCALDÍA DE LA MESA, CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**), **HERNÁN ARIAS RIAÑO** (representante legal de **ARIBUK**), **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** (en representación de **SEG 3A**), **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**) y **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde del municipio de La Mesa para la época de los hechos).

Teniendo claras las razones por las que los investigados resultaron sancionados, el Despacho procede a resolver cada uno de los recursos de reposición interpuestos por **REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** –propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A-**, la **ALCALDÍA DE LA MESA, CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** (representante legal de **REINGEGAS**), **HERNÁN ARIAS RIAÑO** (representante legal de **ARIBUK**), **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** (Secretario de Obras Públicas de la **ALCALDÍA DE LA MESA**) y **RODRIGO GUARÍN LESMES** (Alcalde del municipio de La Mesa para la época de los hechos), dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

Para el análisis de los argumentos de los recurrentes, el Despacho decidió agruparlos en los siguientes acápite: (i) Consideraciones frente a la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia; (ii) Consideraciones frente a los argumentos relacionados con los documentos ACTA DE ACUERDO y "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA"; (iii) Consideraciones frente a los argumentos de tipo económico; (iv) Consideraciones frente al debido proceso y la valoración probatoria; (v) Consideraciones frente a la aplicación de las sanciones a personas jurídicas de derecho público y servidores públicos y; (vi) Consideraciones frente a la dosificación de las sanciones impuestas.

3.2. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio

Los investigados **REINGEGAS, CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS, LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, ARIBUK, HERNÁN ARIAS RIAÑO**, la **ALCALDÍA DE LA MESA** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** presentaron argumentos relacionados con la pérdida de capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el sentido que según ellos el

¹² Folios 26 y 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente 12-160585 (en adelante "Expediente").

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

término de los cinco años que tiene la autoridad para adelantar la investigación y proferir una decisión de fondo ya transcurrió.

Al respecto, se procede a explicar que, como quedó demostrado, la Superintendencia profirió y notificó la Resolución 91153 de 2018 a los sancionados dentro del término legal establecido, esto es, antes de que se cumplieran los cinco años de haberse presentado el último hecho constitutivo de la conducta anticompetitiva.

El término legal que tiene la autoridad de la competencia para instruir las investigaciones por posibles infracciones al régimen de la libre competencia es de cinco años, contados a partir de la ejecución de la conducta –en caso de ser de ejecución instantánea– o desde el momento en que se ejecutó el último acto o hecho de la conducta anticompetitiva –en caso de ser de ejecución continuada o permanente–. En efecto, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 dispone que:

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

De las pruebas obrantes en el Expediente, puede observarse que el acuerdo anticompetitivo contenido en el documento "ACTA DE ACUERDO" fue suscrito el 16 de agosto de 2012; sin embargo, conforme lo establecido en el documento "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA", suscrito en cumplimiento de la cláusula 2 del convenio, el efecto del acuerdo de precios se extendería hasta el 31 de diciembre de 2013. En tal sentido, es claro para el Despacho que los investigados incurrieron en una conducta restrictiva de la libre competencia de carácter continuado o sucesivo, cuyo último hecho se concretó el 31 de diciembre de 2013. En este sentido, como el último acto se materializó en la referida fecha, los cinco años terminarían el 31 de diciembre de 2018, fecha hasta la cual la Superintendencia actuaría con competencia y estaría facultada para imponer las eventuales sanciones a las que hubiera lugar.

Resulta importante hacer referencia a lo que en esta materia –conductas continuadas y la contabilización de los términos para que una entidad administrativa imponga una sanción– ha establecido el Consejo de Estado. Para el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

"las infracciones continuadas, suponen pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable"¹³.

En tal sentido, para las conductas de tracto sucesivo o infracciones continuadas la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado se cuenta a partir de la realización del último acto de ejecución. En palabras del Consejo de Estado:

"[l]a caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empezó a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico"¹⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, la tesis del Despacho se encuentra fortalecida, reiterando que el término de caducidad de la facultad sancionatoria comenzó a contar desde el último acto de ejecución del acuerdo restrictivo de la libre competencia, esto es, el 31 de diciembre de 2013 – fecha hasta la cual estarían vigentes los precios acordados para las instalaciones internas de gas para el municipio de La Mesa.

Ahora bien, **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** afirmaron en el recurso de reposición que el documento "Lista de precios" fue suscrito en 2012, fecha que debe tenerse en

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 4 de septiembre de 2008, Rad. 15106, CP: Héctor J. Romero Díaz.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta: (i) sentencia del 21 de junio de 2008, Rad. 25000-23-24-000-2010-00305-02, CP: Alberto Yepes Barreiro; (ii) sentencia del 14 de junio de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2010-00291-01, CP: Alberto Yepes Barreiro y; (iii) sentencia del 9 de agosto de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2010-00334-01, CP: Rocio Araújo Oñate.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

cuenta puesto que los valores en ella consignados no fueron aplicados en ningún momento. En tal sentido, no puede tenerse como última fecha de ejecución de la conducta anticompetitiva el 31 de diciembre de 2013, cuando únicamente aparece en el texto de dicho documento "VIGENCIA 31 DE DICIEMBRE DE 2013".

Frente al argumento propuesto por los investigados, resulta relevante señalar que conforme lo estableció la cláusula 2 del ACTA DE ACUERDO, documento suscrito por **REINGEGAS, SEC 3 A, ARIBUK y JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, en calidad de Secretario de Obras Públicas del municipio de la Mesa, se establecería una "lista de precios sugerido por metro lineal e ítems adicionales que requieran por condiciones técnicas"¹⁵. En este sentido, de manera posterior se encontró que esa cláusula se materializó en el documento titulado "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA". En este documento aparece establecido que la duración del acuerdo iría hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha cierta hasta la cual estarían vigentes los precios convenidos por las empresas y los cuales fueron conocidos por **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**.

De lo anterior, resulta necesario aseverar que el Código General del Proceso (en adelante "CGP") establece que en materia probatoria los documentos son indivisibles y comprenden lo que en ellos expresamente se establece. Establece el artículo 250 del CGP:

"Artículo 250. Indivisibilidad y alcance probatorio del documento. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato".

Motivo por el cual,

"el análisis del documento debe ser hecho en su integridad y cuando se trate de alguno con contenido declarativo se estará a lo que de él se establezca, salvo que exista prueba en contrario que permita tomarlo tan solo de manera parcial (...)"¹⁶.

Por lo anterior se infiere que la lista de precios contenida en el documento "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA" se aplicaría hasta el 31 de diciembre de 2013, tal y como se estableció expresa y literalmente. No existe prueba alguna dentro del Expediente que desvirtúe lo establecido en el documento. Además, esta tesis también encuentra sustento en la declaración de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** quien afirmó que:

*"CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: Cuando yo llegué a la reunión, como ya lo dije, ya estaban las otras empresas, estaba el Secretario con el computador, tenían un borrador a mano escrita y empezaron a tocar varios temas, entre ellos del documento que me refiere que habla de acuerdo y no es un acuerdo, porque valga la redundancia, escúcheme, estuve de acuerdo con ello porque **nos limitó el trabajo durante cuatro periodos** (...)"¹⁷*

Así, en vista de lo establecido en el documento "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA" y lo afirmado por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** en su declaración, los precios que, en virtud del acuerdo anticompetitivo –"ACTA DE ACUERDO"– se aplicarían, estuvieron vigentes hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha en la que se ejecutó el último acto de la conducta anticompetitiva continuada y a partir de la cual comenzó a contabilizarse el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Entidad.

Por su parte, **ARIBUK, HERNÁN ARIAS RIAÑO** y la **ALCALDÍA DE LA MESA** manifestaron que la facultad sancionatoria de la Superintendencia se encuentra caducada por cuanto al 31 de diciembre de 2018 –según **ARIBUK y HERNÁN ARIAS RIAÑO**– y al 1 de enero de 2019 –según

¹⁵ Folio 235 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

¹⁶ López, Hernán Fabio. (2017). La prueba documental. Código General del Proceso – pruebas, p. 490.

¹⁷ Folio 2595 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente, (min 27:33).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la **ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE LA MESA**– la Resolución Sancionatoria no se encontraba en firme. Como se pasará a explicar, estos argumentos no tienen sustento legal alguno, en los términos que ha establecido el Consejo de Estado al estudiar un caso similar al que nos ocupa. Así, frente al tema de la caducidad de la acción sancionatoria de una entidad administrativa manifestó que:

"la notificación del acto que impone una sanción es el hecho que permite establecer si la autoridad que ejerce la facultad sancionatoria obró oportunamente, que no los actos que resuelven los recursos que contra estos se interpongan.

(...)

en el sentido de disponer de manera expresa que el término de caducidad para que la superintendencia ejerza su facultad sancionatoria es de tres años y que **se interrumpe con la notificación del acto administrativo sancionatorio.**

(...)

Que así, la notificación del acto sancionatorio es lo que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la entidad supervisora, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos. En ese sentido, en la providencia que se trae a colación se precisó que los recursos tienen por finalidad que la autoridad administrativa revise una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos o errores, que ella tiene la posibilidad de enmendar, **sin que pueda considerarse que sólo hasta ese momento se ejerce la potestad sancionatoria**¹⁸.

Así las cosas, como lo indicó el tribunal, el hecho que debe revisarse para establecer si operó o no la caducidad de la facultad sancionatoria de una entidad es la notificación del acto que impone la sanción.

