



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 71794 DE 2011

Radicación: 07-027597

[12 DIC 2011

Por la cual se imponen unas sanciones

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas
en la Ley 1340 de 2009, en el Decreto 3523 de 2009, 1687 de 2010,
en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 33970 del 30 de junio de 2010, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante el Delegado) ordenó abrir investigación para determinar si la Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo (en adelante Fendipetróleo Nacional) y la Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo Seccional Boyacá y Casanare (en adelante la Seccional Boyacá y Casanare) contravinieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si las empresas Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A., Estación de servicio LA ISLA LTDA., Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA, Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, Estación VILLA DEL RÍO LTDA., Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda.- COMERTRANS LTDA. y el señor ORLANDO BECERRA BARRERA, contravinieron lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el numeral 1 del artículo 47 del mismo Decreto.

Finalmente, en el mismo acto administrativo se ordenó abrir investigación para determinar si los señores Juan Carlos Yepes Alzate, Presidente de FENDIPETRÓLEO NACIONAL desde el año 2009, Rodrigo Valencia Concha, Ex-presidente de la misma Federación, Augusto Vargas Sáenz, Presidente de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, Álvaro Javier González M., representante legal de Dicosol s.a. para la época de los hechos investigados (Propietario de la estación de servicio La Avenida), Orlando Becerra Barrera, Administrador de la Estación de Servicio La Dorada, Martha Patricia Rojas Rincón, Representante Legal de la Isla Ltda., Carlos Enrique Castillo Arcos, Representante Legal de COOTRACHICA, Hernando Colmenares Salamanca, Representante Legal de COOFLOTAX, Nora Elisa Velandia de Velandia, Representante Legal de la Estación de Servicio Villa del Río Ltda. y Luis Eduardo Chiquillo Angarita, representante legal de Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda. - COMERTRANS LTDA. (Propietario estación de servicio Ciudad Duitama), incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992¹, modificado por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009 y por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010.

¹ Subrogado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

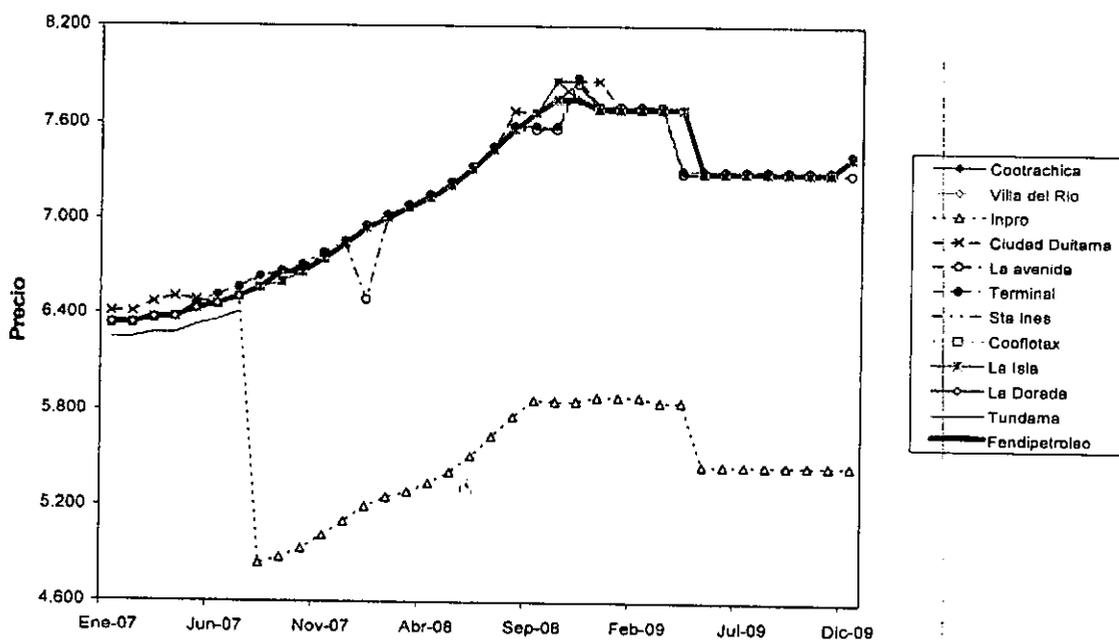
SEGUNDO: Que la Resolución de Apertura de Investigación² fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas, de la siguiente manera:

La Delegatura inicia su análisis refiriéndose al paralelismo en los precios de la gasolina y el ACPM ofrecidos por las estaciones de servicio distribuidoras en Duitama, entre los años 2007 y 2009. De acuerdo con la información obtenida, se presentó una similitud en los valores con variaciones apenas marginales no encontrándose una justificación suficiente para dicho fenómeno. Las siguientes fueron las gráficas incluidas en la apertura de investigación y que reflejan las coincidencias en los precios anotadas:

Gráfica No. 1

PRECIOS GASOLINA CORRIENTE EN DUITAMA DE 2007 a 2009

Gasolina Corriente



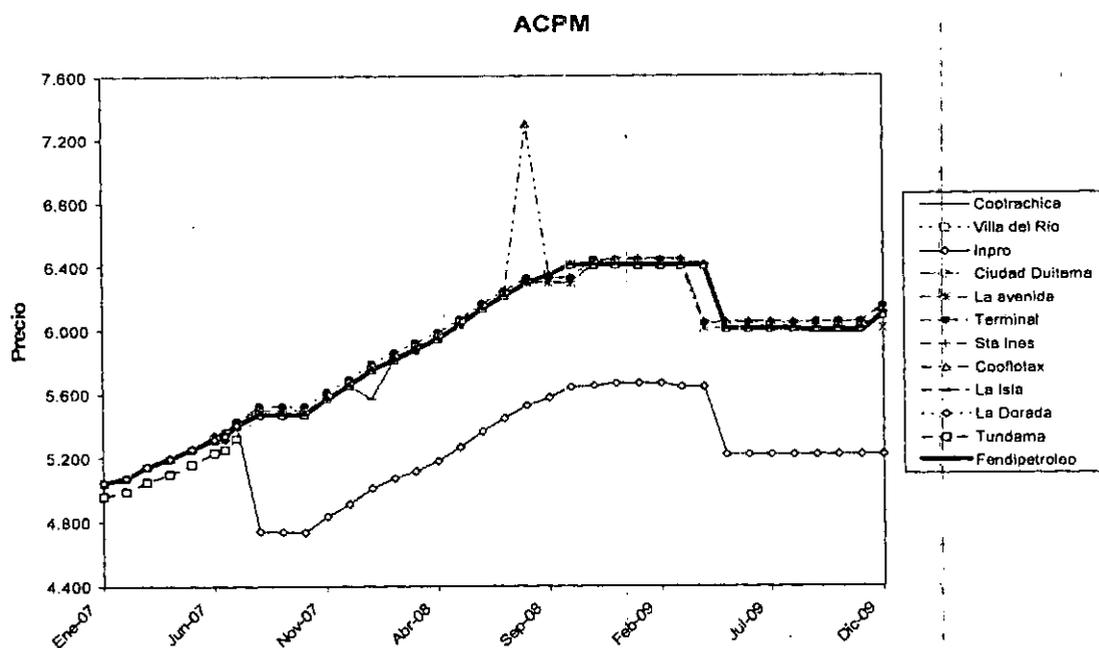
Gráfica No. 2

PRECIOS ACPM ENTE EN DUITAMA DE 2007 a 2009

² Resolución No. 33970 del 30 de junio de 2010. Documento obrante en el Cuaderno público No. 8 del expediente, folios 17 a 47.

RESOLUCIÓN NÚMERO 71794 DE 2011 Hoja N°. 3

"Por la cual se imponen unas sanciones"



De acuerdo con la Resolución referida, con la forma como se manifestaron los precios, se presentó una práctica conscientemente paralela y por lo tanto, una infracción al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Específicamente, se señaló:

"De esta manera, de la información recaudada se puede inferir una práctica conscientemente paralela entre algunas estaciones de servicio, al mantener la misma tendencia en la fijación de sus precios estableciendo valores idénticos o en ocasiones con variaciones marginales en relación con los precios sugeridos por la SECCIONAL BOYACÁ y CASANARE".

Para la Delegatura, la conducta ejercida por las estaciones de servicio, tenía la potencialidad de restringir el mercado y constituía un comportamiento anticompetitivo. Un elemento que debe resaltarse del aparte transcrito, es el hecho de que los precios de las estaciones fueron sugeridos por parte de SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, con lo cual se empieza a vislumbrar la existencia de una conducta específica en cabeza de las asociaciones involucradas basada en dicha intervención.

Sobre la sugerencia en los precios, en la Resolución de apertura se consideró que la misma presuntamente infringía lo establecido en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. De acuerdo con lo planteado por la Delegatura, pudo haber una intervención indebida en el proceso de formación de precios de la gasolina y el ACPM en Duitama. Según lo expresado en su momento, las acciones ejercidas por FENDIPETRÓLEO NACIONAL Y LA SECCIONAL BGYACÁ Y CASANARE

"[e]starían orientadas a alterar la decisión de las estaciones de servicio de Duitama respecto del precio de los combustibles (gasolina corriente y ACPM), a través de la información contenida en circulares y comunicaciones que sugerían los valores que debían cobrar por la venta de los mismos de enero de 2007 a diciembre de 2009 y que de acuerdo con los datos obrantes (sic) en el expediente, eran superiores a los señalados por el Ministerio para los distribuidores regulados".

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~55~~-71794 DE 2011 Hoja N°. 4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Por último, es importante tener en cuenta que también se consideraron como reprochables las conductas de los representantes legales tanto de las estaciones del servicio, como de Fendipetróleo Nacional y la Seccional, por haber podido autorizar, ejecutar o tolerar las conductas endilgadas a las personas jurídicas. Esto, conforme a lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4³ del Decreto 2153 de 1992.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura a los investigados, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 68484 del 13 de diciembre de 2010⁴ y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Delegado para la Protección de la Competencia ordenó practicar parte de las pruebas solicitadas y tener como tales otras de las aportadas por los investigados. Igualmente, en dicho acto se decretaron pruebas de oficio y se rechazaron algunas de las solicitadas por los apoderados.

La Resolución citada anteriormente fue modificada mediante las Resoluciones No. 5117 del 3 de febrero de 2011; 14268 del 23 de marzo de 2011; 33377 del 23 de junio de 2011; 36759 del 11 de julio de 2011 y 41452 del 2 de agosto de 2011, con el fin de fijar nuevas fechas para algunas diligencias, decretar otras pruebas de oficio y limitar la práctica de algunos testimonios⁵.

CUARTO: Que el 8 de agosto de 2011, una vez culminó la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado⁶ con el resultado de la etapa de instrucción. En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del Informe a los investigados, cuyos principales aspectos se resumen a continuación:

Inicia el Informe Motivado en su parte considerativa con la evaluación sobre la presunta infracción al numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, relacionado con la influenciación endilgada a Fendipetróleo Nacional y Seccional sobre los precios de las estaciones de servicio en Duitama. Al respecto, se hace mención a un pronunciamiento del Consejo de Estado⁷ en donde se analiza la figura en cuestión, señalando que para que se presente la conducta se requiere una parte activa y una pasiva y que la primera tiene que tener el poder de constreñir para que su influencia se haga efectiva. Asimismo, la Delegatura hace referencia a que en virtud de dicha sentencia, no es necesario demostrar los efectos de la influenciación para estructurar la infracción anotada.

Posteriormente, se desarrolla el tema de las actuaciones de las asociaciones y los límites de las mismas frente al régimen de protección de la competencia. Sobre este punto, a pesar de que se reconoce el derecho constitucional de asociación se afirma que éste

³ Subrogado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

⁴ Documento obrante en el Cuaderno público No. 8, folios 310-322.

⁵ Folios 5 al 8; 202 al 204 del Cuaderno público No.10 del expediente; 76 a 80; 100 a 102 y 114 a 116 del Cuaderno público No. 11 del expediente.

⁶ Documento obrante en el Cuaderno público N° 38, Folios 8717 a 8835.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Doctor Marco Antonio Velilla Moreno. Expediente No 2001-01261. Recurso de Apelación contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Pág. 25.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

encuentra sus límites en el interés general y que no puede justificarse una conducta como la del intercambio de información de precios en virtud del ejercicio gremial. En el mismo sentido, no es aceptable que las asociaciones ejerzan como mediadores en las relaciones de competencia de los agentes económicos a ellas vinculados. Concluye la Delegatura en este punto, lo siguiente:

"En este orden de ideas, cuando dichas actuaciones tengan un grado de influencia sustancial que lleva a los agentes del mercado a concertar una fijación de precios, eventualmente puede configurarse una conducta reprochable a la luz de las normas sobre competencia".

Luego del preámbulo sobre las actuaciones de las asociaciones, se realiza en el Informe de la Delegatura una relación de cada una de las pruebas consideradas relevantes en la investigación, explicando en cada caso el valor que tienen dentro de la demostración de la conducta de influenciación por parte de Fendipetróleo Nacional y su Seccional. Es conveniente mencionar que el Despacho retomará más adelante cada una de las pruebas contenidas en el Informe, razón por la que no se hará referencia a las mismas en este punto.

Luego del ejercicio de valoración probatoria, la Delegatura concluyó la existencia de una conducta reprochable, basada en la indebida influenciación por parte de las asociaciones involucradas, con la cual se habrían generado las condiciones para un acuerdo anticompetitivo por parte de las estaciones de servicio de Duitama. Textualmente, frente a la actuación de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, el Informe Motivado señaló:

"Así pues, teniendo como base las tarifas sugeridas por Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare durante los años 2006 a 2009, así como los hechos generadores de la presente actuación, para esta Delegatura es claro que dichas sugerencias sirvieron de fundamento para la materialización de un acuerdo de precios entre enero de 2007 y diciembre de 2009 en la modalidad de práctica conscientemente paralela (que será analizado en el siguiente acápite) y que en complemento de las pruebas testimoniales y documentales que dan fe de la remisión de circulares informativas con tarifas sugeridas y de la realización de reuniones derivan en una influenciación directa de la Seccional sobre los agentes del mercado tendiente a evitar que se bajara el precio de los combustibles Gasolina Corriente y ACPM en la ciudad de Duitama".

Ahora bien, en lo que respecta a la participación de Fendipetróleo Nacional concluyó el documento de la Delegatura, lo siguiente:

"Así las cosas, no obstante tener vocación para ser ejercidos a nivel nacional, los actos de influenciación de FENDIPETRÓLEO se concretaron en las estaciones de servicio de la ciudad de Duitama (agremiadas a la Seccional Boyacá y Casanare), pues tal como se pudo evidenciar, la Federación Nacional en cabeza de su presidente RODRIGO VALENCIA CONCHA, no sólo participó en discusiones relacionadas con los precios de los combustibles sino que insistió en no rebajar los márgenes de comercialización de los combustibles justificando su postura en los esfuerzos realizados por dicha agremiación en favor de los distribuidores minoristas".

RESOLUCIÓN NÚMERO 71794 DE 2011 Hoja N°. 6

"Por la cual se imponen unas sanciones"

El segundo bloque considerativo del Informe Motivado, hace referencial a la existencia de una práctica conscientemente paralela constitutiva de un acuerdo anticompetitivo en los términos del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. La Delegatura retoma la información contenida en el auto de apertura de investigación sobre los precios ofrecidos por las investigadas para los productos galón de gasolina corriente y ACPM durante el período comprendido entre enero de 2007 y diciembre de 2009. Las similitudes en los precios, así como en los momentos de modificación de los mismos, fueron consideradas como un indicio fundamental de la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

Teniendo en cuenta que para los apoderados de las investigadas el paralelismo encontrado hallaba explicación en razones de mercado, el Informe Motivado desarrolla varios elementos que debieron tenerse en cuenta en las estructuras de costos individuales de cada una de las estaciones de servicio y que impiden deducir que las similitudes emanan realmente de una situación propia del funcionamiento del mercado. De tal forma, se hace mención a los tipos de estación de servicio en donde se encuentra que pueden clasificarse de acuerdo con su ubicación, número de islas, número de tanques, productos ofrecidos, cliente tipo y volumen de ventas. Asimismo, la Delegatura analiza la estructura de costos de las estaciones con base en el número de empleados y costos de transporte. Lo anterior para concluir que existen elementos diferenciadores que no permiten concluir como normal un paralelismo en los precios. Específicamente se manifiesta en el Informe de la Delegatura el aparte que a continuación se expone:

"De esta suerte, con las pruebas recaudadas por el Despacho es posible establecer que entre las estaciones referidas se presentó una situación de identidad en el precio de venta de los combustibles gasolina corriente y ACPM, que a pesar de tener como referente el precio que el Gobierno Nacional asigna para las estaciones sometidas al régimen de libertad regulada, sobrepasó éste coincidiendo de manera idéntica con el sugerido por la SECCIONAL en gran parte del período analizado, ratificando una práctica conscientemente paralela en los precios."

Así las cosas, los precios fijados por algunas estaciones de servicio de la ciudad de Duitama serían el resultado de la concertación de las mismas como agremiadas de la Seccional. Al tiempo que ésta última, habría influenciado a dichas estaciones al sugerir la política de precios a seguir, tal como se señaló en el análisis del cargo anterior".

En un tercer aparte del documento elaborado por la Delegatura, se entra a establecer si con las conductas realizadas se infringió el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Se inicia el análisis con la explicación sobre la interpretación de dicho artículo, según la cual, de la redacción del artículo en cuestión se puede extraer la existencia de tres prohibiciones, a saber: (i) los acuerdos "que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros"; (ii) las "prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"; y las "prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos".

De conformidad con el Informe Motivado, en el presente caso existió una infracción a la norma en cuestión basada en el hecho de que Fendipetróleo Nacional y Seccional Boyacá y Casanare tuvo como fin la realización de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia, la cual se materializó en la indebida influenciación sobre las estaciones de servicio de Duitama.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Como consecuencia de todo lo anterior, la Delegatura en ejercicio de su función recomendó al Superintendente de Industria y Comercio sancionar con la multa máxima a las siguientes personas jurídicas y naturales:

- (i) Fendipetróleo Nacional Y Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, por transgredir con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992;
- (ii) Al ex-presidente de Fendipetróleo Nacional, RODRIGO VALENCIA CONCHA y al presidente de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, AUGUSTO VARGAS SÁENZ, por encontrarlos responsables de la conducta prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009);
- (iii) A las empresas Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A., Estación de servicio LA ISLA LTDA., Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA, Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, Estación VILLA DEL RÍO LTDA., Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda.- COMERTRANS LTDA., por transgredir con su comportamiento lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; y
- (iv) A las personas naturales investigadas ÁLVARO JAVIER GONZALEZ MANRIQUE, MARTHA PATRICIA ROJAS RINCÓN, CARLOS ENRIQUE CASTILLO ARCOS, HERNANDO COLMENARES SALAMANCA, NORA ELISA VELANDIA DE VELANDIA, LUIS EDUARDO CHIQUILLO ANGARITA Y ORLANDO BECERRA BARRERA, por ser responsables de la conducta prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009).

QUINTO: Que estando dentro del término legal, los investigados presentaron observaciones al Informe Motivado, cuyos principales argumentos son resumidos a continuación:

5.1. ARGUMENTOS DEL APODERADO DE FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, COMERTRANS LTDA., COOFLOTAX, ASÍ COMO DE LOS SEÑORES AUGUSTO VARGAS SÁENZ, LUIS EDUARDO CHIQUILLO ANGARITA Y HERNANDO COLMENARES SALAMANCA

(i) Violación de los Derechos Humanos - Derecho a la no autoincriminación

El Apoderado sostiene que a todas las personas investigadas se les tomó juramento previo a su declaración. Sin embargo, señala que la doble condición de investigado e interrogado no permite que una persona sea juramentada, por cuanto se le expone a declarar contra sí mismo, lo cual se encuentra protegido por las normas sobre derechos humanos y derechos fundamentales.

Al respecto, el memorialista trae a colación el caso del señor HERNANDO COLMENARES, que según indica, le hizo saber a la funcionaria instructora que no podía juramentarlo por ser investigado, a pesar de lo cual dicha funcionaria no sólo se ratificó en que debía someterse a juramento, sino que en el transcurso de la diligencia le recordó de manera

reiterada que se encontraba bajo la gravedad del mismo, en una clara coacción al interrogado.

Así mismo, manifiesta que de manera similar se desarrollaron todos los interrogatorios, impidiendo la intervención de los apoderados a quienes no se les permitió interrogar. Indica que no sólo se omitió hacer la salvedad de que los investigados pudieran evitar autoincriminarse, sino que se les forzó a jurar, situación que condujo en algunos casos a que el interrogado se autoincriminara, lo cual se deduce de las grabaciones obtenidas que luego sirvieron al Delegado para recomendar su sanción.

