



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 15640 DE 2002
(22 MAYO 2002)

Por la cual se resuelve unos recursos

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial la conferida en el numeral 24 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y 50 del Código Contencioso Administrativo

CONSIDERANDO

PRIMERO. Mediante escritos radicados bajo números 99051375-30014, del 26 de marzo, 99051375-30016 del 5 de abril y 99051375-30018 del 17 de abril, el doctor Pablo Cuellar Benavides, en su condición de apoderado de Jesús Eudoro Troya, propietario del establecimiento Estación de Servicio Andina, de Higinio Alberto Mera Bastidas y de la sociedad Mera Hermanos Ltda.; el doctor Víctor Hugo Hernández Patiño en su condición de apoderado de Alonso Sigifredo Villacís Enriquez y de la empresa Servisur Ltda.; y el doctor Gustavo Ordóñez Ricaurte en su condición de apoderado de José Vicente Enriquez Erazo, propietario del establecimiento Estación de Servicio El Puente; interpusieron en tiempo y con el lleno de los requisitos de ley, recursos de reposición en contra de la resolución 07951 de 2002, por medio de la cual fueron impuestas algunas sanciones pecuniarias. El objeto de los recurso es que se revoque total o parcialmente el acto administrativo impugnado y sustentan sus peticiones así:

- 1 **Doctor Pablo Cuellar Benavides, apoderado de Jesús Eudoro Troya, Higinio Alberto Mera Bastidas y Mera Hermanos Ltda.**

"I. ERRORES DE PROCEDIMIENTO: La presente investigación se inició con la expedición de la 'Resolución número 16.057 de 13 de agosto de 1999' expedida por la 'SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA', la cual fue revocada por la 'Resolución número 12 de 6 de enero de 2.000' expedida por el señor SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO'.

"Según los considerandos de la mencionada resolución, la revocatoria tuvo como causa el hecho de que el Decreto 1122 de junio 26 de 1999, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional de conformidad con la Sentencia número C-923 de 1.999, y la investigación se había ordenado en dicha resolución con base en el procedimiento establecido en los artículos 233 y 244 del referido decreto.

"Empero, en la 'Resolución número 12', no solamente se dispuso la 'revocatoria de la Resolución número 16.057', sino que además se 'ordenó proseguir las investigaciones en relación con los mismos hechos, a partir de la etapa procesal correspondiente'.

"El cuestionamiento procesal, radica simple y llanamente en que el día 6 de enero del año 2.000, no existía ninguna norma vigente que estableciera el procedimiento que debía seguirse para continuar esta investigación.

"En efecto, el artículo 230 del Decreto 1122 de 1.999 modificó el numeral 1° del artículo 2 del Decreto 2153 de 1.992, y el artículo 244 de aquel Decreto, señaló el procedimiento que debía seguirse en las investigaciones por prácticas restrictivas. Ahora bien, al haberse decretado la inexecutable del Decreto 1122 de 1.999, en primer término no recobraba vigencia el artículo 2 del Decreto 2153, y por otra, las investigaciones por prácticas restrictivas se quedó (sic) sin el procedimiento respectivo.

Por la cual se resuelve unos recursos

"Tanto así que posteriormente se hizo necesario expedir el decreto 266 de 2000, una nueva norma (sic) que remplazara el decreto 1122 (sic) en cuanto al procedimiento que debieran seguir este tipo de investigaciones.

"Así las cosas, tenemos que no era 'legal' ordenar que se prosiga la investigación, cuando no existía ninguna norma vigente que estableciera el correspondiente procedimiento, lo cual hace nugatorio todo el proceso. Se dirá, que posteriormente el decreto 266 del año 2.000 estableció el procedimiento y que la investigación se adecuó a este (sic). Pero ello no es así, por cuanto en la 'Resolución número 12 del año 2.000' si bien es cierto, se revocó la 'Resolución número 16.057 de 1.999' que había dado lugar a la iniciación de la investigación, también se dispuso 'proseguir las investigaciones en relación con los mismos hechos, a partir de la etapa procesal correspondiente', sin que en ningún momento la Superintendencia se pronunciara sobre la entrada en vigencia del decreto 266 de 2.000.

"La Superintendencia tampoco se pronunció sobre la declaratoria de inexecutable del decreto 266 de 2000 'en su totalidad y desde su promulgación' mediante la sentencia C-1316 del 26 de septiembre de 2.000.

"Si no existía una norma que reglamentara el procedimiento a la (sic) cual debía adecuarse la investigación, cómo se podía garantizar el derecho de defensa de los investigados; ello únicamente se lo (sic) logra con la adecuación a un proceso previamente establecido como lo prevé la Constitución Política en su artículo 29 al reglamentar 'el derecho al debido proceso'. Esto significa, que se ha incurrido en una nulidad de tipo Constitucional, y no es tarde para enderezar el entuerto, decretándola a partir del acto administrativo que dispuso 'proseguir la investigación'.

"II.- NUNCA EXISTIO EL ACUERDO PARA UNA PRACTICA COMERCIAL RESTRICTIVA: Como consecuencia de la expedición de la Resolución número 82438 de 1.998 por parte del Gobierno Nacional, se estableció para las capitales de los Departamentos, entre ellas la ciudad de Pasto, el 'régimen de libertad vigilada' para la fijación de precios de la gasolina corriente y ACPM. Por tal razón, y al tenor de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se consideran restrictivos de la competencia los acuerdos entre dos o más empresas, que tengan como objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios

"Esta conducta es la que se les endilga a mis representados, para sancionarlos en la forma como lo ha determinado la Resolución número 07951 de 15 de los corrientes. Sin embargo, y con todo el respeto que nos merece el señor SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO, mis poderdantes jamás se pusieron de acuerdo para fijar los precios de la gasolina corriente y ACPM en los meses de abril y mayo de 1.999.

"Desafortunadamente, la SUPERINTENDENCIA invirtió la carga de la prueba violando con ello principios esenciales del derecho como son la presunción de inocencia y el que reza que le impone la carga de la prueba a quien pretende hacer valer una afirmación ('el que alega prueba'), puesto que parte de una 'suposición' (por cierto falsa) de que los investigados 'acordaron fijar los precios', y que por lo tanto, les corresponde a ellos desvirtuarla, cuando lo correcto y lo ordenado por la ley es lo contrario, habida cuenta de que le compete a la SUPERINTENDENCIA probar que los investigados incurrieron en la conducta tipificada como violatoria de las normas sobre competencia, y esto no se hizo y en verdad que no lo podía realizar la SUPERINTENDENCIA, porque ciertamente mis poderdantes nunca se pusieron de acuerdo para 'fijar los precios' de la gasolina corriente y el ACPM.

"Para declararlos responsables a los investigados, se debe probar plenamente su responsabilidad, en este evento, se 'pusieron de acuerdo' para fijar los precios de la gasolina y el ACPM en los meses

Por la cual se resuelve unos recursos

de abril y mayo de 1.999, y de ello, no existe dicha prueba. La SUPERINTENDENCIA, pretende a través de una prueba indiciaria increpar la conducta lesiva a mis poderdantes, pero dicho indicio ni siquiera goza de las características de 'necesario', por lo que no se puede declarar probado plenamente un hecho a través de esta prueba, ante la ausencia de otras pruebas que lleven al total convencimiento de la responsabilidad de los investigados. Sin esta prueba, no se podía declarar responsables a mis poderdantes, y es obligación de la SUPERINTENDENCIA, que en este caso hace de juez y parte, reconocer en consecuencia la inocencia de los investigados.

"La coincidencia en los precios de la gasolina corriente y del ACPM durante los meses de abril y mayo de 1.999, que la SUPERINTENDENCIA encontró en los establecimientos de comercio de propiedad de los investigados, no puede ventilarse como 'la prueba reina' de un supuesto acuerdo entre ellos, puesto que no la (sic) es, ya que como lo advertimos, se trata de un mero indicio que no goza de las características de ser 'necesario', y que además tiene explicaciones que no se tuvieron en cuenta al proferir la Resolución impugnada.

"Alega la Superintendencia que el acuerdo de precios se produjo a través de una 'práctica (sic) conscientemente paralela'; es decir la Superintendencia reitera el absurdo de equiparar el acuerdo deliberado de un conjunto de comerciantes para determinar el precio de un bien en el mercado con el simple ejercicio de un ajuste de precios que sigue las reglas del mercado. Con esta inusitada figura jurídica - que carece por completo de sustento normativo en Colombia y que ha sido importada de manera forzada del sistema de promoción de la competencia venezolano - se pretende inferir la existencia de un acuerdo de voluntades para conformar un 'cartel' (Que es lo que las normas acerca de prácticas restrictivas de la competencia pretenden evitar), con el simple ejercicio de la más sana competencia.

"Además, lo dicho sobre la 'práctica conscientemente paralela' en la resolución 07951 de 2002, se contradice abiertamente con lo dicho por esa misma Superintendencia en el Concepto No 013678 de 1993 en el que sostiene que:

"El numeral 1° de tal artículo establece que los acuerdos entre empresas (artículo 45, núm. 1°), que tengan por finalidad la fijación de precios, son contrarios a la competencia. Ahora bien, la norma requiere la voluntad concertada de las partes para fijar precios. Para que esa igualdad de precios constituya una violación de las normas de promoción a la competencia, es necesario que confluyan expresa o tácitamente las voluntades de los empresarios. El fundamento de la reprochabilidad de esta conducta consiste en la asunción que hace la ley en el sentido de que para que una economía asigne eficientemente sus recursos, es necesario que los empresarios compitan entre sí y no que utilicen la colusión para determinar precios'

"Es decir, la Superintendencia sostuvo en esa oportunidad que si bien el acuerdo de voluntades podía producirse de manera expresa o tácita, no es suficiente que un oferente observe la conducta de sus competidores y adecue la conducta propia de manera tal que pueda conservar o mejorar su participación en el mercado. Lo que está prohibido es la colusión, que proviene de un acuerdo deliberado de los agentes oferentes del mercado por determinar los precios.

"Debe recordarse que en una economía de mercado los precios no se fijan solamente a través de la interacción de la oferta y la demanda (Como ocurre en los modelos macroeconómicos en los que solo existe un bien a ser transado en el mercado, un productor y un consumidor), sino que también resulta de las observaciones que hacen los productores de la manera como se están comportando sus competidores, como es apenas natural' .

¹Este hecho inevitable, de cómo se fijan los precios en el mercado ha sido reiteradamente desconocido por la Superintendencia de Industria y Comercio, a este respecto se pueden ver entre otros los Conceptos 00030176 - 00033102 publicados en el Boletín 18 de

Por la cual se resuelve unos recursos

"De hecho el supuesto que todos los consumidores y productores tengan pleno conocimiento de cómo se están comportando los demás agentes del mercado y que tengan la capacidad de responder y adecuar su comportamiento de conformidad con sus observaciones es uno de los supuestos fundamentales de un libre mercado, con libertad de información y con libertad de movilidad de sus agentes.