Por ende, el hecho que debe verificarse en el caso en cuestión es si en efecto la notificación de la Resolución No. 91153 de 2018 se realizó antes del 31 de diciembre de 2018, último día en que la Superintendencia tenía la facultad de sancionar a los investigados y notificar su decisión. Verificado el certificado de notificación de la Resolución Sancionatoria expedido por la Secretaria General de la Entidad se encuentra lo siguiente:

Tabla 1: Notificaciones de la Resolución 91153 de 2018

NOTIFICADO	REPRESENTANTE LEGAL, APODERADO, Y/O AUTORIZADO	FORMA DE NOTIFICACIÓN	NÚMERO DE NOTIFICACIÓN	FECHA DE NOTIFICACIÓN
REINGEGAS	GUILLERMO ANTONIO SUÁRES CASALLAS	Personal	-	21/12/2018
CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS	GUILLERMO ANTONIO SUÁRES CASALLAS	Personal	-	21/12/2018
ARIBUK	N.A.	Aviso	68739	26/12/2018
LUDY FERNANDA CACERES SOLANO	N.A.	Aviso	68745	26/12/2018
HERNAN ARIAS RIAÑO	N.A.	Aviso	69105	31/12/2018
ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS	N.A.	Aviso	68746	26/12/2018
ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE LA MESA	LUIS ENRIQUE CASTRO RUIZ	Aviso	68740	26/12/2018
RODRIGO GUARIN LESMES	ALEXANDER DÍAZ URREGO	Personal	-	20/12/2018
JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS	DAVID MAURICIO AMAYA BORDA	Personal	-	14/12/2018

Fuente: Folio 3293 del cuaderno público No. 8.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 29 de junio de 2017, Rad. 20.793, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto (e).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De la anterior tabla se observa que la Resolución Sancionatoria fue expedida el 14 de diciembre de 2018, y que la última notificación del acto administrativo se llevó a cabo el 31 de diciembre de 2018 para el investigado **HERNÁN ARIAS RIAÑO**, día final en que la Superintendencia podía sancionar a los investigados y notificarlos. Teniendo claridad de este hecho, y como se observa en el pronunciamiento judicial transcrito, el término de caducidad se interrumpe con la notificación del acto administrativo sancionatorio.

Por otro lado, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** aseveró que no participó en la elaboración del documento "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA", y que este debe tenerse como un documento diferente al "ACTA DE ACUERDO", redacción y discusión en la cual sí participó. En este sentido, si la Superintendencia hubiera tenido en cuenta este hecho, el fenómeno de la caducidad ya habría ocurrido.

El argumento presentado por **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** no tiene sustento alguno si se tiene presente que **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** aseveró en su declaración que a la hora de elaboración del documento "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA", el Secretario de Obras Públicas se encontraba presente. Al respecto indicó:

*"DELEGATURA: Señor **CARLOS HUMBERTO** asociado con ese documento, en el expediente, también consta una lista de precios. ¿Recuerda usted ese documento?"*

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Es correcto.*

DELEGATURA: Su denominación, abro comillas es la siguiente "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA, VIGENCIA 31 DE DICIEMBRE DE 2013, PRECIOS A FINANCIAR CON LA FACTURA DE GAS NATURAL" y encuentra una lista de precios. ¿Sí? Longitud en metros, valor PE al PER, valor en cobre. En este momento me voy a acercar y le voy a mostrar el documento al cual he hecho referencia.

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Es correcto. Sí, efectivamente lo reconozco, lo vimos en esa citación que me hizo la alcaldía.*

DELEGATURA: En la misma reunión, ¿ese documento quién lo elabora?"

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS: *Cuando yo llegué a la reunión, como lo dije, ya estaban las otras empresas, estaba el Secretario con el computador, tenían un borrador a mano escrita y empezaron a tocar varios temas, entre esos del documento que me refiere que en el expediente habla de acuerdo (...)"¹⁹.*

Como se observa, **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, bajo la gravedad del juramento, afirmó que ambos documentos fueron elaborados en la misma reunión en la cual se redactaron, imprimieron y suscribieron. Entonces, no es cierto que **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** no hubiera participado de la elaboración de los dos documentos y, que además no fuera consciente de que los efectos del acuerdo irían hasta el 31 de diciembre de 2013. En tal sentido, el término de caducidad para **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** inició a contabilizarse en la misma fecha que para el resto de investigados.

En consecuencia, por las razones expuestas, en este caso no ha operado la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, motivo por el cual los argumentos relacionados con la caducidad son infundados.

¹⁹ Folio 2595 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente, (min 26:35).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.3. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con los documentos ACTA DE ACUERDO y "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA"

REINGEGAS, CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS, LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, ARIBUK, HERNÁN ARIAS RIAÑO, RODRIGO GUARÍN LESMES y JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS presentaron argumentos relacionados con (i) la fuerza vinculante de los documentos "ACTA DE ACUERDO" y "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA" en la medida en que no constituyen un acuerdo propiamente dicho, (ii) su intención o finalidad de suscribir los documentos, (iii) el hecho que la **ALCALDÍA DE LA MESA** hubiera seleccionado a las tres empresas, (iv) el hecho que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** no hubiera firmado el documento ni autorizado a persona alguna para que lo firmara así como que **RODRIGO GUARÍN LESMES**, alcalde del momento, no hubiera suscrito el documento, (v) la validez de los documentos y (iv) que **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** fue quien planeó, ejecutó y distribuyó la lista de precios.

Como se pasa a explicar, los argumentos expuestos por los investigados desconocen normas legales o simplemente comportan afirmaciones sin prueba alguna que no desvirtúan la tesis propuesta.

En efecto, para desestimar el argumento presentado por **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁRES ROJAS** frente a que el "ACTA DE ACUERDO" fue un documento emitido por la alcaldía del municipio de La Mesa, con exigencias emitidas por el Secretario de Obras Públicas y no corresponde a un acuerdo alcanzado por quienes la suscribieron, el Despacho pone nuevamente de presente lo establecido en el artículo 250 del CGP, el cual dispone que la prueba que resulte de los documentos privados es indivisible y comprende lo meramente enunciativo. Esto quiere decir que, al valorar la prueba, el juzgador o director del proceso, tendrá en cuenta la literalidad de las palabras que en el documento se plasmaron.

Conforme lo anterior la literalidad del título del documento se enmarca perfectamente dentro de la definición que establece el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, el cual establece que debe entenderse por acuerdo

*"(...) Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas"*²⁰.

En tal sentido, no resulta de recibo el argumento propuesto por los investigados consistente en que lo que se plasmó en el documento no fue producto de un acuerdo entre las partes, sino que fue una imposición que realizó **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas, en nombre del municipio de La Mesa.

Por otro lado, **ARIBUK** y **HERNAN ARIAS RIAÑO** refirieron que la finalidad de suscribir el documento "ACTA DE ACUERDO" era solucionar un problema social. En el mismo sentido, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** señaló que la finalidad del acuerdo era controlar los abusos e incumplimientos de las empresas a los usuarios de La Mesa. Es decir, ambos argumentos establecen condiciones subjetivas relacionadas con la finalidad que tuvo cada uno de estos investigados al momento de celebrar el acuerdo, intenciones o propósitos que configuran elementos que no se tienen en cuenta para la configuración de la conducta restrictiva de la competencia. Al respecto, en la Resolución Sancionatoria se estableció que:

*"en la aplicación de las normas de libre competencia en Colombia, incluido el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que proscribe los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios, no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que se tenga en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción"*²¹.

²⁰ Artículo 45 Decreto 2153 de 1992 "por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial 40.704 de 31 de diciembre de 1992.

²¹ Folios 3051 a 3093R del Cuaderno Público No. 7 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 51).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En este sentido, la finalidad o intención de **ARIBUK, HERNÁN ARIAS RIAÑO** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** al suscribir el acuerdo anticompetitivo no interesa para efectos de la acreditación de la conducta proscrita por el régimen de la libre competencia económica. Por ende, es infundado este argumento.

Tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con que a la fecha en que se celebró el "ACTA DE ACUERDO" ya el municipio había seleccionado a las empresas que ejecutarían el proyecto, motivo por el cual no es posible afirmar que con la celebración del acuerdo se hubiera limitado la entrada de otros competidores al mercado. Esta afirmación se hizo frente a la conducta desplegada por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, la cual se imputó bajo la prohibición general (art. 1 Ley 155 de 1959). Al respecto vale la pena recordar algunas de las afirmaciones realizadas en la Resolución Sancionatoria, las cuales se reiteran nuevamente:

*"En la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, la Delegatura le imputó a la **ALCALDÍA DE LA MESA** la posible infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por haber presuntamente desplegado conductas tendientes a limitar la libre competencia al consentir y auspiciar el acuerdo de precios celebrado entre **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**"²².*

*"este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura en el sentido de sancionar a la **ALCALDÍA DE LA MESA**, en tanto se encuentra acreditado con la evidencia obrante en el Expediente que auspició la celebración y el cumplimiento de un acuerdo anticompetitivo entre las empresas prestadoras del servicio de instalación de redes internas investigadas y, por lo tanto, implementó un sistema tendiente a limitar la libre competencia económica en desarrollo de las labores de gasificación del municipio"²³.*

Así, la **ALCALDÍA DE LA MESA** fue encontrada responsable de haber incurrido en la prohibición general por haber posiblemente desplegado conductas tendientes a limitar la libre competencia al consentir y auspiciar la celebración de un acuerdo de precios. Teniendo en cuenta esto, lo que se estableció en la Resolución Sancionatoria –contrario a lo afirmado por los recurrentes– fue que a través del acuerdo anticompetitivo, se garantizó que la competencia por precios y condiciones de comercialización estuviera prácticamente eliminada en detrimento del bienestar de los consumidores, puesto que:

"del simple objeto del acuerdo se desprende que fijar los precios de manera artificial y consensuada entre competidores restringe la competencia en precios en el mercado"²⁴.

Además, se estableció que:

*"el cartel empresarial investigado tuvo como propósito fijar artificialmente los precios de las construcciones e instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa – Cundinamarca realizadas por **REINGEGAS, ARIBUK** y **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** como propietaria del establecimiento **SEG 3A**, quienes, como se indicó anteriormente, ostentaban el 98% de dicho mercado en ese municipio. Esta conducta se fraguó en detrimento de los usuarios que requerían de dicha instalación para acceder al servicio público de gas natural, toda vez que los investigados acordaron renunciar a competir en precios y de esta manera evitar que los usuarios logran obtener mejores precios de acuerdo a la oferta y demanda en un mercado en el que debería prevalecer la libre competencia"²⁵.*

De lo anterior se desprende que los argumentos presentados por **ARIBUK, HERNÁN ARIAS RIAÑO** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** no tienen prueba alguna que los sustente y que por ende son infundados.

Por su parte, el exalcalde de la Mesa, **RODRIGO GUARÍN LESMES** indicó que en el documento "ACTA DE ACUERDO" no aparece su firma o cualquier otro elemento que sustente su participación en la elaboración del mismo. Al respecto, es importante aclarar que la Delegatura para la Protección

²² Folios 3051 a 3093R del Cuaderno Público No. 7 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 35).

²³ Folios 3051 a 3093R del Cuaderno Público No. 7 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 39).