(ii) Violación de los Derechos a la intimidad y a la Dignidad

De acuerdo con el Apoderado, el 25 de febrero de 2011 fue llevada a cabo en las instalaciones de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, la diligencia de inspección decretada mediante Resolución No. 68484 del 13 de diciembre de 2010 en la que no fueron relacionados los documentos ni elementos objeto de la inspección. Afirma que dicha situación condujo a que la inspección decretada se transformara en un allanamiento revestido de graves actos de arbitrariedad y excesos.

Indica que los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el amparo de una inspección mal decretada, procedieron a solicitar y llevarse de manera indiscriminada la documentación que obraba en los archivos de la agremiación, dentro de la cual se encontraba la totalidad de los correos electrónicos incluyendo los de tipo personal de los trabajadores de la misma, violando de esta manera, los derechos de defensa, intimidad, dignidad y otros derechos fundamentales.

Manifiesta que las competencias de Policía Judicial no pueden servir de pretexto para cometer las arbitrariedades presentadas que -según sostiene-, afectan de nulidad la prueba recaudada y por tanto, la decisión que se tome con sustento en ellas. Afirma que a la mencionada inspección se sumó el hecho de que una vez copiados los correos electrónicos privados, los funcionarios no pudieron regresarlos a los equipos y archivos de origen, borrando la memoria histórica de los mismos e información íntima y personal de los empleados de la Seccional.

Concluye frente al punto que con la actuación de esta Entidad no sólo se violó el derecho a la intimidad de las personas involucradas por parte de sus representados, sino el de la dignidad constitucionalmente también protegido.

(iii) Violación del derecho de asociación y del derecho a la libre expresión

De acuerdo con el Apoderado, la Constitución Política impone al Estado el respeto a la libre asociación de trabajadores y empresarios y además, la obligación de no intervenir en sus asociaciones, pues ello significaría coartar la defensa de sus propios derechos de manera grupal y gremial. Indica además, que el expediente está colmado de expresiones tomadas fuera de contexto sobre opiniones lanzadas por diferentes personas en desarrollo de reuniones gremiales, desconociendo que ninguna expresión verbal en ninguna asamblea o reunión de junta directiva puede coartarse y menos sancionarse.

Manifiesta que las organizaciones gremiales como FENDIPETRÓLEO, obedecen a la necesidad que tienen los actores económicos de cada sector de la economía de unificar criterios, políticas, voces, así como convertirse en voceros de sus afiliados ante el

Gobierno Nacional, el cual, utiliza las agremiaciones como vehículo de comunicación con los destinatarios de sus disposiciones y de sus políticas públicas.

En el Informe Motivado, el Superintendente Delegado reconoce que los límites de las funciones de la actividad gremial aún no han sido fijados por el legislador, razón por la que sancionar la actividad de Fendipetróleo con base en normas que la misma Superintendencia reconoce que aún no existen, viola el derecho constitucional al debido proceso en cuanto establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes. De acuerdo con lo anterior, considera que se está ante un limbo jurídico que parece dilucidarse en el criterio subjetivo del Delegado, razón por la cual invoca el principio de *in dubio pro reo* que se funda en que las dudas habrán de resolverse a favor del procesado.

(iv) Violación del derecho fundamental al debido proceso

Considera el Apoderado que en el presente caso se violó el debido proceso de sus representadas, indicando que además de existir una caducidad de la facultad sancionatoria, también existe una responsabilidad del mismo Estado en la situación objeto de investigación.

- La caducidad de la acción sancionatoria y al principio de favorabilidad

El Apoderado señala que el marco temporal de los hechos investigados parte de la queja presentada el 1 de abril de 2007, sin embargo, la Resolución No. 33970 del 30 de junio de 2010 que ordena abrir investigación, omite los términos establecidos en el artículo 38 del C.C.A. Es decir, según su argumento, la Delegatura no investigó los hechos motivo de la queja sino que amplió hacia el futuro el espectro probatorio, impidiendo hacerle cuentas a la figura de la caducidad de la acción sancionatoria, lo cual limita el ejercicio del derecho de defensa.

Sostiene además, que no se individualizan las conductas y no se establece con exactitud el día y lugar en que se cometieron las presuntas conductas indebidas, pues a partir de 2007 la SECCIONAL BOYACÁ y CASANARE dejó de comunicar a sus afiliados las resoluciones de precios que emitía el Gobierno. En su concepto, en un marco temporal tan difuso, no es posible hacer cuentas de cuándo se produjo la última acción para efectos del cálculo de la caducidad de la acción sancionatoria.

Continúa el Abogado su argumento haciendo referencia a que la Delegatura tampoco es precisa respecto de la individualización de la conducta, pues a lo largo de la actuación y en los actos administrativos del expediente, se refiere a todos los implicados del grupo y a la FEDERACIÓN como gremio, sin definir hasta dónde llegó la participación de cada uno, si actuaron a título individual, de autores o cómplices de eventuales conductas.

Insiste en que no hay una sola prueba en el expediente que señale las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisas en las cuales los investigados se hayan reunido presuntamente a concentrar las conductas imputadas, por lo que los extractos de actas son tomados fuera de contexto para imputar cargos que infieren una indebida similitud de pecios.

Adicionalmente, señala que ningún minorista de combustibles en Colombia, espera a que le llegue alguna comunicación formal de FENDIPETRÓLEO para cambiar los precios de

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~71794~~ DE 2011 Hoja N°. 10

"Por la cual se imponen unas sanciones"

los combustibles, pues una vez el Gobierno expide la correspondiente resolución de precios (usualmente el último día del mes) y a la media noche apenas se conoce, las estaciones de servicio acuden a cambiar los precios de los surtidores, lo cual no da tiempo para reuniones con los colegas ni para esperar directivas gremiales. En lo relacionado con las circulares y comunicaciones de la SECCIONAL y de sus directivas, señala que éstas no tienen la potencialidad suficiente de restringir el mercado. Se trata, según el apoderado, de documentos inocuos que dejaron de utilizarse en el año 2007.

Cuando el presidente de FENDIPETRÓLEO hace llamados a que se respeten los precios fijados por el Gobierno, está evitando que situaciones como el hurto y el contrabando incidan hacia abajo en los precios de los combustibles en la región.

Considera que el presunto paralelismo que sustenta la recomendación del Superintendente Delegado surge de: (i) el estrecho margen de utilidad fijado por el Gobierno entre el precio de compra y el precio de venta; (ii) la similitud de costos de transporte entre la planta mayorista y las estaciones minoristas ubicadas en el mismo municipio; y (iii) la ausencia de operación de los Comités Municipales de Precios.

Afirma que la Superintendencia abrió investigación preliminar con queja y luego citó a audiencia de conciliación en la que el quejoso manifestó no tener pretensiones pero en lugar de archivar, declaró fallida la conciliación y continuó en una especie de investigación de oficio que le permitió saltarse del marco temporal de la queja e investigar hechos posteriores a la misma. Así, sostiene el Apoderado que en derecho, la Delegatura debió archivar el expediente abierto con la queja y expedir un nuevo acto administrativo motivado que legalizara la investigación de oficio, si la pretendía iniciar, y notificarlo a los implicados en debida forma.

Finalmente, el Apoderado argumenta que la inferencia realizada por la Delegatura según la cual, no existe caducidad debido a la presencia de conductas continuadas en el tiempo, se ve acompañada de otra actuación indebida por parte de la Entidad, basada en una no justificada aplicación retroactiva de las normas en el tiempo. Es decir, se alega la alusión en el Informe Motivado de la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 3523 del mismo año, cuando los hechos que se pretenden sancionar se presentaron entre los años 2007 y 2009. Expresamente se señaló en el escrito de opiniones que el Informe Motivado "(...) en la primera página acude, a estas dos normas del año 2009 para proponer sancionar hechos que supuestamente ocurrieron entre los años 2007 y 2009 según el difuso marco temporal en que se desarrolló a investigación".

- La responsabilidad del Estado en la situación investigada

Para el Apoderado, teniendo en cuenta que los Comités Municipales de Precios son los llamados legalmente a señalar los máximos y mínimos rangos en que deben fijarse los precios de los combustibles en los municipios como Duitama y que los mismos no funcionan por incapacidad del Estado, mal puede sancionarse a los ciudadanos cuando sus conductas dependen de las regulaciones que el mismo Estado no tiene como fijar.

Lo mismo sucede, en su opinión, con el transporte terrestre de hidrocarburos en el país, que según sostiene, incide en las diferencias de precios cuando el vehículo es propio o el flete se paga a un tercero, pero esta diferencia no incide de una manera sustancial para romper el paralelismo de precios.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

De acuerdo con los anteriores argumentos el Apoderado solicita al Superintendente de Industria y Comercio, abstenerse de proferir sanción alguna en contra de sus poderdantes y subsidiariamente, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de haber iniciado la investigación de oficio, es decir, a partir de la audiencia de conciliación.

5.2. ARGUMENTOS DEL APODERADO DE FENDIPETRÓLEO NACIONAL

(i) Observaciones al punto 6.1.4.2. Actos de influenciación ejercidos por FENDIPETRÓLEO NACIONAL

Señala el Apoderado que si bien el señor Rodrigo Valencia Concha participó en la Asamblea Ordinaria No. 102 de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, de las citas utilizadas sólo se puede deducir que FENDIPETRÓLEO NACIONAL, como gremio, siempre ha estado en la lucha para que el Gobierno Nacional otorgue unos márgenes justos, pues los mismos son utilizados por algunos distribuidores minoristas con el propósito de competir deslealmente bajando sus precios.

Ahora bien, frente a los apartes resaltados del acta de Junta Directiva No. 241 del 28 y 29 de noviembre de 2008 afirma que los mismos no pueden ser tenidos en cuenta como una conducta contraria a los derechos de competencia, ya que la temática tratada en la misma giró en torno a la regulación de los precios de los combustibles en la ciudad de Cali y que el "acuerdo como afiliados" se refería al que se estaba adelantando con el Gobierno, para que Cali volviera a la libertad vigilada de precios.

Por otra parte, respecto del acta No. 245 de la Junta Directiva del 3 de agosto de 2009, sostiene que los miembros de FENDIPETRÓLEO NACIONAL estuvieron debatiendo los aspectos del margen y los beneficios de éste para las estaciones, teniendo en cuenta que como entidad gremial, dicha FEDERACIÓN tiene el derecho de discutir los asuntos que afectan el desarrollo de la actividad de sus agremiados.

(ii) Tipificación de la conducta imputada a Fendipetróleo Nacional

Indica que de conformidad con los supuestos fácticos señalados en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en el caso concreto no es posible advertir la existencia de una pluralidad de voluntades que convergen hacia un mismo punto, pues de una parte, FENDIPETRÓLEO NACIONAL no es propietaria de estaciones de servicio y de la otra, no existe documento alguno o hecho que involucre a la FEDERACIÓN en un acuerdo con las estaciones de servicio de la ciudad de Duitama.

En cuanto a los supuestos fácticos contenidos en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, señala que el análisis realizado por la Delegatura y las pruebas expuestas dentro del Informe Motivado, no son suficientes para dar por hecho que existió una influencia en sus afiliados por parte de FENDIPETRÓLEO NACIONAL y su representante legal, para que éstos fijaran los precios de los combustibles en sus estaciones de servicio, en especial las de la ciudad de Duitama, pues esta situación no fue mencionada ni tratada en ninguna de las pruebas enunciadas.

(iii) Tasación de la sanción

Afirma el Apoderado, no compartir la posición del Superintendente Delegado en cuanto a su recomendación de multar con la sanción máxima establecida en la ley a

FENDIPETRÓLEO y al representante legal de la época, teniendo en cuenta la inexistencia de las conductas y el hecho de que la tasación de la sanción no puede realizarse de manera arbitraria sin tener en cuenta la persistencia de la conducta, el grado de participación del implicado, el aprovechamiento económico, los antecedentes del investigado y el impacto de sus actuaciones en el mercado.

(iv) Derecho a la libre asociación

Manifiesta que la Constitución Política en sus artículos 38 y 39 imponen al Estado el respeto a la libre asociación. Por tanto, si bien con el Decreto 2153 de 1992 modificado por la Ley 1340 de 2009 se invistió a la Superintendencia de Industria y Comercio de facultades para investigar a las organizaciones gremiales que atenten contra la competencia, sostiene que su actividad como órgano sancionador no puede ni debe limitar los derechos que tienen las agremiaciones, en este caso los de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, que se verían restringidos con la posición adoptada en el Informe Motivado al coartar la libertad de discutir con sus asociados aspectos económicos que les afectan, tales como el del margen de venta de los combustibles.

(v) Objetivos de FENDIPETRÓLEO NACIONAL y facultades del representante legal

El Apoderado indica que dentro de los objetivos principales de la FEDERACIÓN está la representación y defensa de los intereses de sus afiliados, por lo que a lo largo de su existencia ha expuesto ante el Gobierno las diferentes problemáticas que afectan el desarrollo de la distribución minorista de combustibles.

Señala que en el momento en que se imputa una responsabilidad a la agremiación por la participación que tuvo su representante legal en la Asamblea Ordinaria No. 102 del 14 de junio de 2008 de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, se está atentando en contra de los derechos de participación y expresión de la agremiación, pues dicho representante no tiene poder de decisión dentro de las Asambleas de ninguna de sus afiliadas ni tampoco el poder de asentar posiciones en nombre de la FEDERACIÓN.

Así mismo, recuerda que conforme al artículo 20 de la Constitución Nacional se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, derecho que se estaría vulnerando de aceptarse la posición sostenida por la Delegatura, que tendría que reglamentar entonces los temas que podrían ser tratados dentro de cada agremiación existente en el país, para evitar las multas que pueden llevar a la extinción de una asociación.

5.3. ARGUMENTOS DE LAS ESTACIONES DE SERVICIO LA ISLA LTDA. Y VILLA DEL RIO LTDA., ASÍ COMO DE LOS SEÑORES MARTHA PATRICIA ROJAS RINCÓN, REPRESENTANTE LEGAL DE LA ISLA LTDA. NORA ELISA VELANDIA DE VELANDIA, REPRESENTANTE LEGAL DE LA ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RÍO LTDA. Y ORLANDO BECERRA BARRERA, ADMINISTRADOR DE LA ESTACIÓN DE SERVICIO LA DORADA

El Apoderado divide sus argumentos en dos líneas; por una parte, se refiere a las imputaciones en contra de las personas naturales que representa y, por la otra, expone sus posiciones frente a las imputaciones en contra de las personas jurídicas, tal y como se resume a continuación:

"Por la cual se imponen unas sanciones"

(i) **Observaciones a las acusaciones imputadas contra los señores Nora Elisa Velandia de Velandia, Orlando Becerra Barrera y Martha Patricia Rojas Rincón**

El Apoderado realiza una introducción en donde se refiere a que frente a sus poderdantes no existen sino sus propias declaraciones como pruebas en su contra. Así, inicia un análisis sobre cada una de las diligencias realizadas, en la siguiente forma:

- Declaración del señor Orlando Becerra Barrera, en calidad de administrador de la EDS La Dorada

El Apoderado sostiene que de las citas resaltadas por el ente investigador sólo se puede deducir que el señor Becerra, como administrador, ejecutaba todas las actividades relacionadas con el funcionamiento de la misma, razón por la que el hecho de conocer las circulares que la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE expedía y asistir a las reuniones de la FEDERACIÓN, no puede ser considerado restrictivo de la competencia sino una manifestación del derecho societario que posee la estación como afiliada.

Señala que su representado manifiesta haber asistido a reuniones donde se habló del margen, por ser un tema lógico en la actividad de distribución minorista de combustibles toda vez que influye en las utilidades de las estaciones de servicio.

- Declaración de la señora Martha Patricia Rojas Rincón, representante legal de la Isla Ltda.

Señala que de las declaraciones de la señora Rojas Rincón referentes a sus funciones y actividades dentro de la agremiación en calidad de vicepresidente, no le pueden ser imputados cargos, teniendo en cuenta que participar en temas para mejorar las condiciones de los agremiados es un objetivo de las agremiaciones.

Indica que las decisiones dentro de una agremiación son tomadas por la Asamblea General, Junta Directiva y/o Presidente o Gerente, lo cual descarta la responsabilidad de la mencionada señora que afirmó igualmente en su declaración, nunca haber tenido poder de decisión al no haber reemplazado al presidente de la agremiación.

Considera que en el Informe Motivado se acusa a su representada de participar en discusiones dirigidas a impedir el deterioro de los márgenes de comercialización de los combustibles en Duitama, situación que no se ve probada en las declaraciones resaltadas. Asimismo, considera que el hecho de que una persona manifieste su desacuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno, no puede hacerlo acreedor a una sanción y menos cuando no tiene autoridad para influir en una situación de precios que depende del mismo Gobierno y de cada distribuidor minorista.

- Declaración de la señora Nora Elisa Velandia de Velandia, representante legal de la estación de servicio Villa del Río Ltda.

El Apoderado manifiesta que los apartes resaltados en esta declaración no se pueden tomar de forma parcial por cuanto la declaración de la señora Velandia no es clara ni coherente, toda vez que de la misma no se puede definir si efectivamente existió un acuerdo de precios. Del mismo modo, considera que no es posible afirmar que la mencionada señora estuvo enterada de las decisiones tomadas por la Seccional, en tanto no hay pruebas contundentes pues tal como señala en su declaración, asistía a unas

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~EE-71794~~ DE 2011 Hoja N°. 14

"Por la cual se imponen unas sanciones"

reuniones de la FEDERACIÓN y a otras no, y la administración de la estación de servicio era compartida variando cada 3 meses.

(ii) Imputaciones de las estaciones de servicio La Isla Ltda. y Villa del Río Ltda.

Manifiesta el Apoderado su inconformidad frente a la afirmación contenida en el Informe Motivado en cuanto a que dichas estaciones de servicio se encontraban ejecutando una conducta anticompetitiva al presentarse un paralelismo consciente, pues si bien, para el período objeto de investigación se presentó una coincidencia entre los precios de ambas estaciones, esta situación no puede considerarse restrictiva de la competencia cuando es el propio mercado el que ha llevado a tal coincidencia.

Sostiene que si en el régimen de precios regulados como en el que opera en Duitama, la competencia en los precios puede presentarse hacia abajo, esto no significa que sea un imperativo, pues los distribuidores minoristas tienen la posibilidad de fijar el precio máximo establecido por el Gobierno. Afirma que esa es la situación que se presenta con las investigadas que llegan a una paridad de precios inconsciente teniendo en cuenta los factores en común que poseen, tales como identidad de ubicación, de flete y del precio establecido por el Gobierno.

Indica que no se puede imputar a las estaciones que apodera, un paralelismo consciente y menos las afectación de los consumidores, cuando en Duitama existían más de seis estaciones para la época de los hechos, que contaban con precios diferentes, lo cual brindaba la oportunidad de escogencia.

(iii) Tasación de la sanción

El Apoderado manifiesta no estar de acuerdo con la recomendación del Superintendente Delegado relacionada con multar a sus representados con la sanción máxima establecida en la ley, teniendo en cuenta de una parte, la inexistencia de las conductas endilgadas y de la otra, que la sanción no puede realizarse de una manera arbitraria sin tener en cuenta aspectos como la persistencia de la conducta, el grado de participación del implicado, los antecedentes del investigado, el aprovechamiento, el impacto de sus actuaciones sobre el mercado y la clase de empresa.

(iv) Prescripción de la acción sancionatoria - principio de favorabilidad

El Apoderado sostiene que una vez revisados los hechos denunciados, encuentra que la apertura de investigación se realizó tres años después de radicada la queja, lo cual significa que conforme a la normatividad existente para la época de los mismos (artículo 38 del C.C.A.), la acción sancionatoria ya había caducado. Sostiene que de acuerdo con el principio de favorabilidad y el de *nullum crimen, nulla poena sine lege* recogidos en el artículo 29 de la Constitución Política, el contenido de la Ley 1340 de 2009 y los términos de caducidad en ella establecidos no son aplicables a la presente investigación, pues la irretroactividad de la norma no podrá ser aplicada en lo desfavorable a los investigados.

5.4. ARGUMENTOS DEL SEÑOR RODRIGO VALENCIA CONCHA, EX PRESIDENTE DE FENDIPETRÓLEO NACIONAL

Para el Apoderado del señor Valencia Concha, su representado no incurrió en violación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. En su concepto, el numeral 14 del

artículo 3 del Decreto 3523 de 2009 y el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, no son aplicables dada la época de desvinculación del investigado de FENDIPETRÓLEO NACIONAL.

