



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 17539 DE 2002  
( 04 JUN. 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, y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO.** Mediante escritos radicados bajo números 99050728-201018 del 2 de abril de 2002; 99050728-201019 del 2 de abril de 2001; 99050728-40023 del 2 de abril del 2002 y 99050728-201015 del 27 de marzo de 2002, el señor Carlos Arturo Muñoz Loaiza, propietario de la estación Central de Combustibles, obrando en su propio nombre; la señora Claudia Cristina Gómez Londoño, propietaria del establecimiento comercial Lavautos, obrando en su propio nombre; la doctora Luz Stella Becerra Herrera, apoderada de la Estación de Servicio Caldas Ltda. y del señor Christian Echeverri Gómez, así como el doctor Luis Ferney Moreno, apoderado de la señora Cecilia Mejía de Quintero, cónyuge supérstite del señor Cesar Quintero Jurado, propietario de la Estación de Servicios Manizales; interpusieron, respectivamente, recursos de reposición en contra de la resolución 07950 de 2002, por medio de la cual fueron impuestas algunas sanciones pecuniarias. El objeto de los recursos es que se revoque total o parcialmente el acto administrativo impugnado y sustentan sus peticiones así:

**1 Señora Claudia Cristina Gómez Londoño, propietaria del Establecimiento de Comercio Lavautos.**

*"Sustento el recurso, en las siguientes razones:*

*"1- Basa la Superintendencia su decisión, en lo que hace a la Estación de Servicio Lavautos, en las disposiciones legales citadas las que, a la letra, y, en lo pertinente, establecen lo siguiente:*

*"Ley 155 de 1.959. Art. 1º: 'Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.'*

*"D. 2153 de 1.992. Art. 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:*

*"1- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios'*

Por la cual se resuelven unos recursos

"Toda la cuestión se sustenta entonces en la alegada existencia de un acuerdo o convenio resultado de una conducta conscientemente paralela que, según afirma la Superintendencia, se dio entre los propietarios o entre los representantes legales (sociedades) de los establecimientos de comercio investigados.

"Se afirma, en tal orden de ideas, que el acuerdo corresponde a una conducta genérica que puede estructurarse a través de diferentes modalidades como el contrato, el convenio, la concertación, la práctica concertada o la práctica conscientemente paralela, para rematar que el paralelismo ocurrió 'en el presente caso por cuanto las estaciones investigadas fijan de manera similar, casi idéntica, los precios de la gasolina corriente y ACPM, realizando sus variaciones en forma sincronizada.

"2- En el alegato que tuve oportunidad de presentar a consideración de ese Despacho, expresé que no existe en la investigación ninguna evidencia que permita colegir que en cuanto hace a la Estación de Servicio Lavautos, existió un acuerdo o concertación, con otros distribuidores o competidores, encaminado a la fijación directa o indirecta de precios, o a limitar la competencia en el mercado de combustibles en la ciudad de Manizales, o a fijar precios inequitativos.

"Pero para su conclusión, la Superintendencia si infiere la existencia de una conducta según la cual se procedía a la vigilancia del comportamiento de los demás competidores para fijar los precios, inferencia que hace sin que exista una evidencia o una prueba que permita arribar a tal conjetura.

"En el informe de la investigación se reconoce que no pudo establecerse 'la existencia de una prueba material que contenga o permita colegir el objeto de la fijación del precio de los combustibles, ..... razón por la cual no se advierte la presencia del objeto que la norma prescribe'; y en lo que tiene que ver con el efecto, concluye que la conducta conscientemente paralela se dio como quiera que se presentó una similitud de precios en la ciudad de Manizales en los meses de abril y mayo de 1.999 por parte de las estaciones de servicio investigadas.

"Se puede afirmar entonces, para entender el alcance de la resolución sancionatoria, que la superintendencia encuentra incurso a la propietaria de la Estación de Servicio Lavautos en una conducta conscientemente paralela que tuvo como efecto la fijación directa o indirecta de precios al consumidor y ese efecto resulta de la aseveración que se hace en el informe, al afirmar que se vigilaba el comportamiento de los demás competidores para fijar un precio determinado.

"3- En el escrito que contiene el alegato de conclusión presentado y cuyas razones la Superintendencia se limita simplemente a transcribir de manera parcial, sin profundizar en el contenido de las mismas, se hizo un análisis de la situación de paralelismo y, en tal oportunidad se dijo lo que a continuación se transcribe:

" Se conocen como 'prácticas colusorias las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado....' Explica Garriguez (Curso de Derecho Mercantil. Porrúa pags. 225 y ss) que la expresión 'práctica colusoria' hace referencia a una idea que matiza esencialmente a este tipo de prácticas. En efecto, el adjetivo 'colusoria' expresa la idea de un pacto celebrado entre dos personas en perjuicio de un tercero. Alude, por tanto, al origen convencional o concertado, consensual, en definitiva, de tales prácticas.'

"Y Agrega:

" 'No hay dificultad de interpretación en cuanto al significado del término 'convenios', por cuanto equivale a la noción de contrato. Las decisiones hacen referencia a los acuerdos de los órganos

Por la cual se resuelven unos recursos

colegiados de las uniones de empresas que tengan fuerza vinculante para todos los empresarios asociados. Las 'conductas conscientemente paralelas' se refieren a los casos en que varios empresarios tienen una actuación similar o idéntica en el mercado conscientes de esa similitud de su actuación.' (Se ha subrayado)

"Anota el autor citado que el Tribunal de Defensa de la Competencia, en España, ha dicho que se advierte 'en cuanto a la locución conductas conscientemente paralelas (que ella) comporta idea de colectividad, de dos o mas personas, pues así es como se dará el paralelismo enunciado en la norma, que sin previo acuerdo siguen, a sabiendas de que así es, unas mismas actuaciones en el campo comercial.'

"Y se afirmó que la conducta de la propietaria de la Estación de Servicios Lavautos no encaja dentro de una conducta conscientemente paralela que tenga por efecto la fijación directa o indirecta de precios al consumidor.

"Para sustentar la anterior afirmación se transcribió lo que sobre el particular enseña Garriguez: 'El supuesto de las 'conductas conscientemente paralelas' podría dar lugar, literalmente interpretado, a una aplicación inadecuada de la ley. En efecto, el simple hecho del paralelismo consciente entre dos conductas no significa más que una actuación similar, PERO NO SUPONE NECESARIAMENTE LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO ENTRE LAS EMPRESAS RESPECTIVAS. La expresión legal puede resultar, por ésta razón, excesiva, porque permitiría CONDENAR CONDUCTAS QUE NO SE PROPONGAN ATENTAR A LA LIBRE COMPETENCIA, SINO RESOLVER SIMPLEMENTE PROBLEMAS DE LA ECONOMÍA INTERNA DE LAS EMPRESAS. Piénsese, por ejemplo, que la elevación de los costos de producción puede obligar, simultáneamente, a dos empresas, a elevar sus precios, sin que esto implique ningún acuerdo colusorio, ni, por tanto, ningún atentado a la libre competencia. Por ello el Tribunal de Defensa de la Competencia ha venido a establecer en diversas sentencias que la simple similitud de actuación de varias empresas en el mercado no supone por sí sola, la existencia de conductas conscientemente paralelas sujetas a la prohibición legal.' (Las negrillas y las mayúsculas, no son del texto.)

"Y complementa su explicación aludiendo a fallos sobre el particular:

" 'En ... sentencia de la Sección primera, ... Se dice: '... Ha de establecerse la afirmación deducida del espíritu y la letra de la ley de que unas conductas conscientemente paralelas solo pueden ser objeto de prohibición y consiguiente sanción, si así procediera cuando, como se dice en ..... la ley, tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir (que sería el caso de la fijación directa o indirecta de precios), falsear o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional; ... por lo que la mera coincidencia de unos precios y descuentos básicos en la venta de las cubiertas y cámaras de tipo corriente no es suficiente para fundamentar la conclusión de la existencia de conductas conscientemente encaminadas a lograr los fines prohibidos por la ley'. "Y a un resultado semejante se llega en la sentencia de la sección segunda ... apoyándose en la distinción legal - nada clara, desde luego - entre la práctica y las conductas paralelas de las que surge aquella. Declara la sentencia 'que la expresión conductas paralelas ha de tener un mas amplio contenido que la práctica misma.' (Garriguez. Obra citada. Lo que está entre paréntesis no es del texto. Se ha resaltado.)

"4- La investigación adelantada, el informe presentado y la resolución impugnada se ha limitado, meramente, a deducir la existencia de la conducta conscientemente paralela del solo hecho de cierta simetría en los precios que, a juicio de la superintendencia, pone en evidencia un comportamiento anticompetitivo. Pero la investigación no desvirtúa las razones explicadas para la fijación de precios ni como, en un mercado tan sensible y en donde el margen para el distribuidor minorista es bastante bajo, las diferencias en el precio por galón no son altas.