²⁴ Folios 3051 a 3093R del Cuaderno Público No. 7 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 58).

²⁵ Folios 3051 a 3093R del Cuaderno Público No. 7 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 28).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de la Competencia imputó la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) a la **ALCALDÍA DE LA MESA**, conducta que no requiere de la celebración de un acuerdo. Así, se reitera lo establecido en la Resolución Sancionatoria, consistente en que la **ALCALDÍA DE LA MESA**:

*"infringió lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en tanto que tuvo un rol determinante en la celebración y ejecución del acuerdo de precios realizado por las empresas investigadas. Lo anterior, por cuanto (i) propició un escenario adverso a la libre competencia económica al elegir y privilegiar a **REINGEGAS, SEG 3A** y **ARIBUK**; (ii) indujo a los consumidores a contratar con dichas empresas; (iii) participó activamente en el acuerdo anticompetitivo; y (iv) alteró la dinámica del juego de la libre competencia económica al provocar un desplazamiento de la demanda hacia estos tres (3) agentes"*²⁶.

Teniendo en cuenta la responsabilidad del municipio, a **RODRIGO GUARÍN LESMES** se le sancionó por haber ostentado la calidad de alcalde de La Mesa para la fecha de los hechos, puesto que implementó y promovió el diseño y ejecución del proceso de gasificación que generó una afectación a la libre competencia económica. En otras palabras, al exalcalde se encontró responsable por haber ejecutado y tolerado el sistema que limitó la libre competencia en el mercado de la instalación de redes internas de gas domiciliario del municipio que regentaba. No obstante, bajo el contexto bajo el cual se desarrollaron las conductas anticompetitivas, y, en razón de las funciones radicadas en **RODRIGO GUARÍN LESMES** como máxima autoridad administrativa del ente territorial, y conforme las reglas de la sana crítica, le era dable identificar y contribuir a la cesación de los comportamientos ilegales, tanto del municipio como de los agentes del mercado y las personas naturales vinculadas a ellos.

En cuanto al argumento de la sancionada **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** relacionado con que no participó del documento "ACTA DE ACUERDO", que no autorizó a quien la representara en dicho acto, y que a través de dicho documento lo que se buscaba era que al interior de los comités técnicos se establecieran parámetros y directrices unificadas frente a aspectos meramente técnicos, deben realizarse las siguientes precisiones:

- (i) Quien suscribió el acto a nombre de **SEG 3A** fue **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, quien, como se logró probar era el esposo de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**. Además, en el documento "ACTA DE ACUERDO" **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** firmó en calidad de "*Representante Legal **SEG 3 A GAS DE COLOMBIA***", lo cual lo vincula directamente a él en su condición de persona natural y con el establecimiento de comercio. Adicionalmente, en la declaración rendida por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ CASALLAS** éste vinculó a **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** con el establecimiento de comercio **SEG 3A**.
- (ii) Pese a que **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** no tuviera la calidad de representante legal de **SEG 3ª**, debe reiterarse que el juicio de reproche que se hace al investigado, así como a **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, tiene que ver con el contenido y ejecución del acuerdo de fijación de precios.
- (iii) No tiene relevancia la finalidad establecida por la investigada respecto de los comités técnicos, puesto que como se indicó anteriormente, los aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que celebran acuerdos anticompetitivos no tienen cabida dentro del ordenamiento jurídico.
- (iv) Durante la etapa de averiguación preliminar de la investigación, durante la realización que adelantó la Delegatura para la Protección de la Competencia en las instalaciones de **SEG 3A**, **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** se identificó como el Gerente del establecimiento de comercio²⁷.

Visto lo anterior, se colige que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**, a través de su establecimiento de comercio **SEG 3A** y representada por **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS** hizo parte del acuerdo anticompetitivo denominado "ACTA DE ACUERDO", desarrollado entre el 16 de agosto de 2012 y el 31 de diciembre de 2013.

²⁶ Folios 3051 a 3093R del Cuaderno Público No. 7 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 36).

²⁷ Folios 237 a 239 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora, frente a los argumentos relacionados con el documento "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA" **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** afirmó que ese documento no tiene valor jurídico alguno, por cuanto no se conoce su origen, no está suscrito por la investigada, no tiene fecha y no tiene como fundamento de elaboración el "ACTA DE ACUERDO". En relación con esto, no le asiste razón a la recurrente ya que el CGP en sus artículos 243, 244 y 245²⁸ establece que los documentos privados se presumen auténticos mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos y que pueden ser aportados en original o en copia. De esta forma, en ningún momento procesal ninguno de los documentos —que ahora sí se ponen en entredicho— fueron tachados de falsos o desconocidos por los investigados, por el contrario, fueron reconocidos expresamente, motivo por el cual obran como plena prueba dentro de la presente actuación administrativa.

Por lo expuesto no le asiste razón a **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** en este argumento.

Finalmente, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** manifestó que el documento contentivo de la lista de precios fue planeada, ejecutada y distribuida exclusivamente por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**; sin embargo, no presentó prueba que sustente esta afirmación. Por el contrario, el "ACTA DE ACUERDO", documento reconocido por los investigados y que obra como plena prueba contiene su firma, en condición de Secretario de Obras Públicas del municipio de La Mesa.

De otra parte, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** afirmó que la Superintendencia no se pronunció frente a la frase: "EL VALOR DE LOS DERECHOS DE CONEXIÓN Y MEDIDOR ES DE \$ 489.150 VIGENCIA 2.012". Al respecto, se advierte que referirse a este aspecto resulta irrelevante para la investigación, puesto que era el valor base establecido por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante "CREG") para los derechos de conexión y medidor aplicables durante el año 2012. Hecho que además fue corroborado por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** en su declaración²⁹.

Conforme los motivos expuestos, los argumentos de **REINGEGAS, CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS, ARIBUK, HERNÁN ARIAS RIAÑO, JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS, RODRIGO GUARÍN LESMES y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** relacionados con los

²⁸ **Artículo 243. Distintas clases de documentos.** Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

Artículo 244. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución. Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

Artículo 245. Aportación de documentos. Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

²⁹ Folio 2595 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

documentos "ACTA DE ACUERDO" y "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA" son infundados.

3.4. Consideraciones frente a los argumentos de carácter económico

En el presente acápite, el Despacho se pronunciará sobre los argumentos de carácter económico presentados por los sancionados respecto de la caracterización del mercado afectado, la afectación a la libre competencia, el beneficio obtenido por los infractores con la conducta, el esquema de financiación de **FENOSA** y otros.

ARIBUK y su representante legal, **HERNÁN ARIAS RIAÑO**, argumentaron que la Resolución Sancionatoria no presentó un estudio de caracterización del mercado en el que se incluyera, por un lado, una descripción de las empresas instaladoras de redes internas, y no de **FENOSA**, y por otro, un estudio sobre la relación comercial entre el usuario final y la empresa, teniendo en cuenta que en dicha relación también interactuaban otros actores como **FENOSA** y las autoridades locales.

Al respecto, es importante precisar que no es cierto que no se haya presentado una caracterización del mercado de instalación de redes internas y que lo que se haya hecho es una descripción de la actividad de **FENOSA**. Si bien el Despacho inició su descripción del mercado afectado haciendo algunas consideraciones sobre la cadena productiva del servicio público de gas natural, la razón de esto es que, tal y como se dijo en la Resolución Sancionatoria, el mercado de instalación de redes internas es un mercado conexo a los de distribución y comercialización de gas natural domiciliario.

Se reitera que un mercado conexo es aquel que tiene una relación complementaria y consecencial con otro mercado, de modo que, para comprender plenamente la estructura del mercado conexo, debe entenderse en primer lugar el funcionamiento del mercado principal. Así, la caracterización de algunas de las actividades de la cadena resulta ser esencial para la posterior comprensión del mercado afectado y su estructura.

Una vez realizada la debida contextualización sobre el mercado principal, el Despacho, en el numeral 7.3.1.2. caracterizó el mercado de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario en el municipio de La Mesa, incluyendo elementos como la descripción del servicio, un análisis de la relación con el usuario final, características relevantes de los agentes prestadores del servicio, elementos relacionados con la formación de precios y los mecanismos de financiación, e incluso, un análisis sobre la estructura del mismo en donde se indicó quiénes eran las empresas instaladoras durante el periodo investigado y cuál fue su participación de mercado, así como diversos índices de concentración y dominancia en el mismo.

Adicionalmente, la Resolución Sancionatoria contiene una explicación resumida del proceso de gasificación que sucedió en La Mesa y de cómo la Alcaldía del municipio desarrolló un esquema, junto con **FENOSA**, que permitía a los usuarios acceder a un esquema de financiamiento a través de la factura del servicio público. Así, no es cierto que el Despacho no haya tenido presente en su comprensión del mercado afectado la relación entre los diferentes agentes participantes en el mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que, contrario a lo indicado por **ARIBUK**, este Despacho sí caracterizó el mercado afectado por la conducta, incluyendo una descripción, tanto de la relación entre los usuarios y las empresas instaladoras, como del papel que **FENOSA** y la Alcaldía de La Mesa tuvieron durante el proceso de gasificación de La Mesa. Por tal razón, se descartarán los argumentos expuestos.

Por otro lado, los sancionados presentaron argumentos relacionados con el esquema de financiación de **FENOSA** y el rol que este tuvo como barrera de entrada al mercado.

RODRIGO GUARÍN LESMES afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio no aclaró que el 75% de las instalaciones, que pertenecían a estratos 1 y 2, eran financiadas por el municipio a través de subsidios, mientras que el 25% restante sí debían ser asumidas por los usuarios. En este sentido, manifestó que el Despacho cometió una imprecisión al sumar el número de usuarios de estratos 1, 2 y 3 pues no todos fueron afectados por la ausencia de esquemas de financiación a empresas diferentes a las investigadas. De modo que, en su opinión, es errado decir que el 93% de los usuarios se hayan visto potencialmente afectados por el acuerdo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por su parte, **ARIBUK** aseguró que no existe evidencia de la condición socioeconómica de los usuarios que permita llegar a la estadística de que el 93% correspondieron a estratos 1, 2 y 3, ni que el acuerdo haya implicado que las alternativas de dichos consumidores eran o pagar el precio artificial, o renunciar al esquema de financiamiento de **FENOSA**.