Señala el Abogado que durante el período en que el señor Valencia Concha se desempeñó como representante legal (junio de 2006 a mayo 2009), se encontraba en vigencia el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153. Sostiene que en relación con los verbos rectores de la conducta, debe advertirse que el mencionado señor no era el administrador, director, representante legal o revisor fiscal de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE que, según el Informe Motivado, fue la entidad que presuntamente remitió las comunicaciones a los distribuidores minoristas de Duitama. Por tanto, no pudo autorizar, ejecutar o tolerar actuaciones de dicha Seccional que pudieran ser restrictivas de la competencia en la ciudad de Duitama.

Así mismo, manifiesta que ni FENDIPETRÓLEO NACIONAL ni el entonces representante legal, tenían voto o participación directa o indirecta sobre las decisiones de la Asamblea o Junta Directiva de la Seccional, situación que se evidencia particularmente en el acápite de decisiones y quórum contenido en los estatutos de la misma y en la grabación que se señala en el Informe Motivado, en la cual consta que el mismo señor reconoció la independencia de las estaciones agremiadas cuando afirmó que se trataba de "negocios independientes".

Como segundo punto de sus argumentos, el Apoderado manifiesta que las declaraciones de Rodrigo Valencia Concha en su calidad de representante legal de FENDIPETRÓLEO NACIONAL no fueron declaraciones tendientes a *"influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos, o bien, para que desista de su intención de rebajarlos"*, toda vez que, en ejercicio de sus funciones el señor Valencia Concha no se encontraba en facultad de constreñir o presionar a las estaciones de Duitama.

Señala que según el Informe Motivado, los actos del mencionado señor Valencia consistieron en influenciar, como representante legal de FENDIPETRÓLEO NACIONAL a la Seccional, para que fijara los precios mediante circulares. No obstante, resalta que esta última no acata órdenes, ni está obligada a escuchar a la FEDERACIÓN NACIONAL, además de no tener la calidad de empresa, *"que es uno de los presupuestos de la influenciación respecto del sujeto pasivo."*

Otro de los elementos de defensa puestos de presente en el escrito de opiniones al Informe Motivado, consiste en la no existencia de evidencia de que el señor Valencia Concha haya participado en una presunta insinuación de precios en las estaciones de servicio de Duitama, entre enero de 2007 a junio de 2007. El Apoderado señala que de acuerdo con la Resolución de Apertura de investigación, la práctica conscientemente paralela se refiere al precio de los combustibles en Duitama durante el período comprendido entre enero de 2007 y diciembre de 2007.

Indica al respecto, que el Informe solicita la máxima sanción para su representado a causa de una intervención en la asamblea de la Seccional efectuada el 14 de junio de 2008, es decir, posterior al período investigado, por lo que el paralelismo de precios presentado previamente a la citada fecha y puntualmente el producido durante el período investigado, no puede endilgársele.

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~71794~~ DE 2011 Hoja N°. 16

"Por la cual se imponen unas sanciones"

En lo relativo a la intervención de Rodrigo Valencia Concha en la asamblea general de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ CASANARE No. 102, considera el Apoderado que la misma fue transcrita sesgadamente y descontextualizada en el Informe Motivado. Según la opinión planteada, las declaraciones del investigado en la mencionada asamblea no fueron transcritas en su totalidad, pues en el texto del mismo se sustituyen con puntos suspensivos entre paréntesis partes fundamentales de su intervención en la que queda evidenciado que: (i) reconoció la libertad de cada una de las estaciones para fijar sus precios y (ii) cuando se refiere al margen de comercialización, está emitiendo su concepto frente al estudio de márgenes que iba a licitar el Ministerio de Minas y Energía.

Sostiene que de la transcripción literal de la asamblea se deduce que no existió una influenciación, debido a que: (i) cuando el señor Valencia Concha indicó que los presentes se esforzaban en bajar y vender a márgenes menores luchando contra ellos mismos, reconoció que en todo caso se trataba de negocios independientes; (ii) cuando indicó que el precio del combustible iba a subir y a seguir subiendo por lo que era prudencial tener un margen desde ahora, se refería a las gestiones de incrementar el precio con ocasión de su intervención en el Senado, y (iii) cuando se refirió a precios, dio su opinión sobre un estudio que iba a licitar el Ministerio de Minas y Energía que de manera alguna se refería a precios de las Estaciones de servicio de Duitama.

Finalmente, se expone como argumento de defensa que esta Entidad no tuvo en cuenta que en un mercado regulado como el de Duitama, el paralelismo de precios podría tener una justificación legal. Al respecto, se indica que de conformidad con la potestad del Ministerio de Minas y Energía para adoptar la política de precios de distribución del petróleo, se asignó el régimen de libertad regulada a la ciudad de Duitama y que según el mismo, los precios máximos son fijados por el Gobierno a través del margen máximo de comercialización a los distribuidores de la cadena, siendo su precio total el resultado de una serie de variables, algunas con valores asignados y otras con topes fijados por el Ministerio.

Sostiene que las dos variables que son susceptibles de cambiar son: (i) el margen del distribuidor minorista que no puede exceder de aquel fijado para las ciudades sometidas al régimen de libertad regulada, pero que podrá ser inferior si el distribuidor logra eficiencias y (ii) los costos de transporte.

Por lo tanto, advierte que el paralelismo de precios en el régimen de libertad regulada podría producirse en: (i) el margen del distribuidor minorista pues cada vez que una de las estaciones sujetas a precio máximo regulado logre eficiencias y esté en posibilidades de vender el producto con un margen inferior al máximo regulado, esa estación podrá optar por cobrar el margen máximo regulado, ya que por esa vía, convierte sus eficiencias en utilidades al poder prestar el servicio a un menor costo y poder seguir cobrando al mismo costo que la competencia, y (ii) los costos de transporte desde la planta de abastecimiento más cercana hasta la estación de servicio, pues en el caso de Duitama, el Comité Municipal de precios no fijó los mismos y como consecuencia de la inexistencia de un modelo de costos específicos para el transporte de hidrocarburos, la Delegatura estimó que no puede haber paralelismo de precios respecto a esta variable, sin tener en cuenta que las similitudes en la tarifa de transporte pueden ser el sustento del paralelismo de precios.

SEXTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, concordante con el artículo 7 del Decreto 1687 de 2010, el 27 de octubre de 2011 se

"Por la cual se imponen unas sanciones"

escuchó al Consejo Asesor que recomendó al Superintendente acoger la recomendación presentada por el Delegado para la Protección de la Competencia. Habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho procede a resolver el presente caso en los siguientes términos:

6.1. COMPETENCIA

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad *"Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*.

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 8 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010 señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica"*.

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que *"[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas"*.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

6.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con la Resolución No. 33970 del 30 de junio de 2010, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, se examinó la presunta infracción a las siguientes normas:

6.2.1. Prohibición general

Señala el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: *"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"*.

6.2.2. Acto de influenciar a una empresa

Señala el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, que se considera contrario a la libre competencia *"influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios"*.

6.2.3. Acuerdo de fijación de precios

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se consideran acuerdos contrarios a la libre competencia, entre otros, *"los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios"*.

6.3. EL MERCADO DE DISTRIBUCION MINORISTA DE COMBUSTIBLES

A pesar de que en el Informe Motivado elaborado por la Delegatura se hace una descripción clara y suficiente del mercado de la distribución minorista de combustible, este Despacho retomará varios de los conceptos allí expuestos, en aras de darle mayor coherencia y claridad a la misma.

6.3.1. Regímenes de libertad vigilada y libertad regulada

Sin duda, debe iniciarse por mencionar el numeral 1 del artículo 3 del Decreto-Ley 2119 de 1992, que prevé que es el Ministerio de Minas y Energía quien debe adoptar la política nacional en materia de distribución de hidrocarburos, así como establecer y aplicar la política de precios del petróleo y sus derivados. Asimismo, conforme al numeral 19 del artículo 5 del Decreto 070 de 2001, le corresponde a dicho Ministerio *"Fijar los precios de los productos derivados del petróleo a lo largo de toda la cadena de producción y distribución, con excepción del Gas Licuado del Petróleo"*.

Otro de los elementos regulatorios relevantes consiste en la expedición de las Resoluciones No. 82438 y No. 82439 de 1998, mediante las cuales el Gobierno Nacional adoptó una nueva estructura para la fijación de precios de la gasolina corriente motor y ACPM, dando lugar a los regímenes de libertad vigilada y libertad regulada. En este punto, resulta conveniente transcribir lo ya señalado por la Delegatura en su Informe, sobre las definiciones de las libertades anotadas:

"Libertad vigilada: En este régimen, los precios de venta al público por galón son fijados libremente por cada distribuidor minorista. Este sistema permite que cada minorista determine el margen de distribución, de acuerdo con sus costos de operación y el retorno esperado sobre el capital invertido, y se aplica en aquellas zonas en donde exista un número adecuado de actores en el mercado que garanticen la libre competencia entre los distintos oferentes. Siguiendo este criterio el régimen de libertad vigilada existía en la mayoría de las ciudades capitales de departamento, puesto que en éstas se concentra el 70% del total de la demanda total, tanto en gasolina corriente como en ACPM que se mueve a través de las estaciones de

"Por la cual se imponen unas sanciones"

servicio y en las cuales existe un alto nivel de cobertura de estaciones de servicio por número de usuarios⁸.

La libertad vigilada se aplica en las ciudades capitales de los siguientes departamentos: Antioquia, Atlántico, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cauca, Cesar, Córdoba, Huila, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Santander, Sucre, Tolima y Valle y para Bogotá D.C.⁹.

Libertad regulada: En este caso los precios máximos de venta al público por galón de Gasolina Corriente Motor son fijados por el Gobierno a través del margen máximo de comercialización permitido a los distribuidores de la cadena. Este sistema busca ponerle un límite al margen de los minoristas para evitar alzas excesivas en los precios del combustible en zonas donde no hay competencia y/o donde hay sobre costos en transporte.

Adicionalmente, en estos municipios, los Comités Municipales de precios¹⁰ definen los costos de transporte que se aplican para definir el precio máximo al público de la gasolina corriente motor en sus respectivas localidades¹¹.

Este régimen es aplicado en las ciudades capitales de los siguientes departamentos: Amazonas, Arauca, Caquetá, Casanare, Chocó, Guainía, Guaviare, La Guajira,

⁸ Al observar que no se estaba generando una efectiva competencia en las estaciones de servicio de las capitales del país y sus áreas metropolitanas, el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución No. 181047 del 22 de junio de 2011 mediante la cual "se adopta el régimen de libertad regulada para la fijación de precios de venta al público de la gasolina corriente motor, oxigenada, la gasolina motor corriente, el ACPM y la mezcla de ACPM con biocombustibles para el uso de motores diesel". En este sentido, el Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía señaló en desarrollo de su declaración que: "Pregunta 1. Explique cuáles son los regímenes de precios aplicables a la gasolina corriente, y ACPM en el territorio Nacional.

Respondió: (...) A partir del 22 de junio de este año empezamos a identificar una serie de conductas que nos mostraban que en algunas capitales, por no decir que en la gran mayoría de ellas, no había una competencia suficiente, que se daba era una política de techos y no como tal de dicha competencia, y el Gobierno tomó la decisión de intervenir y regresar en todo el país a un régimen de libertad regulada donde hay un margen máximo para el distribuidor minorista o estación de servicio y puede vender los precios, tiene un valor máximo en las diferentes capitales del país y en las diferentes zonas donde ya existía de tiempo atrás. Qué diferencias hay entre el uno y el otro, entre las ciudades en sí? Básicamente la diferencia fundamental es que el costo del transporte de llevar el combustible de las plantas de abastecimiento de los distribuidores mayoristas donde llega por Tubos principalmente de las refinerías de Ecopetrol o de los puertos de importación, de las plantas de abastecimiento a las estaciones de servicio es variable dependiendo de la distancia que haya a los diferentes municipios y lo que señala la norma actualmente es que en los municipios se debe crear un comité de precios y que son los alcaldes los encargados de fijar esa tarifa de transporte. Nosotros hemos hecho hoy una fijación para las capitales pero en el resto de los municipios son los alcaldes los llamados a determinar cuál es esa tarifa de transporte entre digámoslo así la planta de abastecimiento y las estaciones de servicio del municipio respectivo. Entonces básicamente es una política hoy asociada a la libertad regulada a precios máximos al consumidor final y pues permite y seguirá permitiendo una posible competencia entre los agentes debajo de ese precio máximo". (Subraya fuera de texto) Folios 105 a 106 del cuaderno público No. 11 del expediente.

⁹ Resolución No. 82438 y No. 82439 de 1998, artículo 5.

¹⁰ Decreto 2876 de 1984, artículo 3 "Los precios fijados por las entidades competentes son de carácter nacional y solamente podrán variarse a nivel departamental, intendencial, comisarial o municipal en el evento en que se adicione el valor determinado por los comités municipales de precios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del presente decreto".

¹¹ Ministerio de Minas y Energía. Comunicado de mayo 17 de 2007. Ajustes a los márgenes de las estaciones de servicio en las zonas de libertad regulada, publicado en la página web www.minminas.gov.co.

*Vaupés, Vichada y en los demás municipios del territorio nacional no incluidos en el régimen de libertad vigilada, dentro de los cuales se encuentra la ciudad de Duitama (Boyacá)*¹²."

Conforme a las anteriores definiciones, es claro que es el Ministerio de Minas la entidad encargada de establecer en qué regiones o localidades es aplicable uno u otro régimen, para lo cual, tiene en cuenta las condiciones económicas propias de cada mercado¹³. Ahora bien, en el caso de la libertad regulada, en la medida que existe un precio máximo de venta al público, también se requiere un mecanismo para determinarlo. Es así como, a través de la ya mencionada Resolución No. 82438 de 1998, se estableció la fórmula que a continuación se muestra, con el fin de que la misma fuera aplicada en aquellas ciudades incluidas en dicho régimen¹⁴:

$$PMV_t = PMA_t + MDM + AD_t + Tm$$

- PMV_t: Precio de venta máximo al público vigente para el período t.
- PMA_t: Precio Máximo de Venta en Planta de Abastecimiento Mayorista, explicitado y definido en la ecuación.
- MDM: Margen del Distribuidor Minorista. Corresponde al margen máximo reconocido a favor del Distribuidor Minorista, el cual se fija teniendo en cuenta: inversiones en infraestructura, costos de operación y mantenimiento, gastos de administración y ventas.
- AD_t: Porcentaje señalado por evaporación, pérdida o cualquier otro concepto que afecte el volumen del combustible. Este margen no incluye el transporte desde la Planta de Abasto hasta la estación de servicio.
- Tm: Costos incurridos en el transporte de un galón de Gasolina Motor Corriente o ACPM desde la Planta de Abastecimiento más cercana o aquella que abastece el municipio hasta la estación de servicio.

Para el caso bajo estudio, se considera de gran importancia citar la comunicación del Ministerio de Minas y Energía, fechada el 18 de abril de 2011, en donde se indicó que en la estructura de precios del régimen de libertad regulada: "(...) se reconoce los costos de transporte entre la planta de abastecimiento del Distribuidor Mayorista y la estación de servicio, y si ese valor es superior al valor reconocido en la resolución de precios del Ministerio de Minas y Energía, los comités municipales de precios establecerán dicho valor, en desarrollo de las facultades otorgadas en el Decreto 2876 de 1984 y las resoluciones 0492 de 1986 y 81826 de 1994".

En la misma comunicación se hace alusión al mercado de Boyacá, refiriéndose específicamente al precio de referencia en él aplicable, en los siguientes términos:

¹² Resolución 82438 y 82439 de 1998, artículo 6.

¹³ Folios 223 y 224 del Cuaderno público No. 10 del expediente.

¹⁴ *Ibidem*. Folios 223 y 224 del cuaderno público No. 10 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

(...) Las EDS ubicadas en el departamento de Boyacá, se abastecen en su gran mayoría de los distribuidores mayoristas ubicados en Bogotá y Facatativá. En estos casos, para el cálculo del precio de venta al público de los municipios de Boyacá, a excepción de la ciudad de Tunja que se rige bajo la libertad vigilada, deberá tomarse como base el precio de la referencia establecido mensualmente por el Ministerio de Minas y Energía para la ciudad de Bogotá, y descontarle el valor de Tm que se haya calculado en dicho período. A dicho valor resultante, se le suma el valor de Tm que establezca el Comité municipal de precios que se haya creado en el respectivo municipio. Este valor es el precio que se debe establecer de venta en cada una de las EDS ubicadas en dicho municipio¹⁵. (Subrayas fuera de texto).

Tal y como lo pone de presente en su informe la Delegatura, que el artículo 6 Resolución No. 82439 del 23 de diciembre de 1998, mediante la cual se adoptó una nueva estructura para la fijación de precios del ACPM, establece que la fórmula para obtener los precios máximos de venta al público por galón es igual a la de la Gasolina Corriente, a excepción del porcentaje señalado por evaporación, pérdida o cualquier otro concepto que afecte el volumen del combustible, que no se encuentra contemplado dentro de la misma.

6.3.2. Comités municipales de precios

De acuerdo con el Decreto 2876 de 1984, "La facultad de adicionar los precios por razón de fletes por concepto de transporte compete a los Comités Municipales de Precios, los cuales serán creados por los Gobernadores, Intendentes y Comisarios"¹⁶. No puede desconocerse además, lo que sobre el tema señaló el Ministerio de Minas y Energía, en los siguientes términos:

"Desafortunadamente dichos comités no están actuando, y en ese orden de ideas, cada una de las estaciones de servicio automotriz establecen bajo su propio criterio dichos precios, dando lugar a un (sic) estructura de precios que pueden ser diferentes entre las estaciones de servicio que les aplica el régimen de libertad regulada¹⁷". (Subraya fuera de texto).

Sobre la formación de precios en este tipo de regímenes, el Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, en declaración rendida ante esta Entidad, frente al cuestionamiento sobre quién fija el costo del transporte en los casos en que no opera el comité de precios, señaló que "Desde el punto de vista legal debería ser exclusivamente el comité local de precios, si me preguntas ya desde el punto de vista práctico creería que en donde los alcaldes no intervinieron, los propios agentes deberían ser los que habrían fijado esos precios de transporte¹⁸".

¹⁵ Folios 223 y 224 del cuaderno público No. 10 del expediente.

¹⁶ Dentro de la estructura de precios de la Gasolina Corriente y ACPM prevista para el régimen de libertad regulada, la variable Tm solamente puede variar de acuerdo con el valor establecido por los Comités Municipales de Precios, siempre que el costo de transporte desde la planta de abastecimiento hasta la estación de servicio exceda de aquel reconocido en la resolución expedida por el Ministerio de Minas y Energía. En este caso, la variable Tm será aquella que determine el Comité, una vez levantada el acta correspondiente. (Subraya fuera de texto).

Artículo 7.

¹⁷ Folio 224 del cuaderno público No. 10 del expediente.

¹⁸ Folios 105 y 106 del cuaderno público No. 11 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones".

En la misma declaración, frente al papel que cumple el costo de transporte dentro de la fórmula, independientemente de si proviene de los comités de precios o de los mismos agentes del mercado, el funcionario manifestó que dicho valor debería reemplazar el ítem establecido como transporte y no adicionarse al valor máximo del precio de venta al público de gasolina corriente y/o ACPM¹⁹.

6.3.3. Costo del Transporte

De acuerdo con la información que obra en el expediente, no existe en la actualidad una tabla que sirva como referencia para establecer el valor del transporte de hidrocarburos en Colombia. Sobre el tema, el Director de Regulación del Ministerio de Transporte, explicó:

*"Nosotros tenemos un modelo para el costo de transporte de carga general, no tenemos un modelo de costos específicos para el transporte de hidrocarburos. Lo que hemos desarrollado es un modelo de carga general, un poco obedeciendo o siguiendo la línea del decreto 2663 que definía unos precios mínimos o regulaba las tarifas para el transporte carga general. Lo que prevé la normatividad es que el transporte de mercancías peligrosas como los hidrocarburos, que tienen un valor agregado o un mayor costo deben ser los actores involucrados en el proceso quienes definan cuál es el valor de ese mayor valor agregado. El ministerio de transporte solo calcula una base y es el transporte para carga general de ahí en adelante da la libertad a los transportadores o a los actores que están involucrados a calcular cuál es el mayor costo que generaría el transporte de hidrocarburos*²⁰". (Subraya fuera del texto).