Por la cual se resuelven unos recursos

*"En el interrogatorio de parte que debí absolver y que debe ser estimado indivisiblemente, es decir, en lo que me favorece y en lo que me desfavorece, dado el carácter indivisible de la confesión, manifesté, y lo contrario no ha sido desvirtuado por el informe ni por la investigación adelantada por la Superintendencia, que la fijación de precios se basa en estudios de costos y en los márgenes de rentabilidad de la estación de servicio dentro de parámetros fijados por el gobierno, que las variaciones de precios tienen en cuenta la variación del precio del mayorista y la modificación de los costos de operación, que los precios fluctúan de acuerdo con las fluctuaciones del precio del mayorista y que la fijación de los precios para el periodo que fue objeto de investigación no tuvo nada que ver con los precios de otros minoristas sino con el estudio de los costos y los márgenes de rentabilidad del propio negocio. Y en cuanto a la simetría o coincidencia de precios, (respuesta a la pregunta # 18) manifesté que ello 'Se explica por el estrecho margen de utilidad que se tiene si se quiere ser competitivo, Manizales es una ciudad muy pequeña con muchas estaciones de servicio, los costos de las estaciones varían de acuerdo a sus gastos operaciones y su volumen de venta, creo que la coincidencia con las otras obedece a que su margen de utilidad debe ser mas alto que el mío, por la poca cantidad de combustible que venden, yo coloqué los precios basada en mis costos'.*

*"Es claro entonces que la Superintendencia concluye que existió paralelismo que tuvo por efecto fijar los precios del combustible, conclusión que toma del solo hecho de que existió una simetría, que no uniformidad, en aquellos; pero hace caso omiso de las razones aducidas y explicadas a lo largo de la investigación y, particularmente de las afirmaciones hechas en el sentido de que la fijación de precios responde, no a una conducta conscientemente paralela, sino al estudio de los costos, al análisis de los márgenes de rentabilidad y a las propias condiciones del mercado de combustibles en la ciudad de Manizales. Para nada tiene en cuenta la Superintendencia los costos de operación y los márgenes de rentabilidad, que no ha estimado, ni el hecho de que la conducta conscientemente paralela, como lo ha enseñado Garriguez 'no significa más que una actuación similar, pero no supone necesario la existencia de un acuerdo entre las empresas...'; y que tales conductas pueden tener como objetivo, 'resolver simplemente problemas de la economía interna de las empresas.' (he subrayado)*

*"Al aplicar la Superintendencia, en el caso concreto de la Estación de Servicios Lavautos, literalmente el concepto de conducta conscientemente paralela incurre, como lo dice el mismo autor, en 'una aplicación inadecuada de la ley'.*

*"Por las razones que brevemente he dejado expuestas, ruego al Señor Superintendente de Industria y Comercio, dar a éste recurso el trámite que le corresponde revocando la providencia impugnada y, en su lugar absolviéndome en relación con los cargos de la investigación".*

**2 Señor Carlos Arturo Muñoz Loaiza, propietario del establecimiento de comercio, Central de Combustibles.**

*" Sustento el recurso, en las siguientes razones:*

*"1.- En el escrito que radicara en ese Despacho con fecha 21 de septiembre de 2.001, expuse las razones que, en mi opinión, permiten afirmar que la conducta que me endilga la Superintendencia en el sentido de que existió un acuerdo entre un grupo de distribuidores de combustibles en la ciudad de Manizales, resultado de un paralelismo consciente y que tuvo por efecto la fijación de precios muy similares por parte de los distribuidores investigados, no se ha presentado, como quiera que los precios, como tuve oportunidad de explicarlo, son fijados independientemente en atención a los costos de operación y a los márgenes con los cuales puede operar cada uno de los establecimientos de distribución minorista.*

Por la cual se resuelven unos recursos

"2.- Como lo indiqué entonces, ' las diferencias no son sustanciales' lo cual es consecuencia del margen mínimo con el que se trabaja; de ahí que si se establece un precio inferior el margen se reduce considerablemente, al nivel de pérdida de operación, y la ley no puede obligar a un comerciante, y en particular a un distribuidor de combustible, a operar a pérdida.

"3.- La Superintendencia solo ha considerado la circunstancia (efecto) de la existencia de precios muy similares, o casi idénticos; pero no ha tenido en cuenta los costos de operación que particularmente afectan a cada uno de los comerciantes y, analizando las respuestas o explicaciones dadas por los comerciantes interrogados en desarrollo de la investigación, solo ha expresado que la variedad de costos implicaría, necesariamente, la variedad de precios. En nuestra opinión, los precios son distintos o variados y, simplemente, se ajustan a las condiciones del negocio y a las condiciones del mercado pues éste, en la ciudad de Manizales está determinado, básicamente, por el precio en la ciudad de Villamaría con estaciones prácticamente en el sector de influencia de la ciudad de Manizales y con precios reglados y no sometidos al sistema de libertad vigilada, como ocurre con las ciudades capitales. De hecho, ésta circunstancia debió ser apreciada pues no se trata de dos municipios separados por una distancia considerable sino con cabeceras municipales prácticamente unidas y, por lo tanto, el precio que se fija en el primero, tiene que medir, indispensablemente, el precio en el mercado inmediatamente vecino; además Terpel siendo mayorista, incursionó desde ese tiempo en el mercado minorista, con precios muy bajos que no han permitido ni permitirán que las estaciones de servicio puedan, algún día, llegar a los márgenes que arrojaron los estudios hechos por el Ministerio de Minas y Energía en la administración del Dr. Rodrigo Villamizar, márgenes que, posiblemente, admitirían la fijación de precios mas dispersos o con un diferencial mayor. En general, puede afirmarse que los precios en la ciudad de Manizales para los meses de abril y mayo de 1.999 eran diferentes, con similitudes resultado de los factores indicados y no resultado de un concierto o de una conducta conscientemente paralela orientada a la fijación de precios iguales, pues la Superintendencia no ha podido demostrar, como lo afirma en la resolución, que la fijación de precios haya sido consecuencia de una comparación de precios de los competidores sino que ésta es efecto de la propia situación del negocio, es decir, de los costos de operación y de los márgenes con los que debe trabajar. En tal sentido, no puede afirmarse que el precio similar, o casi idéntico, o muy parecido, es fruto de conductas orientadas a una competencia indebida en el mercado.

"Por las razones que dejo expuestas, ruego al Señor Superintendente de Industria y Comercio, dar a éste recurso el trámite que le corresponde revocando la providencia impugnada y, en su lugar absolviéndome en relación con los cargos de la investigación."

**3 Doctora Luz Stella Becerra Herrera, apoderada de la Estación de Servicios Caldas Ltda y del señor Christian Echeverri Gómez.**

**"SUPUESTOS DE HECHO y DE DERECHO FUNDAMENTOS DEL PRESENTE RECURSO.**

"1. Al parecer y de acuerdo con el plenario la actuación se inició por quejas formuladas por los doctores Luis Alfonso Coronado Arango y María Mercedes Prado Daza, el primero en su condición de Asesor del Viceministerio de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía y la segunda en su condición de Viceministra de Hidrocarburos, mediante oficios números 99042271- 00000000 de julio 7 de 1999 y 99042271 -00000003 del 14 de Julio de 1999.

"2. La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA y COMERCIO Mediante Resolución Nro. 2246 de 2.000 inició investigación por presuntas ' prácticas comerciales restrictivas' en contra de la Estación

Por la cual se resuelven unos recursos

de servicios Caldas Ltda.; (...); así mismo contra los señores... y Cristian Echeverry Gómez quienes ejercen o ejercieron la representación legal de los establecimientos mencionados.

"3. Por parte del funcionario instructor se consideran elementos presuntamente configurativos de la conducta <sup>1</sup>

"4. Mediante la Resolución No, 07950 del 15 de Marzo de 2002 emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio, acogiendo las conclusiones a que llegó el instructor, en la investigación que se adelantó contra la Estación de Servicios Caldas Ltda. y su representante legal señor CRISTIAN CHEVERRY GOMEZ, estos fueron sancionados.

"5. La parte resolutive del referido acto administrativo dispuso: 'ARTICULO PRIMERO. Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por la Estación de Servicios Caldas Limitada; ... es ilegal por contravenir lo previsto en el artículo 1o. de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1o. del artículo 47 del decreto 2153 de 1992..

"ARTICULO SEGUNDO: Declarar probada la responsabilidad de Cristian Echeverri (sic), según lo tipificadó en el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992..

"ARTICULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de diecinueve millones setecientos mil pesos (\$19.700.000.oo) moneda legal...

"ARTICULO CUARTO: Imponer sanción pecuniaria por la suma de tres millones novecientos mil pesos (\$3.900.000.oo) moneda legal, a Cristian Echeverri (sic), Representante Legal de la Estación de Servicios Caldas Ltda.'

"6. A la Estación de Servicios Caldas, de acuerdo con lo preceptuado por el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el Artículo 1 Decreto 3307 de 1963 y a mi Mandante CRISTIAN ECHEVERRY GOMEZ, por las contempladas en el numeral 1 o. del artículo 47 del Decreto 2153 de 1.992.

▪ "Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el Artículo 1 Decreto 3307 de 1963 el cual es del siguiente tenor:

(..)" Artículo 1°. Modificado: Artículo 1 Decreto 3307 de 1963. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

"Parágrafo. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general (Decreto 1302 de 1964, Artículo 1°). (...)

▪ "Numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 el cual es del siguiente tenor:

<sup>1</sup> El acuerdo realizado por las diferentes estaciones de la ciudad de Manizales, tendientes a fijar directa o indirectamente los precios de venta al público de la gasolina corriente, extra y A.C.P.M.

Por la cual se resuelven unos recursos

(...) "ARTICULO 47. Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

"1. 'Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;' (...)

"A su vez el Artículo 2º. , de la Ley 155 de 1959, es del siguiente tenor:

"(...) 'Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley. (...)

"Además el legislador estableció como:

"Art. 4. (...) ' acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas:

"a) La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales;

"...

"d) La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

" 7. Adolece el acto administrativo recurrido de que adecuadamente se establezcan los cargos con la claridad necesaria para establecer cuales (sic) las conductas en que se pudo incurrir y obviamente las normas que se aplican, para permitir una adecuada y oportuna defensa.

"8. Es un hecho notorio y cierto, que no admite prueba en contrario que no existe la capacidad en los encartados en su conjunto para fijar los precios de venta al público en la ciudad de Manizales, por fuera de las condiciones normales del mercado, no solo por las razones suficientemente explicitadas desde el inicio de la presente investigación, por todos y cada uno de ellos, los cuales solicitó (sic) tener en cuenta en el presente recurso, y los que omito transcribir por razones de economía procesal, sino básicamente por carecer de la capacidad para hacerlo, pues entre todos ellos, no representan el 20% de los proveedores minoristas de la ciudad, y mucho menos mi cliente que tan solo representa menos del 5% de la venta total del combustible en la ciudad de Manizales, lo que necesariamente evidencia, que éste mi prodigado en el presente asunto no tiene la condición dominante en el mercado que permita alterar los precios y mucho menos modificar la voluntad del consumidor que tiene para escoger entre 23 estaciones de servicio en Manizales, de las cuales solo 4 según el acto sancionatorio se consideran pudieron infringir las normas.