El Despacho pasará a exponer a continuación las razones por las cuales los argumentos expuestos por los sancionados no son de recibo por cuanto son desacertados.

En primer lugar, y con el fin de eliminar cualquier duda sobre el origen de las cifras presentadas en la Resolución Sancionatoria, es importante indicar que dicha información no fue construcción propia de la Superintendencia, sino que corresponde a una respuesta a un requerimiento de información por parte de **FENOSA** en el que se le solicitó la lista completa de usuarios del servicio de gas natural domiciliario en el municipio de La Mesa por estrato socioeconómico, así como el número de conexiones a la red de distribución de **FENOSA** discriminadas por empresa instaladora de redes internas³⁰. Así, las cifras que de dichas bases de datos fueron extraídas y presentadas en la Resolución 91153 de 2018 corresponden a registros de **FENOSA** que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró como válidos y utilizó como soporte en la caracterización del mercado, toda vez que corresponden a la fuente primaria de información al respecto. De este modo, la forma en que algunos sancionados calificaron las cifras como incorrectas o ausentes de evidencia es a todas luces equivocada.

En segundo lugar, respecto de la afirmación realizada por la Superintendencia a cerca de las opciones que tenían los habitantes de La Mesa para contratar servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario, el comentario de los sancionados resulta impertinente. El Despacho reconoce que, tal como lo indicaron **ARIBUK** y **RODRIGO GUARÍN LESMES** en sus respectivos recursos de reposición, existían dos tipos de usuarios del servicio: (i) quienes eran subsidiados por la administración municipal, y (ii) quienes debían asumir el costo de la instalación. Para los primeros, la potencial afectación del acuerdo de precios radicó en que la **ALCALDÍA DE LA MESA** financió el servicio a niveles de precio artificiales, afectando así la correcta ejecución del dinero del municipio. Para los segundos, la afectación se generó en dos sentidos. Por un lado, quienes contrataban con las empresas cartelistas, podían acceder al esquema de financiación de **FENOSA** pero debían pagar precios artificiales, con lo cual las ganancias potenciales de financiar el servicio se podrían contrarrestar con el precio artificial que debieron pagar. Por otro lado, quienes optaban por no contratar con las empresas cartelistas, no pagaban precios artificiales sino precios de mercado, pero debían renunciar al esquema de financiación. Así, de cualquier forma, todos los consumidores que durante el periodo investigado requirieron el servicio se vieron potencialmente afectados por la conducta anticompetitiva de los sancionados.

Teniendo en cuenta lo anterior, el argumento según el cual es erróneo agrupar consumidores de diferentes estratos pues algunos de ellos se beneficiaron del subsidio y otros no, es impertinente pues lo que se buscó con dicha agrupación era ilustrar el número de agentes afectados por la conducta anticompetitiva e indicar una característica socioeconómica de dichos agentes como lo es el estrato al que pertenecen.

Por otra parte, algunos de los investigados presentaron argumentos relacionados con la afectación de la conducta a la libre competencia económica y el beneficio obtenido en el mercado. Para **RODRIGO GUARÍN LESMES**, alcalde de La Mesa durante los hechos investigados, no existió afectación a la libre competencia pues un porcentaje muy alto de la demanda estaba bajo responsabilidad de la administración. Por su parte, **ARIBUK** y **HERNÁN ARIAS RIAÑO** indicaron que no existió un beneficio derivado de la realización de la conducta pues la queja nunca fue por los precios cobrados sino porque las empresas no fueron seleccionadas para la obtención de financiación por parte de **FENOSA**, lo que haría que ninguno de los agentes sancionados hubiese obtenido un beneficio monetario como resultado de su comportamiento.

En concepto del Despacho ambos argumentos son equivocados por las siguientes razones. En primer lugar, se reitera que el hecho de que la alcaldía municipal hubiese sido la administradora de los recursos con los cuales se subsidiaron algunas de las instalaciones en el municipio hace aún más grave el comportamiento de los sancionados pues está plenamente comprobado que acordaron renunciar a competir en precios y de esta manera evitaron que los usuarios logaran

³⁰ Folio 329 del Cuaderno Reservado No. 1 **FENOSA** del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

obtener precios resultantes a la interacción entre la oferta y la demanda. En este sentido, con la conducta reprochada se vieron afectados tanto los consumidores que debieron asumir el costo de su instalación, como el Estado que pagó precios artificiales al proveer subsidios a los demás consumidores basados en valores resultantes de un cartel empresarial. Ahora bien, si la queja se refirió o no al nivel de precios del servicio de instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario, lo cierto es que de la investigación que se llevó a cabo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio pudo concluirse que los precios sí eran parte relevante de la conducta anticompetitiva de los sancionados. Por último, se resalta que el hecho de que no ser aceptados para obtener el programa de financiación de **FENOSA** también haya afectado a los competidores de los cartelistas, en nada desdibuja el impacto que tuvo el acuerdo de precios reprochado. De hecho, lo que este Despacho encontró fue una relación de complementariedad entre ambas estrategias pues, en conjunto, fueron determinantes para que los demás agentes instaladores tuvieran una desventaja competitiva para participar en el mercado. Por todo lo anterior, no es cierto que la conducta desplegada por los agentes sancionados no haya tenido impacto sobre la competencia efectiva en el mercado.

En este mismo sentido, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** aseveró que la Superintendencia de Industria y Comercio se equivocó al asegurar que el hecho de que los consumidores pudieran acceder al esquema de financiación era una ventaja, pues, en su opinión, *"de bulto se sabe que lo financiado no es el mejor precio, ¿O No?"*.

El anterior argumento es improcedente pues la Superintendencia en ningún momento aseguró que, producto del esquema de financiación, los consumidores estuvieran obteniendo el mejor precio. La sancionada parte de una premisa equivocada pues asume que el reproche realizado al comportamiento de los sancionados consistió en que con el esquema de financiación los usuarios estarían obteniendo el precio más bajo. Sin embargo, el real reproche del Despacho radica en que, por un lado, el precio de la instalación de redes internas estaba siendo fijado artificialmente, y por otro lado, que con el sistema desarrollado por parte de los sancionados, y teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la población afectada, las empresas que contaran con el esquema de financiamiento tendrían una ventaja competitiva. Esto, en otras palabras, hace referencia a que aquellos usuarios que debían pagar el costo de la instalación, pertenecían a estratos en los cuales tener que pagar de contado el valor del servicio afectaría de forma significativa el gasto de los hogares, con lo cual, en muchos casos, no existiría la posibilidad de adquirirlo.

Así, y como se ha reiterado en el presente acto, se encontró una relación de complementariedad entre el acuerdo de precios de las empresas instaladoras y el sistema tendiente a limitar la libre competencia económica implementado por la ALCALDÍA DE LA MESA, situación de relación que no puede confundirse con el hecho de que esta Superintendencia esperaba que el valor financiado del servicio fuera menor, en cualquier caso.

Finalmente, **ARIBUK** y **HERNÁN ARIAS RIAÑO** presentaron un conjunto de argumentos en donde aseguraron que la Superintendencia de Industria y Comercio no demostró en qué consistía la práctica conscientemente paralela que se sancionó y que no realizó ningún ejercicio econométrico para comprobar que los precios fueron efectivamente paralelos ni demostró con pruebas la consciencia respecto del mencionado paralelismo.

Frente al particular, el Despacho se permite indicarle a los sancionados que durante la presente actuación administrativa, nunca se indicó que la modalidad del acuerdo reprochado fuese la de paralelismo consciente. Por el contrario, en la Resolución Sancionatoria resulta evidente, de su lectura y del examen de la información que reposa en el Expediente, que existen pruebas directas de la comisión de la conducta, con lo cual estaríamos ante una concertación explícita de los precios y no, como erróneamente lo piensan algunos sancionados, ante una práctica conscientemente paralela.

Conforme las consideraciones anteriores, todos los argumentos de carácter económico se descartan por impertinentes.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

3.5. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con el debido proceso y la valoración probatoria

LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, la **ALCALDÍA DE LA MESA**, **RODRIGO GUARÍN LESMES** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** refirieron argumentos relacionados con la posible violación al debido proceso por parte de la Superintendencia. Sin embargo, como se concluirá, el Despacho no encuentra fundamento alguno en las alegaciones propuestas por los investigados.

En primer lugar, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** estableció que la Delegatura para la Protección de la Competencia expidió el Informe Motivado sin antes dar respuesta a una petición que radicó el 26 de octubre de 2018 solicitando ampliación del plazo para aportar las pruebas decretadas por la Entidad mediante resolución del 9 de octubre de 2018.

Lo primero que debe decirse en relación con este argumento es que los términos procesales, en especial los que tienen relación directa con el ejercicio de garantías constitucionales, como lo es el período para aportar, practicar y contradecir pruebas, es perentorio. Al respecto señala el artículo 117 del CGP:

“Los términos señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, son perentorios e improrrogables, salvo disposición en contrario.

El juez cumplirá estrictamente los términos señalados en este código para la realización de sus actos. La inobservancia de los términos tendrá los efectos previstos en este código, sin perjuicio de las demás consecuencias a que haya lugar.

A falta de término legal para un acto, el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias, y podrá prorrogarlo por una sola vez, siempre que considere justa la causa invocada y la solicitud se formule antes del vencimiento³¹. (Se destaca).

Lo anterior ha sido reiterado por la Corte Constitucional, la cual ha afirmado que:

*“Los términos procesales “constituyen en general el momento o la oportunidad que la ley, o el juez, a falta de señalamiento legal, establecen para la ejecución de las etapas o actividades que deben cumplirse dentro del proceso por aquél, las partes, los terceros intervinientes y los auxiliares de la justicia”. Por regla general, **los términos son perentorios, esto es, improrrogables y su transcurso extingue la facultad jurídica que se gozaba mientras estaban aún vigentes**³². (Se destaca).*

Por su parte, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 señala que:

*“Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que **en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer**”. (Se destaca).*

En aplicación de las disposiciones transcritas, debe insistirse en que el período para solicitar o aportar pruebas por parte de los investigados dentro de un proceso administrativo por posible infracción al régimen de la libre competencia es de veinte días a partir de la notificación del acto que da apertura a la investigación. En este sentido, el argumento de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** es completamente contrario a derecho. Además, es importante hacer mención a que en el **ARTÍCULO CUARTO** de la Resolución No. 78793 de 2018 la Delegatura le solicitó a la investigada que aportara los documentos requeridos en los siguientes términos:

“REQUERIR NUEVAMENTE a la investigada LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO, para que a más tardar el día 25 de octubre de 2018 –plazo improrrogable-, remita los documentos que le fueron requeridos mediante la Resolución No. 76541 de 2018 sobre los

³¹ Artículo 117 Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”, Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

³² Corte Constitucional, sentencia C-012 de 2002 (23 de enero), MP: Jaime Araújo Rentería. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-012-02.htm>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

cuales adujo que "habían sido destruidos con ocasión de la cancelación de mi matrícula mercantil como persona natural y del establecimiento de comercio SEG 3 A GAS DE COLOMBIA ante la Cámara de Comercio de Bogotá D.C." (negritas y subrayado texto original)

Visto lo anterior, el argumento de la investigada deviene en completamente contrario a derecho y por esta misma circunstancia que se advierte que carece de todo sustento legal.