Comparte plenamente este Despacho las conclusiones a las que llega la Delegatura en su Informe Motivado sobre las variables tenidas en cuenta para la formación de los precios en el régimen de libertad regulada y que a continuación se transcriben:

"Atendiendo a lo anterior, la variable correspondiente al margen del distribuidor minorista que busca la remuneración por las inversiones, costos, gastos y utilidad asociada a la operación, permite la existencia de precios menores a los de referencia dependiendo de las características de cada estación de servicio, al tiempo que la variable relacionada con el costo del transporte desde la planta de abastecimiento hasta la estación de servicio, podrá ser reemplazada siempre que dicho costo exceda el valor establecido por el Ministerio de Minas y Energía en la estructura de los precios de los combustibles.

Así las cosas, el precio máximo de venta al público que contiene la Resolución del Ministerio de Minas y Energía para el caso de la gasolina corriente y ACPM estaría

¹⁹ "Pregunta 8: Sabe usted si el costo del transporte fijado por el comité de precios o en su defecto por los agentes del mercado se adiciona al valor máximo del precio de venta al público de gasolina corriente y/o ACPM o si por el contrario reemplaza al establecido en la fórmula como transporte.

Respondió: Debería reemplazar al establecido como transporte. Para las ciudades de libertad vigilada el Gobierno había establecido como referencia un valor que era de 0,5 centavos de dólar por galón como referencia. Ahora si uno lo mira en la práctica 10 pesos no era una tarifa real de transporte en ninguna capital del país, inclusive Bogotá siendo Puente Aranda la planta de abastecimiento más cercana a los mercados, 10 pesos no vale, de acuerdo a los análisis la tarifa promedio en las ciudades capitales está en 45 pesos, pero pues en general en la libertad regulada debería ir a reemplazar ese rubro que estaba definido entre la estructura de precios". (Subraya fuera de texto).

²⁰ Folios 89 y 90 del cuaderno público No. 11 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

compuesto por el precio máximo de venta en planta mayorista, el margen del distribuidor minorista, el porcentaje por evaporación (gasolina corriente) y por la tarifa del transporte real de la planta de abastecimiento a la estación de servicio, la cual debe responder a la tarifa racional de mercado que fijen los comités locales de precios en cada municipio".

Habiendo hecho referencia a la estructura general de mercado y en especial, a la regulación pertinente en lo que a la formación de los precios de la gasolina corriente y el ACPM se refiere, a continuación se entrarán a analizar una a una las conductas endilgadas y las pruebas que frente a las mismas obran en el expediente.

6.3.4. Ubicación estratégica de Duitama en la región

No puede desconocerse la ubicación geográfica que tiene Duitama en la región, la cual fue debidamente reseñada por la Delegatura en su Informe y constituye un elemento de importancia en el análisis del mercado sobre el cual versa la investigación. Por esta razón, considera este Despacho pertinente citar el aparte correspondiente:

"La ciudad de Duitama se encuentra localizada en una región del país que se ubica cerca de grandes parques industriales que implican un alto desarrollo de infraestructura en el sector. En efecto, plantas de producción de empresas tales como Bavaria, Postobón, Femsá, Holcim, Acerías Paz del Río, así como algunas minas de carbón, se encuentran circundantes a dicha ciudad.

De igual manera, Duitama es un paso obligado de conexión desde el centro del país hacia las zonas turísticas tanto del departamento de Boyacá como de la Costa Caribe.

Teniendo en cuenta lo anterior, el abastecimiento de combustibles para vehículos livianos y de carga tiene una gran relevancia dentro de la zona en mención, por ello atendiendo a la demanda de combustibles, fue posible determinar que las estaciones de servicio investigadas se encuentran ubicadas sobre dos ejes viales específicos, a saber:

El primero de los ejes (Mapa No. 1) se encuentra ubicado en la carrera 42, que conecta a Duitama con Paipa y Sogamoso y hace parte de la carretera Panamericana que enlaza el centro del país con los Llanos Orientales. Así mismo, es una de las salidas que se comunica con la Costa Atlántica, por lo que se trata de un corredor vial que posee un alto nivel de tránsito vehicular tanto de carros livianos como pesados. Sobre este tramo se encuentran las estaciones de Comertrans, La Isla, Tundama, Villa del Río y Cootrachica.

El segundo eje vial (Mapa No. 2) se ubica en la carrera 18 que conecta a Duitama por el nororiente con Santa Rosa de Viterbo y por el suroccidente con la antigua vía al departamento de Santander. Las estaciones de servicio localizadas sobre o circundantes este eje son: La Avenida, Inpro, La Dorada y Cooflotax.

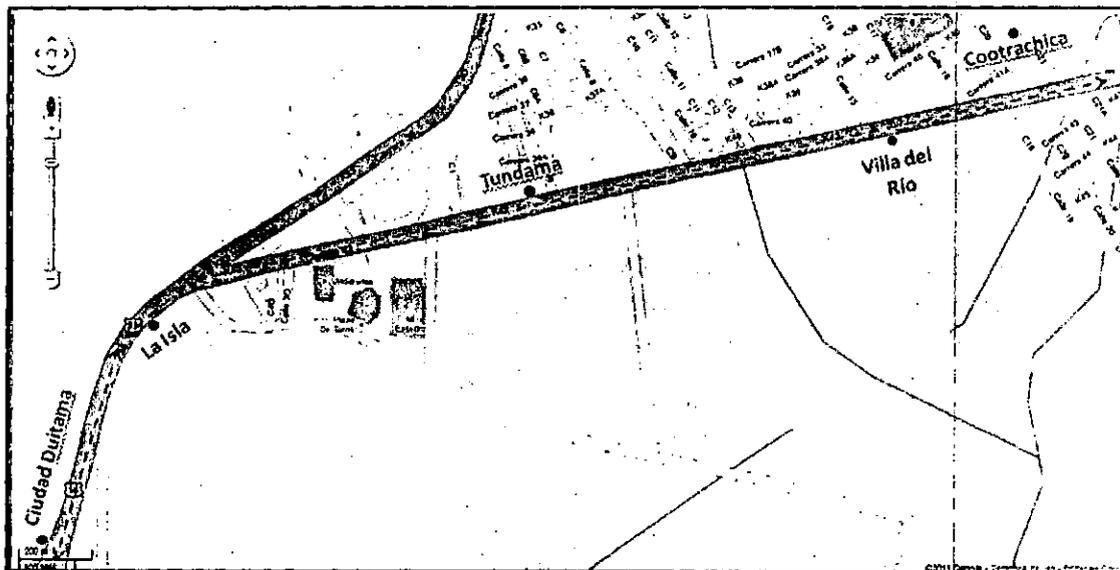
Vale decir, que revisadas las pruebas obrantes en el expediente se pudo establecer que las estaciones de servicio Terminal y Santa Inés, no se encuentran localizadas

RESOLUCIÓN NÚMERO **71794** DE 2011 Hoja N°. 24

"Por la cual se imponen unas sanciones"

en la ciudad de Duitama sino en Sogamoso, razón por la cual se abstraerán del presente análisis²¹.

MAPA No. 1
LOCALIZACIÓN ESTACIONES DE SERVICIOS DE DUITAMA
UBICADAS SOBRE LA CARRERA 42

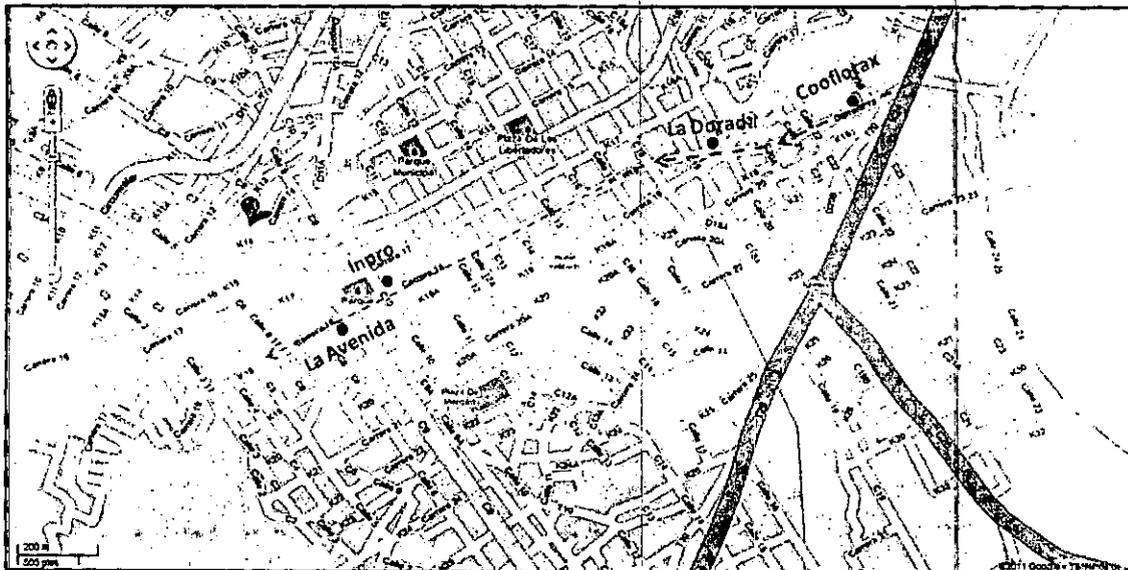


Fuente: Google Maps e información obrante en el expediente.

MAPA No. 2
LOCALIZACIÓN ESTACIONES DE SERVICIOS DE DUITAMA
UBICADAS SOBRE LA CARRERA 18

²¹ Folio 226 del cuaderno público No. 10 del expediente. Comunicación 07-027597-185-2 del 18 de abril de 2011 del Ministerio de Minas y Energía: "(...) g) La ciudad donde se encuentran ubicadas en el departamento de Boyacá las estaciones de Servicio denominadas Terminal y Santa Inés de propiedad de la firma DICOSOL S.A. LA ESTACIÓN DE SERVICIO EL TERMINAL (Código SICOM 633798), de propiedad de la sociedad DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIBLES EL SOL S.A., Nit. 891.855.600-1, se encuentra incluida en el listado de EDS CERTIFICADAS emitido por la Dirección de Hidrocarburos en la fila 1185, y está ubicada en la Avenida San Martín No. 11A-42, municipio Sogamoso, Boyacá. LA ESTACION DE SERVICIO SANTA INÉS (Código SICOM 631246), de propiedad de la sociedad DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIBLES EL SOL S.A., Nit. 891.855.600-1, se encuentra incluida en el listado de EDS CERTIFICADAS emitido por la Dirección de Hidrocarburos en la fila 1656, y está ubicada en la Calle 11 No. 15-42, municipio Sogamoso, Boyacá".

"Por la cual se imponen unas sanciones"



Fuente: Google Maps e información obrante en el expediente".

Como se verá más adelante, la ubicación de las estaciones de servicio es uno de los factores a tener en cuenta dentro del análisis sobre elementos diferenciadores de las estructuras de costos de los diferentes agentes en el mercado.

6.4. RESPECTO DE LA INFRACCIÓN AL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 48 DEL DECRETO 2153 DE 1992

6.4.1. Supuestos normativos

El numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 establece que:

"Artículo 48. Actos 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 los siguientes actos:

(...)

2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios."

Son varios los elementos que componen el análisis de la conducta en cuestión. Por una parte, se tiene un aspecto subjetivo, el cual se refiere a que debe existir un sujeto activo y uno pasivo de la influenciación. Es decir, debe existir un agente económico que ejerce la conducta sobre otro u otros agentes, quienes permiten que la actuación del sujeto activo incida en sus decisiones sobre precios. Por su parte, el elemento objetivo es en sí misma la influencia ejercida y de acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales sobre el tema requiere la existencia de algún grado de constreñimiento o presión.

No es posible hacer referencia a este tipo de infracción, sin tener en cuenta la decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente No 2001-01261 del 19 de noviembre de 2009, en donde se hace un análisis de los elementos arriba enunciados y se explica la composición de la infracción tratada. Así, en primer lugar, para el Consejo, el elemento objetivo "(...) no es otro, que el ejercicio de la

"Por la cual se imponen unas sanciones"

*actividad económica desplegada por una empresa, en la que sus actos vayan encaminados a alterar el libre albedrío de otra empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los productos y servicios que ofrece*²².

Por otra parte, frente al concepto de influenciar se señala en la decisión anotada lo siguiente:

*"En efecto la conducta de "influenciar" presupone "incidir", "sugerir", esto es, "insinuar" o "inspirar" una idea, en el parecer de otro sobre el monto del precio que debe cobrarse al público consumidor por un determinado producto, bien sea para aumentarlo o disminuirlo"*²³.

Finalmente, debe reiterarse que como lo señala el mismo Consejo de Estado, "Para que la conducta sea considerada como contraria a la libre competencia, es necesario que concurren los elementos subjetivo y objetivo que integran la estructura jurídica de la citada norma".

De manera general, al evaluar la existencia de una infracción como la anotada, es necesario corroborar la presencia de: (i) un sujeto activo que ejerce la influencia; (ii) un sujeto activo que recibe la influencia; (iii) una incidencia sobre los precios o las políticas de precios del sujeto pasivo; y (iv) un constreñimiento o presión ejercida por el sujeto activo. Vale adicionar que en este tipo de conductas, no se requiere la demostración de un efecto de las mismas, siendo suficiente que se haya tenido como objeto la intención de influenciar.

6.4.2. Responsabilidad de las asociaciones o gremios frente a las infracciones al régimen de protección de la competencia

Debe iniciarse este análisis con una referencia al marco Constitucional del derecho de asociación y a los alcances del mismo. Así, el artículo 38 de la Constitución Nacional consagra el derecho a la libre asociación en los siguientes términos:

"Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad."

Sobre la autonomía de la voluntad privada, la Corte Constitucional se ha pronunciado como a continuación se muestra:

"(...) Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad"²⁴. (Subrayado fuera de texto)

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Doctor Marco Antonio Velilla Moreno. Expediente No 2001-01261. Recurso de Apelación contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. p. 25.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Sentencia T-338 de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Conforme a lo anterior, si bien existe un reconocimiento constitucional a la libre asociación, dicha libertad no es ilimitada y encuentra como una de sus fronteras la protección del interés general. Es decir, a través de las actividades gremiales y de representación sectorial no puede desarrollarse ningún tipo de conducta que tenga la envergadura de afectar el interés general, representado en el normal y correcto funcionamiento de los mercados.

Por su parte, el derecho a la libre competencia económica es considerado por la misma Constitución como de interés general²⁵ y constitutivo de responsabilidades para los administrados. Al respecto, en la Sentencia C-815 de 2001, la Corte Constitucional consideró que:

"Se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad. Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades"²⁶. (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, para este Despacho es claro que la comisión de una conducta anticompetitiva no puede estar justificada en actividades gremiales o en el derecho de asociación, pues con este tipo de infracciones se amenaza o se afecta de forma efectiva el interés colectivo representado en el correcto funcionamiento de los mercados.

No se trata por lo tanto, de una de las innovaciones de la Ley 1340 ya que antes de su promulgación ya se habían presentado casos ante esta Entidad en donde se sancionó a asociaciones por participar y/o propiciar conductas restrictivas de la competencia²⁷.

²⁵ ARTICULO 333. "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación." (Subrayado fuera de texto)

²⁶ Sentencia C-815 de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

²⁷ A través de la Resolución No. 29302 de 2000 sancionó a la Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada- ANDEVIP y otras empresas prestadoras del servicio de vigilancia privada, al acreditar principalmente la existencia de un acuerdo para el establecimiento de precios mínimos en la prestación de los servicios de vigilancia privada en varias de sus modalidades, así como para la determinación de los servicios que cada una de las empresas prestaba y para la prohibición de servicios adicionales sin costo como parte de las políticas comerciales de los agentes, el cual fue llevado a cabo con ocasión de la agremiación y mediante la misma.

RESOLUCIÓN NÚMERO 71794 DE 2011 Hoja N°. 28

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Específicamente en el mercado de los combustibles, mediante la Resolución No. 35523 de 2002, se sancionó a la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño –ADICONAR, por la influenciación a diferentes agentes del mercado de combustibles con el fin de que desistieran de su intención de reducir los precios de sus productos.

Para este Despacho no es desconocido que las asociaciones pueden ejercer labores de representación y consultoría frente a sus agremiados y que es precisamente dicha actividad la que es protegida constitucionalmente. Sin embargo, no puede entenderse bajo ningún punto de vista que bajo la sombra de dichas labores, se propicie, planee, estructure o ejecute una conducta anticompetitiva. Vale la pena citar lo ya afirmado en el Informe Motivado al respecto:

"En primer lugar, dichas personas jurídicas tienen un obrar propio, que las pone como un agente de un mercado determinado, por ejemplo, cuando las mismas adquieren bienes o proveen servicios de consultoría; en segundo lugar, las asociaciones y los gremios, desarrollan actividades para y con objeto de representar los intereses de sus asociados, de manera tal que, o bien sus recomendaciones, directrices, decisiones o bien su carácter de escenario o instrumento de representación de sus asociados, propicie o traiga consigo la realización de actos contrarios al régimen de protección de la libre y leal competencia".

Respecto a los límites de las actividades ejercidas por las asociaciones, basta con afirmar que los mismos no son absolutos y debe analizarse caso por caso la actuación realizada y si con la misma se logró por objeto o como efecto atentar en contra de la libre competencia. No obstante, es posible de manera general hacer referencia a lo que a ha sido considerado como una transgresión a dichos límites por diferentes autoridades de competencia a nivel internacional. Sin ser una lista exhaustiva, pueden llegar a considerarse restrictivas las decisiones de asociaciones o gremios relacionadas con precios, publicidad, compras o ventas conjuntas a través de la asociación, estándares técnicos, certificación, normas de conducta e intercambio de información. Con todo, quizá los tipos más preocupantes para el derecho de la competencia son las recomendaciones relacionadas con precio o las prestaciones de contratos uniformes, compras conjuntas, publicidad e intercambio de información.

Sobre el tema, se ha reconocido que las asociaciones son entidades que a pesar de que sus actividades en su gran mayoría pueden ser benéficas para un sector determinado de la economía, también tienen la potencialidad de convertirse en un centro idóneo para la realización de conductas anticompetitivas por parte de sus asociados. Sobre este punto, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD), ha señalado:

"Las asociaciones gremiales están, por su propia naturaleza, expuestas a los riesgos de cometer ilícito anticompetitivos, a pesar de que tienen muchos aspectos pro competitivos. La participación en actividades de una asociación gremial o profesional entrega una amplia gama de oportunidades para que empresas que están en la misma línea de negocios se reúnan periódicamente y discutan sobre asuntos comerciales de interés común. Tales reuniones y conversaciones, aún cuando se den en el marco del cumplimiento legítimo de los objetivos de la asociación, dan espacio a la reunión de competidores directos, y les entrega oportunidades regulares para intercambiar sus impresiones sobre el mercado, lo cual los puede fácilmente llevar a una coordinación ilegal. Las conversaciones casuales sobre precios, cantidades y

"Por la cual se imponen unas sanciones"

*futuras estrategias de negocio pueden llevar a acuerdos o entendimientos informales que claramente transgreden las disposiciones de libre competencia. Es por esta razón que las asociaciones y sus actividades están sujetas a un cuidadoso escrutinio por parte de las autoridades de competencia de todo el mundo*²⁸. (Subrayado fuera de texto)

La Comisión Federal de la Competencia de Estados Unidos ha tenido la siguiente aproximación frente al asunto:

*"Los acuerdos que facilitan la colusión, en ocasiones implican el intercambio o la divulgación de información (...) la preocupación en términos de la competencia depende de la naturaleza de la información compartida. Manteniendo los demás factores iguales, el intercambio de información relativa a precios, producción, costos o la planificación estratégica es más probable que suscite mayor preocupación que aquel relacionado con información con variables de competencia menos sensibles. (...)"*²⁹.

Así pues, lo anterior no es otra cosa que una muestra del reconocimiento internacional a las posibles infracciones que pueden emerger de las actividades llevadas a cabo por medio de las asociaciones y gremios³⁰.

Esta Entidad recientemente se ha referido a este aspecto en los siguientes términos:

*"En efecto, se reconoce la importancia de estas comunicaciones en materia de eficiencia para el sector, bajo el derecho de la libre asociación entre los agentes. No obstante, lo que no se puede admitir bajo ninguna circunstancia es que exista una extralimitación en las funciones de la agremiación y esta asociación se convierta en una plataforma de intercambio de información sensible que limite la competencia en el sector, generando distorsiones en la información necesaria para la determinación de variables fundamentales en el sector"*³¹.

Teniendo todo lo anterior en cuenta, debe entenderse que las asociaciones deben abstenerse de intervenir en la formación de los precios en los mercados donde participan sus agremiadas. Como eje de la libre competencia se encuentra la determinación independiente de precios por parte de los diferentes competidores. Es por esta razón que cualquier tipo de influencia, sugerencia o recomendación sobre dichas decisiones individuales puede generar distorsiones artificiales que desembocan en restricciones anticompetitivas y que por lo tanto, configuran una conducta reprochable. A continuación, se analizará, entonces, si con las conductas ejercidas por FENDIPETRÓLEO NACIONAL y

²⁸ OECD (2008), *Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations (DAF/COMP(2007)45)*, November. Ver <http://www.oecd.org/dataoecd/40/28/41646059.pdf>.