"Es así como la conducta investigada por la Superintendencia no encaja dentro de las susceptibles de ser sancionadas por ser restrictivas de la competencia, sino por el contrario resultan del ejercicio correcto dentro del modelo más próximo a la perfección dentro de una economía de mercado.

"En efecto, la coincidencia en los precios de la gasolina y el ACPM en los establecimientos de comercio de propiedad de mis poderdantes, tienen además de la anterior, la siguiente explicación, puesto que existen varios factores que son constantes en todos los establecimientos de comercio dedicados a la venta de combustibles derivados del petróleo, ubicados en la ciudad de Pasto:

"a) El precio de la gasolina corriente y el ACPM, es el mismo para todos los distribuidores minoristas, pues todos lo compran a ECOPETROL en la planta de Yumbo;

"b) Todos los distribuidores minoristas, reciben un mismo subsidio de transporte entre la planta de Yumbo y la ciudad de Pasto;

"c) Los salarios mínimos que se pagan a los trabajadores de las estaciones de servicio, es el mismo (sic) por cuanto es determinado por el Gobierno Nacional;

"d) Las estaciones de servicio en donde se vende (sic) los combustibles derivados del petróleo, tienen casi las mismas características en su planta física, como también en el número de personal que las atiende;

"e) Hasta el año de 1.998, el precio de la gasolina y del ACPM era determinado por el Gobierno Nacional, y la costumbre y la creencia de los distribuidores minoristas, era de que el precio de venta debía ser el mismo. El incremento del precio era en ese entonces lo que se sancionaba;

f) La existencia de una práctica reiterada mediante la cual todos los distribuidores minoristas del Departamento de Nariño tenían como precio de referencia del mercado el indicado por la Asociación de distribuidores minoristas en el Departamento de Nariño (ADICONAR). Por ello, el precio de todas las estaciones de servicio en esta ciudad, para la gasolina corriente y ACPM era el mismo, y sin que los representantes legales de las sociedades propietarias o administradores de las estaciones de servicio, se hayan puesto de acuerdo. Si se investigaba al resto de estaciones de servicio en esta ciudad, se iba a encontrar a todas con los mismos precios de la gasolina y del ACPM. De allí que, la conducta de estas personas, siempre fue y es de plena buena fe, y con el convencimiento de estar actuando dentro de la legalidad;

"g) Sobra advertir, que la ciudad de Pasto es una ciudad pequeña, en donde fácilmente los usuarios y los oferentes pueden establecer el valor del precio de los combustibles en todas las estaciones de servicio, y si encuentra una diferencia en alguna de ellas, lo más seguro es que el consumidor se sienta lesionado e informe a las autoridades locales de dicha 'anomalía';

"Extraña el hecho de que solo se hayan estudiado los meses de mayo y abril de 1999 para determinar la inexistencia de un acuerdo de los productores para fijar el precio. Si se hubiera tomado un periodo (sic) muestral mayor para determinar la inexistencia de esta conducta con seguridad se hubiera encontrado que la fluctuación de precios entre las diferentes estaciones no resultaba tan coincidente como en el periodo analizado.

Por la cual se resuelve unos recursos

"Adicionalmente vale la pena llamar la atención sobre un punto que para la Superintendencia resulta evidente, pero que lo descarta sin hacer una reflexión mayor sobre el tema. Para la Superintendencia está demostrado que no existió acuerdo de precios de la gasolina extra, sin embargo no se hace la pregunta evidente: ¿ Si supuestamente se hizo acuerdo de precios para la gasolina corriente y ACPM, porque (sic) abstenerse de hacer lo mismo con la gasolina extra?, la respuesta es simple nunca existió un acuerdo para la fijación de precios para la gasolina corriente, el ACPM y la gasolina extra.

"La Superintendencia desafina al hacer sus precisiones acerca de los movimientos de precios de la gasolina extra y omite el hecho de que el precio de este tipo de combustible se encuentra plenamente liberado desde 1996. En consecuencia hay dos consideraciones importantes que hacer, la primera es que el Gobierno Nacional no fija para este combustible ningún tipo de parámetro, ni componentes de precio, ni márgenes de utilidad que deben ser tenidos en cuenta por los distribuidores minoritarios, por lo cual su fluctuación en el mercado es más oscilante que en el caso de la gasolina corriente y el ACPM, donde estos factores si existen.

"La segunda, es que la liberación de precios de la gasolina extra ocurrió hace más de 5 años, mientras que el régimen de libertad vigilada y libertad regulada para la gasolina corriente y el ACPM solo tiene tres años de vigencia; 10 anterior tiene como consecuencia que los precios de la gasolina extra tengan una variación más ostensible por encontrarse más alejados en el tiempo de un referente estricto en la forma como estos (sic) se determinaban; mientras que en el caso de la gasolina corriente y del ACPM el tiempo no ha sido suficiente para que los precios actuales se alejen sustancialmente de su origen; y esta (sic) es una circunstancia que se presenta en todo el territorio nacional, como se puede ver en los cuadros anexos a la presente².

"III.- RELEVANCIA EN EL MERCADO: En esta sección queremos resaltar que esa Superintendencia en el Concepto 01084917 de 2001 sostuvo que:

"En este orden de ideas, no obstante los pactos de exclusividad no están per se prohibidos por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, se concluye que estos no pueden directa o indirectamente tener por objeto limitar la producción, el abastecimiento, la distribución o el consumo de materias primas, productos mercancías o servicios nacionales o extranjeros o en general ir encaminados a limitar la libre competencia o a mantener o determinar precios inequitativos, so pena de ser considerados restrictivos de la competencia y por lo tanto, de ser sometidos a las consecuencias jurídicas establecidas para este tipo de conductas por la ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992'.

"Igualmente en el Título VII de la Circular Única de esa Superintendencia se establecen los criterios a ser utilizados para autorizar pactos o convenios que limiten la libre competencia, de la siguiente manera:

²Fuente.: En estos cuadros se puede apreciar que Enreo (sic) de 2002 en Barranquilla, Bogotá, Cali y Medellín el precio de referencia del ACPM es casi exactamente igual al promedio de todas las estaciones de servicio y que en particular en Cali la diferencia entre el precio máximo y el precio mínimo es casi imperceptible. De lo anterior se colige con claridad que en los combustibles que se encuentran bajo la modalidad de libertad vigilada, los componentes del precio señalados por el gobierno determinan de manera definitiva su precio de venta al público y que es tan reducido el espacio de libertad en la fijación del precio que tienen los distribuidores minoristas, que resulta descabellado concebir que cuatro estaciones de servicio pueden constituir un cartel que determine la manera como todas las demás estaciones de servicio de una ciudad deban fijar sus precios. También se puede ver como en estas mismas ciudades para Febrero de 2002 tanto los precios de la Gasolina Corriente (sic) como los del ACPM tienden más drásticamente a la normalización y a la homogenización."

Por la cual se resuelve unos recursos

"El interesado deberá demostrar que se trata de un sector básico de la producción de bienes y servicios de interés para la economía nacional. Para el efecto se estiman relevantes:

- Ubicación del sector de acuerdo a la clasificación internacional CIIU a 4 dígitos;
- Porcentaje del PIB asociado con el sector durante los últimos dos (2) años;
- Número de empleos generados por el sector y la explicación de su representatividad en el mercado laboral nacional o regional, según corresponda; e
- Interdependencia con otros sectores económicos'.

"De lo anterior se concluye con naturalidad que solamente en la medida en que un pacto para fijar precios tenga efectos relevantes para el mercado es susceptible de ser analizado como una eventual trasgresión a las normas de libre competencia. Sin embargo, si en el caso sub iudice eventualmente (sic) se demostrara la configuración de un acuerdo entre los investigados para fijar precios (Que no existe como ya se ha dicho), su repercusión en el mercado sería tan insignificante que no serviría para introducir variaciones significativas en el mismo. Es más, si un acuerdo de tal magnitud se hubiera llegado a presentar para reducir los precios se habrían expuesto a que las estaciones de gasolina vecinas hubieran iniciado una 'guerra de precios' que habría terminado por romper rápidamente con este (sic) acuerdo (Como en efecto amenazó hacerlo en alguna oportunidad ADICONAR); y si por el contrario el acuerdo hubiera existido para elevar los precios, rápidamente habrían perdido su participación en el mercado que (sic) hubiera sido absorbida por sus competidores.

"En síntesis, la participación en el mercado de las estaciones investigadas no es suficiente para determinar el precio de todos sus demás competidores, ni tienen la capacidad de introducir precios predatorios que terminen por eliminar a sus demás competidores.

"IV .- LA REPOSICIÓN ES IMPERIOSA: Si concluimos de (sic) no existe una prueba completa de que los investigados nunca se pusieron de acuerdo para 'fijar los precios de la gasolina corriente y del ACPM, y ello se lo advierte en el simple hecho de que la SUPERINTENDENCIA (sic) se basa para imponer la sanción, en simples indicios que no llegan a constituir un 'indicio necesario' y por lo mismo, no son plena prueba de la responsabilidad, requisito sine quanom para poder condenar a una persona, ya sea en el campo civil, penal o administrativo, lo sensato y jurídico es reponer la Resolución impugnada y absolver en consecuencia a mis representados de la acusación injusta que se les increpa.

"Y por otra parte, si la acusación es ilegal, la sanción a mis representados, es más que injusta, puesto que no se compadece la discriminación que se les hace con la multa impuesta a José Vicente Enríquez Erazo, puesto que en gracia de discusión aceptáramos la responsabilidad en 'la conducta violatoria de las normas sobre competencia' que se les imputa, la sanción debería ser la misma, habida cuenta de que el supuesto 'delito' es el mismo. Por lo que, en el evento de que no se acceda a liberar a mis representados de toda responsabilidad, al menos se les debe disminuir la multa al valor de la que se le impuso al señor Enríquez Erazo.

"Finalmente, es preciso manifestar que la sanción que se impone a las sociedades investigadas y a sus representantes legales, no se compadece por ningún aspecto, puesto que se los está sancionando dos veces por la misma causa. Ante la ley civil y administrativa, las personas naturales y jurídicas son sujetas de las mismas garantías y por supuesto de las mismas sanciones. De allí, que no es legal y justo tampoco, tratar de manera diferente la conducta que se despliegue en una estación de servicio de propiedad de una persona natural, a cuando la propiedad radica en una persona jurídica como lo es una sociedad comercial.

Por la cual se resuelve unos recursos

"A esta altura vale la pena decir que la aplicación de las normas de tipo sancionatorio son eminentemente de interpretación restrictiva y no es posible extender su aplicación más allá del contenido literal de la norma por el simple parecer de la autoridad jurisdiccional competente. En particular no es posible sancionar a mis representados por una presunta 'práctica conscientemente paralela' (Que por demás se encuentra desvirtuada) porque esa figura no se encuentra tipificada ni consagrada de ninguna manera dentro de nuestra legislación.