Ahora, respecto del argumento frente a la imposibilidad de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** de asistir a la audiencia prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 por encontrarse incapacitada y la excusa presentada de manera anticipada por la investigada al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia debe advertirse lo siguiente. Si bien es cierto que la excusa médica, a la cual se anexó la incapacidad médica, fue radicada el 1 de noviembre de 2018, es decir un día antes de la audiencia referida, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 expresamente manifiesta que:

"Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad" (Se destaca).

De la lectura de este artículo se arriba a la incontrovertible conclusión de que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará por una única vez a los investigados para que presenten de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. Fue en cumplimiento de lo establecido en la norma citada, que la solicitud de reprogramación de la audiencia no fue concedida. Así, el argumento de **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** es infundado.

Por su parte, la **ALCALDÍA DE LA MESA** estableció que (i) "*de tiempo atrás solicité a esa Entidad se me facilitará (sic) el material probatorio obrante en el expediente para así procurar por desarrollar de manera efectiva mis actividades defensivas, lo cierto es que no he obtenido respuesta sobre el particular*" y (ii) que en la Resolución de Sanción no se hace ningún pronunciamiento frente al escrito de descargos presentado por este investigado, lo que resulta contrario al debido proceso y al derecho de defensa.

Frente al primero de los argumentos expuestos por el municipio de La Mesa, el Despacho advierte que, mediante comunicación radicada el 21 de noviembre de 2018 la **ALCALDÍA DE LA MESA** expresó que:

"Bien, se evidencia en el caso que nos ocupa que el suscrito Abogado, tal y como se indicó en precedencia, no contó con el material suasorio determinable y determinante necesario para entrar a elucubrar alguna suerte de teoría casuística, por manera que más adelante se solicitará a la Entidad se sirva ordenar la reproducción en un elemento magnético de la totalidad de las documentales obrantes al interior del plenario, pues no de otra manera podríamos ejercer la defensa técnica correspondiente"³³.

Por tal motivo como pretensión estableció:

"Autorizar la reproducción de la totalidad del proceso arriba ciado (sic) en un CD o memoria que procederé a allegar a su Digno Despacho, una vez se me notifique de su decisión sobre el particular"³⁴.

La solicitud de copias fue presentada el 21 de noviembre de 2018, fecha para la cual el informe motivado ya había sido trasladado a los investigados -9 de octubre de 2018-. Frente a esta petición, obra en el Expediente que el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio mediante memorando interno³⁵ autorizó de manera parcial la solicitud de copias, esto por cuanto "*los folios 2454 a 2471 de la carpeta reservada No. 7 (...) corresponden a información financiera de personas naturales respecto de las cuales no tiene poder. El expediente solicitado está disponible en el*

³³ Folio 2872 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

³⁴ Folio 2873 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

³⁵ Folio 2881 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*Despacho del Superintendente de Industria y Comercio y ocupa –en formato digital- un total de 12 GB, aproximadamente*³⁶. Motivo por el cual queda desvirtuado el hecho establecido por el apoderado consistente en que no obtuvo respuesta por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a su solicitud de copias.

Frente al hecho consistente en que en la Resolución de Sanción no se hizo referencia expresa al escrito de descargos presentado por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, no es cierto que esto constituya una violación al debido proceso y al derecho de defensa del investigado. Como se observa, en la Resolución No. 91153 de 2018, las decisiones en ella tomadas, es decir, la declaratoria de responsabilidad e imposición de sanciones a los investigados encuentra fundamento en las pruebas obrantes en el Expediente, medios probatorios que desvirtuaron todos y cada uno de los argumentos expuestos por los investigados tanto en sus escritos de descargos, los presentados en la audiencia del artículo 155 del Decreto 19 de 2012, así como los señalados en las observaciones al Informe Motivado. Así mismo, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no establece ningún tipo de formalidad estructural o de redacción en la resolución sancionatoria que profiera el Superintendente de Industria y Comercio.

Adicionalmente, conforme lo dispone el artículo 42 del CPACA, aplicable a esta situación por cuanto las normas especiales del procedimiento administrativo por prácticas restrictivas de la competencia no mencionan nada al respecto, el único requisito que se le exige a la decisión –acto administrativo definitivo- es que sea motivada. Requisito que, como se evidencia, fue cumplido a cabalidad en el acto recurrido.

Por lo expuesto, los argumentos presentados por la **ALCALDÍA DE LA MESA** no tienen sustento alguno.

En relación con el argumento presentado por **RODRIGO GUARÍN LESMES** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** en lo que tiene que ver con que existió una indebida valoración probatoria y por ende la configuración de la violación a su derecho fundamental al debido proceso, debe afirmarse que la Superintendencia de Industria y Comercio valoró las pruebas conforme lo dispuesto el artículo 176 del CGP³⁷, esto es, de manera conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, habiendo expuesto en la decisión sancionatoria el mérito asignado a cada una de las pruebas.

En este sentido, contrario a lo afirmado por los recurrentes, quedó demostrado a través de la declaración de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** que los documentos "ACTA DE ACUERDO" y la "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA" se encuentran estrechamente relacionados. Tan relacionados están que ambos fueron redactados, aprobados y suscritos el mismo día³⁸. Adicionalmente, si esta situación no hubiera sido acreditada por este investigado, de la valoración conjunta de los documentos, se observa que en la cláusula 2 del "ACTA DE ACUERDO" se estableció

*"2. Se establece una lista de precios sugerido por metro lineal e ítems adicionales que requieran por condiciones técnicas"*³⁹

Mientras que el documento "LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 3 A DE COLOMBIA y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA" desarrollaba lo acordado en ese segundo punto, esto es:

³⁶ Folio 2881 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

³⁷ **Artículo 176. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

³⁸ Folio 2595 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente, (min 26:35).

³⁹ Folio 161 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 4: Lista de precios

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

VIGENCIA 31 DE DICIEMBRE 2013

PRECIOS A FINANCIAR CON LA FACTURA DE GAS NATURAL

LONGITUD EN METROS	VALOR PE AL PE	VALOR EN COBRE
6	\$ 475.000	\$ 530.000
7	\$ 488.000	\$ 560.000
8	\$ 501.000	\$ 590.000
9	\$ 514.000	\$ 620.000
10	\$ 527.000	\$ 650.000

Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Como sustento de que la Superintendencia de Industria y Comercio no violó el debido proceso de los investigados resulta relevante realizar una revisión jurisprudencial frente a lo que ha establecido la Corte Constitucional frente a esta garantía constitucional que tienen todos los administrados en el marco de un proceso administrativo sancionatorio.

En desarrollo de lo anterior, encuentra el Despacho que la Corte Constitucional ha establecido los elementos y parámetros que deben verificarse para entenderse configurada una indebida valoración probatoria al interior de un proceso judicial o administrativo. Ha señalado que este fenómeno ocurre

"(i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso"⁴⁰.

Teniendo en cuenta esto, y sin que el cumplimiento de estos requisitos implique de manera automática una violación al debido proceso, la Corte ha manifestado que para que dicha violación se concrete es necesario que

"(...) las deficiencias probatorias que se alegan (...) deben tener la capacidad para incidir en el sentido de la decisión o, en su defecto, demostrar la distorsión que, con la omisión o la indebida valoración probatoria, se produjo frente a la verdad de los hechos"⁴¹.

Realizado el análisis legal-jurisprudencial propuesto por la Corte en el caso objeto de estudio, no encuentra la Superintendencia (i) que haya existido una indebida valoración del material probatorio sustento de la decisión contenida en la Resolución No. 91153 de 2018 y por ende (ii) que se hubiera configurado una violación al debido proceso de los investigados. Motivo por el cual no son acertados los argumentos presentados por **RODRIGO GUARÍN LESMES** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** frente a este aspecto.

Otro de los argumentos esgrimidos por **RODRIGO GUARÍN LESMES** tuvo que ver con que, a su parecer, la Superintendencia debía haber probado que el investigado había actuado con dolo o culpa grave. Frente a esto, debe aclararse que el derecho administrativo sancionatorio, si bien comparte los principios del derecho penal, no los aplica en la misma intensidad. Es decir, en materia administrativa sancionatoria la adecuación de la conducta a la infracción se hace con una mayor flexibilidad. Al respecto vale la pena recordar lo que en esta materia ha establecido la Corte Constitucional –citado en líneas precedentes:

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1100 de 2008 (6 de noviembre), MP: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-1100-08.htm>.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-074 de 2018 (31 de enero), MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-074-08.htm>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"⁴².

Frente a lo cual cuando concurren los siguientes tres elementos se satisfacen los requerimientos normativos del principio de tipicidad:

(i) "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción"⁴³.

Ahora bien, frente al tema de la culpabilidad, esto es, la necesidad de que para poder configurarse la responsabilidad es necesario ver el aspecto subjetivo de quien realiza la conducta, esto es establecer si existió dolo o culpa grave, el Despacho encuentra que este análisis no aplica para el derecho administrativo sancionatorio, razón por la cual no es aplicable a la presente actuación administrativa. Frente a esta situación el Consejo de Estado ha manifestado que

"Visto lo anterior, observa la Sala que la parte demandante incurre en error al formular el cargo de violación de los actos administrativos demandados relativo a que el tipo de responsabilidad atribuible a las empresas infractoras en este tipo de situaciones no es objetiva, sino subjetiva, bajo el entendido de que no basta sólo con la existencia del acuerdo.