²⁹ Tomado del párrafo 3.31 (b) Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors (AGCAC). Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, Section of Antitrust Division, Abril de 2002. Traducción libre.

³⁰ La doctrina no ha sido ajena a la discusión y se ha manifestado en los siguientes términos: "La razón principal por la cual las autoridades antimonopolio están interesadas en el intercambio de información entre competidores es que esta práctica puede ayudar a las empresas a monitorear cada comportamiento del otro. Ya hemos visto que la vigilancia es un elemento esencial de la colusión y que cualquier cosa que permita a las empresas mejor y más rápidamente conocer las desviaciones facilita la aparición de una colusión." Buccirossi, P. (2008) *Handbook of Antitrust Economics*. MIT Press. 2008.

³¹ Ver Resolución 65116 de 2011. Caso ACEMI

la SECCIONAL PARA BOYACÁ Y CASANARE se presentó una extralimitación a las actividades propias de una agremiación incurriéndose en una influenciación como la prevista en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

6.4.3. Frente a la existencia de influenciación

A continuación, se realizará una evaluación de las pruebas obtenidas en la investigación, frente al acto de influenciación. En primer lugar, se abordará la situación de la SECCIONAL para luego entrar a analizar aquellos elementos probatorios relacionados con las actuaciones de FEDIPETRÓLEO NACIONAL.

(i) Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare

Tal como se describió en el Informe Motivado, la Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo Seccional Boyacá y Casanare, FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACA Y CASANARE, es una corporación gremial permanente, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de nacionalidad colombiana, establecida para ejercer sus actividades en los departamentos de BOYACÁ y CASANARE³².

Para este Despacho, en el expediente existen elementos probatorios suficientes e idóneos para demostrar que efectivamente existió una influenciación por parte de la SECCIONAL sobre varias de las estaciones de servicio de Duitama, la cual estuvo direccionada a intervenir en la formación de los precios al público de la gasolina corriente y el ACPM. La evidencia recaudada, se basa en dos líneas de actuación por parte de la agremiación. Por una parte, se tienen las circulares informativas con tarifas sugeridas a sus afiliados, y por la otra, las reuniones de Asamblea General y Junta Directiva.

• Circulares informativas

Como resultado de la labor de instrucción propia de la Delegatura, se logró establecer que al interior de la Seccional se manejaban precios zonales para las diferentes estaciones de servicio y se remitía un documento denominado "Circular" en donde se sugería el precio de la gasolina y el ACPM. Para contextualizar la situación descrita, se hace necesario realizar un recorrido por la forma como se obtuvo la prueba, así como su contenido.

Luego de realizar requerimientos de información a distintas estaciones de servicio de Duitama, se obtuvieron respuestas remitidas por el señor Orlando Becerra Barrera, administrador de la Estación de Servicio La Dorada y la doctora Andrea Fajardo, Directora Ejecutiva de la Seccional Boyacá y Casanare. En ellas se envió el listado de precios para Gasolina Corriente y ACPM entre enero y julio de 2007. No obstante, fue el texto de la respuesta el que llamó la atención a esta Entidad. En el mismo se señalaba lo siguiente:

"Reciba un cordial saludo de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, a continuación me permito darle respuesta al comunicado enviado al Sr. ORLANDO BECERRA, bajo el radicado No. 07-027597, en donde estamos anexando el listado de precios de cada producto para el periodo comprendido entre enero y julio del año 2007.

³² Folios 126 a 130 del cuaderno reservado No. 5 del expediente

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Encontrará un paquete mes a mes donde se incluye la estructura de precios emanada del Ministerio de Minas y Energía con su respectivo incremento, además de los precios que se manejan por zonas dentro de la Seccional de Fendipetróleo.

Con esta información esperamos absolver el punto número 2) y 3) de dicho comunicado³³. (Subraya fuera de texto)

A través de la respuesta e información suministrada por parte de la Dirección Ejecutiva de la SECCIONAL, se pudo verificar que a través de un documento circulado entre los agremiados se sugería el precio de los combustibles distribuidos de manera mensual y se segmentaba el mercado en las 6 zonas³⁴. Además de lo anterior, como parte del texto contenido en dichos documentos, se incluía el siguiente mensaje:

"NOTA: ESPERAMOS SE TENGAN EN CUENTA LOS PRECIOS SUGERIDOS PARA EVITAR QUE EL MARGEN DE COMERCIALIZACIÓN AUTORIZADO POR EL GOBIERNO SE DETERIORE, TENIENDO EN CUENTA QUE LOS FLETES, PEAJES, SALARIOS, COMBUSTIBLE, SOBRETASA Y OTROS GASTOS MÁS SE INCREMENTARON A PARTIR DEL 01 DE ENERO DE 2007 CONSIDERABLEMENTE³⁵."

Se observa con las pruebas hasta el momento citadas que existe una aceptación clara en las mismas circulares de la existencia de una sugerencia de precios e incluso se muestra el fin último de la misma, el cual no es otro que el de no reducirlos. Se trata de una actuación que como ya se explicó excede los límites propios de las actividades que ejercen los gremios y entra a estimular una unificación en las conductas de agentes que deben por principio actuar de manera independiente. Al indagarse el por qué se incluían estos mensajes³⁶, la Directora Jurídica en respuesta escrita afirmó:

"2.1. Aclaro que Fendipetróleo no sugiere precios, junto con la estructura emitida por ECOPETROL, mes a mes nosotros sacamos un listado con los precios que se manejan por zonas, éstos son tomados de los precios publicados por los Distribuidores Minoristas en sus EDS, lo hacemos a título informativo no impositivo."

(...)

³³ Folio 127 a 161 del cuaderno público No. 1 del expediente.

³⁴ **CENTRO:** Tunja, Arcabuco, Cómbita, Villa de Leyva, Toca, Cucaita, Sutamarchán, Tinjacá, Tibaná, Ramiriquí, Jenesano, Boyacá-Boyacá, Samacá, Siachoque, Ciénaga, Sáchica; **RICAURTE:** Monquirá, Barbosa, Santana, Gúespa, Suaita, Puente Nacional, Vadoreal, Toguí, Vélez, Sabanagrande; **ORIENTE:** Guateque, Garagoa, Macanal, Santa María, San Luis de Gaceno, Villanueva, Miraflores, Páez, Campohermoso; **OCCIDENTE:** Chiquinquirá, Caldas, Susa, Santa Bárbara, Otanche, Pauna; **NORTE:** Tuta, Sotaquirá, Paipa, Duitama, Tibasosa, Nobsa, Sogamoso, Aquitania, Santa Rosa de Viterbo, Cerinza, Belén, Paz del Río, Socha, Soatá, Boavita, Gúicán, Pesca, Iza, Firavitoba y **CORREDOR VIAL:** Ventaquemada, Villapinzón, Chocontá.

³⁵ Folio 291 del cuaderno reservado No. 5 del expediente.

³⁶ De acuerdo con lo anterior, el Jefe del Grupo de Protección de la Competencia envió una comunicación a la Directora Ejecutiva de la SECCIONAL solicitándole remitir información relacionada con la naturaleza jurídica de FENDIPETRÓLEO, así como la explicación sobre la nota incluida en las circulares enviadas a sus agremiados. Oficina radicada con el número 07-027597-69-1 del 26 de marzo de 2009. Folios 35 y 36 del Cuaderno público No. 5 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

2.4. Nosotros no sugerimos precios. Las circulares informativas solo circulan entre las EDS afiliadas, y nuevamente recuerdo que se hace a nivel informativo (...) ³⁷".
(Subraya fuera de texto).

Debe observarse para efectos de análisis posteriores que con la comunicación referida, se acepta que las "circulares informativas" solamente se distribuían entre los afiliados, y que su naturaleza era precisamente la de informar.

- Visita de inspección del 11 de febrero de 2010 en la sede de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE

Mediante visita administrativa se obtuvo por parte de los funcionarios investigadores copia de las listas de precios sugeridos por la Seccional desde diciembre de 2006 hasta diciembre de 2009³⁸. Así se demostró que la conducta investigada se realizó de manera continuada en el tiempo. Fue dentro de la misma diligencia en donde la Directora Ejecutiva de la Seccional solicitó incluir la constancia que a continuación se transcribe:

"Ante el particular quiero decir que si bien en cada mes de las citadas carpetas se encontró copia de los folios denominados algunos como circulares y otros como precios zonas, quiero recalcar que dicho documento no es enviado a los Distribuidores afiliados a la Seccional, este ejercicio se hacía para conocimiento de la Seccional, era simplemente un mecanismo para tener precios de referencia de cada zona (...) ³⁹". (Subrayado fuera de texto)

A pesar de la afirmación realizada, a través diversas pruebas testimoniales se logró determinar que las circulares no eran exclusivamente de carácter interno de la Seccional, sino que fueron enviadas a las estaciones de servicio agremiadas. Lo anteriormente señalado tiene también soporte en las siguientes pruebas:

- **Declaración del señor ORLANDO BECERRA BARRERA, administrador de la Estación de Servicio La Dorada**

Como se observa a continuación, el señor Becerra no sólo reconoce la existencia y conocimientos sobre las circulares, sino que manifiesta de manera clara que FENDIPETRÓLEO sugería los precios de venta:

"Pregunta 19. Diga cómo es cierto sí o no que como administrador de la estación de servicio LA DORADA, conoció las circulares dirigidas a los distribuidores minoristas en las que la Seccional Boyacá y Casanare sugirió el precio de la gasolina corriente y ACPM.

Respondió: Ah sí, si claro, si yo conocí las circulares porque a mí me mandan todas las circulares, me están mandando todas las circulares.

Pregunta 20. Y Fendipetróleo sugería los precios que debían cobrar por el combustible (gasolina motor y ACPM)

³⁷ Oficio radicado con el número 07-027597-70-1 del 14 de abril de 2009. Folio 40 del Cuaderno público No. 5 del expediente.

³⁸ Folios 132 a 301 del cuaderno reservado No. 5 del expediente y Folios 1 a 164 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

³⁹ Folio 119 del cuaderno público No. 5 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Respondió: Si, ellos sugerían un precio⁴⁰. (Subrayado fuera de texto)

- **Declaración de la señora Martha Patricia Rojas Rincón, representante legal de la Estación de Servicio La Isla Ltda**

Reconoce la declarante la periodicidad mensual del envío de las circulares que contenían las modificaciones en los precios. Reconoce además la utilización de medios electrónicos para la difusión de las sugerencias sobre los precios. Específicamente manifestó:

"Pregunta 34. ¿A través de qué medio la seccional sugería los precios que debería colocarse en el surtidor de acuerdo...?"

Respondió: e-mails o circulares.

Pregunta 35. ¿Y puede ampliar por favor de manera detallada como sugería esto?

Respondió: Ellos al igual que lo que te comento, al igual que la mayorista o el Ministerio de Minas y Energía le manda a uno la circular todos los meses donde te está informado cuál es el alza que tuvo el combustible, entonces ellos hacían un precio sugerido lo mismo que esas circulares donde le informaban a uno de cuanto subió el combustible (...)⁴¹. (Subraya fuera de texto).

- **Declaración del señor Hernando Colmenares Salamanca, representante legal de COOFLOTAX desde abril de 2002 hasta mayo de 2008**

Al igual que en los casos anteriores, en la declaración del señor Colmenares también se hace expreso señalamiento sobre la recepción de las circulares remitidas por la Seccional y las sugerencias que sobre los precios se realizaba a las estaciones agremiadas.

"Pregunta 32. Decía usted en una respuesta anterior que la Seccional o Fendipetróleo Nacional sugería los precios de la gasolina, de los combustibles (gasolina corriente y ACPM). ¿Puede usted indicarle al despacho en qué fecha y a través de qué medio Fendipetróleo sugería estos precios?"

Respondió: A veces llegaban notas a la oficina de recepción e información de la cooperativa, o por fax (...)

Pregunta 34. Por favor indíqueme al despacho qué contenían esas comunicaciones.

Respondió: Ellos normalmente traían la resolución de la estructura de costos del estado, que el Estado expedía y la sugerencia de precios para ACPM y gasolina por sectores regionales⁴². (Subraya fuera de texto)

Las diferentes declaraciones citadas demuestran que efectivamente había una circularización de los precios sugeridos, la cual fue más allá de unos fines meramente informativos.

- **Declaración del señor Carlos Enrique Castillo Arcos, representante legal de COOTRACHICA**

⁴⁰ Interrogatorio Orlando Becerra Barrera. Folios 44 y 45 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

⁴¹ Interrogatorio de la señora Martha Patricia Rojas Rincón, representante legal estación de servicio La Isla Ltda. Folios 49 y 50 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

⁴² Interrogatorio Hernando Colmenares. Folios 56 y 57 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

7.17.94
RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2011 Hoja N°. 34

"Por la cual se imponen unas sanciones"

No desentona la declaración del representante de Cootrachica con el resto de los representantes de las diversas estaciones, cuando acepta en los siguientes términos el conocimiento de las circulares de la Seccional:

"Pregunta 47. ¿Diga cómo es cierto sí o no, que como miembro de la junta directiva y como representante legal de COOTRACHICA conoció las circulares que la seccional, dirigió a los distribuidores minoristas en la que sugirió el precio de la gasolina corriente y ACPM, de acuerdo con su respuesta anterior?"

Respondió: Pues sí...

Pregunta 49. ¿Se conocieron?"

Respondió: Sí claro, nosotros conocimos algunos informes que llegaban⁴³. (Subraya fuera de texto).

No tiene asidero el argumento de la Directora Ejecutiva de la Seccional basado en que los documentos encontrados tenían una función informativa y que los mismos no se distribuían entre los agremiados, cuando son éstos quienes no sólo reconocen su existencia, sino aceptan haberlos recibido y/o conocido de manera directa.

- ***Declaración del señor ALBERTO BARÓN FERNÁNDEZ, Director Ejecutivo de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare durante los años 1996 hasta 2007.***

En su declaración el señor Barón expresamente hace referencia a la función de las circulares emitidas por la Seccional. Al respecto, señala lo siguiente:

"Pregunta 21. Sabe usted si Fendipetróleo Seccional Boyacá-Casanare envía o ha enviado listas de precios a los distribuidores minoristas de combustibles líquidos (Gasolina Corriente y ACPM) en la ciudad de Duitama.

Respondió: Mire hace varios años, yo me acuerdo tanto, que de acuerdo a las estructuras de precios entonces decían se sugieren los precios a los combustibles así, lo que yo le decía 50 pesos; entonces todo lo que tenía 50 pesos lo suban; que 80 pesos lo suban, que es lo que sugiere para que nos se deterioren los márgenes (...)⁴⁴". (Subraya fuera de texto).

De todo lo anterior, no es posible llegar a una conclusión diferente a la de que (i) existieron unas circulares en donde se sugería el precio de los combustibles y que obran en el expediente y (ii) a pesar del argumento de la SECCIONAL en su momento, dichas circulares sí fueron distribuidas entre los agremiados, tal y como a través de las declaraciones transcritas se demuestra.

Ahora bien, frente supuesto carácter informativo de las circulares, se hace fundamental traer a colación dos de los elementos probatorios ejes de la investigación, como lo son las grabaciones magnetofónicas de las reuniones de Junta Directiva y Asamblea Ordinaria de la Seccional y correos electrónicos encontrados.

- Grabaciones magnetofónicas y correos electrónicos

⁴³ Interrogatorio del señor Carlos Enrique Castillo Arcos, representante legal de COOTRACHICA. Folios 54 y 55 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

⁴⁴ Folios 15 y 16 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **SF-71794** DE 2011 Hoja N°. 35

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Basta con observar la siguiente transcripción, para concluir que la conducta acusada recorre todos los elementos ya descritos y específicamente que las circulares tenían un claro direccionamiento inductivo y una efectividad casi inmediata entre las diferentes estaciones de servicio involucradas:

"(...) Augusto mira, a mi paso y te digo para mi, algo que siempre tengo en Fendipetróleo es el fax primero, o sea independiente de todo el fax del primero.. y es mas tengo gente de las estaciones de alrededor mio que me llamaban a decirme "ya le llegó el fax", pero si a unos no nos llega quedamos como unos locos como una veletas...

"(...) Mire la hojita que dice únicamente los precios de Tunja.. Paipa, Duitama, no se quicito, esa hojita sin toda la resolución, esa es la que nosotros leemos, entiéndame que esa es la que uno en la estación mira...

Pero lo que nos interesa, vuelvo y te digo una cosa Augusto, es el ejemplo de que hay gente que ni siquiera sabe manejar el internet, tenemos gente que ignora eso, entonces hay gente que ni se pone a leer la resolución sino uno mira es Duitama, tanto. (...)

Bueno a mi me parece muy bueno y muy interesante para concluir, por experiencia propia y por lo que me pasa con mis compañeros de al lado, que lo que te digo, a mi lo de Petrobras y esas estaciones me dicen "cuanto fue que subió" es que no me ha llegado el fax de Fendipetroleo. (...)

Y uno no mira la resolución, a veces los que somos quisquillosos y en este momento por lo que yo ya firmé contrato entonces yo miro cuál es la utilidad del mayorista... pero realmente a mi me interesa es la hojita para mirar el precio, yo le doy al administrador y le digo tome⁴⁵". (Subrayas fuera de texto).

A pesar de que la anterior grabación bastaría para comprobar el objetivo de las circulares distribuidas, el sustento probatorio que obra en el expediente es aún más fuerte. En efecto, en el correo electrónico de 4 de enero de 2010, enviado por la Directora Ejecutiva de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE a la señora Martha Rojas, miembro de la Junta Directiva de la misma, se señaló lo siguiente:

"buenos días Marthica:

en el archivo adjunto te envío la totalidad de las resoluciones y precios sugeridos del 2009, nosotros aunque dejamos de publicar precios sugeridos para los distribuidores igual el ejercicio si se hacía internamente en Fendipetroleo para estudiar la variación de precios mes a mes según resolución; quedé preocupada en la última junta directiva pues veo que los precios actuales en surtidor no coinciden con los sugeridos del mes de diciembre que según las cuentas de Fendipetroleo se ajusta al incremento de \$100 de dicho mes, no entiendo si el error es de Fendipetroleo pero no lo creo porque acá se atendió las variaciones del precio exacto mes por mes o quizás fueron ustedes los que no obedecieron a ellas, sin embargo, la diferencia entre nuestros

⁴⁵ Track 2-109, minutos 21:28, 25:17; 27:15. Folio 134 del cuaderno reservado No. 10 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 71794 DE 2011 Hoja N°. 36

"Por la cual se imponen unas sanciones"

sugeridos y sus precios actuales es de \$100 por ello no te envío sugeridos para el mes de enero porque la diferencia es muy alta y hasta que no determinemos en donde está el error no podemos sugerir precios para las zonas.

Por tal motivo te pido el favor que recibes (sic) las estructuras y precios sugeridos de todo el año para que me ayudes a determinar en donde (sic) está el error y así poder discutir este tema y tomar alguna decisión en la próxima junta directiva del 29 de enero en Yopal.

Un abrazo,

Andrea Fajardo⁴⁶.

Adicionalmente, como se puede visualizar en el siguiente aparte durante el período investigado, los precios sugeridos por la Seccional siempre estuvieron por encima de los provistos por el Ministerio de Minas y Energía.

- Diferenciación de precios Fendipetróleo Seccional vs Ministerio

Considera este Despacho importante incluir en la presente Resolución, el ejercicio realizado por la Delegatura en su Informe, en donde se comparan mes a mes los precios sugeridos por la Seccional con los del Ministerio. La fuente para la elaboración del análisis fueron las circulares a las que ya se ha hecho mención.