"9. No hubo observancia del principio de la congruencia en la etapa preliminar y en la conducta sancionada, toda vez, que la investigación se inició y adelanto por presuntas violaciones de la Ley 155/59 en su artículo 1o., donde se trataba de establecer la existencia de acuerdos y convenios y se sanciona no por causa sino por efecto, según se refiere por evidenciarse la existencia de practica (sic) concertada o conscientemente paralela entre dos o más, lo que va en contravía del debido proceso y obviamente del derecho de defensa como corolario del primero, no se puede investigar por la existencia de la (sic) una falta y a renglón seguido sancionar por otra.

Por la cual se resuelven unos recursos

"10. Nunca existió y por ello no se pudo establecer la limitación de la libre competencia, pues el mercado en la ciudad de Manizales, dada sus características (sic) y condiciones propias no puede ser limitado en ningún caso por solo cuatro de las estaciones de servicio de la ciudad, por el volumen de ventas, por la cercanía de las estaciones de servicio existentes en la ciudad de Manizales una de otras, por la extensión territorial y urbanizada de la ciudad, por la fijación del mismo precio del mayorista a los minoristas y del mayorista como minorista, pues tiene sus propias estaciones de servicio en Manizales y las administra directamente.

"11. En el caso de mi Poderdante nunca ha tenido precios inequitativos en la prestación del servicio de abastecimiento de combustible en Manizales, y esto incluye el período investigado correspondiente al año de 1.999, lo cual se establece con los cuadros anexos que solicito desde ya tener como pruebas y que adjunto al presente escrito, pues el precio de venta al público estuvo determinado por el precio de compra, fletes, el margen de evaporación, impuestos municipales, costos de administración, costos de funcionamiento, servicios públicos de agua, luz y teléfono, impuestos nacionales, costos financieros y el valor de la sobre tasa, y obviamente la inversión después de lo cual se estableció el precio de venta, el que correspondió en un todo al costo beneficio propio de la actividad de comercio, a la cual no se puede pedir en caso alguno se sustraiga nadie que ejerza la actividad ni tampoco a mi Prodigado, por lo que no aceptamos en momento alguno que haya existido o exista conducta por acción o por omisión tendientes a mantener o determinar precios inequitativos, y por supuesto menos aún que esto se haya dado conscientemente o volitivamente, sino que por el contrario los precios de distribución de combustibles obedeció única y exclusivamente a la resultante del costo beneficio propias del mercado. (Art. 47 decreto 2153 de 1.992.)

"12. Fue el propio legislador quien en forma directa para algunos casos e indirecta para otros y con la expedición de la Resolución 82438 de 1.998 y especialmente con lo reglado en el artículo 6 numeral 2-3- al establecer la metodología, tuvo a bien reservarse la fijación de precios para mayoristas, regulando en esta forma el comportamiento del mercado y la fijación de precios sobre esta base en los minoristas.

"13. Brilla en el expediente por su ausencia el estudio de mercado en Manizales que permita establecer que los precios fijados por mi Prodigado en el presente asunto no correspondan al real desenvolvimiento del mercado, lo cual hace imposible la existencia de la sanción que se impuso en el presente caso y obliga su revocatoria, pues la carga de la prueba sobre los supuestos de hecho y derecho en que se fundamenta su imposición, necesariamente tiene que obedecer a las pruebas decretadas y legal y oportunamente llegadas al proceso.

"14. Para que la conducta sancionable se tipifique es necesario que ésta, haya tenido necesariamente incidencia en la región, lo cual es imposible se presente en este caso, toda vez, que la distribución de gasolina por mi Prodigado en el mercado general de la ciudad, pequeña por demás, alcanza escasamente a un 5%, lo que dista mucho de tener incidencia en los precios de la gasolina en la ciudad y de incidir directa o indirectamente en la distribución del producto en la ciudad y mucho menos en los precios de la misma, por fuera del que establece las reglas propias de la oferta demanda.

"15. Es importante si llamar la atención en el sentido de que mi Representado en el presente asunto, nunca tuvo igualdad de precios con las demás estaciones de servicio de Manizales, para la época de los hechos investigados, lo que rompe con la identidad que se predica como requisito para la existencia de la conducta presuntamente cometida que con tal hecho se desvirtúa.



Por la cual se resuelven unos recursos

que se investigan, por corresponder los precios fijados por éste a los que se dan de acuerdo con sus propios requerimientos.

"2. El precio fijado por el Representante Legal de la Estación de Servicios Caldas Ltda., fue fijado por él, con fundamento en las facultades que le da la ley y los reglamentos que rigen esta materia. Para lo cual tuvo en cuenta además de lo expresado anteriormente, el margen de utilidad que le es permitido por ley en la comercialización de combustibles.

"3. El precio fijado por el Representante Legal de la Estación de Servicios Caldas Ltda, no fue consultado con ningún otro proveedor, dueño o administrador de las estaciones o bombas que expenden combustible en esta ciudad, prueba de ello lo constituye el hecho de que el precio fijado es diferente al de los demás, y mucho menos correspondió a una práctica (sic) conscientemente permitida, lo que se evidencia claramente del acervo probatorio del obrante a proceso y del que se solicita tener como tal en el presente asunto.

"4. El precio fijado para la venta de combustible (gasolina motor, extra y ACPM) durante los meses de abril y mayo de 1999, por el Representante Legal de la Estación de Servicios Caldas Ltda., no tenían la capacidad económica ni jurídica de incidir en los precios establecidos ni por las demás estaciones de servicios investigadas ni por las no investigadas por la Superintendencia, toda vez que las ventas de su estación de servicios equivalen tan sólo al 5.% del total de las ventas de Manizales, esta situación particular lo excluye de una actividad monopolística de mercados en la ciudad a él y en el caso de análisis ni siquiera unidas las estaciones de servicios investigadas podrían influenciar el precio de estos combustibles en la ciudad.

#### "ANTI JURIDICIDAD

"Art. 10°. Código Penal.

"... para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley.

"Tal como lo consagra el artículo 334 de la C.P., el bien jurídicamente tutelado el artículo 1 de la ley 155 de 1959 es: Están prohibidos los acuerdos (sic) o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar...distribución o consumo de materias primas...tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos..."

"En el caso sub examine no hubo daño ni perjuicio alguno, causado ni a la comunidad, ni a las demás estaciones de servicio, no hubo aprovechamiento económico por parte de mi Representado en primer lugar porque el precio fijado no era exorbitante (sic) ni exagerado como para permitirle un indebido enriquecimiento o incremento (sic) patrimonial. Tampoco era el más bajo del mercado. Por esta razón el usuario tenía la libertad de acudir incluso a las estaciones de servicio que hubiesen fijado un menor precio, máxime si se tiene en cuenta la cercanía de unas y otras en el perímetro (sic) de la ciudad, e incluso la cercanía del Municipio de Villamaría, el que se encuentra prácticamente (sic) en el perímetro (sic) urbano de la ciudad, el cual tenía precios de libertad (sic) regulada.

"No se limitó (sic) la libre competencia ni se mantuvieron precios inequitativos, pues la conducta de mis representados no constituyeron (sic) una práctica comercial restrictiva porque por sí sólo ni en unión con los otros investigados podría él o ellos haber producido efectos que atentaran contra el bien jurídicamente tutelado.

Por la cual se resuelven unos recursos

"No se puede demostrar por la Superintendencia, la materialización del efecto de haber fijado por mis representados en forma directa o indirecta, los precios de los combustibles (gasolina motor, extra y ACPM) por cuanto no existe en la investigación un estudio de mercadeo que determinara cuál debería haber sido el precio que debió tener en su estación de servicios o en las demás estaciones de la ciudad, para haber endilgado la responsabilidad que le atribuye y la sanción que se le impuso.

"Por último no existe en el presente asunto culpabilidad, en ninguna de sus modalidades, porque no existe el elemento intencional y porque ni siquiera existe en lo más mínimo la negligencia y descuido necesarios para que este elemento se pueda tipificar, por el contrario en el sub lite lo que ha existido es la suma diligencia y cuidado que tan solo observa un buen padre de familia en sus propios negocios y en su (sic) propio (sic) intereses, lo cual no solo no es sancionable, sino que por el contrario corresponde al comportamiento lógico y obvio que se debe observar y efectivamente se observó.

"SOLICITUD.

"Que se revoquen las decisiones adversas a mis representados ESTACIÓN DE SERVICIOS CALDAS LTDA. y su representante legal CRISTIAN ECHEVERRY GOMEZ contenidas en la Resolución número 07950 del 15 de Marzo de 2002 y notificada en forma persona (sic) el día 19 de Marzo de 2002, y en su defecto se expida acto administrativo de igual fuerza vinculante en que se declare la inocencia de mis Representados en el presente caso y se ordene el archivo de las presentes diligencia (sic) en lo que toca con mis Prodigados.

"PRUEBAS

"Solicito se decreten, practiquen y tengan como tales las siguientes, con las cuales pretendo probar los supuestos de hecho y de derecho en que se fundamenta el presente recurso, en especial, la no existencia de los eventuales supuestos de hecho y de derecho en que se fundamentó el acto recurrido, el proceder del todo ajustado a derecho, enmarcado en el principio de la buena fe con observancia de los principios rectores de la administración pública por particular que presta servicio público y en general todo lo que al presente asunto interesa y que fundamenta la defensa de la Estación de Servicios Caldas Ltda. y del señor CRISTIAN ECHEVERRY GOMEZ, en su condición de representante legal de la misma y sancionado en el presente asunto, en tal condición, ellas son.

▪ " Las obrantes a proceso por el valor probatorio de las mismas, en especial los documentos que hacen relación a mi prodigado y que fueron solicitados por la entidad en la etapa preliminar, en especial el movimiento contable de la estación de servicios Caldas, los cuales soportan los cuadros anexos que en oportunidad solicitó tener como prueba en el presente asunto.

"DOCUMENTALES QUE SE ADJUNTAN.