"De igual manera, tampoco es posible sancionar a personas naturales que ya estarían siendo sancionadas como socias de una persona jurídica diferente. Debe recordarse que el verdadero sentido de la norma que extiende la responsabilidad a los representantes legales que autorizan, toleran o ejecutan conductas restrictivas de la competencia es tener la posibilidad de sancionar a todos los que participan en la ejecución de este tipo de prácticas independientemente de que hayan obtenido algún tipo de beneficio económico directo o de que ahora no les sea aplicable una sanción patrimonial; pero en ningún caso tiene la intención de sancionar doblemente a quien ostenta la doble calidad de socio y representante legal.

"Por todo lo expuesto, le renuevo al señor SUPERINTENDENTE nuestra solicitud de reponer la Resolución cuestionada, y como consecuencia de ello, absolver a mis representados de los caros (sic) que se les imputa."

2 Doctor Víctor Hugo Hernández Patiño, Apoderado De Alonso Sigifredo Villacis Enríquez Y De La Empresa Servisur Ltda.

"En mi calidad de apoderado legal del señor ALONSO SIGIFREDO VILLACIS ENRIQUEZ a usted con el debido respeto, me permito dentro del termino legal interponer recurso de reposición en contra de la resolución N° 07951 de 15 de marzo de 2002 emanada de su despacho, para que la misma sea revocada, modificada o aclarada, con fundamento en las siguientes apreciaciones.

"MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

"No obstante haber debatido ampliamente los motivos de inconformidad, que dieron origen a la investigación administrativa que concluyó con la sanción a mi cliente ALONSO VILLACIS ENRIQUEZ es preciso manifestar, que una vez analizada y estudiada la resolución objeto de impugnación se confirma una vez que no existe prueba objetiva alguna que lo haga responsable de haber pactado alguna clase de acuerdo para determinar el precio de la gasolina y de A.C.P.M. en el Municipio de Pasto, pues el análisis que se hace al folio 6 de la citada resolución se observa que se hace un examen o estudio meramente subjetivo y acomodado a los intereses del investigador, puesto que no se dan los presupuestos procesales determinados en la resolución, cuyos términos PARALELA - PRACTICA Y CONSCIENTEMENTE, reitero son acomodados ya que el mismo diccionario de la lengua expresa que se entiende por consciente, algo que se siente, piensa y quiere y obra con cabal conocimiento y plena posición de si mismo, aspecto no demostrado en el transcurso del acervo probatorio (sic), ya que solo se manifiesta o se presume la existencia del acuerdo.

"Igualmente del análisis del termino (sic) paralela se manifiesta en el escrito por el cual se sanciona a mi patrocinado, que se presenta cuando las conductas desplegadas por varios agentes presentan identidad o un nivel aproximado sorprendente e inexplicable en condiciones de mercado. Al respecto es preciso y necesario manifestar que nunca pudo existir acuerdo por las razones ampliamente debatidas, lo que efectivamente sucedió y que se omitió fue que ADICONAR en aquella época presentaba la estructura de precios emitida por el ministerio de minas y energía, a todos sus afiliados para que si lo consideraban pertinente la acogieran o no.

Por la cual se resuelve unos recursos

"Cabe anotar que para dicha época mi cliente no se encontraba en el país y en ese orden de ideas se presento (sic) una fatal coincidencia, entre las estaciones de gasolina de Pasto, incluidas muchas otras que causa extrañeza no fueron investigadas por la Superintendencia, de tal manera que existió libre albedrío por cada uno de los Administradores o propietarios de las gasolineras, sin que por ello se violara las normas sobre libre competencia.

"Para abundar en razones de que no se violo (sic) el principio de la libre competencia, elemento primordial para sancionar a mi patrocinado, es preciso aclarar a su señoría que la ciudad de Pasto cuenta con aproximadamente 24 estaciones de gasolina, en donde los clientes perfectamente pueden disponer para el abastecimiento de sus vehículos, sin que exista limitación alguna de parte de las estaciones que como ya se dijo coincidieron nefastamente en los precios sin la existencia de acuerdo alguno.

"Es tan radical la apreciación subjetiva que realiza la Superintendencia, que en la página 18 de la resolución sancionatoria, ya no hace un análisis de los presuntos acuerdos que pudieron haber existido, sino que simplemente manifiesta que con el solo efecto del comportamiento sin el objeto que es el acuerdo de voluntades se tipifica la contravención, y por ende la sanción, de tal manera que no nos da oportunidad procesal de defensa, desvirtuar (sic) los planteamientos subjetivos que se realizan por su despacho.

"Ahora bien, dado el caso específico de mi defendido se sanciona tanto a la estación de gasolina como establecimiento público como poderdante en calidad de Administrador, existe una gravísima incongruencia e irregularidad en razón de que el artículo cuarto de la resolución impugnada se (sic) sanciona al Señor ALONSO VILLACIS ENRIQUEZ, persona que tal como oportunamente se demostró en nuestros escritos de descargos vive en la Ciudad de Ibarra de la República del Ecuador, por motivos de seguridad lo cual se puede constatar en los anexos de la denuncia por la tentativa de secuestro que mi cliente hace ante el C.T.I. en septiembre 29 de 1998 también anexo denuncia realizada por la Señora ALICIA VILLACIS DE OBANDO del 6 de octubre de 1998 por el delito de hurto calificado por lo cual se demuestra que no solo mi cliente sino su familia ha sido víctima de la delincuencia organizada y físicamente le sería (sic) imposible regular una tarifa en la ciudad de Pasto para el precio de la gasolina y el A.C.P.M., es evidente la existencia de un grave error en la sanción personal por que (sic) quien estuvo en el proceso y en la Administración del establecimiento para la época de los hechos fue el Señor ALONSO VILLACIS ORTEGA, persona totalmente distinta a la sancionada lo cual genera una nulidad dentro del proceso por cuanto la sanción es a título personal y no puede endilgarse responsabilidad alguna a alguien que no ha participado en el proceso.

"Con base en los anteriores hechos solicito respetuosamente se revoque en su totalidad la resolución No. 07951 subsidiariamente solicito se modifique lo concerniente al artículo 4 donde se sanciona pecuniariamente a mi cliente por no ser el responsable de dicha acusación, cabe anotar que mi cliente jamás (sic) ha tenido ningún comportamiento que atente contra la ley, contra las buenas costumbres y menos con manejos indebidos dentro del establecimiento SERVISUR LTDA., hecho este que debería ser tenido en cuenta para atenuar la sanción que injustamente se ha dado en contra de mi cliente, además se aclare con respecto al Administrador de aquella época que fue y es EL SEÑOR ALONSO VILLACIS ORTEGA Y NO mi defendido ALONSO SIGIFREDO VILLACIS ENRIQUEZ, como así quedo (sic) consignado en la declaración del 14 de junio de 2001 a folios 47 a 49 de la investigación que se realizo (sic).

"PETICIÓN ESPECIAL

"Con el debido respeto solicito a usted que en caso de no prosperar este recurso de reposición se reconsidere el monto de la sanción: ya que el estado financiero de la empresa de mi patrocinado a

Por la cual se resuelve unos recursos

(sic) arrojado perdidas (sic) durante los últimos años, lo cual se consignó en descargos efectuados el 15 de febrero del año en curso, por esta razón le queda casi imposible pagar la sanción en una sola cuota, por lo tanto le solicitamos se conceda en primer lugar un plazo prudente para realizar el pago y que además este sea en cuotas diferidas.

3 Doctor Gustavo Ordóñez Ricaurte, apoderado de José Vicente Enríquez Erazo, propietario de la Estación de Servicio El Puente.

"(...).

"1. Estamos dentro del término de ejecutoria de dicho acto habida cuenta que estamos dentro de los cinco (5) días del término del edicto de notificación.

"2. Solicito que dicho acto sea revocado por cuanto se ha violado mi derecho de defensa al rechazar las pruebas por mí solicitadas, argumentándose la falta de correspondencia de mi relación personal con los demás inculcados con la forma de cómo se fijaron los precios de gasolina y ACPM, en el período investigado. Solicitamos dichas pruebas porque estas pretenden desvirtuar la posibilidad de acuerdo o conspiración para la fijación de precios, lo cual no es posible cuando las relaciones personales y comerciales, como lo manifestamos en diferentes escritos están absolutamente rotas con algunos de los inculcados. También se rechazaron pruebas por que supuestamente no se allegaron las direcciones de testigos. Fuimos expresos en manifestar que estos testigos se desempeñaban en la misma estación de combustible 'EL PUENTE', donde perfectamente han llegado todas las comunicaciones. También se solicitaron pruebas que tenían que evacuar entidades e instituciones como la misma la Superintendencia de Industria y Comercio, donde constaban los hechos de mis inexistentes relaciones personales y comerciales con los demás inculcados.

"3. Igualmente se desvirtúa la posibilidad de acuerdo o concierto para la fijación de precios porque para la fecha motivo de investigación yo residía fuera de la ciudad de Pasto, por cuanto me desempeñaba como estudiante de la Universidad Javeriana de Cali.

"4. Igualmente no se dio aplicación al Decreto 2153 de 1992 en su Artículo 52, que determina que la Superintendencia podrá suspender la investigación y archivo de la misma, cuando el investigado hace formal ofrecimiento de suspender prácticas violatorias a las Leyes de libre competencia como lo hizo mi representada y como consta en el cuaderno de pruebas folio 33. Esta comunicación de ofrecimiento de voluntad de observancia de esta normativa no obtuvo ninguna respuesta de su despacho, pues no le dio ningún trámite y menos impartió instrucciones, procedimiento o metodología para la observancia de la misma normativa, lo que si establece como procedimiento en el Artículo 5º. (sic) De la parte resolutive de la Resolución impugnada. La Superintendencia no observó su función preventiva e inductiva y simplemente está privilegiando su vocación sancionatoria, lo que realmente no aporta a su objetivo de formar costumbres y comportamientos de las empresas y de sus vigilados, con lo cual incumple el Decreto citado afectando flagrantemente los derechos de las personas y de las empresas a quienes el mismo decreto les ha ofrecido dicha posibilidad."

SEGUNDO: De acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del código contencioso administrativo, se resolverán todos los aspectos señalados y los que surgieren con ocasión de los recursos presentados.

A este respecto es importante dejar claro que, por guardar relación directa con el mismo acto, la resolución 07951 de 2002, este Despacho atendiendo a los principios orientadores que gobiernan la

Por la cual se resuelve unos recursos

actuación administrativa, especialmente los de economía y celeridad,³ decide resolver los recursos interpuestos en forma conjunta, de la siguiente manera:

1 Adecuación normativa (numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992)

De acuerdo a lo establecido en este precepto se consideran restrictivos los acuerdos entre dos o más empresas que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Con lo cual tenemos que, puede estructurarse la conducta en cualquiera de los siguientes sentidos:

- Que exista un acuerdo
 - que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios.
 - que tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios

1.1 Que exista un acuerdo

Al tenor de lo previsto en el numeral 1° del artículo 45 del citado decreto 2153, se entiende por "acuerdo", todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.⁴ Debiendo agregar que, todas estas modalidades poseen como denominador común, una voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos, así como finalidades que se identifican entre sí.