Cierto es, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor.

Lo anterior tiene sentido si se observa que el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contentivo de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios – sea cual sea su naturaleza – es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios"⁴⁴. (Se destaca).

Adicionalmente,

*"Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y **no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa**, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas"⁴⁵. (Se destaca)*

En tal sentido,

*"(...) en materia del régimen administrativo sancionador (...) se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, **pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes (...)"⁴⁶. (Se destaca)***

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017 (25 de enero), MP: Alberto Rojas Ríos. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-032-17.htm>.

⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017 (25 de enero), MP: Alberto Rojas Ríos. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-032-17.htm>.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 2010, Rad. 25000-23-24-000-2001-00364-01, CP: María Claudia Rojas Lasso.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de septiembre de 1994, Rad. 243519, CP: Jaime Abella Zárate.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de marzo de 2004, Rad. 13495, CP: María Inés Ortiz Barbosa.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En desarrollo de lo anterior, la Superintendencia a través de varias de sus decisiones⁴⁷ ha reiterado que

"no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar daño –objeto-, independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto. Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica (...)"

Conforme los pronunciamientos del máximo tribunal de lo contencioso administrativo y lo reiterado por esta Superintendencia en varias ocasiones, la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios –y que dicho sea de paso, no demostró– no interesa, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo, que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios.

En tal sentido, de lo expresado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, reiterado en varias oportunidades por esta Entidad, se arriba a la conclusión de que en materia administrativa sancionatoria el juzgador de la conducta no debe hacer el juicio jurídico de los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, obligatorio en materia penal. Así las cosas, no tiene cabida alguna el argumento de **RODRIGO GUARÍN LESMES** consistente en que la Superintendencia no demostró su dolo o culpa grave al momento de la ejecución de la conducta.

Otro de los argumentos esgrimidos por **RODRIGO GUARÍN LESMES** se refirió a que a través del **ARTÍCULO SÉPTIMO** de la Resolución Sancionatoria la Superintendencia había violado el derecho a la presunción de inocencia. Esto resulta completamente desacertado en la medida en que la Resolución No. 91153 de 2018 es el acto administrativo definitivo en la actuación adelantada por esta Entidad. En tal sentido, a través de esta se declaró responsable al exalcalde de haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar dicha conducta anticompetitiva. Así, el derecho a la presunción de inocencia cesa con la expedición del acto administrativo que sanciona determinada conducta o comportamiento. La misma Corte Constitucional, frente a este derecho constitucional, ha indicado

"(i) que se trata de un derecho fundamental, (ii) que es una garantía cuyo alcance se extiende hasta el perfeccionamiento de la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad, y (iii) que es una garantía que debe ser aplicada tanto de las sanciones penales, como de las administrativas"⁴⁸. (Se destaca).

De lo afirmado por el tribunal constitucional queda completamente desvirtuado el argumento presentado por **RODRIGO GUARÍN LESMES** relacionado con la violación de la presunción de inocencia.

De otro lado, **RODRIGO GUARÍN LESMES** también expresó su inconformismo frente a "la actitud procesal de la superintendencia" en lo atinente al decreto y valoración de las pruebas, hecho que, según el investigado demuestra la falta de imparcialidad de la autoridad. Esta afirmación se sustentó en los siguientes puntos. El primero de ellos tiene que ver con la celeridad que imprimió la Superintendencia al proceso administrativo sancionatorio; expresa el exalcalde que no podía la

⁴⁷ Por citar algunas, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28350 de 2004 (http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/052017/RESOLUCION_28350_DE_22_DE_NOVIEMBRE_DE_2004.pdf), Resolución No. 37033 de 2011 (http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/062017/RESOLUCION_37033_DE_14_DE_JULIO_DE_2011_SANCIION_CDA_CORDOBA.pdf), Resolución No. 46111 de 2011 (http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2011/RESOLUCION_46111_DE_30_DE_AGOSTO_DE_2011_SANCIION_ACEMI.pdf) y Resolución No. 70736 de 2011 (http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/062017/RESOLUCION_70736_DE_06_DE_DICIEMBRE_DE_2011_SANCIION_CDA_CALDAS.pdf).

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-342 de 2017 (24 de mayo), MP: Alberto Rojas Ríos. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-342-17.htm>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Superintendencia esperar más de seis años para proferir una resolución de apertura y luego adelantar la investigación en cuatro meses. Segundo, expresó que la declaración rendida por **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS** fue valorada de manera inadecuada.

Respecto a que la resolución de apertura de investigación se hubiera proferido seis años después de iniciada la investigación, debe advertirse que ello no tiene relevancia alguna en la medida en que la Superintendencia continuaba con su competencia sancionatoria, y como ya se estableció en el numeral 3.2. del presente acto, el último hecho constitutivo de la conducta continuada realizada por los investigados se consumó el 31 de diciembre de 2013. Que la investigación se haya adelantado en cuatro meses no es un argumento para desvirtuar la Resolución Sancionatoria, pues la actuación administrativa observó los principios propios de la función administrativa, entre otros los de celeridad, transparencia y economía, establecidos en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011⁴⁹.

Respecto del hecho consistente en que la Superintendencia valoró de manera inadecuada la declaración rendida por **CARLOS HUMBERTO SUAREZ ROJAS**, ha quedado claro que la valoración probatoria se realizó en conjunto, conforme las reglas de la sana crítica y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 176 del CGP.

De conformidad con estas consideraciones, los argumentos de **RODRIGO GUARÍN LESMES** no tienen sustento alguno.

Por último, **RODRIGO GUARÍN LESMES** manifestó que la Superintendencia no había valorado el Convenio SME 004 DE 2012 a través del cual se gestionó la instalación y el pago a las familias más vulnerables del municipio. Frente a este argumento, debe señalarse que, contrario a lo afirmado por el investigado, los hechos que pretendían probarse con dicha prueba fueron analizados en la Resolución Sancionatoria y desestimados en razón a que el hecho que se haya subsidiado el pago a unas familias del municipio no implica que la conducta ilícita sancionada no se haya realizado ni que no haya causado efectos en el mercado.

Por los motivos expuestos, los argumentos de los investigados relacionados con la violación al debido proceso y la valoración probatoria realizada por la Superintendencia son infundados.

3.6. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la aplicación de las sanciones a personas jurídicas de derecho público y servidores públicos

La **ALCALDÍA DE LA MESA** reprochó el hecho de que la Superintendencia hubiera sancionado al ente territorial por el comportamiento de dos particulares: **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES**. Al respecto, este Despacho considera que no debe perderse de vista que las personas jurídicas son una ficción legal a través de la cual la ley otorga derechos y obligaciones a empresas, sociedades y entidades que actúan a través de personas naturales. En materia pública no hay excepción al respecto. Las entidades territoriales (Art. 286 CP) son personas jurídicas de derecho público, las cuales actúan en el universo jurídico a través de diferentes

⁴⁹ **Artículo 3. Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

(...)

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

(...)

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

modalidades. En este sentido, conforme lo establece el artículo 314 CP⁵⁰, el alcalde del municipio es el jefe de la administración local y representante legal del mismo.

En este sentido, la voluntad del municipio de la Mesa, persona jurídica de derecho público y sujeto de derechos y obligaciones, es expresada y materializada en el mundo jurídico a través de los funcionarios que lo representan; para la época de los hechos el representante legal del ente era **RODRIGO GUARÍN LESMES**. Teniendo en cuenta esto, a lo largo de la actuación administrativa se probó que el municipio –lógicamente a través del alcalde y el secretario de obras públicas– implementó un sistema que limitó la libre competencia económica en el desarrollo del proceso de gasificación y, con fundamento en lo anterior, *"auspició la celebración y el cumplimiento de un acuerdo en los precios entre las empresas prestadoras del servicio de instalación de redes internas investigadas"*⁵¹.

Ahora bien, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 no hace distinción respecto del tipo de persona frente a la cual sea procedente la aplicación de multas. Adicionalmente, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 tampoco establece un determinado sujeto calificado que sea quien incurra en la conducta descrita. Conforme las anteriores consideraciones, cualquier persona jurídica, sin importar si es de derecho público o de derecho privado, debe respetar el régimen de la libre competencia económica y, en caso tal de no acatar las normas, ser sujeto de imposición de sanciones.

Por otra parte, la **ALCALDÍA DE LA MESA** reiteró el argumento consistente en que la Superintendencia desconoció el principio del *non bis in idem*, conforme al cual una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho. Sin embargo, como se demostrará, los presupuestos que han sido establecidos por la Corte Constitucional para la configuración de la violación a este principio constitucional no están configurados en el caso en cuestión.

La Corte Constitucional ha señalado que:

*"La aplicación del principio non bis in idem no está restringida al derecho penal, sino, como lo ha dicho esta Corporación, "se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)". El principio analizado hace parte de las garantías a las que tiene derecho el sindicado, en sentido amplio, por procesos disciplinarios"*⁵².

En tal sentido, la:

"(...) función de este derecho, (...) es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, éste principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que

⁵⁰ **Artículo 314.** En cada municipio habrá un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, que será elegido popularmente para períodos institucionales de cuatro (4) años, y no podrá ser reelegido para el período siguiente.

Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

La ley establecerá las sanciones a que hubiere lugar por el ejercicio indebido de esta atribución.

⁵¹ Folios 3051 a 3093R del Cuaderno Público No. 7 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 41).

⁵² Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2002 (15 de octubre), MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-870-02.htm>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita"⁵³.

Ahora bien, para que la configuración de violación al *non bis in ídem* se concrete, deben reunirse tres supuestos:

*"(...) identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación"*⁵⁴.

Así,

"La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

"La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

*"La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos"*⁵⁵.

Teniendo en cuenta los lineamientos dados por la Corte Constitucional, en la presente actuación administrativa no existió violación al referido principio en la medida en que:

- (i) Se está ante diferentes personas: una es el municipio de La Mesa, como entidad territorial, persona jurídica de derecho público; la otra es el alcalde **RODRIGO GUARÍN LESMES** como persona natural en ejercicio de un cargo de elección popular.
- (ii) El objeto de investigación para cada una de las personas es completamente distinto: para la **ALCALDÍA DE LA MESA** es el determinar si incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; mientras que para **RODRIGO GUARÍN LESMES** es el determinar si incurrió o no en las conductas anticompetitivas previstas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- (iii) La causa de cada una de las investigaciones a cada persona encuentra fundamento en los objetos referidos.