1. "Certificación de venta de combustible en Manizales, para meses de abril y mayo de 1.999, expedida por el subgerente comercial de Terpel.
2. "Relación de venta mensuales en galones de gasolina motor en la Estación de Servicios Caldas, de los (sic) años 1.999, 2.000, 2001.
3. "Relación de venta mensuales en galones de gasolina Extra en la Estación de Servicios Caldas, de los años 1.999, 2.000 y 2001.
4. "Relación de venta mensuales de galones A.C.P.r (sic) en la Estación de Servicios Caldas, de los años 1.999, 2.000 y 2001.

Por la cual se resuelven unos recursos

5. "Listado de movimientos de ventas acumulados por clientes de los años 1999, 2.000, 2.001,; expedido popr (sic) Terpel del Centro S.A.
6. "Cuadro anexo en el que se determina los precios al público para los meses de Abril a Mayo de 1.999.
7. "Cuadro anexo que contiene la determinación del margen bruto de comercialización del combustible para la estación de servicio Caldas en Manizales.
8. "Fotocopis (sic) de la Cédula y de la Tarjeta Profesional del abogado LUZ STELLA BECERRA HERRERA.

#### "OFICIOS

"Solicito se crucen los siguientes oficios:

"1. A Terpel del Centro S.A., ubicada en el Parque Industrial Juanchito de Manizales, para que con destino a esta actuación:

- "Certifique o haga constar el número de Estaciones de servicio o Bombas de expendio de combustible que prestaban su servicio en Manizales, para el año 1.999.
- "Certifique el total de galones de gasolina motor, gasolina extra y ACPM, expendidos por cada bomba o estación de servicios existente en Manizales, individualmente para el periodo comprendido entre los meses de abril y mayo de 1.999.

"En estos términos dejo presentado y sustentado en oportunidad el presente recurso, cuyos argumentos y sustentación aspiro y espero sea (sic) tenidos en cuenta al momento de tomar decisión, ordenándose la revocatoria de la decisión y absolviendo a mis representados en el presente asunto."

- 4 **Doctor Luis Ferney Moreno, apoderado de Cecilia Mejía de Quintero, actuando en calidad de cónyuge supérstite del señor César Quintero Jurado y como representantes de la sociedad conyugal disuelta no liquidada con intereses legítimos en el establecimiento comercial 'Estación de Servicios Manizales'.**

#### " FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

"Me permito presentar los fundamentos de hecho y de derecho que divergen parcialmente de la posición (sic) Superintendencia, desde el punto de vista jurídico y económico. Decimos que discrepamos parcialmente porque aceptamos que hubo una práctica paralela, pero en ningún momento concertada, ni cooperada, como lo afirma su despacho, sino espontánea, libre, producto de la reacción lógica de los competidores en el mercado; tal como lo señalaremos posteriormente al analizar otros elementos no observados por su despacho en las pruebas practicadas.

"Para lograr lo anterior dividiremos nuestra presentación así: considerandos derivados de la práctica de pruebas que debieron haberse tenido en cuenta por su despacho, y la dosimetría de la multa por la falta de adecuación y proporcionalidad con la decisión que se tomó.

#### "A. EN RELACION CON LOS CONSIDERANDOS

"1. La Superintendencia no tuvo en cuenta la existencia de una empresa en la ciudad de Manizales que desencadenó el aumento de los precios, generando que las demás empresas reaccionaran imitando ese comportamiento espontáneamente: Si la Superintendencia hubiera tenido en cuenta

Por la cual se resuelven unos recursos

quién desencadenó el aumento de precios y por qué los demás reaccionaron imitando ese comportamiento, la decisión definitiva de la Superintendencia hubiera sido el archivo de la investigación.

"De acuerdo con la pruebas, la empresa cuyo propietario era el señor CÉSAR QUINTERO JURADO<sup>2</sup> reaccionó espontáneamente ante el incremento de precios de otros competidores porque como se deduce, las empresas en ese sector viven de los márgenes de comercialización, como se reiteró en las declaraciones y en el informe motivado de mi representado.

"En efecto, en ningún momento, hubo acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de prácticas paralelas concertadas. Lo que sí se deduce de las pruebas, es el reconocimiento por parte del señor Quintero de la existencia de las prácticas paralelas, pero, por ningún motivo la admisión de que éstas fueran concertadas entre las empresas de distribución minorista que operan en Manizales.

"La existencia de prácticas paralelas en la ciudad de Manizales, las cuales se presentan por algunas causas como veremos posteriormente, sólo significa la presencia de precios similares, entre las empresas. Esta inquietud es la que ha tenido reiteradamente la Superintendencia en todo el procedimiento administrativo sancionador. Pero se le repite, no fueron concertadas o cooperadas predeterminadamente con el objeto o efecto de fijar precios en ese mercado.

"Las causas de la existencia de las prácticas paralelas como quedó establecido en la práctica de pruebas, son dos, dada la naturaleza del mercado de distribución minorista de combustible: La primera, la similitud de la estructura de costos operacionales de las empresas y la segunda, el obligado y análogo margen de comercialización.

"Por un lado, decimos que la estructura de costos operacionales de las empresas es similar porque todos los componentes de esos costos son ítems fijos. Sin embargo, la Superintendencia afirma que existen unos costos fijos y otros variables. Entonces, es aquí donde nos encontramos ante una contradicción jurídica entre la posición de la Superintendencia y la nuestra que se basa en la realidad del negocio.

"De ahí que llamamos la atención a esa entidad para que se tome la tarea de analizar con mayor detalle la estructura de costos de cada una de las empresas si realmente refleja su realidad del negocio o el aparente propósito de una práctica concertada.

"Estamos seguros que la Superintendencia después de un mayor estudio de la situación va a concluir que los precios son similares y que esto es la fuente de la presencia de prácticas paralelas en un mercado con régimen de libertad vigilada, pero que no ha sido el objeto ni el efecto la fijación de precios similares ya que ha faltado uno de los elementos del extremo volitivo 'concertación' o 'conscientemente' entre las empresas.

"Por otro lado, decimos que el margen de comercialización es obligatorio y análogo porque la misma naturaleza del negocio conlleva a que subsista este tipo de margen análogo entre las empresas, en otras palabras, la lógica del mercado en compañía de la estructura de los costos operacionales conducen a márgenes de comercialización análogos, desde luego, se llega a esta situación de manera espontánea, esto es, sin concertación ni conscientemente.

<sup>2</sup> El señor CÉSAR QUINTERO JURADO, falleció y hoy actúa la señora CECILIA MEJÍA DE QUINTERO, en calidad de cónyuge supérstite.

Por la cual se resuelven unos recursos

"En ese orden ideas, como se puede inferir de lo expuesto hasta ahora, existe un atipicidad de la conducta porque no se da uno de sus elementos, esto es: *Práctica paralela consciente o concertada*. Precisamente el elemento ausente que no ha sido probado por su despacho es la '*concertación*' o '*conscientemente*'.

"Cabe agregar que uno de los elementos importantes del procedimiento administrativo sancionados (sic) consiste en probar los hechos, pero aquí en la resolución recurrida, la Superintendencia no ha probado plenamente que la similitud de precios en la ciudad de Manizales haya sido producto de una concertación entre las empresas. No olvidemos que pueden subsistir diferentes caminos para que haya esa similitud de precios; la concertación entre las empresas no es el único, ya que el mismo mercado puede conllevar a esa situación, por sus mismas fallas o imperfecciones.

2.. La Superintendencia no se tomó la tarea de analizar con detalle la estructura de costos de cada una de las empresas, realmente es ahí donde se refleja la realidad del negocio o el propósito de práctica concertada que se aduce.

"Con las pruebas practicadas la Superintendencia puede hacer un estudio muy detallado" tal como se solicitó atrás, y así lograr una decisión más adecuada a la realidad y justa que vele por el equilibrio entre la actuación de mi representada, conforme a la libre competencia y el interés general.

#### "B. EN RELACIÓN CON LA DOSIMETRÍA DE LA MULTA

"En este aspecto queremos indicarle que se violaron dos principios fundamentales del derecho administrativo sancionatorios (sic) como son el principio de proporcionalidad y el principio del debido proceso.

"En efecto, se evidencia que la imposición de la multa, a mi representado, por la suma de trece millones de pesos moneda legal colombiana (\$13.000.000) por parte de su despacho, no está acorde con el principio de proporcionalidad desarrollado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias sentencias que a título de ejemplo podemos citar: Sentencia T-254 de mayo de 1994, Sentencia C-591 de 1993, sentencia T-015 de 1994, Sentencia T-429 de 1994 y la Sentencia C-459 de 1995.

"Pues al imponer este monto por multa, es oportuno recordar ese principio, en virtud del cual las autoridades administrativas investidas de la facultad para la dosimetría sancionatoria deben ejercerla razonadamente, ajustándose a los antecedentes y atenuantes de la conducta, considerar lo contrario devendría una sanción injusta, porque no guarda gradualidad, aquí es importante citar una vieja pero sabia jurisprudencia del Consejo de Estado de diciembre 11 de 1979, que dice:

"No hay duda de que la justicia se encuentra en el equilibrio entre la falta cometida, teniendo en cuenta sus características, motivaciones, agravantes y atenuantes, y la sanción impuesta. La sanción exorbitante no satisface los requerimientos de la justicia, sino que la agravia y vulnera'

"Por otra parte, tal como lo hemos demostrado en el transcurso de este recurso, se evidencia la atipicidad de la conducta que su despacho señaló como presuntamente violatorias de normas. De ahí que al presentarse atipicidad no es dable a la Superintendencia de Industria y Comercio imponer la sanción porque se estaría violando un derecho fundamental como es el debido proceso en las actuaciones administrativas, en el cual no puede haber pena sin que previamente haya una violación o infracción a una norma.