En cuanto hace a cada una de las formas de acuerdo, podemos decir:

- *Contrato o convenio*

De conformidad con lo dispuesto en el código civil "*contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas*".⁵

Partiendo de esta definición, ha expresado la doctrina⁶ que la convención es genérica y el contrato específico. Señalando así, que todo contrato es convención, pero no toda convención es contrato. En este sentido, se considera a la convención como el acto jurídico bilateral donde los intereses de las partes son paralelos o convergentes a un fin común; al paso que el contrato sería el acto jurídico bilateral donde esos intereses se hayan contrapuestos.

³ Código Contencioso Administrativo; artículo 3°.

⁴ Prevé el artículo 28 del Código Civil que, "*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará estas su significado legal*".

⁵ Código Civil, artículo 1495.

⁶ Al respecto, señalan Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, en su obra "*Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*" que "*...el objeto de las convenciones es la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas de cualquier naturaleza, al paso que el objeto principal y generalmente exclusivo del contrato es la creación de obligaciones, o sea, de esos vínculos jurídicos específicos en virtud de los cuales una persona llamada acreedor puede exigir de otra denominada deudor la ejecución de una prestación: dar, hacer o no hacer alguna cosa. En conclusión, bien se puede decir que todo contrato es una convención, pero no que toda convención es un contrato.*"

Por la cual se resuelve unos recursos

- *Concertación*

El diccionario de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,⁷ define concertar como contratar, pactar. Convenir el precio de algo. Concordar entre sí diversas cosas o partes. De igual modo, se ha dicho que en la concertación se está en presencia de actos unipersonales complejos, donde las manifestaciones de voluntad se realizan en concurso, encontrando convergencia y unificación de voluntades individuales.⁸

Siguiendo lo expuesto, se tendrá que las prácticas concertadas son aquellas que tienen como principio la existencia de una concertación. Agregando sobre el punto, que cuando estas concertaciones se hacen repetitivas en el tiempo y adquieren una marcada importancia en un mercado se tornan en prácticas concertadas.

- *Práctica Conscientemente Paralela*

Esta forma de acuerdo se enmarca bajo los elementos que la componen, así:

- *Práctica*

La práctica se define como el estudio continuado, costumbre o estilo de una cosa.⁹ Bajo estos parámetros implica la existencia de una conducta reiterada en el tiempo.

- *Conscientemente*

Se entiende por conscientemente, que se siente, piensa, quiere y obra con cabal conocimiento y plena posición de sí mismo.¹⁰

La conciencia hace relación a que la conducta desplegada no sea simplemente una coincidencia, lo cual implica que se tiene conocimiento de las características del mercado en que se encuentran inmersos los agentes, teniendo así la oportunidad de evaluarlo y fijar los precios en un acto de imitación o seguimiento.

- *Paralela*

El paralelismo supone que las conductas desplegadas presenten una similitud, sincronización y coordinación en el actuar.

De esta forma, es preciso tener en cuenta que para que se configure una práctica conscientemente paralela, se requiere que exista, en primer lugar, la conciencia de las políticas desarrolladas por las otras empresas y, segundo, que decidan seguirlas o hacer que se imiten o sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda la autonomía en el actuar.

⁷ Editorial Heliasta, 25. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.

⁸ En el acto unipersonal complejo, son unipersonales porque se imputan a un solo agente y complejos porque suponen el concurso de voluntades de todos aquellos que intervienen en su adopción. Ospina Fernández G., Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Temis, Pagina 44, Bogotá, 1998.

⁹ Diccionario de la Lengua Española, pagina 1039.

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española, página 340.

Por la cual se resuelve unos recursos

Queda claro entonces que, el acuerdo se entiende como el género, el cual se puede vislumbrar a través de cualquiera de las figuras descritas anteriormente, las cuales tienen vida propia, a tal punto que la presencia de una sola de ellas da lugar a una confluencia de voluntades.

De suerte que, la manifestación de voluntad, sea expresa o tácita, es la característica común a todas las especies de acuerdo, apareciendo en la misma declaración del contrato o convención, en la concertación o, en el elemento "conciencia" de la práctica conscientemente paralela, como habremos de exponer en el punto 1.1.1 del presente escrito.

Lo señalado anteriormente guarda plena relación con el concepto 013678 de 1993 de esta Entidad, al que alude el doctor Pablo Cuellar Benavides, pues como se ha advertido, es la voluntad, ya sea expresa o tácita, el elemento común a todas las modalidades de acuerdo.

En este contexto, resulta errada la interpretación del recurrente cuando señala que "lo que está prohibido es la colusión, que proviene de un acuerdo deliberado de los agentes oferentes del mercado por determinar los precios" pues como ya se dijo, ese acto de voluntad puede exteriorizarse incluso en forma tácita, sin que para ello sea menester una deliberación previa de sus agentes, pues puede suceder, como en efecto acontece en las prácticas conscientemente paralelas, que el comportamiento no esté precedido de un debate o discusión previa de sus intervinientes sino que en el devenir se produzca el alineamiento de sus conductas. (subrayado nuestro)

Si fuese necesario una deliberación previa en todas las formas de acuerdo, simplemente sobraría la figura del paralelismo consciente pues se estaría siempre ante un contrato o convención, lo cual no es lógico, ya que como dijéramos antes, cada forma de acuerdo es diferente y tiene vida propia.

Tampoco le asiste razón al recurrente cuando sostiene que, "no es posible sancionar a mis representados por una presunta 'práctica conscientemente paralela' (que por demás se encuentra desvirtuada) porque esa figura no se encuentra tipificada ni consagrada de ninguna manera dentro de nuestra legislación", ya que al tenor de lo expuesto, la práctica conscientemente paralela aparece tipificada expresamente en el numeral 1° del artículo 45 del decreto 2153 de 1992, como una modalidad de acuerdo. No es por tanto que esta figura haya sido importada de otras legislaciones, con el propósito específico de sancionar el comportamiento desarrollado por las estaciones de servicios investigadas, sino que su origen y razón de ser corresponde a la ley, por demás preexistente al acto imputado.

1.1.1 "La Conciencia"

Siguiendo los lineamientos trazados en la resolución 07951 de 2002, esta Entidad considera que en las estaciones sancionadas de la ciudad de Pasto, se produjo un acuerdo bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, que tuvo por efecto la fijación de precios de los combustibles corriente, ACPM., y extra.

Efectivamente, el comportamiento de los investigados en el mercado puso en evidencia una situación de paralelismo al momento de asignar el precio de venta de los combustibles mencionados, ya que durante el periodo investigado las cuatro estaciones presentaron paridad de precios y los aumentos que registraron durante ese interregno fueron sincronizados y en idéntica proporción, todo lo cual denota la existencia de una verdadera práctica paralela y no de un hecho meramente aislado.¹¹

¹¹ De esta forma, en gasolina corriente se pudo verificar que para el 31 de marzo todos las bombas tenían fijado su precio de venta por galón de gasolina corriente en \$1.736. Para el 3 de abril las estaciones Servicentro Súper, Servisur y Estación del Puente no solo habían incrementado sus precios sino que los habían alineado en \$1.887., el cual mantendrían invariable hasta el 30 de ese mismo.

Por la cual se resuelve unos recursos

Concretamente y en cuanto a la supuesta falta de prueba del elemento "conciencia" que aduce el recurrente, debemos reiterar que este elemento hace relación a que la conducta desplegada por los investigados no sea simplemente una mera coincidencia, sino que al asumir una acción se está en conocimiento de las condiciones bajo las cuales obran otros que se dedican a la misma actividad.

Atendiendo a lo dicho, debe indicarse ahora que el despliegue probatorio en la actuación adelantada se encaminó a verificar si el paralelismo registrado en los precios de la gasolina corriente, ACPM y extra, correspondió a un comportamiento consciente de las estaciones. De esta forma ha de entenderse que la prueba del elemento referido, debe partir del conocimiento de las políticas que siguen otros competidores, para posteriormente entrar a establecer si se decidió seguirlas o hacer que se imitaran las propias.

En la perspectiva señalada, debemos advertir que durante la actuación adelantada logró demostrarse que las estaciones investigadas, conocían los precios que asignaban las otras estaciones de la ciudad de Pasto, en la medida en que la Asociación de Distribuidores Minoristas de Nariño -ADICONAR- comunicaba las políticas de precios a implantar en los combustibles mencionados con anterioridad. Así se desprende de la declaración del señor Jesús Eudoro Troya, como de sus correspondientes soportes documentales.¹² De igual modo, los propios recurrentes

mes. El 3 de mayo las estaciones Servicentro Súper, Servisur, Estación del Puente y Andina, alinean su precio en \$2.117., para mantenerlo durante todo mayo, e iniciar junio con un precio de \$2.202.

En el mismo sentido y en lo que respecta al ACPM, las cuatro estaciones investigadas cerraron el mes de marzo, con un precio idéntico para el ACPM (\$ 1.482). Para el primero de abril las estaciones Servicentro Súper, Estación del Puente y Andina incrementaron el precio de venta a \$1.557, al que dos días más tarde habría de alinearse Servisur. A lo largo del mes de abril y de manera invariable, las cuatro estaciones mantuvieron el precio citado (\$ 1.557), registrándose el mismo fenómeno en el mes de mayo, donde Servicentro Súper, Estación del Puente y Andina iniciaron el mes con un mismo precio, \$ 1.716, al que se alineó también, dos días después Servisur. Siguiendo los comportamientos descritos anteriormente, las conductas de las estaciones investigadas frente a las variaciones y aumentos en la gasolina extra se caracterizaron porque a partir del tercer día del mes de abril las estaciones Servicentro Super, Servisur y Andina fijaron el precio de este combustible en \$ 2.557, al que se pegaría la estación del Puente el día 8, debiendo agregar que las 4 estaciones una vez nivelado el precio lo mantuvieron hasta el día 30 de ese mismo mes. Esta situación se repite durante el mes de mayo, donde a partir del día cinco las estaciones Servicentro Super, Servisur y Andina igualaron sus precios de venta en \$ 2.810, al cual se adhirió la Estación del Puente a partir del día 24 de ese mes. De esta forma, las cuatro estaciones culminaron el mes de mayo con un precio de venta de \$ 2.810.

De manera pues que, durante los meses de abril y mayo de 1999 se registró una verdadera práctica consistente en fijar de manera igual los precios de venta de la gasolina corriente, ACPM. y extra.

¹² Declaración del señor Jesús Eudoro Troya, propietario de la Estación de Servicios Andina, recepcionada el 14 de junio de 2001. (Folios 157-161).