Tabla No. 1
Comparación de precios por galón entre Fendipetróleo y el Ministerio de Minas y Energía
Enero a Junio de 2007

		Ene-07	Feb-07	Mar-07	Abr-07	May-07	Jun-07
Corriente	MinMinas*	6.198	6.196	6.228	6.234	6.286	6.317
	Fendipetróleo	6.340	6.340	6.373	6.378	6.431	6.461
	Diferencia	142	144	145	144	145	144
ACPM	MinMinas	4.912	4.942	5.012	5.062	5.122	5.184
	Fendipetróleo	5.045	5.075	5.145	5.195	5.255	5.315
	Diferencia	133	133	133	133	133	131

Fuente: Cuaderno 1, Folios 128-160

* Ministerio de Minas y Energía (MinMinas)

Tabla No. 2
Comparación de precios entre Fendipetróleo y el Ministerio de Minas y Energía
Julio a Diciembre de 2007

		Jul-07	Ago-07	Sep-07	Oct-07	Nov-07	Dic-07
Corriente	MinMinas	6.363	6.420	6.456	6.496	6.561	6.635

⁴⁶ Folio 134 del Cuaderno reservado No. 10 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

	Fendipetróleo	6.507	6.564	6.660	6.660	6.745	6.839
	Diferencia	144	144	204	164	184	204
ACPM	MinMinas	5.274	5.340	5.340	5.340	5.420	5.500
	Fendipetróleo	5.338	5.405	5.470	5.470	5.470	5.570
	Diferencia	64	65	130	130	50	70

Fuente: Ministerio de minas y energía (MinMinas) Cuaderno 5, Folios, 222-228-232-233-241-242-249 y 255; FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 6, Folios 38-46-54-60-67 y 72.

Tabla No. 3

Comparación de precios entre Fendipetróleo y el Ministerio de Minas y Energía Enero a Junio de 2008

		Ene-08	Feb-08	Mar-08	Abr-08	May-08	Jun-08
Corriente	MinMinas	6.738	6.802	6.867	6.932	7.012	7.112
	Fendipetróleo	6.941	7.006	7.070	7.135	7.215	7.315
	Diferencia	203	204	204	204	203	203
ACPM	MinMinas	5.600	5.665	5.729	5.794	5.874	5.974
	Fendipetróleo	5.650	5.750	5.815	5.879	5.944	6.034
	Diferencia	50	85	86	85	70	60

Fuente: Ministerio de minas y energía (MinMinas) Cuaderno 6, Folios 39-47-55-61-68 y 73; FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 5, Folios 221-227-237-240-248 y 254.

Tabla No. 4

Comparación de precios entre Fendipetróleo y el Ministerio de Minas y Energía Julio a Diciembre de 2008

		Jul-08	Ago-08	Sep-08	Oct-08	Nov-08	Dic-08
Corriente	MinMinas	7.237	7.362	7.462	7.537	7.537	7.477
	Fendipetróleo	7.440	7.565	7.670	7.750	7.750	7.690
	Diferencia	203	203	208	213	213	213
ACPM	MinMinas	6.054	6.134	6.184	6.249	6.249	6.249
	Fendipetróleo	6.134	6.214	6.294	6.344	6.409	6.409
	Diferencia	80	80	110	95	160	160

Fuente: Ministerio de minas y energía (MinMinas) Cuaderno 6, Folios 4-9-17-23-28 y 34; FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 6, Folios 3-8-16-22-27 y 33.

Tabla No. 5

Comparación de precios entre Fendipetróleo y el Ministerio de Minas y Energía Enero a Junio de 2009

		Ene-09	Feb-09	Mar-09	Abr-09	May-09	Jun-09
Corriente	MinMinas	7.472	7.474	7.474	7.474	7.074	7.074

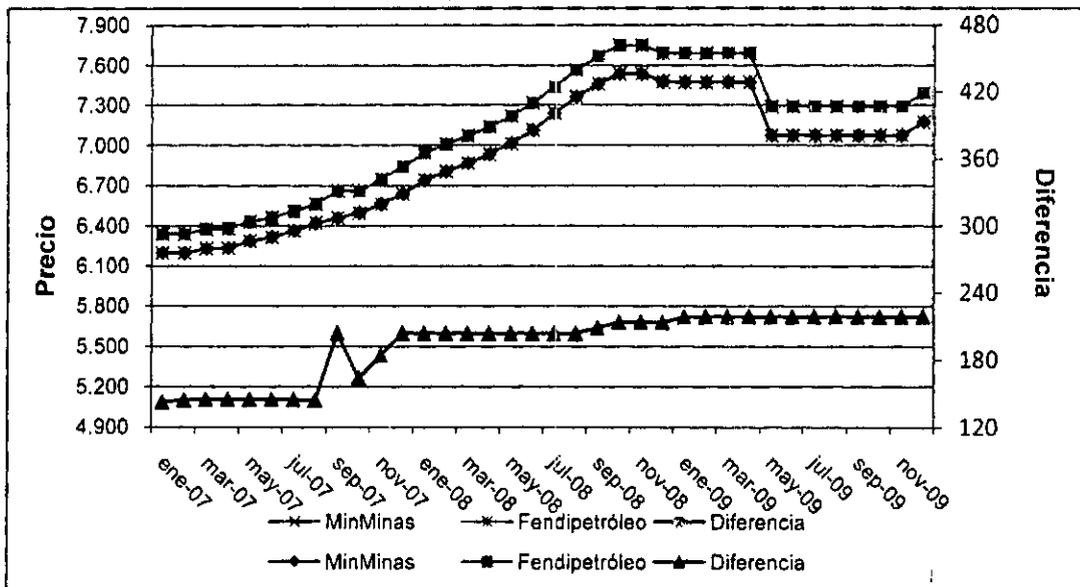
RESOLUCIÓN NÚMERO **71794** DE 2011 Hoja N°. 38

"Por la cual se imponen unas sanciones"

	Fendipetróleo	7.690	7.692	7.692	7.692	7.292	7.292
	Diferencia	218	218	218	218	218	218
ACPM	MinMinas	6.249	6.249	6.249	6.249	5.849	5.849
	Fendipetróleo	6.409	6.409	6.409	6.409	6.009	6.009
	Diferencia	160	160	160	160	160	160

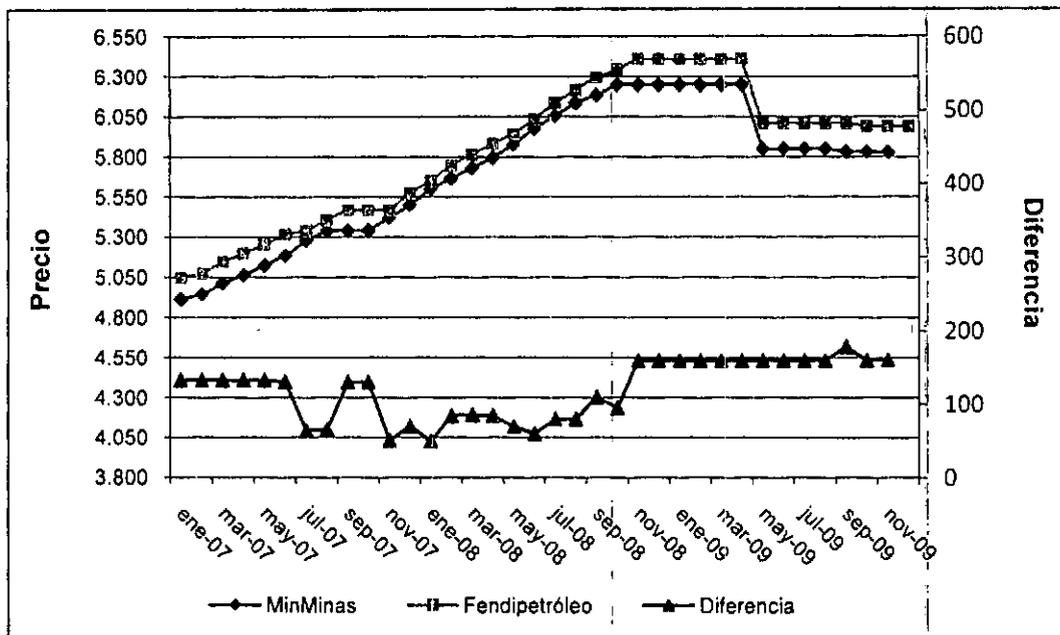
Fuente: Ministerio de minas y energía (MinMinas) Cuaderno 6, Folios 116-122-130-138-142 y 149; FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 6, Folios 115-121-129-137-143 y 148.

Gráfica No. 3
PRECIOS GASOLINA CORRIENTE DE MINMINAS Y FENDIPETRÓLEO
DE 2007 a 2009



Gráfica No. 4
PRECIOS ACPM DE MINMINAS Y FENDIPETRÓLEO
DE 2007 a 2009

"Por la cual se imponen unas sanciones"



En los anteriores cuadros y gráficas se observa cómo la intervención de la Seccional, siempre estuvo direccionada a mantener a sus agremiadas con precios idénticos y siempre al alza en relación con aquellos referenciados por el regulador.

- Reuniones de Asamblea General y Junta Directiva llevadas a cabo por la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE

En el aparte inmediatamente anterior, se expusieron diversos elementos probatorios que demostraban no sólo la circularización de las sugerencias de precios por parte de la SECCIONAL, sino que dichas sugerencias siempre fueron superiores a los precios del regulador, en este caso el Ministerio de Minas y Energía. Sin embargo, considera este Despacho crucial hacer una valoración específica sobre aquellas pruebas relacionadas directamente con las actividades ejercidas por los entes de administración de la agremiación, como lo son la Asamblea General y la Junta Directiva. Por lo tanto, a continuación se hará referencia a diversas actas de dichos entes, grabaciones de las reuniones, declaraciones y documentos relevantes.

- **Acta de Asamblea Ordinaria No. 085 del 6 de mayo de 2006**

"5. INFORME DEL PRESIDENTE SECCIONAL, SR. AUGUSTO VARGAS SÁENZ,
(...)

Se ha enviado mensualmente a todos los Distribuidores Minoristas de Combustibles, copias de las resoluciones de las estructuras de precios emitidas por el Ministerio de Minas y Energía y de igual forma hemos insistido en que se mantengan los márgenes de comercialización establecidos por el Gobierno⁴⁷". (Subrayas fuera de texto).

El anterior extracto denota que el tema de márgenes de comercialización fue abordado reiteradamente por la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, desde el año 2006.

⁴⁷ Folio 169 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

- **Acta de Asamblea Ordinaria No. 092 del 10 de marzo de 2007.**

En el siguiente extracto, se muestra que para la SECCIONAL los márgenes de comercialización eran un tema central en sus discusiones e incluso se delegó a uno de los miembros de la asamblea para que logran consensos entre las estaciones de servicio frente al tema. Nótese que esta actitud por sí sola está proponiendo una unificación de criterios sobre precios entre competidores de un mismo mercado.

"9. MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN, SR. ALBERTO BARÓN FERNÁNDEZ [Director Ejecutivo de la Seccional para esa época].
(...)

Teniendo en cuenta el régimen de libertad vigilada y el régimen de libertad regulada y el incremento de los gastos operacionales de administración, de ventas y no operacionales; el señor Barón dejó la inquietud a los señores Asambleístas para no seguir deteriorando estos márgenes y la Asamblea General por unanimidad delegó al Presidente y a la Junta Directiva Seccional para hacer las gestiones del caso ante los Distribuidores Minoristas para analizar la situación y tomar las determinaciones del caso⁴⁸". (Subrayas fuera de texto).

- **Acta de Junta Directiva No. 093 del 4 de mayo de 2007.**

Se reconoce en este documento por parte del Director Ejecutivo de la SECCIONAL que los márgenes son la esencia del negocio, lo cual permite deducir que existía una motivación alta para llegar a acuerdos sobre los precios finales.

"5. PRESENTACIÓN ESTUDIO DE MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN, SR. ALBERTO BARÓN FERNÁNDEZ [Director Ejecutivo de la Seccional para esa época].
(...)

También presentó los precios de abril de 2007 de los combustibles en Colombia donde opera el Régimen de Libertad Vigilada (...), concluyendo que el negocio "NO ESTÁ EN LOS VOLÚMENES VENDIDOS, SINO EN LOS MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN"⁴⁹". (Subraya fuera de texto).

- **Acta de Junta Directiva No. 103 del 22 de agosto de 2008.**

En el extracto a continuación, se establece la intención de los participantes de la junta, la cual no era otra que la de incrementar de manera coordinada los precios de venta con una tendencia mensual, desdibujando cualquier intención de competencia entre las estaciones de servicio, afectando de manera directa a los consumidores finales.

"5. INFORME DE LA DIRECTORA EJECUTIVA, Dra. ANDREA FAJARDO. (...)

⁴⁸ Folio 185 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

⁴⁹ Folio 187 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

8. Se plantea nuevamente qué hacer con los precios, a lo que la Junta responde seguir manejando los precios sugeridos por zonas e incrementar en lo que queda del año \$20 en alzas mensuales de \$5⁵⁰". (Subrayas fuera de texto).

8. PROPOSICIONES Y VARIOS. (...)

e) La Sra. MARTHA ROJAS [Vicepresidente de la Seccional para la fecha en que fue realizada la Junta Directiva] propone enviar un comunicado a los distribuidores minoristas en donde se les recuerde que este negocio no es de volúmenes sino de ganancia en márgenes⁵¹". (Subrayas fuera de texto).

Adicionalmente, se encontró por parte de la Delegatura grabaciones de varias de las reuniones de Asamblea y Junta, en donde es se vuelven aún más robustos los argumentos en contra de las investigadas. Las siguientes transcripciones no requieren una interpretación adicional a su mismo contenido:

- **Grabación Junta Directiva Ordinaria No. 103 del 22 de agosto de 2008**

"(...) Finalmente una sugerencia para la cartica que se manda al usuario para recomendar el precio, organicémoslo por provincias, capital de provincia y se les hace una que tenga en cuenta la lejanía a su ciudad más cercana y referenciarla o al municipio más cercano referenciarlo.

Pero que quede en firme lo que se propuso que fuera que de acá a diciembre 20 pesitos sugeridos. Adicional al alza que...

Sabe que se me hace importante que a la carta del siguiente mes le escribamos un recorderis, lo que tu decías, recuerde señor afiliado hoy en día no es tanto, el mercado no es de volúmenes sino de rentabilidad en su negocio en el margen,...

(...) pero es importante como que a uno le recuerden eso para que uno como que coja consciencia en esa parte. Por lo menos de mantener los márgenes⁵²". (Subraya fuera de texto).

- **Grabación Asamblea Ordinaria No. 107 del 25 de abril de 2009 en las instalaciones de Paipa Hotel y Centro de Convenciones**

"INFORME DEL PRESIDENTE SECCIONAL SR. AUGUSTO VARGAS SÁENZ (...)

"(...) Sin embargo, algunas personas me dijeron que no que había que seguir emitiendo estos comentarios a través de telefonía o de fax o del sistema electrónico. Pues es una sugerencia que nosotros habríamos de (sic) a los precios que ponen

⁵⁰ Folio 202 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

⁵¹ Folio 210 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

⁵² Los asistentes según el Acta No. 103 de la misma fecha, fueron: Augusto Vargas Sáenz (Presidente de la Seccional), Martha Patricia Rojas Rincón (Principal), Carlos Alberto Cifuentes Cepeda (Principal), Eduardo González Guevara (Suplente), Mauricio Sáenz Forero (Suplente), Yenny Isabel Mosquera López (Suplente), Yuri Andrea Fajardo Moreno (Directora Ejecutiva) y Marleny Rojas Reyes (Contadora Seccional). Folio 208 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO FF-71794 DE 2011 Hoja N°. 42

"Por la cual se imponen unas sanciones"

ustedes por que la mayoría de nosotros nos surtimos de Bogotá, los otros se surte de Bucaramanga pues tienen otro precio especial...

Pero sin embargo lo que hemos querido es no distorsionar los precios a nivel de la seccional ni en Casanare ni en el departamento de Boyacá pues porque realmente no se justifica que nosotros tengamos esa problemática de que estaciones de servicios con cien y doscientos pesos por debajo del precio real del combustible.

Y nosotros no queremos saber de dónde viene ese combustible pero entonces le pedimos el favor pues muy especial de que no traten de bajar el precio.

Ahora en este momento es cuando debíamos considerar que a partir del primero de mayo va a bajar la gasolina en 400 pesos por qué no nos ponemos todos de acuerdo y tenemos los precios que realmente deben regir. No entiendo por qué algunos distribuidores minoristas tienen diferencias de precios de hasta, vuelvo y le repito, de cien y doscientos pesos.

Yo no estoy diciendo que todos tengamos el precio igual pero por lo menos tratemos de que los precios sean más o menos parecidos⁵³". (Subraya y negrilla fuera de texto).

Las anteriores transcripciones muestran que en las reuniones de Asamblea y Junta Directiva de la Seccional el tema de los márgenes no era eventual o marginal. Por el contrario, por lo que se puede observar, se discutía constantemente e incluso se llegaba a proponer expresamente la realización de acuerdos y el seguimiento de las recomendaciones de la agremiación. Asimismo, se solicitaba de manera directa que no sean reducidos los precios para mantener de manera conjunta los mismos márgenes.

Aún peor las pruebas demuestran que los investigados conocían de las prohibiciones legales y que discutían la forma en la que debían manejar la información con el fin de no ser sancionados. Al respecto, se deben tener en cuenta las siguientes transcripciones:

- **Grabación de la Asamblea Ordinaria No. 107 del 25 de abril de 2009**

En esta reunión, el presidente de la Seccional, Augusto Vargas Sáenz señaló:

"Mensualmente se notifica vía correo electrónico, fax y telefónicamente a todos los distribuidores minoristas el alza de combustibles, cuando ha habido. Además se envían resoluciones en la estructura de precios remitida por el Ministerio de Minas y Energía y el comparativo de márgenes, sobretasa y evaporación. Igualmente se notifica por los mismos medios y mediante circulares cada uno de los pronunciamientos emitidos por el Ministerio de Minas y Energía que se suscita en cuanto a los distribuidores minoristas. Yo realmente quiero decirles lo siguiente, nosotros hemos pensado no volver a emitir estos datos, porque en la seccional de Pasto por andar diciendo la seccional cuales eran los precios que debíamos de poner, nos metieron una multa de cerca de 90 millones de pesos y entonces eso está prohibido porque ustedes saben que los combustibles pues ..." (Subraya fuera del texto)

⁵³ Track 3-107, minuto 59:20 a 1:02. Folio 134 del Cuaderno reservado No. 10 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

- **Grabación de la reunión ordinaria de Junta Directiva No. 109 llevada a cabo el día 21 de septiembre de 2009⁵⁴**

"El cuento viene de que las inversiones son muy altas para el margen, ya sería en las próximas oportunidades que suba el combustible si no hay un acuerdo sería que nosotros mismos de a 10 pesos de a 20 pesos más que los otros..."

Y es que está prohibido sugerir precios?... perdóname, pero es la única forma como de pronto uno le pasan esa hojita de sugerencias, uno se basa en ese precio punto, eso es importante seguir(..).

Marthica, ahí si yo salvo un poquito mi responsabilidad porque fue a mí a quien le abrieron investigación y en este momento estoy ante la Superintendencia de Industria y Comercio acusada por estar sugiriendo precios...

Y quién te demandó? la Nacional dice que fue Yunes el de Fedispetrol, contra mí es que cursa eso y además la Federación se hace acreedora de una sanción.

Pero venga entonces hágame un favor y hace la sugerencia pero no diga que fue Fendipetróleo.

Pero don Augusto es que eso lo estamos haciendo, nosotros siempre lo hicimos y aún así nos...

Pero se puede establecer una logística habría que pensarla se me ocurre en este momento por ejemplo en cada ciudad una persona que esté pendiente de un e-mail, yo estoy esperando mi e-mail que me llega acá y entonces que va a pasar?, que el fax, que la gente espera el fax...

O sería crear otro correo electrónico y desde aquí sacar (...)

También, esa es, esa, es⁵⁵(...)"

Y agregan:

"(...) Tú no puedes sugerir precios... cómo que no?"

Fendipetróleo no puede, porque se trata de algo que lo está colocando el Gobierno.

Están prohibidas son las prácticas de monopolio, entonces el hecho de sugerir un precio por una agremiación se estaría estableciendo como un monopolio.. entonces la Federación no puede implantar un precio porque no lo estaría implantando aunque

⁵⁴ Folio 65 reverso del Cuaderno reservado No. 10 del expediente. Según el Acta No. 109 los asistentes a dicha reunión fueron: Augusto Vargas Sáenz (Presidente de la Seccional), Martha Patricia Rojas Rincón (Principal), Carlos Alberto Cifuentes Cepeda (Principal), Eduardo González Guevara (Suplente), Hernán Mauricio Bueno (Suplente), Yuri Andrea Fajardo Moreno (Directora Ejecutiva) y Marleny Rojas Reyes (Contadora Seccional).

⁵⁵ Track 2-109, minuto 15:16 a 17:10. Folio 134 del Cuaderno reservado No. 10 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~71794~~ DE 2011 Hoja N°. 44

"Por la cual se imponen unas sanciones"

diga precio sugerido ... entonces qué es lo que se trata, sacar a la Federación de ese camello... y seguir haciéndolo.