Por la cual se resuelven unos recursos

*"No sobra recordar los diferentes pronunciamientos de las Cortes en relación con el debido proceso en especial nos llama la atención citar la providencia de 1992 de la Corte Constitucional<sup>3</sup>, que reza así.*

*"Comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad (nemo iudex sine lege), el principio del juez natural o juez legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales en estricto rigor responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales. El artículo 29 de la carta contempla, además, otros derechos que se entienden contenidos en el núcleo esencial de derecho al debido proceso..."*

*"Por otra parte, cabe aclarar, si la Superintendencia continúa con su posición de la tipicidad de la conducta solicito la revisión de la multa impuesta por trece millones de pesos (\$13.000.000) puesto que hay varios elementos atenuantes que indican su reducción para que guarde equilibrio con el interés público que se está protegiendo y los derechos fundamentales de mi representada.*

## **"II. PETICIONES**

*"De conformidad con las disposiciones invocadas, las pruebas, los argumentos y considerandos que se fundamentaron en el presente escrito, comedidamente me permito formular lo siguiente:*

- *"Que se sirva revocar en cada una de las partes la Resolución 07950 de 15 de marzo de 2002" en especial se revoque la decisión proferida por su despacho contra el señor CESAR QUINTERO JURADO propietario del establecimiento comercial 'ESTACIÓN DE SERVICIOS MANIZALES', mediante el cual se impuso una sanción y se prohíbe el ejercicio de la conducta.*

- *"En caso que no se llegare a revocar la resolución, solicito que se haga la revisión de la multa para que se disminuya ésta, de acuerdo con los considerandos anteriores".*

**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, esto es, la resolución 07950 de 2002, este Despacho atendiendo a los hechos orientadores que gobiernan la actuación administrativa, especialmente los de economía y celeridad, decide resolver los recursos interpuestos en forma conjunta, de la siguiente manera:

### **1 Extinción de la actuación administrativa por muerte del investigado**

Mediante la resolución 2246 de 2000, se vinculó como investigado a la presente actuación administrativa, entre otros, al señor Cesar Quintero Jurado, en su calidad de propietario de la estación de servicio Manizales, quien bajo los lineamientos del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, se notificó de dicho acto administrativo e hizo uso del término de los quince días concedidos para aportar y solicitar pruebas.

Así y habiendo adelantado la correspondiente investigación se estableció la responsabilidad del señor Quintero por haber contravenido lo previsto en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-474 de julio 29 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por la cual se resuelven unos recursos

1992, razón por la cual la Superintendente de Industria y Comercio en ejercicio de las facultades legales,<sup>4</sup> impuso la sanción pecuniaria que estimó ajustada al comportamiento desarrollado. Sin embargo, se ha logrado establecer que durante el transcurso de la actuación administrativa y previamente al acto de sanción, el señor Quintero falleció, circunstancia que puede constatarse en el correspondiente registro de defunción que obra en el expediente y que fue aportado como anexo al recurso de reposición que presentara el apoderado de la cónyuge supérstite.

De manera pues, que la muerte del investigado se produjo con antelación a la fecha en que se expidiera la resolución 07950 de 2002, con lo cual esta Entidad se habría pronunciado sobre la responsabilidad administrativa de una persona que había dejado de tener existencia, y en esa medida, ya no era titular de derechos y obligaciones.

A pesar de que en la actuación adelantada no existe norma expresa que prevea la muerte del investigado como causal de extinción de la acción o de archivo de la investigación, lo cierto es que se trataba de una actuación encaminada a establecer una posible responsabilidad de tipo administrativo de parte del señor Quintero, como propietario del establecimiento de comercio "Estación de Servicios Manizales". Mas como podrá entenderse, la responsabilidad a que hemos hecho alusión es de carácter eminentemente personal para el caso concreto, ya que fue a él a quien se resolvió abrir la investigación por lo que no puede transferirse la responsabilidad a sus herederos o posteriores propietarios del establecimiento, que como se sabe no constituye en si mismo una persona jurídica.

En concordancia con lo anterior, debe recordarse que la decisión contenida en la resolución 07950 de 2002, constituía para el señor Cesar Quintero Jurado un acto administrativo de interés particular, que en razón a su naturaleza únicamente habría de producir efectos estando notificado en debida forma, lo cual por imposibilidad física no pudo. En este contexto, es obvio que no pudo haber ejercitado su derecho de defensa, y en esa medida, no puede cobrar firmeza el acto respecto de él.

Por las razones anteriormente expuestas y atendiendo a que dentro del expediente obra material suficiente que permite demostrar el fallecimiento previo del señor Cesar Quintero Jurado,<sup>5</sup> este Despacho dispondrá lo pertinente en la parte resolutive del presente proveído.

## **2 Numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.**

### **2.1 Elementos integradores**

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.

Para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre libre competencia, debe cumplir con los elementos configurativos mínimos establecidos en cada precepto. Así, para el caso en estudio, 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

<sup>4</sup> Decreto 2153 de 1992, artículo 4, numeral 15.

<sup>5</sup> Registro Civil de Defunción No. 03886171 Notaría Quinta de Manizales.

Por la cual se resuelven unos recursos

### 2.1.1 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. Debiendo agregar que, todas estas modalidades poseen como denominador común, una voluntad exterior, sea expresa o tácita, que permita coagular 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".<sup>6</sup>

Partiendo de esta definición, ha expresado la doctrina que la convención es genérica y el contrato específico. Señalando así, que todo contrato es convención, pero no toda convención es contrato.<sup>7</sup> 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.

En esta medida, la modalidad de acuerdo descrita, implica la presencia de por lo menos dos partes, que asumen una serie de obligaciones mutuas y recíprocas.

- *Concertación*

No es un término legalmente definido, por ello es necesario considerar su sentido natural y obvio,<sup>8</sup> encontrando así que el diccionario de las Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,<sup>9</sup> define el verbo concertar como contratar, pactar. Concordar entre sí diversas cosas o partes. Así mismo, 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.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Código Civil, artículo 1495.

<sup>7</sup> 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."

<sup>8</sup> 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."

<sup>9</sup> Editorial Heliasta, 25. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.

<sup>10</sup> 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.



Por la cual se resuelven unos recursos

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 vuelven repetitivas en el tiempo y adquieren una marcada importancia en un mercado se toman 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,<sup>11</sup> es decir, 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.<sup>12</sup>

Este elemento hace relación a que la conducta desplegada no sea simplemente una mera coincidencia, lo que 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 implica que las conductas desplegadas presenten una similitud, sincronización y coordinación en el actuar. De esta forma, para que se de una práctica conscientemente paralela, se requiere que exista, en primer lugar, la conciencia de las políticas desarrolladas por las otras empresas y, en segundo lugar, se decidan seguir las o hacer que se imiten o sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda la autonomía en el actuar.

Queda claro entonces que, un acuerdo restrictivo de la libre competencia puede estructurarse bajo cualquiera de las modalidades descritas anteriormente, no siendo necesario que todas concurren en un mismo escenario.

Fue así como, para el caso *sub-examine* la modalidad de acuerdo que logró advertirse y demostrarse fue la de una práctica conscientemente paralela, como ampliamente quedara expuesto en la resolución 07950 de 2002. En tal virtud, no era necesario probar la existencia de un contrato o concertación entre las estaciones investigadas y mucho menos haber establecido los elementos connaturales a estos tipos, como pareciera entenderlo la señora Claudia Cristina Gómez Londoño, ya que el comportamiento desplegado se subsumía en un paralelismo consciente, suficiente por sí solo para considerar que había tenido lugar un acuerdo.

<sup>11</sup> Diccionario de la Lengua Española, pagina 1039.

<sup>12</sup> Diccionario de la Lengua Española, página 340.

Por la cual se resuelven unos recursos

### 2.1.2 Que tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios

El referido numeral 1° del artículo 47 encierra dos supuestos fácticos distintos e independientes. Se trata del objeto y el efecto, en este caso atinentes a la fijación de precios, donde cada uno tiene vida propia, y en esa medida, es susceptible de configurarse sin la presencia del otro.

Para esta Entidad el *objeto* debe ser entendido como la potencialidad de una conducta para causar un daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se produzca; al paso que el "efecto", como se mencionara en la resolución impugnada, se traduce en el resultado que tenga la actividad desplegada dentro de un mercado específico, siendo irrelevante el propósito que tuvo en mente el agente al momento de ejecutar el comportamiento o previamente a su realización.

Esa modificación o alteración del mundo exterior dada por el efecto, tendrá lugar en el presente caso cuando como resultado de una práctica conscientemente paralela termine por eliminarse la variedad de precios, que en condiciones normales de mercado habría de esperarse de los distintos agentes económicos, y que propiciaría una contienda sana por el favorecimiento de los clientes,<sup>13</sup> lo cual naturalmente no ocurre cuando se adopta un precio casi idéntico como resultado de un paralelismo consciente, estableciéndose una relación de causa-efecto entre esa forma de acuerdo y la manera en que se fijan los precios.

En este orden de ideas, debemos concluir que, el efecto de la norma está supeditado a su exteriorización, que en el caso concreto se presenta con el mensaje que los oferentes envían al mercado, asignando un precio igual o con diferenciales imperceptibles y por lo mismo irrelevantes, que terminan por cercenarle la posibilidad al consumidor de elegir entre diferentes precios aquél que más se ajuste a sus necesidades e intereses.

Luego, debemos señalar que el efecto anticompetitivo del acuerdo de precios se registra desde el instante mismo en que los agentes que lo integran alinean su comportamiento, cobrando un precio formalmente igual, pues es justamente en ese momento cuando se exterioriza su acto dispositivo de voluntad y se produce una afectación al mercado, al sustraer este elemento de las fuerzas agónicas de la oferta y la demanda.<sup>14</sup>

Se resalta que la redacción del mencionado numeral 1 del artículo 47 alude únicamente a la concurrencia del efecto como elemento configurativo, sin entrar a calificarlo o condicionarlo a la verificación de un perjuicio de índole económico para los consumidores o los demás competidores

<sup>13</sup> Respecto a la libertad de competencia económica, se ha dicho que consiste en "la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela. (...)".

"El derecho a la libre competencia económica implica dos aspectos fundamentales: de una parte garantiza la libertad de los competidores para incurrir al mercado en busca de una clientela; y de la otra, implica la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado, bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia". (Alfonso Miranda Londoño, "El régimen general de la libre competencia", artículo publicado en Revista Jurídicas del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC. III, de la Universidad Pontificia Javeriana, 1999, pág. 18.