"PREGUNTA 3: Participa Usted en la fijación del precio de los distintos combustibles en la bomba o estación de servicios Andina.

RESPUESTA: No, antes de la liberación estábamos sujetos al precios que fijaba la alcaldía de pasto o el gobierno nacional, ahora después de que hubo la liberación de precios esta formado por un grupo de estaciones minoristas de nuestra ciudad, ellos hasta ahora son los que han fijado los precios para implantar en los surtidores, esa asociación se llama Adiconar (Asociación de Distribuidores de Combustibles de Nariño), ellos a medida que el gobierno fijaba precios siempre nos pasaban un comunicado por escrito a todas las estaciones de la ciudad y del departamento de Nariño de todos los combustibles. Para que se constante la veracidad de mi respuesta hago entrega de los siguientes documentos que nos enviaba adiconar cada vez que había cambio de precio, desde el principio las comunicaciones dicen: " Se cobrara al publico un precio en la ciudad y otro en los municipios. A raíz que la directiva de Adiconar conoció de la investigación de la Superintendencia nos siguió enviando el comunicado ya no con la palabra se cobrara sino que se sugerirá el precio del combustible. El investigado anexa cuatro folios como parte de prueba a la respuesta de la pregunta realizada por el despacho".

"PREGUNTA 4: Conoce Usted cual es el objeto o actividad de Adiconar"

"RESPUESTA. Tiene la finalidad de que todas las estaciones de la ciudad de pasto y del departamento de Nariño tenga igualdad de precios."

"(...).

"PREGUNTA 7: Sabe Usted si las decisiones que toma Adiconar son de carácter vinculante para sus miembros.

RESPUESTA: En principio si por que no eran claros en dar a conocer que podían acarrear un perjuicio para algunas de las estaciones, hubimos unas cuatro o cinco estaciones que variamos precios de los que ellos nos indicaban y nos llamaron la atención por lo que

Por la cual se resuelve unos recursos

atribuyen la conducta de la Asociación como el hecho que dio origen a la identidad de precios registrada.¹³

Igualmente, logró probarse el deseo de imitar o seguir las políticas que otros desarrollaban. Fueron varios los indicios que apuntalaron en este sentido. Primero, la identidad en el precio de la gasolina corriente, ACPM y extra en cada una de las estaciones de servicio investigadas, por un mismo periodo de tiempo (abril-mayo 1999), acompasado por incrementos sincronizados, datos éstos que fueron obtenidos de la propia información que suministraron las estaciones en respuestas a los requerimientos formulados por ésta Entidad.¹⁴

Otro hecho indicador fue la diferencia en la estructura de los costos operacionales de cada una de las estaciones de servicio. Valga resaltar que, los citados costos involucran los gastos típicos en que se incurre para la realización de una actividad económica, tales como las materias primas, insumos, servicios, etc.

En el desarrollo de la actividad económica cada una de las estaciones de servicios se ve sujeta a unos costos de operación que dependerán irrestrictamente del volumen de ventas, del tamaño de la estación y de los servicios que se prestan, etc. Por ello y aunque algunos de éstos pueden ser similares, no pude afirmarse que la estructura de los costos operacionales de las empresas

tuvimos una reunión con la directiva y casi fuimos amenazados de que si no acatábamos los precios impuestos por ellos nos harían guerra de precios con estaciones cercanas a las nuestras, guerra en que sentido, que los señores de la directiva eran capaces de pedir la colaboración a la estación mas cercana a la nuestra para que bajara el precio en doble o en triple, para quebramos. En conclusión de esto aceptamos el precio que ellos nos dirigían".

"(...).

"PREGUNTA 9. De acuerdo con sus respuestas anteriores, indique al despacho si para los meses de Abril y mayo de 1999, la asociación denominada Adiconar les enviaba comunicaciones por medio de las cuales se les decía cual debería ser el precios de los combustibles.

RESPUESTA: Si nos enviaba, por lo cual se adjunto como quedo dicho atrás copia de los comunicados."

"(...).

"PREGUNTA 15: En concreto, podría indicar a este Despacho, la forma en que tuvo lugar la fijación de precios de gasolina corriente, extra y ACPM para los meses de abril y mayo de 1999, en su bomba o estación de servicio.

RESPUESTA: Vuelvo a repetir que los precios dependían de Adiconar, con esos precios que nos indicaban los boletines fijamos el precios al publico.

"(...).

"PREGUNTA 22: Cómo explica que otras empresas o estaciones en Pasto, después de la liberación del precio de la gasolina tengan el mismo precio.

RESPUESTA: Debido a los boletines que enviaba Adiconar todos nos acogíamos a él".

¹³ El doctor Pablo Cuellar Benavides sostuvo en su escrito: *"...la coincidencia en los precios de la gasolina y el ACPM en los establecimientos de comercio de propiedad de mis poderdantes, tienen además de la anterior, la siguiente explicación, puesto que existen varios factores que son constantes en todos los establecimientos de comercio dedicados a la venta de combustibles derivados del petróleo, ubicados en la ciudad de Pasto:...*

f) La existencia de una práctica reiterada mediante la cual todos los distribuidores minoristas del Departamento de Nariño tenían como precio de referencia del mercado el indicado por la Asociación de distribuidores minoristas en el Departamento de Nariño (ADICONAR). Por ello, el precio de todas las estaciones de servicio en esta ciudad, para la gasolina corriente y ACPM era el mismo, y sin que los representantes legales de las sociedades propietarias o administradores de las estaciones de servicio, se hayan puesto de acuerdo. Si se investigaba al resto de estaciones de servicio en esta ciudad, se iba a encontrar a todas con los mismos precios de la gasolina y del ACPM. De allí que, la conducta de estas personas, siempre fue y es de plena buena fe, y con el convencimiento de estar actuando dentro de la legalidad". (subrayado nuestro)

En el mismo sentido afirma en su recurso el doctor Victor Hugo Hernández *"Al respecto es preciso y necesario manifestar que nunca pudo existir acuerdo por las razones ampliamente debatidas, lo que efectivamente sucedió y que se omitió fue que ADICONAR en aquella época presentaba la estructura de precios emitida por el ministerio de minas y energía, a todos sus afiliados para que si lo consideraban pertinente la acogieran o no."* (subrayado nuestro)

¹⁴ Ver documentos obrantes a folios 47 a 147 del expediente radicado bajo el No 99051375. Cuaderno No 1

Por la cual se resuelve unos recursos

productoras de un mismo bien o prestadoras de un mismo servicio sea idéntica, dadas las condiciones particulares de cada una.

La misma reflexión resulta aplicable frente al costo que supone la mano de obra, pues aunque el valor del salario mínimo lo fija el Gobierno, no puede desconocerse, de una parte, que éste no impide a las empresas para que paguen salarios superiores pues se trata justamente un mínimo, y de otra, que no todas las empresas cuentan con el mismo número de empleados por lo que el valor de la nómina no necesariamente tiene que coincidir, como pareciera darlo a entender el recurrente.¹⁵

Las circunstancias a que se ha venido haciendo alusión, aunadas al hecho que los precios de venta al público fueron iguales 60 veces en el periodo estudiado, infiere la presencia de la conciencia en el actuar de quienes participaron en la fijación de precios de las diferentes estaciones, ya que ninguna otra razón explicaría el por qué se establecieron los mismos en igual forma. La simple racionalidad económica lleva a concluir que no es posible que 4 competidores distintos coincidan en forma tan reiterada como sucedió en el presente caso. En este medida, se desvirtuó mediante el acervo probatorio recolectado el argumento de la simple coincidencia.

Finalmente, es importante dejar claro que, no se está cuestionando el interés que tiene un agente económico por conocer el entorno que le rodea a efectos de no autoexcluirse del mercado. Lo que se reprocha y sanciona es cuando ese comportamiento sirve de preámbulo a un acto de imitación, que deviene en identidad de precios. Por ello, cuando se pasa de un simple conocimiento del entorno para producir una simetría de precios que evada toda contienda por el favorecimiento de la clientela, tal conducta dejará de ser una estrategia simple de mercado para adentrarse en el terreno de las restricciones indebidas de la competencia.

1.1.2 Finalidad de la conducta

La conciencia en el obrar que debe acreditarse en esta modalidad de acuerdo, resulta en todo caso distinta del móvil o fin ulterior que precede el comportamiento, el cual corresponde a un elemento subjetivo, extraño a la redacción de la norma. Por lo cual resulta indiferente si al momento de alinear el comportamiento al de otros competidores, el agente tuvo en mente restringir la competencia, o si lo que se pretendía era aumentar sus ventas o disminuir sus pérdidas, pues cualquiera que sea la motivación, en tanto se registre el resultado, se estará restringiendo el mercado.

Se trata entonces de dos aspectos distintos. Una es la conciencia, circunscrita en el conocimiento que se tiene de la forma en que otros actúan en el mercado y en el ánimo de imitar esa manera de obrar o en el deseo de que se sigan las propias pautas, y otro, es el fin ulterior que precedió al acto, el cual está compuesto por las motivaciones que tuvo en mente el agente para comportarse de esa manera, es decir, la representación de objetivos y propósitos concretos tenidos en cuenta y que precedieron al comportamiento.

La anterior diferenciación resulta de vital importancia en la composición de la norma analizada, en cuanto que el elemento "conciencia" es indispensable para su configuración, al paso que la motivación o representación del agente resulta irrelevante para el mismo propósito. Así, mientras

¹⁵ Sobre este punto, es importante traer a colación lo manifestado por el ingeniero Caolos Mauricio Ceron en su declaración de 12 de julio de 2001

"PREGUNTA 15: De acuerdo con su conocimiento del sector sabe usted cuáles son los costos normales que tiene un distribuidor minorista para la venta de combustibles.

RESPUESTA: Conforme a lo que conozco, los costos de una estación de servicio están representados en cargos de administración, operación, y reposición o remuneración de capital. En este momento no tengo clara la distribución actual de cada uno de estos cargos sobre los costos totales, pero es común observar que una buena parte de los costos son representados en la mano de obra".

Por la cual se resuelve unos recursos

conocer la manera en que otros se comportan en el mercado y alinearse en el mismo sentido constituye la conciencia como requisito *sine-quantum*, el por qué y para qué se decidió comportarse de esa forma es ajeno a la descripción del tipo normativo violado.

2 Efecto de la norma

Como se mencionara en el acto impugnado, la configuración de la norma atinente al acuerdo de precios, puede estructurarse tanto por el objeto como por el efecto, por lo que aun faltando el objeto si se verifica el efecto del comportamiento, tiene lugar la infracción.

Se trata entonces de una misma preposición jurídica pero que contiene dos supuestos fácticos distintos e independientes, "...*que tengan por objeto o tengan como efecto...*", donde cada uno tiene vida y efectos propios, siendo disyuntiva la "o" que los separa. De suerte que la prohibición podrá estructurarse bien sea a partir de su objeto, ya por virtud de su efecto, como sucedió en el presente caso.