Cómo hay que hacerlo, por e-mail, ponle cuidado si tu ya tienes gente que tienes identificada que no mira el e-mail que eso es lo más normal entonces simplemente... llevar y le dice mire me lo hace llegar a Duitama... y él lo manda por fax... (...).

Yo les puedo quitar el problema... si a nosotros nos llega Duitama.. a quiénes es que hay que enviarle que son los que no miran eso.. allá lo mando, yo lo mando...

Yo también no tengo problema...

Le pongo precio sugerido, le pongo mi nombre y mi firma,

No le pueden decir absolutamente nada ni a mí ni a ella, nosotros somos totalmente independientes...

Si yo dejo de enviárselo es lo mismo que el monopolio en precio todos estamos de acuerdo con el precio pero hay uno que se bajó 10 pesos ya no es monopolio, un peso, ya no es monopolio... pero si todos estamos exactamente igual, si hay monopolio ahí si están de acuerdo.

Entonces a mi me parece que lo que están sugiriendo es que cuando se suba... y vamos a hacer una cosa, podemos hacer reuniones entre nosotros, vamos los dos a Duitama, a Sogamoso, a Paipa a Chiquinquirá a decirles bueno a partir de la fecha vamos a subirle al combustible 20 pesitos mensuales hasta llegar a...

(...) Miren yo he pensado, Martha y Eduardo, yo he pensado lo siguiente importante que ahora en la sugerencia nos agarramos del flete, precio de Bogotá 7500 flete a Tunja 200 queda 7700, a Duitama 7800, un ejemplo, flete a Sogamoso 7850 y nos agarramos del flete, es mas lo podemos hacer por intermedio de Fendipetroleo...

Mire, el flete acordado es ahora así: Tunja, Duitama, Sogamoso y ya lo otro se manda la resolución común y corriente, entonces usted le sube de acuerdo al flete⁵⁶".
(Subraya fuera de texto)

Con las anteriores transcripciones no queda duda de que los investigados conocían perfectamente las consecuencias de sus actividades y a pesar de eso no tuvieron intención alguna de modificarlas. Por el contrario, sus esfuerzos se direccionaban a evadir la acción de la autoridad de competencia, implementado así, diferentes estrategias para ocultar la infracción en la que incurrieron. No sobra reiterar que con la conducta realizada además de afectar el mercado, se atentaba de manera directa y sin ningún tipo de prevención en contra de los consumidores finales de la Gasolina Corriente y el ACPM.

Finalmente, considera este Despacho procedente referirse a que la influenciación ejercida por la Seccional no se limitó a que los distribuidores mantuvieran el margen de manera conjunta, sino que buscó convencer a nuevos distribuidores que fijaban un margen inferior.

⁵⁶ Track 2-109, minuto 18:36 a 22:25. Folio 134 del Cuaderno reservado No. 10 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

para que desistieran de su intención de hacerlo. Como pruebas de lo anterior, se tienen las siguientes:

- **Acta de Junta Directiva No. 084 del 22 de febrero de 2006**

En el siguiente extracto se muestra la estrategia para buscar unanimidad en los precios de todos los competidores. Es decir, se realizaba cabildeo frente a las estaciones disidentes con el fin de proteger el acuerdo sobre los márgenes:

"4. INFORME DEL PRESIDENTE SECCIONAL, SR. AUGUSTO VARGAS SÁENZ.
(...)

Se adelantó reunión con el señor WILMAN CAMACHO, propietario de la Estación de Servicio Tundama de Duitama, para tratar el tema de mantener los márgenes de comercialización establecidos por el Gobierno. (Subraya fuera de texto)

5. INFORME DEL DIRECTOR EJECUTIVO, SR. ALBERTO BARÓN FERNÁNDEZ.

• Se gestionaron reuniones con los Distribuidores minoristas de combustibles de Transportes Tundama y Terpel Ciudad Duitama de Duitama, La Playa y La Concepción de Cómbita, con la finalidad de no deteriorar los márgenes de comercialización de los combustibles establecidos por el Ministerio de Minas y Energía⁵⁷. (Subraya fuera de texto)

- **Acta de Junta Directiva No. 093 del 4 de mayo de 2007.**

Al igual que en el caso anterior, se plasma en el extracto transcrito la intención que tenían los miembros de la Junta Directiva de la Seccional de realizar una campaña a nivel del departamento para mejorar los márgenes de comercialización. Es decir, la propuesta no era otra que la de incluir en el acuerdo anticompetitivo a todos las estaciones de servicios del departamento.

"5. PRESENTACIÓN ESTUDIO DE MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN, SR. ALBERTO BARÓN FERNÁNDEZ [Director Ejecutivo de la Seccional].
(...)

Luego el señor AUGUSTO VARGAS SÁENZ, solicitó la autorización para desarrollar reuniones dentro del departamento de Boyacá, comenzando con Paipa, Duitama, Sogamoso y alrededores, con la finalidad de presentarles este estudio y conseguir el mejoramiento de los márgenes de comercialización, pero el señor EDUARDO GONZÁLEZ GUEVARA solicitó que primero se desarrolle una reunión con el Presidente Ejecutivo de Fendipetróleo Nacional Capitán RODRIGO VALENCIA CONCHA y los Distribuidores Minoristas señores ALVARO GONZÁLEZ GUEVARA y MARIANO REY, propuesta aprobada por unanimidad⁵⁸. (Subraya fuera de texto)

A pesar de que para el Despacho es poco lo que puede sorprender en el presente caso, es llamativa la siguiente transcripción, en donde se hace referencia específica a los

⁵⁷ Folio 166 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

⁵⁸ Folio 187 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

inconvenientes que están generando ciertos competidores ajenos al acuerdo realizado bajo la sombra de la Seccional.

- **Grabación de Junta Directiva ordinaria llevada a cabo el día 21 de septiembre de 2009**

"(...) Mire ese problema de margen, hablo del corredor industrial de Tunja-Sogamoso, yo creo que lo tenemos plenamente identificado quienes son los que van y quiénes son los que no van, ¡quienes somos los que vamos!

Eso está plenamente identificado. Nosotros sabemos que el señor Castro, Raúl Castro con nombre propio, es uno de los primeros que al ver un poquito más de margen, entonces para captar más clientes con ese menor margen (...).

El problema en Duitama en quién radica con nombre propio, en don Wilman Camacho, su estación para él y a él le importa un carajo quien le vaya o no...

El otro problema que es poquito pero es problema, es el señor Mariano Rey de... porque él siempre permanece, ahorita está 38 pesos por debajo... pero el llegó hasta los 70 pesos... pero nosotros le subimos los 60 y el otro le subió, nosotros estábamos en 7290, él está en 62, algo así, son 28, 30 pesos por debajo. En eso es en lo único en que radica el problema. Los otros llega uno les dice tanto es el precio, si o no (...) o sea que propiamente el señor Castro, Rey y Wilman los tres... pero con don Wilman nosotros hemos hablado (...).

Usted cree que a don Wilman Camacho le interesa lo más mínimo... y con él hemos hablado... fuimos con don Augusto a visitarlo para que le subiera y no. Nosotros conversamos con él, y a él le importa cinco porque él no le vende a casi nadie más... es de puro corrompido de hacer eso⁵⁹."

Es por decir lo menos curiosa la forma como se hace referencia a competidores que no siguen los lineamientos del cartel y que mantenían márgenes más bajos y propios de unas condiciones de competencia abierta coartada en todo sentido con las actividades de las investigadas. La siguiente manifestación del señor Jesús Alberto Barón Fernández, corrobora la situación descrita:

"Pregunta 26. Nosotros son quienes?"

Respondió: El presidente, el director ejecutivo porque allá son muy poquitos los cargos que hay, y mirábamos y evaluamos y más que todo miren los costos que tiene una estación de servicio pero sí yo me acuerdo tanto, nosotros fuimos como unas dos oportunidades más o menos.

Pregunta 28: Y se reunieron donde?

Nosotros estuvimos reunidos donde Álvaro González.

Pregunta 29: Quién es Álvaro González?

⁵⁹ Track 2-109, minuto 5:43 a 9:12. Folio 187 del cuaderno reservado No. 6 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Respondió: Un dueño de estación de servicio incluso era el que digamos que no quería, porque era de esas personas que decía en ese tiempo que no importaba perder pero que los que le habían empezado a baja significativamente cosas así.

Pregunta 30: Y ustedes le decían a Don Álvaro respecto de eso?

Respondió: Que hiciera cuentas que mire que no se perjudicara (...)⁶⁰". (Subraya fuera de texto)

Por último, no puede dejarse por fuera de las evidencias relevantes, el siguiente documento:

- ***Comunicación enviada por la señora MARIA EUGENIA CASTRO, representante legal de de COMBUSTIBLES LA PLAYA LTDA***⁶¹

"(...) Le queremos recordar al señor Presidente de FENDIPETROLEOS (sic) Boyacá-Casanare, que en la reunión que se hizo en el club del Comercio de Tunja, con los señores ALVARO GONZÁLEZ, SAÚL GONZÁLEZ, RAÚL ARMANDO CASTRO y AUGUSTO VARGAS- presidente de FENDIPETRÓLEO, se acordó que se cobraría Un peso, por cada kilómetro de distancia Bogotá, Sogamoso, lo cual no se ha cumplido". (Subraya fuera de texto)

El reclamo de la señora Castro se enfoca en el incumplimiento por parte de la SECCIONAL de un acuerdo a todas luces anticompetitivo, lo cual muestra que tanto las estaciones de servicio involucradas como la agremiación consideraban viable el acordar los precios de los productos ofrecidos.

El acervo probatorio detalladamente recorrido hasta el momento, permite establecer la responsabilidad de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE emanada de la influenciación ejercida durante los años 2006 y 2009 para la determinación artificial de los precios de Gasolina Corriente y ACPM en la ciudad de Duitama por parte de sus agremiadas, quienes como se verá más adelante, a partir de dichas sugerencia incurrieron en un acuerdo anticompetitivo en la modalidad de práctica conscientemente paralela.

(ii) Fendipetróleo Nacional

Debe iniciarse por decir que, como se indicó en el Informe Motivado, la Federación Nacional De Distribuidores De Combustibles y Energéticos, es una entidad Gremial de carácter permanente, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de nacionalidad colombiana, establecida para ejercer sus actividades en todo el territorio nacional. Según sus estatutos, se encuentra integrada por los distribuidores minoristas, quienes se vinculan a ella a través de sus seccionales, así como por las dependencias establecidas o que se establezcan en el territorio nacional o en el exterior⁶².

En el caso de esta agremiación, se logró determinar con la información obtenida que también hizo parte de discusiones relacionadas con el precio de combustibles a nivel

⁶⁰ Folios 15 y 16 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

⁶¹ Folio 103 del Cuaderno reservado No. 10 del expediente.

⁶² Folios 49 y 52 del cuaderno reservado No. 5 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

internacional. A continuación se hará una relación de las pruebas que sustentan la realización de la infracción endilgada:

- **Grabación magnetofónica de la Asamblea Ordinaria No. 102 llevada a cabo el 14 de junio de 2008**

El señor Rodrigo Valencia Concha, Presidente Ejecutivo Nacional de la FEDERACIÓN, señaló en la mencionada reunión:

"(...)4. SALUDO DEL PRESIDENTE EJECUTIVO DE FEDIPETRÓLEO NACIONAL, DR. RODRIGO VALENCIA CONCHA.

(...) Estos esfuerzos que se hicieron sin recoger plata ni hacer lobby ni poner nada nada mas allá que un desayuno y un almuerzo pero con el trabajo nuestro y con la tristeza de que algunos de ustedes, nosotros nos esforzamos por obtener mejores beneficios para los distribuidores y algunos no entendemos por qué, por el contrario se esfuerzan en conseguir bajar y vender a unos márgenes menores de lo que nosotros por principio nos esforzamos por conseguir. Ósea que luchamos contra nosotros mismos (...).

Nosotros inicialmente pensábamos el año pasado, que el margen debía estarse regulado, del Ministerio (...) que hay que buscar que esté en un nivel medio porque si está más alto pagan más impuestos porque recuerden que nosotros pagamos margen por galones vendidos esa es la base tributaria de nuestros impuestos, pero no puede estar tan abajo porque tenemos un negocio de distribución de combustible en que si se pone un nivel bajo de margen, pues algunos de ustedes le echan más para abajo todavía en detrimento de ustedes mismos, entonces pensábamos que eso debía estar sobre 650 pesos en estudios que tenemos ahora pensamos que debemos estar entre 800 y 1200 pesos el margen.

Y saben ustedes por qué? Porque este negocio se va a poner difícil (...). Quién sabe que irá a pasar aquí en Colombia. Entonces si la cosa se va a poner dura y a uno le cuesta, uno tiene que ganar por el servicio que preste y si el precio del combustible va a subir y va a seguir subiendo, es mejor tener un buen margen desde ahora, y no tratar de conseguirlo cuando el precio esté alto y ya no lo pueda hacer⁶³.

De la transcripción de la grabación referida, se extrae que es la misma cabeza de la FEDERACIÓN quien plantea como criticable que algunos de los asociados hayan decidido reducir los precios de los combustibles y además recomienda un incremento común en aras de no luchar entre competidores. Es claro, entonces, que al igual que ocurrió con la SECCIONAL, FENDIPETRÓLEO NACIONAL incurrió en la misma conducta de influenciación prevista en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. En la misma grabación, se identifica el informe del presidente seccional Augusto Vargas, como a continuación se transcribe:

"6. INFORME DEL PRESIDENTE SECCIONAL, SR. AUGUSTO VARGAS SÁENZ"

⁶³ Folio 134 del cuaderno reservado No. 10 del expediente. Track 1-102, minuto 29:50.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

(...) Mire yo creo que ya le debemos dar fin a este debate, vuelvo y les repito yo siempre he luchado, siempre ha sido toda la vida, no rebajemos el precio del combustible y les voy a contar una anécdota pero ya termino, hace 10, 8 meses me reuní con los distribuidores minoristas de la ciudad de Tunja y sitios aledaños a la capital del departamento y les propuse que cada vez que subiera el combustible, subiéramos 10 pesitos que no se iba a dar cuenta la gente y si podríamos sufragar los costos, como dijo el doctor aquí que solicitó suben las llantas, suben los peajes, sube el ACPM, suben los sueldos, sube todo y nosotros seguimos con el mismo factor y entonces yo sugerí que subiéramos 10 pesitos cada vez. Aceptaron, con tan buen resultado que el primer mes y al siguiente mes bajaron en 20 y 30 pesos. Definitivamente así no podemos y vuelvo y le repito así no podemos hacer parte de (...) entonces yo les sugiero que se pongan la mano en el corazón, por favor este es un punto que está más que trajeado, siempre: no rebajemos el precio del combustible⁶⁴(...)". (Subraya fuera del texto)

Se comprueba entonces, que en el seno de Fendipetróleo Nacional, también se buscaba una unificación de precio por parte de las estaciones de servicio, la cual en todo momento debía ser al alza y coordinada. La prueba en mención, se refiere a una reunión de carácter nacional en la que participaban la mayoría de empresas agremiadas y que de manera directa muestra la ejecución misma de la conducta aquí investigada. Ahora bien, se llega incluso a sugerir la no disminución del margen de comercialización en ciudades donde el régimen aplicable no era el de libertad regulada, sino libertad vigilada. Es atinente aquí, citar el acta No 102 de la Asamblea en cuestión.

- **Acta No. 102**

El extracto relevante del acta es el que a continuación se transcribe:

"4. SALUDO DEL PRESIDENTE EJECUTIVO DE FENDIPETROLEO NACIONAL, DR. RODRIGO VALENCIA CONCHA

(...)

Prosigue su intervención haciendo un llamado a todos los distribuidores para que se mantengan los precios establecidos por el Gobierno.

"6. INFORME DEL PRESIDENTE SECCIONAL, SR. AUGUSTO VARGAS SÁENZ.

(...)

• Durante todo el tiempo hemos informado oportunamente sobre el alza de los Combustibles, sugiriendo los precios que deben colocarse en el surtidor para así obtener un poco más del margen establecido por el Gobierno el cual es hoy muy bajo haciendo esta recomendación basados en la diferencia de los fletes ya que esta parte es de resorte de los Distribuidores Minoristas, sin embargo, en vez de acatar nuestras sugerencias algunos colegas han bajado los precios por debajo de la Resolución ocasionando cuantiosas pérdidas a los demás y dividiendo en forma visible a nuestro gremio.

⁶⁴Folio 134 del cuaderno reservado No. 10 del expediente. Track 1-102 Min: 42:17.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Esta anomalía se ha suscitado a nivel nacional en forma más visible en los Departamentos de Boyacá y Casanare, espero que no en un futuro muy lejano dadas las circunstancias de proliferación de Estaciones de Servicio, la baja considerable en las ventas de combustible el precio tan alto de los mismos y la poca utilidad, compitamos con calidad, buena medida y buen servicio y no reduciendo el precio de los mismos; este fue mi caballito de batalla durante mi administración⁶⁵".
(Subraya fuera de texto)

Esto corrobora que dentro de las discusiones propiciadas por FENDIPETRÓLEO NACIONAL se hacía referencia expresa a no reducir los precios de los productos como una conducta unificada de sus agremiados y había una actitud clara de rechazo frente a aquellos que se rehusaban a competir con el precio. En otras palabras, se constreñía a quienes no quisieran hacer parte del cartel orquestado por la misma FEDERACIÓN. Como se muestra a continuación, también existen elementos probatorios que dan cuenta de las discusiones internas en FENDIPETRÓLEO NACIONAL, relacionadas con el precio de venta al público de los combustibles. Se trata de los extractos de actas de Junta Directiva Nacional que a continuación se muestran:

- **Acta No. 241 de Junta Directiva Nacional llevada a cabo los días 28 y 29 de noviembre de 2008**

"El Dr. Jorge Navia, [Presidente de la Seccional Suroccidente], le pide al capitán que le diga que vamos a hacer con respecto a la situación de Cali, el Dr. Ismael Pacheco de Risaralda dice, yo cuando recibí el correo de bajar los precios llamé a varios colegas, la posición como persona natural es esta, como presidente es esta y también llamando a mis colegas ellos me decían que no iban a bajar un peso, se tomó la decisión de seguir arañando, le pregunte capi como ves la cosa de bajar y tomamos la decisión de bajar 100 pesos, pero es muy importante la decisión de la presidencia ejecutiva quien está enfrente del Gobierno, comparto que la decisión del Gobierno es un atropello, como gremio me gustaría escuchar al Dr. Rodrigo de cómo es la situación y así cual es la decisión que quiere tomar la Federación". (...)

"El Dr. Navia dice que va a agregar una información que se le pasó decir al capitán, el pacto de transparencia que el Gobierno quería que fuéramos responsables, de las estaciones manejadas por las mayoristas, o las estaciones no afiliadas, el caso de Fendipetróleo, es absurdo que nos hagamos responsables de que estas estaciones no bajen, firmemos el acuerdo como afiliados y salgamos de este rollo en que estamos metido (sic), yo le envié un listado de las estaciones que no bajaron de precio, mal haría yo clavándome yo mismo el cuchillo, entre estas Carrefour y las estaciones manejadas por los mayoristas⁶⁶". (Subrayas fuera de texto).

- **Acta No. 245 de Junta Directiva Nacional del 3 de agosto de 2009**

"Toma la palabra el Dr. José Guillermo Sánchez y dice que se debe respetar la Junta, ya que no está de acuerdo que no se hable de márgenes, solicita que se destine un área para que se encargue de manejar estos temas. Él dice que cuando se habla de grandes superficies, en Bogotá hay 75 zonas de grandes superficies y se están

⁶⁵ Folio 202 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

⁶⁶ Folio 72 y 74 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

vendiendo por debajo del precio del decreto en algunos casos y en otros por debajo del margen. Dice que ha hecho varias advertencias, pero que no ponen atención a tiempo y que se han quedado callados y las cosas siguen pasando" (...)

"Luego el Dr. José Guillermo Sánchez dice que en la Junta se deben colocar las directrices para actuar, para que no se quede solo en hablar.

Entre los miembros analizan y debaten el aspecto de los márgenes y beneficios que tienen las estaciones que favorecen los mayoristas y que con razón venden a un precio de resolución e incluso por debajo. Y dicen que el tema de congelamiento de las estaciones de servicio, tampoco ha dado resultado⁶⁷."

Con las pruebas aludidas, se demuestra la preocupación existente en la Junta Directiva de la Federación basada en la no unificación de los márgenes de ganancia por parte de todas las estaciones de servicio e incluso se pone sobre la mesa la necesidad de establecer directrices para disciplinar a los agentes del mercado conforme a los acuerdos anticompetitivos a los que se llegó. Por la evidencia recaudada, se extrae que tanto las agremiaciones involucradas como varias de las estaciones de servicio que hacen parte de las mismas, consideran reprochable que ciertos agentes no participen de las decisiones tomadas conjuntamente, lo cual muestra nuevamente el elemento coactivo de la conducta acusada. Las siguientes dos pruebas, hacen referencia a las preocupaciones de la Federación por los "bajos precios" ofrecidos por algunas estaciones de servicio.