<sup>14</sup> Sobre este punto a enfatizado la Corte Constitucional que, "la Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

"La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundando 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". (Sentencia; C- 537/97, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Por la cual se resuelven unos recursos

del sector. Está claro, en todo caso, que cuando el efecto del acuerdo consiste en anular el precio como elemento 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 plegarse al precio proveniente 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 sustitutos, y todo esto como resultado de una alteración artificial.

En el mismo sentido, el mayor o menor grado de participación de los infractores en el mercado es un aspecto que aunque puede tenerse en cuenta para la dosimetría de la sanción, no está previsto como elemento configurativo del precepto analizado, razón por la cual el argumento esgrimido por la doctora Becerra Herrera, en el sentido que las estaciones investigadas no estaban en capacidad de fijar el precio del mercado dada su baja participación en el mismo, no es de recibo, ya que dentro de los elementos integradores del tipo violentado no aparece esa circunstancia. Mal haría esta Entidad en tener en cuenta presupuestos distintos o adicionales a los previstos de manera expresa por el legislador, pues sin duda ello conllevaría una flagrante violación del principio de legalidad recogido en la Carta Magna.

En este sentido, no se cuestiona de manera alguna el hecho de que los investigados tengan o no la capacidad para fijar en su conjunto el precio de venta al público de los combustibles en la ciudad de Manizales y mucho si su comportamiento limita la libre competencia en toda la región, pues debe reiterarse que, el hecho sancionado se circunscribe a la paridad casi absoluta de precios durante el periodo investigado, como resultado de una práctica conscientemente paralela.

Se enfatiza entonces en que, cualquiera otro aspecto distinto al acuerdo o el efecto de la fijación de precios, para el caso *sub-examine*, resulta ajeno e irrelevante para la estructuración de la norma. Por consiguiente, los beneficios económicos que hayan percibido los acordantes, el daño económico irrogado al mercado, la prolongación de la conducta, 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 de la conducta, no resultan esenciales para su tipificación.

## 2.2 Adecuación al caso

### 2.2.1 Comportamiento de la estación Central de Combustibles

A partir de la observación del comportamiento de las estaciones implicadas se concluyó en la resolución 07950 de 2002, que entre ellas se habría producido una práctica conscientemente paralela, que arrojó como resultado una paridad casi exacta en el precio de venta de sus combustibles.

Sin embargo, no puede este Despacho dejar de atender los argumentos presentados por el señor Carlos Arturo Loaiza, propietario de la estación de servicios Central de Combustibles, quien ha manifestado que su comportamiento al momento de asignar sus precios de venta, era totalmente autónomo e independiente.

Los precios asignados por el señor Loaiza en su establecimiento le dan la razón, al advertir que mantuvo una autonomía en su actuar, pues durante los 4 primeros días de cada mes continuaba con el precio del mes anterior, para así modificarlo el día 5, en una suma que dista de las demás estaciones investigadas hasta en \$8, y siempre por debajo.

Así, mientras la estación Central de Combustibles registró durante el mes de mayo como precio de mayor frecuencia para la gasolina corriente la suma de \$2.115, las estaciones Lavautos, Manizales y

Por la cual se resuelven unos recursos

Caldas registraron \$2.122, \$2.121 y 2.123, respectivamente. Del mismo modo, frente a la gasolina extra el precio de mayor frecuencia presentado por Central de Combustibles fue de \$2.840, al paso que las estaciones Lavautos, Manizales y Caldas registraron \$2.846, \$2.846 y 2.845, respectivamente. En ACPM la situación es la misma, pues el precio de Central de Combustibles difiere entre \$7 y \$8 con el resto de las estaciones analizadas

Las diferencias anotadas en los precios de Central de Combustibles, siendo éste un mercado con escaso margen de movilidad, sumado a la independencia que presentó al momento de efectuar sus alzas, nos llevan a aceptar la falta de responsabilidad que alega el señor Muñoz Loaiza.

Efectivamente, la independencia de precios que registra dicha estación hace que el "efecto" de la norma, entendido éste como el resultado que se produce en el mercado y estructurado en la igualdad o similitud casi perfecta de precios, no se presente para ella, y en esa medida, las consideraciones que fueran hechas en la citada resolución 07950 sobre el paralelismo y su conciencia pierdan sus cimientos, ya que sí el resultado no es el mismo, el comportamiento no es paralelo, y mucho menos conciente, en el entendido de que simplemente no existió.

De manera que, el comportamiento del señor Muñoz Loaiza, como propietario de la estación Central de Combustibles no se adecua a las prescripciones contenidas en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153, pues como se había dicho, no logró establecerse el objeto que proscribía la conducta y ahora tampoco el efecto de la misma.

En consecuencia, este Despacho considera que la conducta desplegada por la estación de servicios Central de Combustibles se ajustó a aspectos y políticas propias, y que el precio si fue un elemento a través del cual procuró competir, con lo cual no hay lugar a responsabilidad por la infracción de la norma que se analiza, y en ese sentido, no hay razón para mantener la sanción impuesta, debiendo por lo tanto revocarse.

#### 2.2.2 Comportamiento de las estaciones Lavautos y Caldas

La prohibición de los acuerdos de fijación de precios contenida en el numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, es un desarrollo de la función conferida a esta Superintendencia de velar porque en el mercado exista variedad de precios.<sup>15</sup> La inferencia lógica que de ello se desprende es que, existe gran interés porque cada agente asigne a sus productos el precio de venta que estime adecuado, atendiendo a sus costos operacionales y al margen de utilidad deseado, que muy difícilmente, por no decir imposible, podrá resultar igual o similar al de otros, incluso en mercados tan rígidos como el de combustibles.

Es sabido que en condiciones normales de mercado el precio de venta de un bien o servicio se determina teniendo en cuenta los costos y la utilidad deseada.<sup>16</sup> Por tanto, si cada estación de servicio tiene costos operacionales propios y distintos a los de sus competidores, además de libertad para determinar su propio margen de comercialización, es lógico inferir que los precios de los combustibles deban ser distintos.

<sup>15</sup> Decreto 2153 de 1992; artículo 2, numeral 2°.

<sup>16</sup> Al respecto se ha dicho que, "la definición del precio de venta debe conciliar diversas variables que influyen sobre el comportamiento del mercado. En primer lugar, está la demanda asociada a distintos niveles de precio, luego los precios de la competencia para productos iguales y sustitutos y, por último los costos." SAPAG CHAIN, Nassir. SAPAG CHAIN, Reinaldo. Preparación y Evaluación de Proyectos. Editorial Mc. Graw Hill. Tercera Edición. Página 60.

Por la cual se resuelven unos recursos

Hechas las anteriores anotaciones, debemos señalar que la responsabilidad de las estaciones Lavautos y Caldas y los efectos de la resolución 07950 se mantienen para ellas, habida cuenta a que su comportamiento frente al mercado es sustancialmente el mismo. Tanto los precios que asignaron como sus incrementos se mantienen dentro de una constante, el deseo de evadir cualquier competencia o rivalidad en este aspecto. Valga señalar que durante el periodo analizado registraron diferencias de tan solo un peso, que en ninguno de los casos sobrepasa del 0.07% del precio final de venta, lo que nos lleva a concluir que sus precios son en esencia los mismos. La situación descrita puede apreciarse en los siguientes cuadros:

ACPM	Abril			Mayo		
	Precio de mayor frecuencia	# días	Diferencia	\$ frecuente	# días	Diferencia
Estación						
Lavautos	1.540,00	24/25	-1,00	1.717,00	23/24	-1,00
Caldas	1541,00	24/24	1,00	1.718,00	24/24	1,00

CORRIENTE	Abril			mayo		
	Precio de mayor frecuencia	# días	Diferencia	\$ frecuente	# días	Diferencia
Estación						
Lavautos	1.879,00	20/25	1,00	2.122,00	24/25	-1,00
Caldas	1.878,00	24/24	-1,00	2.123,00	25/31	1,00

EXTRA	Abril			mayo		
	Precio de mayor frecuencia	# días	Diferencia	\$ frecuente	# días	Diferencia
Estación						
Lavautos	2.616,00	22/25	-1,00	2.846,00	20/24	1,00
Caldas	2617,00	24/24	1,00	2.845,00	24/24	-1,00

Fuente: Información suministrada por las estaciones Lavautos y Caldas, en respuesta a los requerimientos de esta Entidad de fecha 02-05-01 (folios 7-14, cuaderno general)

Pero quizás la circunstancia que más llama la atención es la suerte de carrusel que armaron en la asignación de precios, ya que Lavautos y Caldas van rotándose en la fijación del peso de más, equilibrando así sus efectos. De esta forma, quien tenía para abril fijado un peso más alto en los combustibles corriente y extra, pasa a mayo estando por debajo un peso.

Por ello y aun siendo éste un mercado rígido como se dijera líneas atrás, la conducta desplegada por estas dos estaciones pone de relieve un deseo de anular, entre sí y para sí, el precio como factor de competencia. En todo caso ha de recordarse que según ha expuesto la doctrina, "*las conductas conscientemente paralelas se refieren a los casos en que varios empresarios tienen una actuación similar o idéntica en el mercado, conscientes de esa similitud de su actuación*", por lo que la diferencia de un peso, en las circunstancias anotadas, se adecua a plenitud a esta forma de acuerdo.<sup>17</sup> (subrayado nuestro)

De otra parte, no es como afirma la propietaria de la estación de Servicios Lavautos que esta Entidad haya inferido sin contar con ningún tipo de evidencia, que dicha estación vigilaba el

<sup>17</sup> GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Comercial", Tomo I, Ed. Temis, 1987, pág. 221.