En este orden tenemos que, el efecto se traduce en el resultado que tenga la actividad desplegada dentro de un mercado, produciendo así una modificación o alteración en el mundo exterior, que habrá de presentarse en el caso *sub-examine*, cuando quiera que se adopte un precio único de venta para los combustibles referidos, como resultado de un paralelismo conciente; pues de no mediar dicha práctica, cada minorista operaría en condiciones de mercado, determinando su propio precio, circunstancia que propicia una contienda sana por el favorecimiento de la clientela, y consecuentemente, la posibilidad para el consumidor de elegir aquél precio que más le favorezca o se ajuste a sus intereses.

El decreto 2153 de 1992 en su artículo 2º dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: "1. *Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios*". (Subrayado nuestro)

Lo señalado guarda directa relación con lo expresado por la Corte Constitucional,¹⁶ en el sentido que "La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundan en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. (...). La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores". (subrayado nuestro)

Por tanto y volviendo al punto que nos ocupa, debemos señalar que el efecto del acuerdo de precios se registra desde el momento mismo en que los agentes que lo integran alinean su comportamiento cobrando el mismo precio. Es en ese preciso momento cuando se exterioriza su acto dispositivo de voluntad y se produce una afectación en el mundo exterior, ya que a partir de ese instante a el

¹⁶ Corte Constitucional; Sentencia C- 537/97, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por la cual se resuelve unos recursos

mercado en general y a cada consumidor en particular, se le cercena la posibilidad de tener en cuenta el precio como criterio de selección.

Cuando el efecto del acuerdo consiste en anular el precio como elemento o factor de competencia ya se le está causando un detrimento al mercado, representado en cada uno de los consumidores actuales y potenciales de ese bien o servicio, quienes ante la ausencia de alternativas deberán acogerse al precio resultante de la cartelización o simplemente variar sus políticas de consumo, ya sea eliminando la adquisición de ese producto, total o parcialmente, o inclinándose hacia otros productos sustitutos, y todo ésto como resultado de una alteración artificial en que las fuerzas agonales del mercado, oferta-demanda, dejan de determinar sus condiciones como es lo deseado, para dar paso a un verdadero acuerdo restrictivo.

Siendo así, no cabe duda de que el supuesto normativo a que nos venimos refiriendo no exige ni tampoco presupone elementos adicionales a la existencia del acuerdo, y el objeto o el efecto de la conducta, con la advertencia ya realizada. Cualquier otro aspecto distinto a los ya mencionados resulta ajeno e irrelevante para la composición del precepto, de manera que los beneficios económicos que hayan percibido los acordantes, el daño irrogado al mercado, la prolongación de la conducta en el tiempo, el tipo de producto sobre el que pudo recaer el acuerdo, etc., son todos aspectos que aunque podrían tenerse en un momento dado como agravantes, no son esenciales para la tipificación de la conducta.

En línea directa con lo anterior, debemos añadir que el objeto de la investigación estuvo enmarcado por la realización de un acuerdo restrictivo de la competencia, y no por un acto abusivo de abuso de la posición de dominio, siendo así, la mayor o menor participación de las estaciones investigadas en el mercado de distribución minorista de combustibles de Pasto, así como la posibilidad real y efectiva de los agentes económicos de determinar precios predatorios, son aspectos que no guardan relación con lo que se investiga y por lo mismo resultan irrelevantes para la configuración del precepto que se analiza.

Se reitera a los recurrentes que la infracción que generó su responsabilidad, tendrá lugar en la medida en que concurran los elementos integrantes de la respectiva norma. La simple presencia de tales elementos conduce invariablemente a la tipificación del precepto, que solo admite como excepciones las contempladas taxativamente en el artículo 49 del decreto 2153 de 1992,¹⁷ a las cuales, dicho sea de paso, no se adecua el comportamiento analizado por esta Entidad.

Por ello y teniendo en cuenta que los elementos indispensables para la configuración de la norma se estructuran, y que el comportamiento desplegado por las sancionados no se subsume en ninguna de las excepciones que ha previsto el Ordenamiento, el efecto proscrito por la norma se mantiene.

3 Legalidad de actuación adelantada

La investigación se produjo, en un inicio, como consecuencia de la resolución de apertura 16057 de 1999, basada en el trámite previsto en el decreto 1122 de 1999, que a su vez derogó al artículo 52 del decreto 2153, contentivo del procedimiento a seguir en las investigaciones por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

¹⁷ De acuerdo con el artículo 49 del decreto 2153 de 1992, "para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

"Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología

" Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.

"Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes".

Por la cual se resuelve unos recursos

En curso la investigación, la Corte Constitucional mediante sentencia C-923 de 1999 declaró la inexecutable del citado decreto 1122, desde el mismo momento de su promulgación, ante lo cual la Superintendencia se vio imposibilitada de continuar la investigación, pues se trataba de un trámite fundado en un procedimiento que nunca existió, si se entiende que por el hecho de esta declaratoria las normas nunca produjeron efectos jurídicos.¹⁸

Así las cosas, la primera medida que tomó la Superintendencia fue la expedición de la resolución 12 de 2000 en la que procedió a revocar, entre otras, la aludida resolución 16057, y ordenar la continuación de la investigación desde la etapa procesal correspondiente, lo que a la postre confluó con la expedición de la resolución 2243 de 2000, mediante la cual vuelve a abrirse la presente investigación, pero esta vez bajo los parámetros del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, el cual se entiende que nunca perdió su vigencia, dado que el decreto 1122 que lo derogaba fue declarado inexecutable desde su promulgación.

Es importante agregar que la actuación adelantada y que culminara con la resolución 07951 de 2002, se erigió siempre en el procedimiento contenido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, observando así las formas propias consagradas y vigentes al momento en que se adelantó la investigación.

Por lo tanto se concluye que la investigación adelantada por prácticas comerciales restrictivas se llevó a cabo con todo el soporte legislativo que describiera el procedimiento aplicable, sin que ello diera pie a la conformación de alguna violación del derecho de defensa ni del derecho al debido proceso.

De acuerdo a lo expuesto, el cargo formulado por el doctor Cuellar, en el sentido de haber llevado a cabo una investigación con un procedimiento inexistente, resulta apartado de la realidad.

¹⁸ Respecto a los efectos de la declaratoria de inexecutable se ha pronunciado la Corte Constitucional, en el siguiente sentido: "Es entonces la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional la continuación de una doctrina nacional, elaborada desde 1858 por el Consejo de Estado, reiterada en 1961. Esta tradición fue recogida en normas legales (D.L. 1675/64, art. 123; D. 294/73, art. 155 y L. 38/89, art. 83) y adoptada en 1982 por la Corte Suprema de Justicia. Es pues un pensamiento jurídico coherente con la teoría constitucional colombiana (ver: Fernando Garavito, *Inexecutable de la ley*, publicación de noviembre de 1921, T. II, Jurisprudencia de la Corte, pág. 53-9. Hugo Palacios Mejía afirma que la inexecutable no ocasiona "vacío jurídico", pág. 131 de su obra: *La economía en el Derecho Constitucional Colombiano*. Emilio Robledo Uribe, quien sostuvo que la inexecutable del decreto de quiebras hizo revivir el título V del libro 1 del Código de Comercio, *Derecho Colombiano*, T XX, págs. 110 y ss. Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, sostuvo dicha sala que el artículo 14 de la ley 153 de 1887 no es de aplicación en los casos de inexecutable. Fue una posición jurídica adoptada en la providencia de 22 de octubre de 1969 por el ponente: Luis Fernando Gómez Duque, quien hizo sala con Humberto Murcia Ballén y Necty Gutiérrez de Rodríguez. Ver *Foro Colombiano*, T. IV, págs 345 y ss.)."

"(...).
"Si la inexecutable de la ley no restaura ipso iure la vigencia de las normas que la ley inconstitucional considera como derogadas, habría que concluir que el mecanismo de control se tomaría ineficaz y esta equivocada conclusión vulneraría la supremacía de la Constitución y la guarda de la misma. Por consiguiente cualquier tesis que atente contra los efectos naturales del control constitucional debe ser rechazada". Corte Constitucional. Sentencia C-145 de marzo 23 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Tesis que se reafirma cuando la misma Corporación señala: "En cambio la inexecutable surge de un conflicto normativo entre la constitución y la ley, que es resuelto jurídicamente por el órgano a quien compete preservar la supremacía de la Carta. El juez constitucional no decide entonces conforme a su voluntad política sino que se limita a constatar esa incompatibilidad, y a expulsar del ordenamiento la disposición legal, por ser ésta de menor jerarquía. Por ello la declaración de inexecutable no es sólo hacia el futuro sino que puede tener ciertos efectos hacia el pasado, ya que la validez de la norma estaba en entredicho por su oposición a la Constitución. Los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución —que aconseja atribuir a la decisión efectos ex nunc, esto es retroactivos— y el respeto a la seguridad jurídica —que, por el contrario, confiere conferirle efectos ex nunc (sic), esto es únicamente hacia el futuro—. Y, de otro lado, como la norma derogatoria no era válida, por estar en contradicción con la Carta, entonces es perfectamente lógico expulsarla del ordenamiento, por ministerio de la inexecutable, de forma tal que puedan revivir las disposiciones derogadas". Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-055 de febrero 15 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. (subrayado nuestro)

Por la cual se resuelve unos recursos

4 Garantías

El decreto 2153 de 1992 establece que el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de una investigación, cuando a su juicio, las garantías formuladas por los investigados resulten suficientes de que suspenderán o modificarán las conductas por las cuales se les investiga.¹⁹

La potestad aludida es de carácter discrecional y se encuentra supeditada al juicio que realice el Superintendente respecto de la suficiencia de lo ofrecido, lo que equivale a decir, que no todo ofrecimiento culmina con la clausura de la investigación, pues para que ésto sea así, es menester que los compromisos presentados sean suficientes a criterio del Superintendente.²⁰

No cabe duda de que la facultad a que hemos venido haciendo referencia solamente podrá operar en la medida en que exista un ofrecimiento real y concreto, de parte de quien tiene interés porque cese la investigación que se está adelantando en su contra, en el entendido que el término "ofrecimiento" parte del verbo "ofrecer",²¹ que a su vez se define como la acción de "presentar y dar voluntariamente una cosa.(...). Manifestar y poner patente una cosa para que todos la vean".²²

De manera que, en la presentación de garantías deben confluir una serie de aspectos que le permitan a esta Superintendencia entrar a valorar, si lo propuesto suministra elementos de seguridad suficientes, pudiendo colegir de ello, que el efecto anticompetitivo ocasionado desaparecerá del mercado.