Visto lo anterior, encuentra el Despacho que el argumento reiterado por la **ALCALDÍA DE LA MESA**, no tiene fundamento alguno.

Por su parte, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** aseveró que no resulta aceptable el hecho que se le comparara con el actuar de los agentes del mercado, por cuanto no existen razones para que él celebre acuerdos anticompetitivos en la medida en que no hace parte de ninguno de ellos.

Sea lo primero advertir que la Superintendencia en ningún momento comparó a **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** con los agentes del mercado **REINGEGAS**, **ARIBUK** o el establecimiento de comercio **SEG 3A**. La anterior afirmación encuentra fundamento en el hecho que a los agentes del mercado referidos la Delegatura realizó la imputación jurídica bajo lo establecido en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (fijación de precios), mientras que a **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, Secretario de Obras Públicas del municipio, se le imputó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por posiblemente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las presuntas infracciones previstas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en caso tal de probarse que el municipio de La Mesa hubiera incurrido en esta conducta.

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-870 de 2002 (15 de octubre), MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-870-02.htm>.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-244 de 1996 (30 de mayo), MP: Carlos Gaviria Díaz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-244-96.htm>.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-244 de 1996 (30 de mayo), MP: Carlos Gaviria Díaz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-244-96.htm>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En este sentido, la actuación de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** se investigó y juzgó conforme la norma relacionada con la conducta de una persona natural facilitadora de una conducta anticompetitiva

También resulta importante mencionar que, como ya se ha reiterado, los aspectos subjetivos relacionados con la intención, finalidad, reglas de comportamiento, etc. de las personas que desarrollan comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico no tienen ninguna incidencia en la justificación de la realización de conductas anticompetitivas. Por tal razón, las razones esgrimidas por **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** relacionadas con el haber celebrado el "ACTA DE ACUERDO" con el objetivo de (i) evitar el posible fraude a los habitantes de La Mesa y (ii) asegurar la prestación adecuada y eficiente del servicio no tienen cabida.

En último lugar, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** estableció que era obligación de la Superintendencia el evitar que la situación se presentara, puesto que tuvo conocimiento de los hechos en 2012. Aseveró que la Entidad esperó seis años para culpar a un funcionario público honesto y presentar resultados con base en una investigación. Frente a este argumento vale la pena recordar que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 establece el procedimiento que debe seguir la autoridad nacional de la competencia para determinar si pudieron haber existido prácticas restrictivas de la libre competencia. Al respecto señala el referido artículo:

"Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o par su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

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

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

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 no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo⁵⁶.

En este sentido, como puede observarse, a lo largo de esta actuación administrativa la Superintendencia se ha ceñido a este procedimiento. Si a lo que se refiere el investigado es a que la Superintendencia ha debido decretar medidas cautelares en el presente caso, valdría mencionar que el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 expresamente establece que, estas serían procedentes siempre y cuando "se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria", hecho que no se verificó al inicio del proceso.

⁵⁶ Artículo 52 Decreto 2153 de 1992 "por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial 40.704 de 31 de diciembre de 1992.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En síntesis, los argumentos relacionados con (i) la improcedencia de la sanción impuesta al municipio de La Mesa, (ii) la supuesta configuración de la violación al principio del *non bis in idem*, (iii) la conducta investigada a **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** junto con la finalidad de carácter subjetivo al momento de celebrar el acuerdo anticompetitivo y (iv) el hecho de que la Superintendencia no hubiera intervenido en el momento en que tuvo conocimiento de las posibles conductas anticompetitivas no resultan procedentes.

3.7. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la dosificación de las sanciones

REINGEGAS y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** presentaron argumentos sobre la dosificación de las sanciones impuestas. Afirmaron que la cuantía de las sanciones tiene que ser significativamente menor ambos por las siguientes razones: (i) no es correcto afirmar que participaron durante toda la conducta restrictiva pues no hay evidencia de que así lo hicieron; (ii) su conducta procesal no debe valorarse de manera neutra sino para reducir la sanción pues participaron activamente durante todo el proceso, con el fin de dar claridad a los hechos, aportaron elementos probatorios, incluyendo la declaración de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, que fueron usados por la Superintendencia para aclarar circunstancias de tiempo modo u lugar de los hechos objeto de estudio; (iii) **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** tuvo una mayor sanción que las otras personas naturales investigadas aun cuando el verbo rector de su conducta fue ejecutar mientras que a otros se les sancionó por ejecutar, facilitar y tolerar; (iv) si bien **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** ejecutó el acuerdo en concepto de la Superintendencia, existen diferentes niveles de ejecución. Por ejemplo, el de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES** fue aún más gravoso y, sin embargo, obtuvieron una multa menor; (v) en términos porcentuales respecto del patrimonio, la sanción de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** también es la mayor; (vi) se tuvo en cuenta la declaración de renta de 2017, correspondiente a información del 2016 y no la del periodo investigado, cuando supuestamente sucedió la conducta anticompetitiva; y (vii) no son ciertos los beneficios endilgados por la comisión de la conducta pues no fue el acuerdo sino el esquema de financiación el que disminuyó la presión competitiva en el mercado y el acuerdo de precios no determinó el actuar de la empresa.

Sobre la participación de los sancionados en la comisión de la conducta, se reitera que tal como se probó en la Resolución Sancionatoria, **REINGEGAS** y su representante legal sí tuvieron una participación activa en el acuerdo reprochado, durante la totalidad del periodo investigado pues, como resultó evidente del análisis de las diferentes pruebas existentes, el acuerdo se habría perfeccionado, al menos, hasta el 31 de diciembre de 2013.

Respecto de la conducta procesal de los sancionados, es importante enfatizar en que el hecho de que los sancionados hayan ejercido su derecho de defensa y contradicción de manera adecuada no puede interpretarse como un atenuante a las sanciones impuestas a **REINGEGAS** y su representante legal, pues su comportamiento procesal apenas se limitó a cumplir con sus obligaciones legales, con lo cual aportar documentos y presentar declaraciones es apenas lo que se espera de cualquier agente en el marco de una investigación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia.

Ahora bien, de las comparaciones entre las cantidades absolutas de las sanciones impuestas a los diferentes investigados, el Despacho se permite indicarle a los sancionados que dichas comparaciones son improcedentes pues los valores obtenidos del proceso de dosificación son individuales y de ninguna manera comparables. Esto es, teniendo en cuenta que para la graduación de las multas, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta criterios propios de cada investigado, como patrimonio (para el caso de los agentes de mercado), conducta procesal, grado de participación en la conducta, entre otros, es incorrecto calificar como desproporcionada una multa, comparando valores absolutos respecto de las demás. Así que una sanción sea mayor a otra puede deberse a diferentes factores contables propios de cada agente, sin que esto signifique que no se tuvieron en cuenta los demás criterios de dosificación.

Sobre el hecho de que la sanción de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** haya representado un mayor porcentaje del patrimonio que la de las demás personas naturales sancionadas, es importante precisar que, contrario al caso de los agentes de mercado, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 no tiene en cuenta el patrimonio como criterio de graduación de la multa para el caso de todas aquellas personas que colaboren, faciliten, autorice, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas de protección

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de la competencia. En esta medida, que este Despacho haya descrito de forma ilustrativa la proporción de la sanción impuesta sobre el patrimonio líquido reportado por los sancionados, y que existan diferencias en las proporciones para los diferentes agentes, en nada implica que el ejercicio se haya realizado de manera incorrecta. Lo cierto es que dichos porcentajes son accesorios y le permiten a esta Superintendencia ilustrar que las sanciones, en ningún caso, resultan excesivas o confiscatorias.

Por todo lo anterior, este Despacho concluye que la forma en la que se dosificó la sanción impuesta a **REINGEGAS** y **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** fue la adecuada y por tal razón no hará ninguna modificación a la misma.

Finalmente, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** alegó que se le aplicó de manera ilegal el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 pues no es una persona jurídica. En este sentido, afirmo que la Superintendencia "*abusando de su posición de dominio pretende para mi caso legislar, esto es, cambiar mi naturaleza jurídica*".

Para este Despacho resulta infundado considerar que **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** debió sancionarse con base en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y no con fundamento en el artículo 25 de la citada ley, bajo el argumento de que fue es una persona natural que ejerce una actividad comercial y no una persona jurídica. Pues bien, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 modificaron los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, artículo que se denomina "FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO" de manera tal que las normas aplicables en materia sancionatoria son los numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992 y no el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, como erróneamente lo considera la sancionada.

En esta medida, el nombre de los artículos 25 y 26 (MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES y MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS JURIDICAS) no existen en el mundo jurídico, en la medida en que lo que hacen esos artículos es modificar los dos numerales de un artículo que ya tiene su propio título, como es el de "FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO". Claro lo anterior, resulta lógico entender que fue un error de técnica legislativa introducirle un título a la modificación de un numeral que está en un artículo que ya cuenta con su propio nombre, por lo cual la referencia a personas naturales o jurídicas nunca debió existir. Pero independientemente de que haya quedado plasmado o no, lo cierto es que la multa establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 presupone la responsabilidad de una persona jurídica o empresa de la comisión de una conducta anticompetitiva, de manera que, si el argumento presentado por **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** fuera cierto, llevaría al absurdo de que no se puede sancionar a la investigada porque no existe una conducta anticompetitiva que ella haya colaborado, tolerado, autorizado, facilitado o ejecutado.

Adicionalmente, la interpretación realizada por la sancionada resulta contraria al espíritu de la norma, en la medida en que existen múltiples comerciantes que, en calidad de personas naturales, manejan empresas y que por ende resultarían fuera del régimen sancionatorio de libre competencia, aun cuando, en algunos casos, son incluso más grandes que muchas personas jurídicas.

Es importante enfatizar que lo anterior no obsta para que esta Superintendencia tenga en cuenta la información económica y financiera de la persona natural, tal y como lo hace con la persona jurídica, de tal forma que la sanción impuesta no resulta prohibitiva, independientemente del artículo o monto que le sirva de base. Esto fue precisamente usado por este Despacho al dosificar la sanción impuesta a **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO**.

Por toda la argumentación expuesta, frente al problema jurídico inicialmente planteado, no queda otra respuesta distinta a que sí es aplicable la sanción contemplada en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 a las personas naturales cuando quiera que estas actúan como agentes económicos del mercado.