Por la cual se resuelven unos recursos

comportamiento de los demás competidores, pues como se expresó en la resolución 07950 de 2002, son varios los hechos indicadores que apuntalan a señalar que tenía conocimiento de la forma en que obraban sus demás competidores. Así, por ejemplo, aparece la paridad casi absoluta de precios entre ambas estaciones a lo largo del periodo investigado, que en circunstancias de mercado no logra explicarse, especialmente cuando la estratificación de sus clientes no es la misma, y los costos operacionales varían en cada estación, como lo reconociera la señora Claudia Cristina Gómez Londoño en su declaración.<sup>18</sup>

Igualmente, el que las estaciones mencionadas hubieran situado sus precios de venta en los combustibles corriente y ACPM, por encima de los establecidos por el Gobierno Nacional para las estaciones reguladas, caso de Villamaría, termina por desvirtuar su argumentación tendiente a establecer que el comportamiento de este municipio les servía de marco de referencia y que sus precios eran tan solo un reflejo del mismo.<sup>19</sup> Lo que llama la atención no es el hecho de que sus precios hubieran estado por encima del establecido para las reguladas, sino que se hubieran situado justamente en una misma franja, ya que ello supone una conciencia de la forma en que otros actuaban y el deseo de seguirlos o hacer que se imitaran sus comportamientos, pues no de otra manera se explica tal situación en un contexto de razonabilidad económica.

De manera que este Despacho procedió conforme a Derecho, al haber establecido y probado los distintos hechos indicadores que le permitieron hacer las inferencias referidas,<sup>20</sup> y al haber valorado

<sup>18</sup> Sobre el punto manifestó la señora Claudia Cristina Gómez Londoño, lo siguiente:

*\*PREGUNTA 13: Explique al despacho de qué manera compite la estación Lavautos con las demás estaciones de gasolina de la ciudad de Manizales.*

*RESPUESTA: Nuestro mercado es estrato 5 y 6 estamos solos, es la única estación de servicio en la avenida paralela, nuestro fuerte es los otros servicios como: el lavado y acondicionamiento de vehículos siendo esta la única estación de Manizales que ofrece este servicio. Lo otro es que nos hemos distinguido por tener excelente medidas y vender combustible sin ningún tipo de adulteración, llámese mezclas o contaminaciones, esto nos ha valido el carecer durante 20 años de cualquier tipo de sanción al respecto\**

*\*PREGUNTA 16: Ha dicho usted en respuestas anteriores que la estación Lavautos corresponde a clientes estrato 5 y 6, se le pregunta, si existen en Manizales otras estaciones de servicios que interactúen con clientes pertenecientes a otros estratos distintos a los ya señalados.*

*RESPUESTA: Sí, de hecho las únicas estaciones de servicio que quedan situadas en estrato 5 y 6 son las Palmas que es estación de llenado no de servicio y Lavautos, las otras 18 quedan ubicadas en estratos más bajos\**

*\*PREGUNTA 18: Si los estratos que atienden las estaciones de servicios son diferentes y los costos en que incurren para la prestación del servicio no son los mismos, según sus respuestas anteriores, cómo explica usted que durante un periodo de tiempo determinado, el mes de abril y mayo de 1999, haya tenido lugar una coincidencia en los precios de los combustibles corriente, extra y ACPM entre Lavautos y otras estaciones de servicio.*

*RESPUESTA: Se explica por el estrecho margen de utilidad que se tiene si se quiere ser competitivo, Manizales es una ciudad muy pequeña con muchas estaciones de servicio, los costos de las estaciones varían de acuerdo a sus gastos operacionales y su volumen de venta, creo que la coincidencia con las otras obedece a que su margen de utilidad debe ser más alto que el mío, por la poca cantidad de combustible que venden, yo coloqué los precios basada en mis costos\**

<sup>19</sup> El precio establecido por el Gobierno Nacional para las estaciones reguladas en gasolina corriente fue de \$ 1.840 para el mes de abril de 1999, al paso que las estaciones Caldas y Lavautos fijaron sus precios para ese mes en \$1.878 y \$1.879, respectivamente. En mayo la situación es igual, el precio para las reguladas en gasolina corriente fue de \$2.071 y las estaciones mencionadas fijaron sus precios en \$2.122 y \$2.123. En ACPM, se presenta la misma situación, pues para el mes de abril el precio de las reguladas era de \$1.151, mientras que las estaciones Caldas y Lavautos fijaron sus precios para ese mes en \$1541 y \$1540, respectivamente. Mayo tampoco escapa a este fenómeno y así mientras las reguladas tenían un precio de \$1.669, Caldas y Lavautos mantuvieron \$1.718 y \$1.717, respectivamente, lo cual corrobora que dichas estaciones estuvieron siempre por encima de los precios establecidos para las reguladas.

<sup>20</sup> 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

Por la cual se resuelven unos recursos

en su conjunto los indicios establecidos, teniendo en cuenta su gravedad, su concordancia y grado de convergencia,<sup>21</sup> para finalmente crear en el juicio de la Entidad la real convicción de la existencia del mencionado acuerdo bajo la modalidad descrita.

Lo anterior guarda coherencia con los lineamientos definidos por la Corte Suprema de Justicia, quien sobre el punto expresó: *"Deja de esa manera el derecho positivo 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 sujeta a reglas determinadas; y un error de apreciación no puede elevarse a la categoría de voluntaria y maliciosa violación de las leyes sobre pruebas"*.<sup>22</sup>

De otro lado, aunque en los interrogatorios los representantes y propietarios de las estaciones Caldas y Lavautos aludieron a criterios y factores internos para la determinación de sus precios, la práctica evidenció una situación bien distinta, pues como ya se ha dicho, el mercado percibió de parte de dichas estaciones precios formalmente idénticos, cuando hubieran podido obrar de manera diferente, perdiendo credibilidad lo declarado.

En conclusión, habiéndose probado los elementos que integran el tipo de acuerdo investigado, es claro para el Despacho que las estaciones Caldas y Lavautos actuaron bajo un paralelismo consciente.

### **3 Actuación adelantada**

#### **3.1 Congruencia entre los cargos y la sanción**

De la lectura del inciso primero del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, se desprende que la etapa de averiguación preliminar en materia de prácticas comerciales restrictivas tiene como fin primordial, determinar si los hechos informados por el denunciante o detectados de manera unilateral por parte de la administración, encuadran dentro de las conductas específicas que el ordenamiento prevé como contrarias a las normas sobre libre competencia, en cuyo caso tiene lugar la apertura formal de la investigación.

Como puede observarse en la parte resolutive de la resolución 2246 de 2000, la cual fue notificada debidamente a todos los investigados, se decidió *"abrir investigación para determinar si por parte de (...) se actuó en contravención a lo previsto en el número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la ley 155 de 1959"*(Subrayado nuestro).

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, se precisa a la recurrente que fue sobre la base de la norma especial consagrada en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, que se edificó la argumentación normativa del caso en estudio, pues dado su carácter, constituye un desarrollo del artículo 1 de la ley 155 de 1959.

---

Prueba Judicial Tomo II. 5ª Edición. 1995. Página 602.

<sup>21</sup> Código de Procedimiento Civil; artículos 178 y 250.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia; sentencia del 26 de octubre de 1939.

Por la cual se resuelven unos recursos

Así, es claro que el puente de conexión y concordancia entre las normas citadas es la existencia de un acuerdo o convenio que tenga por objeto limitar la libre competencia. Sin embargo, el decreto 2153 de 1992, y por ser justamente un desarrollo de la referida ley 155, va más allá y reprime también el efecto del acuerdo, tal y como se explicara en el punto 2.1.2 del presente proveído.

Por consiguiente, la inequidad en el precio a que alude la ley 155 se retrotrae al objeto de la conducta, lo que equivaldría a prohibir aquellos acuerdos que tuviesen la potencialidad de fijar precios que fuesen inequitativos, es así como la misma norma restringe aquellos acuerdos, convenios, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas "...tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos". Nótese que la norma en su redacción utiliza la expresión "tendientes a", con lo cual no exige ni tampoco presupone que efectivamente haya sido impuesto un precio inequitativo, basta con que haya sido esa la tendencia de la conducta, en sentido general, para que se ponga en evidencia la infracción.

Lo señalado cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que lo equitativo o inequitativo es un concepto absolutamente abstracto y relativo, y que por ello, supeditar la configuración de la norma a la prueba de este aspecto prestaría a ambigüedades el debate probatorio, máxime cuando en economía este concepto carece de definición exacta.

Bajo esta premisa, no era necesario entrar a probar si los precios de las estaciones sancionadas eran equitativos o no, pues la simple circunstancia de que no proviniesen de sus políticas propias sino de un comportamiento paralelo, era ya suficiente para establecer su ilicitud.

Por tanto, no es de recibo la falta de congruencia que esgrime la doctora Becerra Herrera, pues las normas por las que se sancionó a sus prohijados, fueron las mismas por las que les fue abierta la investigación. De tal forma que, no se cambiaron los cargos, ni la interpretación de las normas que les servían de sustento.

### 3.2 Comunidad Probatoria

En la actuación adelantada, el hecho a probar estuvo enmarcado por la existencia de una práctica conscientemente paralela, que hubiera conducido a la simetría en el precio de venta de la gasolina corriente, extra y el ACPM. Fue así como, la actividad probatoria durante la etapa de instrucción estuvo orientada a demostrar si se presentó o no tal circunstancia, por lo cual se acudió a decretar una serie de pruebas.

En tal sentido, se estableció la responsabilidad de los sancionados a partir de distintos documentos obrantes en el expediente, de las declaraciones de parte y los testimonios absueltos, así como por la información allegada por ellos mismos en respuesta a los 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.

En todo caso, debemos resaltar que 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 07950 de 2002.

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 demostraron la existencia del acuerdo en la modalidad descrita. En todo caso, no puede



Por la cual se resuelven unos recursos

perderse de vista que las diferentes conclusiones a que se arribó como resultado de la valoración del acervo probatorio recaudado, no fueron desvirtuadas por otros factores probatorios.

Ahora bien, respecto a la afirmación del recurrente sobre la indivisibilidad de la declaración de parte, cabe señalar que el mismo inciso 2° segundo del artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, prevé que *"cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquellos se apreciarán separadamente"*. (subrayado nuestro)

En este sentido, es preciso aclarar que las declaraciones de la señora Claudia Cristina Londoño, propietaria de la estación de servicios Lavautos, en ninguna parte constituyeron confesión, pues para ello habría sido necesario su aceptación expresa de haber participado en el acuerdo que le era imputado, lo cual no sucedió, si se revisa completamente el acta correspondiente podrá constatar que en ninguna parte reconoció tal circunstancia.