En esta perspectiva, es preciso recordar que la solicitud presentada por el representante de la Estación del Puente,²³ se limitó a pedir la suspensión de la actuación en el entendido que posteriormente formularía un ofrecimiento de garantías. Se trataba entonces de una manifestación referente a un compromiso ulterior, que por cierto incumplió pues no presentó el ofrecimiento de garantías de que daba cuenta.

Por tanto, disiente este Despacho de lo expresado por el recurrente en cuanto a que no se tuvo en cuenta su manifestación de intención y compromiso, pues de una parte, no estaba la Entidad obligada a suspender la actuación y mucho menos a clausurarla, y de otra, nunca se formuló de parte suya un ofrecimiento formal de garantías en los términos ya indicados.

¹⁹ Decreto 2153 de 1992; artículo 52, inciso 4°.

²⁰ De conformidad con el numeral 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio "decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones a que refiere el numeral 10 del presente artículo, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga". (subrayada nuestro)

²¹ Artículo 28 del Código Civil prescribe: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las hay definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal".

²² Diccionario de la Lengua Española décima octava edición, pagina 938.

²³ Ver oficio radicado bajo número 99051375 de fecha noviembre 8 de 2001, folio 33 cuaderno No. 1.

Por la cual se resuelve unos recursos

5 Derecho de defensa

5.1 Rechazo de pruebas

De acuerdo con el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, el investigado después de la notificación de la resolución por la cual se abre investigación, puede solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer.

Bajo este esquema, mediante acto de pruebas radicado bajo el número 99051375-10000-10001-10002 de 14 de mayo de 2001, esta Superintendencia abrió a pruebas la presente actuación administrativa, decretando aquellas aportadas y solicitadas por las estaciones investigadas que fueron consideradas como conducentes y pertinentes para el tema a probar, así como las de oficio que se consideraron necesarias.

Ahora bien, los testimonios solicitados como prueba por el señor José Vicente Enriquez Erazo, fueron rechazados, pues como se expresará en el referido acto, *"en aplicación de lo dispuesto en los artículos 219 y 220 del código de procedimiento civil, el Despacho se abstiene de decretar la práctica de los testimonios de Gustavo Ordóñez Ricaurte, Silvio Zambrano R., Henry Cuatumal y Fabio Hidalgo Bonilla, toda vez que el solicitante no ha aportado las direcciones de sus residencias"*. (Subrayado nuestro)

A este respecto, es importante aclarar que en el escrito de solicitud de pruebas, el apoderado del señor Enriquez, solicitó la recepción de los mencionados testigos, agregando *"...y cuyas direcciones suministrarle oportunamente"*, lo cual no hizo, pues para la fecha en que se expidió el correspondiente acto de pruebas no se había suministrado a esta Entidad las direcciones pertinentes que permitieran la citación de los testigos, razón por la cual se procedió en el sentido indicado en el párrafo anterior.

En todo caso, debe recordarse al recurrente que por tratarse del rechazo de una prueba, hubiera podido en su momento interponer un recurso contra de la decisión adoptada, lo cual tampoco hizo, permitiendo que el referido acto cobrara firmeza, precluyendo así la oportunidad procesal para cuestionar la legalidad de la decisión mencionada.

Por tanto, mal puede el investigado esgrimir este argumento como una violación al derecho de defensa, pues es principio de derecho que nadie puede alegar su propia culpa como eximente de responsabilidad.

5.2. Carga de la Prueba

De conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, bajo esta noción procesal se ampara la responsabilidad que tienen las partes para que los hechos que sirven de sustento a las normas cuya vulneración se investiga aparezcan probados.²⁴

En la actuación adelantada el hecho a probar estuvo enmarcado por la existencia o no de una práctica conscientemente paralela entre las estaciones investigadas, que hubiera conducido a una paridad en el precio de venta de la gasolina corriente, extra y ACPM.

En tal sentido, se estableció la responsabilidad de los sancionados a partir de distintos documentos obrantes en el expediente, así como por la información allegada por ellos mismos en respuesta a los

²⁴PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Pagina 194

Por la cual se resuelve unos recursos

requerimientos formulados por esta Entidad, y que a la postre permitieron edificar una pluralidad indiciaria.

Se trató entonces de una verdadera comunidad probatoria que analizada en su conjunto y de acuerdo a las reglas de la sana crítica permitió a este Despacho formarse un convencimiento de lo ocurrido.

De manera pues, que se procedió conforme a derecho, al haber establecido y probado los distintos hechos indicadores que le permitieron hacer las inferencias referidas,²⁵ y al haber valorado en su conjunto los indicios establecidos, teniendo en cuenta su gravedad, su concordancia y su convergencia,²⁶ para finalmente crear en el juicio de la Entidad la real convicción de la existencia del mencionado acuerdo.

Lo anterior se ajusta a los lineamientos definidos por la Corte Suprema de Justicia quien ha expresado que, el derecho positivo deja a la conciencia del juez *"...la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de probanzas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. Ya lo dijo la Corte en ocasión anterior, 'que la apreciación de los indicios, de su mayor o menor gravedad y de sus relaciones entre sí, es una operación de la inteligencia y de la conciencia del juez, que no está ni puede estar sujetas a reglas determinadas; y un error de apreciación no puede elevarse a la categoría de voluntaria y maliciosa violación de las leyes sobre pruebas'"*.²⁷

No existe tarifa legal, ni prueba específica para la demostración de una práctica conscientemente paralela. El convencimiento en este aspecto se lo forja el fallador en su apreciación libre de las pruebas, estableciendo plenamente todos y cada uno de los elementos en que fundó su decisión, como en efecto hiciera esta Entidad en la resolución impugnada.

Se reitera entonces que no fueron tales o cuales pruebas aisladamente las que llevaron a este Despacho a forjarse una convicción de lo acaecido, sino la concatenación y congruencia de todas ellas, que pusieron en evidencia la realización de un acuerdo en la modalidad descrita. En todo caso, no puede perderse de vista que las conclusiones a que se arribó como resultado de la valoración del acervo recaudado, no fueron desvirtuadas por otros factores probatorios.

Es por ello que resulta apartada a la realidad la afirmación del doctor Cuellar en el sentido que, *"la SUPERINTEDECENCIA se basa para imponer sanción, en simples indicios que no llegan a constituir un indicio necesario"*, cuando concurrieron otros medios probatorios distintos al indiciario en la determinación de la responsabilidad. Bastaría una simple revisión al acto de pruebas de la correspondiente actuación para darse cuenta de la variedad y heterocomposición de medios probatorios que fueron tenidos en cuenta por esta Entidad, y cuya valoración se produjo en sujeción a los lineamientos consignados en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el cual prevé que: *"las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica,..."*.

²⁵ Así como lo manifiesta la doctrina, *"en el indicio, la fuente de prueba se identifica con el medio probatorio, debido a que aquella se manifiesta por sí misma (el hecho indicador es su propio medio de expresión, aunque debe ser probado por otro medio, como inspección o testimonios, sin que esto excluya su propia individualidad, pues lo mismo ocurre con la confesión extrajudicial y sin embargo es un medio distinto del documento o los testimonios que la acreditan),..."*. Hernando Devis Hechandia. Teoría General de la Prueba Judicial Tomo II. 5ª Edición. 1995. Página 602.

²⁶ Dispone el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil que, *"el juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que se obren en el proceso"*

²⁷ Corte Suprema de Justicia; sentencia del 26 de octubre de 1939.

Por la cual se resuelve unos recursos

6 Ámbito de la actuación

Al abrirse la investigación se delimitarán los aspectos normativos y fácticos que serán objeto de instrucción,²⁸ señalándose tanto las normas que podrían haberse contravenido como las conductas particulares que se estima violarían la ley, al igual que los presuntos responsables. De tal forma que, la resolución de apertura de investigación delimita el cuadro en que ha desarrollarse la correspondiente instrucción, constituyéndose en una garantía de defensa para los investigados y de transparencia para el proceso.

6.1 Investigados

No debe olvidarse que el procedimiento contenido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, es de naturaleza administrativa y, en ese sentido se encuentra gobernado por los principios connaturales e inherentes a esta clase de trámites; correspondiendo por tanto a la Entidad el impulso oficioso de la actuación.²⁹

Como ya se indicó, es la Superintendencia quien debe determinar, una vez concluida la correspondiente averiguación preliminar, cuáles son los hechos que ameritan ser investigados y frente a que normas, así como las personas a quienes debe vincularse formalmente en condición de investigados.

Fue así como en el presente caso y luego de haber adelantado la correspondiente averiguación preliminar, se procedió a abrir investigación en contra de la sociedad Mera Hermanos Ltda., Servisur Ltda., Jesús Eudoro Troya en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicio Andina y José Vicente Enríquez Erazo, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación del Puente, las cuales se encontraban relacionadas en el estudio que la UPME hizo llegar a éste Despacho. Sin embargo, nada impide que esta Superintendencia decida posteriormente abrir investigación por los mismos hechos a otras estaciones de servicio de la ciudad de Pasto, si considera que existe mérito para ello.

Lo que no puede desconocerse es que quienes fueron hallados responsables en la resolución 07951 de 2002, tuvieron la plenitud de garantías que integran el debido proceso, y su participación en tales hechos se soportó en las distintas pruebas que hemos mencionado a lo largo del presente escrito.

6.2 Periodo analizado

El numeral 1 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992, al definir el acuerdo en la modalidad de práctica concertada o concientemente paralela, no determina de manera alguna o limita el tiempo mínimo que la Entidad instructora debe tener en cuenta para adelantar su análisis.

Por lo tanto y teniendo en cuenta la definición de práctica, la cual supone una sucesión de actos en un mismo sentido, se advierte que el periodo tomado para el análisis de la conducta resulta suficiente, en la medida en que se pudo constatar que en las estaciones investigadas coincidieron en

²⁸ Funciones especiales del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia:

"(...).

"3. Tramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere éste decreto." Artículo 11 del decreto 2153 de 1992.

²⁹ De acuerdo con el principio de celeridad, contenido en el artículo 3 del código contencioso administrativo, "...las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos...".

Por la cual se resuelve unos recursos

sus precios de venta al público de la gasolina corriente, extra y el ACPM., tal y como se explicó en el punto 1.1.1 de la presente resolución. De esta manera, el periodo investigado fue suficiente para denotar la existencia de la práctica y por ende del efecto de la conducta investigada.

Sin embargo y para tranquilidad del impugnante, debemos puntualizar que también se analizaron los meses de marzo y junio del mismo año, con el fin de establecer una fracción de tiempo mayor que permitiera vislumbrar si la coincidencia de precios constituía un comportamiento habitual o si por el contrario se presentó de manera aislada durante el periodo investigado; pudiendo concluir que en todos los meses se evidenció el comportamiento reprimido. No obstante y en sujeción plena al principio de legalidad, únicamente se tuvo en cuenta el acuerdo durante los meses de abril y mayo de 1999 para la imposición de la sanción, toda vez que fue éste el periodo que se ordenó investigar en la correspondiente resolución de apertura.