De acuerdo con las consideraciones expuestas, ninguno de los argumentos presentados por los recurrentes es aceptado por el Despacho, motivo por el cual se resolverá confirmar íntegramente lo resuelto en la Resolución No. 91153 de 2018.

CUARTO: Que en los recursos de reposición los recurrentes **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** solicitaron la declaratoria de nulidad frente a lo

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

actuado con posterioridad al traslado del informe motivado y de la declaración rendida por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, respectivamente.

LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO fundamentó su solicitud de declaratoria de nulidad en la supuesta violación al debido proceso en que incurrió la Superintendencia al no haberle garantizado su derecho a aportar pruebas, y a "*ser oído en audiencia para contradecir las falsas imputaciones*"⁵⁷.

Por su parte, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** consideró que la declaración rendida por **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** es nula por cuanto: (i) se presentó 6 años y 2 meses después de la ocurrencia de los hechos; (ii) se busca ilegalmente relacionar a **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** con la supuesta "Lista de Precios"; (iii) el declarante suministró información falsa con la finalidad de evitar que **FENOSA** le cierre las puertas a futuras oportunidades comerciales y; (iv) al momento de su declaración, **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS** tenía conocimiento de los cargos indilgados, las pruebas obrantes en el Expediente, y estaba armando su estrategia de defensa junto con su abogado, siendo estos factores subvalorados por la Superintendencia de Industria y Comercio. En consecuencia, de declararse la nulidad de la prueba, se exoneraría de toda responsabilidad a **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, pero no a las empresas.

Estas solicitudes de nulidad no prosperan por las siguientes razones:

Como quedó establecido en la Resolución No. 91153 de 2018, el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, que consagra una norma especial en materia de vicios dentro del proceso administrativo por la violación a prácticas restrictivas de la libre competencia establece oportunidades precisas y perentorias en las que los investigados o terceros interesados pueden proponer las solicitudes de nulidad. El artículo señala:

*"Artículo 21. Vicios y otras irregularidades del proceso. Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, **se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3o del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.** Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.*

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

De la lectura de este artículo se concluye que los vicios o irregularidades relacionados con el trámite del proceso deben alegarse antes del inicio del traslado a los investigados del Informe Motivado. La norma es clara en señalar que, si no se proponen antes de acaecida esa circunstancia se tendrán por saneados, a menos que el vicio o irregularidad que se alegue ocurra con posterioridad al referido traslado, caso en el cual deben ser alegados dentro del término para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa, en este caso la Resolución Sancionatoria.

Frente a los términos consagrados en la ley procesal cabe reiterar de nuevo que, la Corte Constitucional ha establecido que:

*"Por regla general, los términos son perentorios, esto es, improrrogables y su transcurso extingue la facultad jurídica que se gozaba mientras estaban aún vigentes"*⁵⁸.

En igual sentido,

"La consagración de términos perentorios y, en mayor medida, su estricta aplicación por parte del juez y los auxiliares de justicia -lo cual se traduce, entre otros, en el deber de rechazar las demandas presentadas en forma extemporánea-, en nada contradice la Carta Política. Por el

⁵⁷ Folio 3458 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-012 de 2002 (23 de enero), MP: Jaime Araújo Rentería. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-012-02.htm>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*contrario, busca hacer efectivos los derechos de acceso a la administración de justicia y el debido proceso, así como los principios de celeridad, eficacia, seguridad jurídica y prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades propias de cada proceso, en la medida en que asegura que éste se adelante sin dilaciones injustificadas, como lo ordena el artículo 29 de la Carta Política, en armonía con el 228 ibidem, que establece que los términos deben ser observados con diligencia, tanto por los funcionarios judiciales como por las partes involucradas*⁵⁹.

En la misma línea,

*"Sabido es, que "la preclusión" es uno de los principios fundamentales del derecho procesal y que en desarrollo de éste se establecen las diversas etapas que han de cumplirse en los diferentes procesos, así como la oportunidad en que en cada una de ellas deben llevarse a cabo los actos procesales que le son propios, transcurrida la cual no pueden adelantarse. En razón a éste principio es que se establecen términos dentro de los cuales se puede hacer uso de los recursos de ley, así mismo, para el ejercicio de ciertas acciones o recursos extraordinarios, cuya omisión genera la caducidad o prescripción como sanción a la inactividad de la parte facultada para ejercer el derecho dentro del límite temporal establecido por la ley"*⁶⁰.

Por último, en reciente providencia, la Sección Tercera (Subsección B) estableció que:

*"De conformidad con lo expuesto hasta aquí es claro que, en relación con la interposición de los recursos y demás actuaciones procesales, la libertad que tienen las partes para ejercer su derecho a la defensa está sujeta al cumplimiento de los términos que el legislador ha previsto para cada uno de ellos, en razón a que una libertad indefinida en el tiempo atenta contra la necesidad de garantizar la existencia de un orden jurídico estable"*⁶¹.

De lo establecido por el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 y lo señalado por la Corte Constitucional y Consejo de Estado en los pronunciamientos jurisprudenciales transcritos, esta Superintendencia advierte que las solicitudes de nulidad, presentadas por **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** y por **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**, fueron propuestas por fuera del término señalado por la norma procesal especial aplicable a esta actuación administrativa. En este sentido, tanto el supuesto vicio alegado por **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** que no lo es-, relacionado con la supuesta violación a su derecho a aportar pruebas y a ser oída en audiencia –solicitud de nulidad que ya había sido negada en el numeral **7.5.9.** de la Resolución Sancionatoria-, como el de **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** relacionado con los vicios de la declaración de **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, fueron presentados sin tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009.

En razón de lo expuesto, el Despacho procederá a rechazar las solicitudes de nulidad propuestas por **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS**.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: RECONOCER personería jurídica a **RUTH YAMILE VARGAS REYES** con C.C. No. 33.366.085 y T.P. No. 144.386 del C.S. de la J., para que actúe en nombre y representación de la **ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA**, con NIT: 890.680.026-7 en la presente actuación administrativa, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ARTÍCULO SEGUNDO: RECONOCER personería jurídica a **FERNANDO JOYA CRUZ** con C.C. No. 80.263.818 y T.P. No. 142.380 del C.S. de la J., para que actúe en nombre y representación de

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-012 de 2002 (23 de enero), MP: Jaime Araújo Rentería. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-012-02.htm>.

⁶⁰ Corte Constitucional, auto A-232 de 2001 (14 de junio), MP: Jaime Araújo Rentería. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2001/A232-01.htm>.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, auto del 7 de noviembre de 2018, Rad. 12250, CP: Marta Nubia Velásquez Rico (E).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ARIBUK S.A.S., con NIT: 830135178-3, y **HERNÁN ARIAS RIAÑO**, identificado con C.C. 79.306.084, en la presente actuación administrativa, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 91153 del 14 de diciembre de 2018.

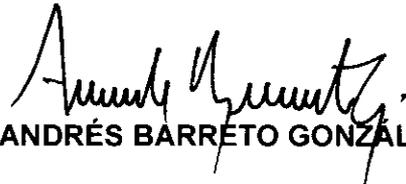
ARTÍCULO CUARTO: RECHAZAR las solicitudes de nulidad propuestas por **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** y **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **REINGEGAS S.A.S.**, **ARIBUK S.A.S.**, **LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO** en su condición de propietaria del establecimiento de comercio **SEG 3A GAS DE COLOMBIA**, **ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA MESA**, **CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS**, **HERNÁN ARIAS RIAÑO**, **ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS**, **JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS** y **RODRIGO GUARÍN LESMES** en cumplimiento de lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, informándoles que en su contra no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **11** MAR 2019

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: A García/D Londoño/A Pérez
Revisó: A Pérez
Aprobó: A Barreto

NOTIFICACIONES:

REINGEGAS S.A.S.

NIT. 830046206-1

CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS

Cédula de Ciudadanía No. 79.399.856

Apoderado

GUILLERMO ANTONIO SUÁREZ CASALLAS

Cédula de Ciudadanía No. 1.032.462.994

Tarjeta profesional No. 286.197 del Consejo Superior de la Judicatura

Carrera 52 B No. 27-18 sur

Bogotá D.C.

E-mail: quillesuar89@gmail.com

ARIBUK S.A.S.

NIT. 830135178-3

HERNÁN ARIAS RIAÑO

Cédula de Ciudadanía No. 79.306.084

Apoderado

FERNANDO JOYA CRUZ

Cédula de Ciudadanía No. 80.263.818

Tarjeta profesional No. 142.380 del Consejo Superior de la Judicatura

Carrera 5 No. 15-11, oficina 606

Bogotá D.C.

E-mail: ibimes90@yahoo.es

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO

Cédula de Ciudadanía No. 52.548.090
Carrera 55 A No. 134 A – 91, Apartamento 801
Bogotá D.C.

ALBERTO ENRIQUE ALFARO ARIAS

Cédula de Ciudadanía No. 9.174.612
Carrera 55 A No. 134 A – 91, Apartamento 801
Bogotá D.C.

ALCALDÍA DEL MUNICIPIO DE LA MESA – CUNDINAMARCA

NIT: 890.680.026-7

Apoderada

RUTH YAMILE VARGAS REYES

Cédula de Ciudadanía No. 33.366.085
Tarjeta profesional No. 144.386 del Consejo Superior de la Judicatura
Calle 8 Carrera 21 Esquina, Palacio Municipal, Barrio Centro
La Mesa - Cundinamarca
alcaldia@lamesa-cundinamarca.gov.co

JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS

Cédula de Ciudadanía No. 79.412.802

Apoderado

DAVID MAURICIO AMAYA BORDA

Cédula de Ciudadanía No. 80.010.043
Tarjeta profesional No. 262.963 del Consejo Superior de la Judicatura
Calle 23 G BIS No. 96 F - 50, Bogotá D.C.
E-mail: damaya_abogado@yahoo.com

RODRIGO GUARÍN LESMES

Cédula de Ciudadanía No. 79.062.282

Apoderado

ALEXANDER DÍAZ URREGO

Cédula de Ciudadanía No. 79.523.932
Tarjeta profesional No. 273.932 del Consejo Superior de la Judicatura
Carrera 23 No. 52 – 19 Oficina 303, Bogotá D.C.
E-mail: calex.procesos@gmail.com