Cosa distinta es que a partir de datos suministrados en algunas de sus respuestas, en concordancia con otros elementos recaudados a lo largo de la investigación se hubieran podido edificar ciertos indicios, los cuales difieren de una confesión pues se repite, no hubo reconocimiento expreso de responsabilidad de parte de la declarante.

#### 4 Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad

El encuadramiento de la conducta de las estaciones Lavautos y Caldas en la norma de competencia conlleva a la tipificación del supuesto analizado. Bajo este enfoque, esta Superintendencia probó cada uno de los elementos que acreditaban la vulneración al numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, como ha quedado ampliamente expuesto.

Respecto a la falta de antijuridicidad de la conducta que aduce la doctora Becerra, fundada en la falta de prueba del elemento inequitativo del precio y del daño económico al mercado, debemos recordar lo expuesto en los puntos 2.1.2 y 3.1 del presente acto, en cuanto que tales aspectos no hacen parte de los elementos integradores del numeral 1° del artículo 47. Agregando además que, las normas sobre competencia tienen un denotado interés preventivo, por lo que no hace falta esperar a que se produzca un daño material, cuantificable económicamente, para que empiecen a operar.

De cualquier modo, la vulneración a la libre competencia se produjo desde el momento mismo en que las estaciones Lavautos y Caldas alinearon su comportamiento, dejando de tener en cuenta criterios propios e independientes para la asignación de sus precios, substrayendo este elemento al juego libre de la oferta y la demanda.

Finalmente y en cuanto hace a la falta de prueba del elemento subjetivo de la conducta, representado en la intención o negligencia como factores generadores del acto, es preciso informar a la recurrente que, existe abundante jurisprudencia en el sentido de que las actuaciones administrativas tienen características propias y en todo caso diferentes de las penales. Así, por ejemplo el Consejo de Estado expresó: *"en reciente oportunidad (9 de marzo de 1987, expediente número 290, con ponencia del Consejero Hernán Guillermo Aldana) la Sala consignó su criterio con relación a la naturaleza de las infracciones de las normas administrativas en el sentido de que por principio, no las considera de índole igual a las de naturaleza estrictamente penal, no siéndoles aplicables de lleno principios y normas por las cuales se rigen éstas. En esa oportunidad no se aceptó por ejemplo, algunas normas sobre prescripción."*

Por la cual se resuelven unos recursos

"Dentro de esta orientación la Sala considera que no es aplicable en este ámbito del derecho administrativo sancionatorio –refiriéndose a las facultades de la Superintendencia Bancaria-, el artículo 5º del Código Penal que dispone: 'Culpabilidad. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva'"<sup>23</sup> (subrayado nuestro)

Ratificando lo anterior, expuso la aludida Corporación en sentencia posterior que, "el derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que posee una normatividad guiada por principios propios y autónomos, que responden a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal. Dichas finalidades están relacionadas directamente con el orden público económico y en consecuencia, las sanciones son de índole patrimonial.

"Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de diferenciar el derecho administrativo sancionatorio de la normatividad y metodología penal. Al respecto, la Sala se ha pronunciado así: 'Ni el tipo de pena imponible al trasgresor del desengaje, ni la naturaleza del procedimiento, ni el control de la medida sancionatoria permite ver en esta materia una cuestión de naturaleza o fundamentalmente penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del legislador, por no ser sanciones lógicamente penales castigadas con medidas restrictivas de la libertad personal.

"Además el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico.

"Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión, exige un pronto cumplimiento y el control de este requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas, como es el caso del manejo del sistema de Ahorro y Vivienda y son ellas las destinatarias de las obligaciones y por consiguiente de las sanciones en que incurran por su incumplimiento, sin que pueda tener cabida el elemento culpabilidad, en el sentido que lo consagra el estatuto penal respecto de las personas naturales'.

"En lo referente a la responsabilidad objetiva, se observa que no puede prosperar el cargo de violación del artículo 5º del Código Penal, ya que tal estatuto está dirigido a sancionar las conductas delictivas de las personas dentro del concepto del derecho penal moderno del elemento 'culpabilidad' que sólo puede predicarse de los actos cometidos por personas naturales y no de las personas jurídicas, a quienes no resulta aplicable el artículo 35 del código penal"<sup>24</sup> (subrayado nuestro)

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado señaló: "respecto de la aplicación de la disposición contenida en el artículo 81.7 de la Ley 142 de 1994, al sub lite, que quiere el actor se advierte que han coincidido la jurisprudencia y la doctrina en señalar que el derecho administrativo

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de fecha 16 de junio de 1987, Magistrado Ponente doctor Jaime Abella Zárate.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta, C.P. Doctora Consuelo Sarriá Olcos, sentencia de junio 23 de 1995.

Por la cual se resuelven unos recursos

*sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que corresponde a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal. En consecuencia, las sanciones impuestas a los infractores por contravenciones administrativas, excluyen la prueba de los factores subjetivos propios de la conducta delictiva, como son el dolo y la culpa".<sup>25</sup>*

En otra oportunidad, manifestó la alta Corporación refiriéndose a la facultad sancionatoria administrativa que *"las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria a una entidad vigilada son esencialmente de naturaleza administrativa, y por ello no se ve que el acto acusado involucre una conducta penal, a la cual por remisión del artículo 375 del código penal deban aplicarse los postulados relativos al elemento culpabilidad y responsabilidad subjetiva que rigen en el derecho penal".<sup>26</sup>*

De manera que la investigación adelantada se surtió dentro de los precisos lineamientos constitucionales y legales aplicables para el caso, observando en particular la plenitud de formas propias de la actuación.

Finalmente y respecto a la solicitud de pruebas acompañada al recurso presentado por la doctora Luz Stella Becerra Herrera, encaminada a que se oficie a Terpel del Centro S.A. para que *"certifique o haga constar el número de estaciones de servicio o bombas de expendio de combustibles que prestaban su servicio en Manizales, para el año de 1999 y el total de galones de gasolina motor, gasolina extra y ACPM expendidos por cada bomba o estación de servicios existente en Manizales, individualmente para el periodo comprendido entre los meses de abril y mayo de 1.999"*, éste Despacho se abstiene de decretar su oficio, por considerar que el objeto de la prueba no guarda relación con los hechos materia de investigación, delimitados en la resolución de apertura 2246 de 2000. En este sentido se estima impertinente la prueba solicitada, y en tal virtud, se rechaza su solicitud.

#### RESUELVE:

**ARTICULO PRIMERO:** Revocar parcialmente los artículos primero, tercero y quinto de la resolución 07950 de 2002, en lo relacionado con las sanciones impuestas al señor Cesar Quintero Jurado, como propietario del establecimiento de comercio estación de servicio Manizales, y al señor Carlos Arturo Muñoz Loaiza en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Central de Combustibles, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTICULO SEGUNDO:** Confirmar respecto de los demás investigados todas las partes de la resolución 07950 de 2002, y por tanto, no acceder a los recursos presentados por Claudia Cristina Gómez Londoño, en su calidad de propietaria de la estación de servicio Lavautos y por la doctora Luz Stella Becerra Herrera, apoderada de Christian Echeverri Gómez y de la sociedad Estación de Servicio Caldas Ltda.

**ARTICULO TERCERO:** Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al señor Carlos Arturo Muñoz Loaiza, propietario de la estación Central de Combustibles; a la señora Claudia Cristina Gómez Londoño, propietaria del establecimiento comercial Lavautos; a la doctora Luz Stella Becerra Herrera, apoderada de Christian Echeverri Gómez y de la Estación de Servicio Caldas Ltda.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta, C.P. Doctor Germán Ayala Mantilla, sentencia de marzo 13 de 1998.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Delio Gómez Leiva, sentencia de 24 de julio 1998, expediente 8805.

Por la cual se resuelven unos recursos

y, a el doctor Luis Ferney Moreno, apoderado de la señora Cecilia Mejía de Quintero, cónyuge superviviente del señor Cesar Quintero Jurado, propietario de la Estación de Servicios Manizales

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dado en Bogotá D.C., a los **04 JUN. 2002**

La Superintendente de Industria y Comercio,

  
**MÓNICA MURCIA PAEZ**

**Notificaciones:**

Doctora

**LUZ STELLA BECERRA HERRERA**

C. C. No 30.270.536 de Manizales

Apoderada

**CHRISTIAN ECHEVERRI GÓMEZ**

**ESTACIÓN DE SERVICIOS CALDAS LIMITADA**

Calle 22 No. 23-23 Oficina 501, Edificio Concha López

Telefax 8835624

Manizales

Doctor

**LUIS FERNEY MORENO**

C. C. No 14.244.185 de Ibagué

Apoderado

**CECILIA MEJIA DE QUINTERO**

**ESTABLECIMIENTO COMERCIAL ESTACIÓN DE SERVICIOS MANIZALES**

Carrera 3 A No. 63-04

Telefax 3454283/84/85

Bogotá D.C.

Señora

**CLAUDIA CRISTINA GÓMEZ LONDOÑO**

C. C. No 30.271.260 de Manizales

Propietaria

**ESTABLECIMIENTO COMERCIAL LAVAUTOS**

Carrera 25 No. 52 - 19

Manizales

Señor

**CARLOS ARTURO MUÑOZ LOAIZA**

C. C. No 10.239.120 de Manizales

Propietario

**ESTABLECIMIENTO COMERCIAL CENTRAL DE COMBUSTIBLES**

Calle 15 No. 22 - 02

Manizales

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

Que fue remitido despacho comisario No. 2825-2826-2827  
Dirigido a la alcaldia municipal de Planizales

El día 56 JUN 2002  
Con el fin de notificar el contenido de la presente  
Resolución conforme a lo dispuesto en el código  
contencioso administrativo.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
4 JUN. 2002

En Bogotá, a \_\_\_\_\_  
Notifiqué personalmente al Dr. Uldy Jairo de Echeverria  
El contenido de la anterior providencia que CC 83351741  
Impuesto firma

Uldy Jairo de Echeverria  
(anexo poder)