6.3 Producto del acuerdo

A través de la resolución de apertura 2243 de 2000, se circunscribió la presente actuación administrativa al análisis del mercado de distribución minorista de combustibles, en la ciudad de Pasto, en lo relacionado a la gasolina corriente, extra y ACPM.

Como resultado del análisis del acervo probatorio recaudado en el curso de la investigación, la Superintendencia en la resolución 07951 de 2002, sancionó la práctica conscientemente paralela de fijación de precios en la gasolina extra, corriente y el ACPM, ésto puede corroborarse a lo largo y ancho del punto "2.2 Gasolina extra" de la resolución citada, al igual que en el punto "5 Monto sanción", en el cual claramente se dice "...para el caso concreto es preciso tener en cuenta que la conducta que ahora se sanciona tuvo efectos reales sobre el mercado, toda vez que los precios de los combustibles corriente, ACPM y extra fueron idénticos entre las estaciones investigadas, en la forma en que se ha descrito a lo largo de la presente resolución".

Es por ello que, no deja de sorprender a este Despacho la afirmación realizada por el recurrente, cuando dice que "para la superintendencia está demostrado que no existió acuerdo de precios de la gasolina extra...", pues contrario a ello, también se advirtió la realización de un acuerdo sobre el precio de este producto.

7 Régimen sancionatorio

7.1 Non bis in idem

De acuerdo con el artículo 98 del código de comercio "*la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*", por ello, en el instante mismo en que ésta nace adquiere capacidad jurídica, la cual como es sabido comprende dos dimensiones, la de goce, en cuya virtud puede ser titular de derechos y obligaciones, y la de ejercicio que es la aptitud de la persona para ejercer sus derechos por sí misma, ésta última en las persona jurídicas, a diferencia de las personas naturales, se ve restringida, porque solo puede obrar por medio de su respectivo representante legal.

En este sentido, ha expresado la doctrina³⁰ que, "*conforme a un principio universal, inherente a la concepción de la persona jurídica, esta requiere siempre en sus relaciones externas de alguien que la haga presente para manifestar su voluntad. Se alude al representante legal, que es el órgano de relación con aptitud para actuar a su nombre frente a terceros*".

³⁰ NARVÁEZ GARCIA, José Ignacio. "Teoría General de las Sociedades", Ediciones Doctrina y Ley, 2000, página 21.

Por la cual se resuelve unos recursos

Hecha la anterior salvedad, debemos señalar que, las sanciones impuestas a los investigados en procesos por prácticas comerciales restrictivas, obedecen a dos supuestos diferentes, una va dirigida a reprimir el hecho de la infracción a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y se impone en el caso de las sociedades a la persona jurídica y en los establecimientos de comercio a su propietario,³¹ cuando este desarrolla actos de empresa, y la otra va dirigida a las personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas,³² tales como administradores, directores, representantes legales y revisores fiscales.

En relación a las consideraciones anteriores, es claro que la Superintendencia no ha juzgado a ninguno de los investigados dos veces por el mismo hecho, por cuanto las sanciones tuvieron como receptores dos sujetos distintos, la persona jurídica y el representante legal, y obedecieron a dos supuestos fácticos y normativos diferentes, los consagrados en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

De otra parte, en los casos de la Estación de Servicio Andina, de propiedad del señor Jesús Eudoro Troya, y de la Estación de Servicio El Puente, propiedad de José Vicente Enríquez Erazo, aun cuando no estaban organizados bajo una forma societaria, sí son considerados como empresas en la medida en que desarrollan una actividad económica organizada para la prestación de servicio.³³ Por tanto, la sanción en cuanto a ellos corresponde únicamente a lo establecido por el numeral 15 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

En virtud de lo anterior, el argumento del señor Erazo, en el sentido que no pudo haber incurrido en acuerdo de fijación de precios por cuanto para la época de los hechos residía fuera de la ciudad Pasto, no lo exonera de responsabilidad, pues lo que se sancionó fue a él en su carácter de empresa y no como persona natural.

Situación diferente a la predicada de las sociedades Servisur Ltda. y Mera Hermanos Ltda, en las cuales se diferencia la personalidad de quienes eran sus representantes legales, de las sociedades mismas. Por lo anterior una es la responsabilidad de Mera Hermanos como propietaria de la Estación de Servicio Servicentro Super, y otra la responsabilidad de Higinio Alberto Mera Bastidas como representante legal. Igual situación se predica de Servisur Ltda. y su representante legal Alonso Sigifredo Villacis.

7.2 Tolerancia

Como se expuso, la Superintendencia puede sancionar a los representantes legales de sociedades que autoricen, ejecuten o toleren prácticas comerciales restrictivas.

Valga recordar que, el representante legal es administrador,³⁴ y como tal le son aplicables los deberes consagrados en el artículo 23 de la ley 222 de 1995, teniendo la obligación de actuar de buena fe, con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios.

³¹ Decreto 2153 de 1992; artículo 4, numeral 15.

³² Decreto 2153 de 1992; artículo 4, numeral 16.

³³ Al tenor del artículo 25 del Código de Comercio, "se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio"

³⁴ Ley 222 de 1995; artículo 22.

Por la cual se resuelve unos recursos

Sobre el punto, encontramos que la Superintendencia de Sociedades ha expresado que "el cumplimiento u observancia de las pautas que enuncia la ley 222 para delinear el comportamiento ideal de los administradores no significa el agotamiento de sus deberes. Éstos solamente están limitados por la buena fe, la lealtad, la diligencia del buen hombre de negocios y los intereses de la sociedad y los asociados. De suerte que la frontera de sus deberes tiene que buscarse en los principios enunciados y no en la relación simplemente ilustrativa que trae el artículo 23 de la ley 222 de 1995".³⁵

De modo que las exigencias de la ley 222 de 1995 generan, en los representantes legales obligaciones adicionales, y entre ellas debe estar la del control de las actuaciones de sus empleados, con el fin de tener claridad y conocimiento de las actividades que comprometen a la empresa, más en una actividad comercial, donde por la naturaleza de la misma, se otorga gran autonomía a los empleados. Es deber entonces de los representantes legales velar por el cumplimiento de las normas vigentes y para tal efecto desarrollar los sistemas de control, que permitan detectar las actividades de sus empleados y subalternos que puedan dar lugar a actividades violatorias de las normas vigentes.

Por consiguiente, la excusa aducida por el señor Alonso Sigifredo Villacís en el sentido que se encontraba fuera del país y que por tal motivo no pudo celebrar acuerdos con nadie, no lo excluye de responsabilidad, y el hecho de alegar la ignorancia de los hechos, lo único que hace es exaltar aún más la falta de diligencia y prudencia con que se deben adelantar las actividades comerciales. De igual manera, la simple confianza en el administrador no es suficiente, si no se ejerce un control adecuado en el desarrollo de las actividades, que comprometen a la empresa y generan responsabilidad en sus representantes.

En este orden de ideas, demostrada la responsabilidad de la sociedad en la ejecución de la práctica comercial restrictiva, procede la configuración de la responsabilidad del representante legal, según lo manifestado, al haber tolerado³⁶ la conducta sancionada.

7.3. Dosimetría Sancionatoria

En relación con la solicitud formulada por el doctor Víctor Hugo Hernández Patiño, en el sentido de que se reconsidere el monto de la sanción impuesta a Servisur Ltda. y a su representante Alonso Sigifredo Villacís, este Despacho decide reiterar lo expresado en el punto 5 del acto impugnado, en cuanto que la conducta reprimida recayó sobre tres tipos diferentes de combustibles, que dada su naturaleza y destinación se consideran como bienes de consumo normal de la población y del aparato productivo, por lo que un acuerdo sobre su precio supone amplias repercusiones socio-económicas.

Es por ello que una multa de \$22.200.000 para Servisur y de \$4.400.000 para su representante, resultan acordes con el comportamiento realizado y sus efectos sobre el mercado de distribución minorista de combustibles.

Se recuerda en todo caso que, esta Entidad se encuentra autorizada para imponer sanciones pecuniarias hasta por \$618 millones a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, y hasta por \$92 millones a los representantes legales que autoricen, ejecuten o toleren tales actos.³⁷ En este sentido, el monto de las sanciones

³⁵ Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 09 de julio 18 de 1997.

³⁶ Tolerar: "disimular algunas cosas que no son lícitas, sin consentirlas expresamente". Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

³⁷ Ver numerales 15 y 16 del artículo 4° del decreto 2153 de 1992.

Por la cual se resuelve unos recursos

impuestas a los representados del doctor Hernández Patiño en ninguno de los casos supera del 5% de la máxima sanción que por autorización legal puede imponer esta Entidad, lo que permite concluir que los valores fijados resultan proporcionales a la infracción cometida, y ajustados a los fines que se pretenden proteger con las normas sobre libre competencia.

En virtud de lo expuesto, esta Entidad decide mantener el valor de las multas establecido en la resolución 07951 de 2002, para lo cual deberá procederse a su cancelación en la forma prevista en la parte resolutive del mismo acto, ya que no hay norma legal que faculte a esta Entidad para fijar o conceder plazos o cuotas para el pago de multas a favor del Tesoro Nacional.

En mérito de lo anteriormente expuesto, este Despacho

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 07951 de 2002.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Victor Hugo Hernandez Patiño, apoderado de Alonso Sigifredo Villacis Patiño y Servisur Ltda.; Pablo Cuellar Benavides, apoderado de Jesús Eudoro Troya, Higinio Alberto Mera Bastidas y Mera Hermanos Ltda.; Jose Vicente Enriquez Erazo, propietario del establecimiento Estación de Servicio El Puente,, entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno y que la vía gubernativa se agotó.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los **22** MAYO 2002

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PAEZ

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL AD-HOC
CERTIFICA

Que fue remitido despacho comisorio No. 2468-2469-2467
dirigido a la alcaldia municipal de Pascho.

El dia _____

Con el fin de notificar el contenido de la presente
Resolución conforme a lo dispuesto en el código
Contencioso administrativo.

Por la cual se resuelve unos recursos

Notificaciones:

Doctor

PABLO CUELLAR BENAVIDEZ

C.C. N° 5'328.839 de Samaniego

Apoderado

JESÚS EUDORO TROYA

HIGINIO ALBERTO MERA BASTIDAS

MERA HERMANOS LIMITADA

Edificio Banco Popular Oficina 304

Pasto, Nariño

Doctor

VICTOR HUGO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

C.C. N°12.986.009 de Pasto

Apoderado

ALONSO SIGIFREDO VILLACÍS ENRIQUEZ

SERVISUR LTDA

Teléfono 7223341 - 7296602

Calle 2° No 23 A 25 Barrio Capusigra

Pasto, Nariño

Señor

JOSÉ VICENTE ENRIQUEZ ERAZO

C.C. N° 79.792.722 de Bogotá

Propietario

Estación de Servicio El Puente

Avenida Panamericana No 11-50

Pasto, Nariño