- **Comunicación enviada por Fendipetróleo Nacional vía correo electrónico a la Vicepresidente Comercial de la Organización Terpel S.A., replicada a cada una de las Seccionales a través de ese mismo medio**

Mediante correo electrónico de 4 de mayo de 2010, el señor Edwin Alonso Bayona Arévalo, Asesor Económico de Soldicom-Fendipetróleo Nacional, reenvió la precitada comunicación en los siguientes términos:

*"Estamos reenviando la comunicación enviada a la organización Terpel, en referencia a los precios bajos que está manejando algunas EDS en el mercado. Estamos atentos a sus comentarios al respecto"*⁶⁸.

- **Correo electrónico enviado por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL a la Vicepresidente Comercial de la Organización Terpel S.A., con asunto: "Preocupación por precios bajos en combustibles"**

"Bogotá D.C., Abril 27 de 2010

**Doctora
SYLVIA ESCOVAR
Vicepresidente Comercial
Organización Terpel S.A.
Ciudad**

Asunto: Estaciones de Servicio con aparente precios predatorios

⁶⁷ Folio 84 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

⁶⁸ Folio 134 del Cuaderno reservado No. 10 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~E-71794~~ DE 2011 Hoja N°. 52

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Apreciada Dra. Sylvia,

Conforme a lo conversado en la mañana de hoy, y tras recibir las opiniones de diferentes seccionales, sobre la preocupación que genera la presencia de EDS en diferentes ciudades del país que están comercializando combustibles a precios sustancialmente por debajo de los sugeridos por el Gobierno Nacional y causando un grave perjuicio a la distribución minorista, en razón a los irrisorios márgenes con los que se operan estas EDS, enviando un mensaje equivocado a los consumidores finales respecto a los precios promedio del resto de estaciones y lo que es peor, capturando la clientela natural de sus competidores a nuestro modo de ver de una forma no ética, y contrariando las buenas prácticas comerciales que deben inspirar nuestra actividad, es nuestro deber como agremiación responsable por la defensa de los intereses del sector minorista, verificar las condiciones en que se desarrolla esta actividad, y la búsqueda de mecanismos que conduzcan el normal cause de la EDS.

Cuando al parecer, las gestiones adelantadas por el sector, para hacer comprender el equívoco y los perjuicios en términos de pérdidas de empleo y productividad, en los que estaba incurriendo las estaciones de servicio de Grandes Superficies de Colombia S.A. - Carrefour, ubicadas en las principales ciudades del país, están dando buenos resultados, al punto de que hoy en ciudades como Medellín, Cali y Bogotá, esta empresa viene nivelando los precios de comercialización de combustibles de sus EDS incluso por encima del precio de referencia sugerido por el Gobierno Nacional, lamentablemente debemos registrar que hay algunas EDS de diferentes banderas, que insisten, de forma inexplicable, en comercializar combustibles a precios verdaderamente incomprensibles, muy por debajo del precio de referencia.

En el caso particular de las EDS abanderadas por TERPEL S.A. podemos citar a título de ejemplo las siguientes:

- EDS Terpel La Colina, ubicada frente al club La Colina de Colsubsidio, en la vía que de Suba conduce a Bogotá. Allí se comercializa hoy el combustible a un precio que ronda los \$250 pesos menos que el sugerido por el gobierno.
- EDS Terpel Av. 168 con paralela. Allí se comercializa el combustible a un precio que ronda los \$250 pesos menos que el sugerido por el Gobierno.
- EDS Terpel Javeriana, ubicada en la Av. Séptima con calle 39. Allí se comercializa el combustible a un precio que ronda los \$200 pesos menos que el sugerido por el Gobierno.

Esta situación debe convocar la atención de todos los actores de la cadena para impedir por una parte, el deterioro de esta actividad comercial, ya de por sí muy afectada con los exiguos márgenes dispuestos por el Gobierno, y por otra, que el proceso de incrementos en los precios de los combustibles, decretados por el Gobierno, resulten contrastantes e incomprensibles para los consumidores, a la luz de las abismales diferencias de precios que generan algunas de las EDS del país como las anteriormente señaladas.

Quisiera apelar a su gran criterio empresarial y por sobre todo a su espíritu ético profesional, para que la Organización Terpel S.A., en la medida de sus posibilidades y competencias, pueda adoptar las medidas que estime convenientes en el asunto,

"Por la cual se imponen unas sanciones"

para evitar que más distribuidores minoristas se vean abocados a la quiebra por la implementación de prácticas predatorias desplegadas por algunos agentes del sector.

De ser necesario, podríamos reunirnos en el momento que se considere conveniente, para profundizar de manera franca y abierta los pormenores de este fenómeno que afecta a no pocos distribuidores minoristas en el país. Quedo atento a su punto de vista sobre el particular.

JUAN CARLOS YEPES ALZATE

Presidente Ejecutivo

FENDIPETRÓLEO NACIONAL⁶⁹

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente la tendencia de FENDIPETRÓLEO a tratar temas relacionados con la disminución de los márgenes de comercialización de los combustibles a nivel nacional, incluso en Seccionales como la de Bogotá, en las que para la época del referido correo electrónico existía la libertad vigilada de precios.

Tal como se indicó en párrafos anteriores, la representación de los intereses de los asociados a un gremio es considerada como un interés legítimo e incluso deseable a la luz del derecho de la competencia. No obstante, en vista de los límites de tal ordenamiento, agremiaciones como FENDIPETRÓLEO deben abstenerse de tomar decisiones, implementar normas o recomendaciones y/o desarrollar otras actividades que puedan tener el potencial para restringir o falsear la libre y leal competencia.

Son, entonces, los elementos probatorios arriba presentados, suficientes para demostrar que la FENDIPETRÓLEO NACIONAL también ejerció actos encaminados a influenciar y a sus agremiadas para que redujeran los precios de los combustibles o desistieran de sus ideas de hacerlo. Además, la FEDERACIÓN fue permisiva en las reuniones realizadas frente a la posición asumida respecto de aquellas estaciones de servicio disidentes del acuerdo anticompetitivo. Por lo tanto, para este Despacho es clara la infracción a cargo de la ya mencionada agremiación.

(iii) Conclusiones respecto de la infracción al numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992

Como conclusiones generales de la realización de la infracción señalada por parte de FENDIPETRÓLEO NACIONAL y la SECCIONAL PARA BOYACÁ Y CASANARE, es posible extraer las siguientes:

- De acuerdo con las comunicaciones dadas a conocer por la Seccional a los distribuidores minoristas y con las manifestaciones realizadas dentro de la Asamblea y Junta Directiva citadas, se infiere el manejo de precios que la FEDERACIÓN pretendía establecer a través de los márgenes de comercialización de los combustibles (gasolina corriente y ACPM).
- En cabeza de su Presidente y Junta Directiva, la Seccional realizó gestiones tendientes a impedir que algunas estaciones de servicio de Boyacá disminuyeran los precios de los combustibles por debajo de lo señalado cada mes por dicha

⁶⁹ Folio 134 del Cuaderno reservado No. 10 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

agremiación, a través de comunicaciones escritas y entrevistas personales, como medios de persuasión.

- Además del precio sugerido a través de las circulares enviadas a sus distribuidores, la SECCIONAL manejaba alzas independientes mes a mes en el precio de los combustibles.
- A partir del septiembre de 2009, la SECCIONAL acordó en cabeza de su Presidente y Junta Directiva, seguir enviando a sus agremiados comunicaciones con los precios sugeridos de los combustibles, mediante la utilización de diferentes medios que no implicaran la responsabilidad de la Federación.
- En cabeza de su Presidente y Junta Directiva, la SECCIONAL decidió además de sugerir el precio de los combustibles, acordar los márgenes de comercialización de los combustibles atendiendo el costo de los fletes desde el centro de abastecimiento hasta la estación de servicio.
- FENDIPETRÓLEO NACIONAL participó a través de su Presidente Ejecutivo en las discusiones adelantadas por la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, relativas a la fijación del precio de los combustibles y al mantenimiento de los márgenes de comercialización.
- En su intervención, el Presidente Ejecutivo de FENDIPETRÓLEO NACIONAL reprochó la conducta de los distribuidores minoristas que insistían en rebajar los precios de los combustibles, manifestando que no sólo desconocían el gran esfuerzo realizado por la agremiación para conseguir mayores beneficios a sus afiliados, sino que actuaban en detrimento de sus propios intereses.
- Con el pretexto de que la distribución de combustibles a nivel mundial pasaba por una difícil situación, advirtió que lo más conveniente sería contar desde ya con un "buen margen" de comercialización y no tratar de conseguirlo cuando el precio de los mismos aumentara.
- En el desarrollo de las discusiones adelantadas al interior de la FEDERACIÓN NACIONAL, fueron tratados temas relacionados con márgenes de comercialización y fijación de precios de los combustibles.

6.5. RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE UNA PRÁCTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA CONSTITUTIVA DE UN ACUERDO ANTICOMPETITIVO

6.5.1. Supuestos normativos

De manera previa al análisis de las pruebas y cifras que componen el acervo probatorio en que sustenta la realización de la conducta acusada, considera este Despacho necesario enunciar el marco normativo de la misma y realizar una descripción teórica de los elementos que la componen. En primer lugar, se tiene que el numeral 1 del artículo 47 Del Decreto 2153 De 1992, a la letra dice:

"Por la cual se imponen unas sanciones"

"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. (...)"

No obstante, esta norma no puede ser interpretada de manera absoluta, ya que el mismo Decreto en su artículo 45 incluye dentro de sus definiciones el concepto de "acuerdo" como *"Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas."* (Subrayado fuera de texto)

Conforme a lo anterior, debe interpretarse que es reprochable frente al régimen de protección de la competencia, cualquier tipo de acuerdo, conforme a su definición en la norma, que tenga como objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Así, teniendo en cuenta que en el caso bajo estudio la modalidad investigada es precisamente una práctica conscientemente paralela, este Despacho procederá a describir los elementos característicos que se deben verificar para que se configure tal infracción:

6.5.2. Paralelismo Consciente

De acuerdo con la definición del artículo 45 arriba citado, se abre la posibilidad de que sin existir un documento que plasme de manera explícita un acuerdo anticompetitivo entre agentes de un determinado mercado, sea posible declarar por parte de la autoridad de competencia la existencia de una ilicitud, basada en el paralelismo en la definición de los precios ofrecidos en el mercado. No obstante, en la determinación de una infracción emanada de una conducta conscientemente paralela, es necesario encontrar medios de prueba adicionales a la mera simultaneidad en los precios y sus tendencias.

Se tiene, entonces, que la figura jurídico-económica en cuestión está compuesta por dos elementos diferenciables. Por una parte, debe existir un paralelismo en los precios de los agentes investigados, y por la otra, un elemento consciente que lo complementa. A continuación, se hará una breve descripción de cada uno de ellos de manera previa a la evaluación sobre si los mismos están presentes en el caso bajo estudio.

(i) El paralelismo

Sobre este elemento, ya se ha pronunciado en diversas ocasiones esta Entidad en el sentido de determinar que no se requiere una similitud o exactitud en los precios de los diferentes agentes, sino que basta con que existan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo en lo que respecta a las cantidades y precios ofrecidos⁷⁰. Resulta útil citar lo ya señalado por esta Superintendencia frente al punto, en los siguientes términos:

"La conducta paralela puede constituir una práctica restrictiva de la competencia en la medida en que los participantes de un determinado mercado, actuando en forma consciente y sincronizada se abstienen de competir, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre una o más de las variables cuya dinámica en

⁷⁰ Ver Resoluciones 51694 de 2008 y 04946 de 2009.

*condiciones de competencia debe corresponder a la estrategia individual e independiente de quienes lo conforman.*⁷¹

Debe entenderse también, que con la sola existencia de un paralelismo no es posible establecer la realización de una infracción, requiriéndose una evaluación de los diferentes elementos cualitativos que lo rodean. Es aquí, en donde el elemento consciente cobra importancia teniendo en cuenta que a través del mismo se concreta la conducta.

(ii) El elemento consciente

No ha sido desconocido el elemento consciente por parte de esta Entidad, que en varias ocasiones ha señalado que para su identificación y demostración deben aparecer elementos que muestren el desarrollo de una conducta coordinada que tenga el alcance que evitar una competencia efectiva en un determinado mercado. No sobra por lo tanto, reiterar lo ya afirmado sobre el tema:

Una vez identificado el paralelismo, la prueba de una práctica consciente debe resultar de la valoración, no aislada sino en conjunto, tanto de las características del mercado en cuestión como del comportamiento concreto de los investigados y las explicaciones del mismo.

A estos propósitos el análisis impone considerar, entre otras cosas, que se haya descartado que el comportamiento paralelo haya sido el resultado de políticas unilaterales e independientes ejecutadas por los investigados. De la misma forma se deben apreciar en forma conjunta los indicios del comportamiento, constituidos entre otros y especialmente a partir de la evidencia de comunicaciones o intercambio de información directamente o a través de terceros por parte de los competidores.

En estos casos, la presencia de elementos probatorios, como por ejemplo documentos que soporten una planificación de las empresas, consistente con la práctica investigada⁷² o la asistencia a reuniones en las cuales fueron intercambiadas informaciones sobre las políticas de comercialización o competencia por parte de las empresas investigadas⁷³, serán elementos probatorios encaminados a demostrar que existió concertación entre las partes. También se tendrán en cuenta las comunicaciones intercambiadas entre lo(s) investigado(s) y terceros cuando las afirmaciones contenidas en las mismas coincidan con el comportamiento que los investigados hayan manifestado en el mercado⁷⁴.

En conclusión, para el caso de una investigación relacionada con una práctica conscientemente paralela, la Superintendencia de Industria y Comercio, una vez

⁷¹ Ibidem.

⁷² (37) Corte de Justicia de las Comunidades Europeas. 20 de abril de 1999, en el asunto LVM contra la Comisión Europea. Rec. II-931, puntos 725-727.

⁷³ (38) Para la doctrina europea, si se demuestra que los competidores tuvieron una reunión o un contacto telefónico, incluso aislado, seguido de una práctica paralela, la autoridad de competencia presume la existencia de una concertación que afecta negativamente la competencia en el mercado. (Marie MALAURIE-VIGNAL. Droit de la Concurrence interne et communautaire". Sirey Université. 4ta edición. 2008. Página 212.). También, la sola "participación", incluso pasiva de una empresa a una reunión que tuvo efectos anticompetitivos, basta por sí sola para demostrar su participación en la concertación (Corte de Justicia de la Comunidad Europea del 16 de noviembre de 200, asunto 291/98 P, Sarrió: Rec. I-9991).

⁷⁴ (39) Decisión de la Comisión Europea CE del 2 de diciembre de 1981, en el caso "Hasselblad".

"Por la cual se imponen unas sanciones"

identificado el paralelismo acudirá a la valoración conjunta de los diferentes elementos de prueba de modo que le permitan constatar si existe o no una concertación con fines anticompetitivos"⁷⁵.

Se tiene, entonces, que la demostración del elemento consciente de la conducta puede estar circunscrita a la recopilación de evidencia, que individualmente y en su conjunto indiquen la existencia de una conducta anticompetitiva que va de la mano con el elemento cuantitativo, entendido éste como el ya mencionado paralelismo en los precios. Dicha evidencia a su vez, debe interpretarse a la luz de las reglas de la experiencia y en el contexto del mercado sobre el cual verse la respectiva investigación. Al respecto, la jurisprudencia ha reconocido la importancia de la prueba indiciaria, en los siguientes términos:

"Para la Sala es claro que, en efecto se presentaron los supuestos de hecho necesarios para dar por probada la irregularidad prevista en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. El actor, propietario de la Estación de Servicio La Pedregosa y la Estación La Aurora, Multiservicios La Báscula y Terpel Bucaramanga fijaron como precio al público de la gasolina extra durante todo el mes de abril de 1999 la suma de \$2.601 y, todas, e 11° de mayo de 1999, incrementaron el precio en una misma cantidad, \$260, para fijar un precio idéntico para todo el mes de mayo de 2004 de \$2.861.

Lo anterior determina, sin duda, un indicio grave en contra del actor y de las demás empresas sancionadas, pues como lo adujo la SIC, el que cuatro estaciones de servicios hayan fijado los mismos precios durante 61 días, a más que el mismo día deciden incrementar el valor de la gasolina extra en una misma cantidad (\$260) no puede ser una mera coincidencia. Realmente, el conjunto de estos hechos se convierte en una prueba indiciaria que ofrece certeza en torno a la ocurrencia de una práctica paralela consciente que trajo como efecto la fijación anormal de precios de combustible, en contra de la libre competencia. (...)"⁷⁶.

En esta oportunidad, la Entidad reitera lo señalado y, en consecuencia, procederá a analizar si en este caso se presenta una conducta o comportamiento paralelo, para a renglón seguido evaluar si en el expediente hay elementos de prueba adicionales que permitan identificar la existencia de una concertación entre los investigados con el objeto de eludir la competencia en el mercado.

6.5.3. Frente a la realización de una práctica conscientemente paralela por parte de las estaciones de servicio involucradas

La investigación se llevó a cabo con el fin de determinar si las empresas Distribuidora de Combustibles El Sol S.A.- DICOSOL S.A. (Propietario de la Estación de Servicio La Avenida), Estación de servicio LA ISLA LTDA., Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA, Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, Estación VILLA DEL RÍO LTDA., Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda. - COMERTRANS LTDA. (Propietario de la Estación de Servicio Ciudad

⁷⁵ Resolución No. 51694 de 4 de diciembre de 2008.

⁷⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera – Subsección A, el 18 de noviembre de 2004. Sentencia citada en Resolución No. 51694 de 4 de diciembre de 2008.

Duitama) y el señor ORLANDO BECERRA BARRERA, habían infringido el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que se refiere a la realización de acuerdos que tengan por objeto o por efecto la fijación directa o indirecta de precios.

La Resolución de apertura de investigación utilizó como indicio de un acuerdo en la fijación de los precios de la gasolina corriente y ACPM, el comportamiento paralelo de los mismos durante el período comprendido entre enero de 2007 y diciembre de 2009, en la ciudad de Duitama. Durante la investigación, la Delegatura se concentró en determinar si el paralelismo observado era el resultado de las condiciones del mercado, o si por el contrario, obedecía a una práctica anticompetitiva derivada de un acuerdo entre las empresas investigadas.

Para tal efecto, debe recordarse lo ya mencionado en el Informe Motivado respecto al origen de la información obtenida. En primer lugar, la Delegatura requirió a FENDIPETRÓLEO con el fin de que enviara la lista de distribuidores minoristas de combustible en Duitama, con base en la información recibida fueron realizados requerimientos con el fin de obtener el listado de precios por galón de la gasolina corriente, extra y ACPM, cobrados al público inicialmente de enero a julio de 2007 y con posterioridad, hasta el mes de diciembre de 2009⁷⁷.

El primer hallazgo dentro de la investigación, luego de examinar la información remitida por las estaciones de servicio Ciudad Duitama, Cooflotax, Cootrachica, Inpro, La Avenida, La Dorada, La Isla, Tundama y Villa del Río ubicadas en la ciudad de Duitama (Boyacá), lo constituyó el hecho que durante gran parte del período comprendido entre 2007 y 2009, varias de las empresas requeridas mostraron identidad en los precios de venta al público por galón de gasolina corriente y ACPM.

Otra de las situaciones que llamó la atención de los investigadores, se refiere a que varias de las estaciones de servicio involucradas, durante el citado período, mostraban una coincidencia exacta en sus precios de venta con los establecidos en las circulares mensuales expedidas por la Seccional Boyacá y Casanare, encontrándose en este punto la conducta de influenciación ya analizada con el acuerdo anticompetitivo entre agentes competidores del mercado específico.

Para este Despacho es de gran utilidad el ejercicio realizado por la Delegatura frente a los precios de las diferentes estaciones y su comparación con las sugerencias de la agremiación, razón por la cual, se procederá a continuación a incluir sus resultados en la forma en que fueron presentados en el Informe Motivado.

(i) Respetto de la Gasolina Corriente

Las siguientes cifras y cuadros, demuestran de forma cuantitativa dos aspectos fundamentales dentro de la investigación. En primera medida, que las sugerencias

⁷⁷ En este punto vale decir, que durante la etapa de averiguación preliminar, la Delegatura recaudó la mayor cantidad de pruebas encaminadas a verificar la ocurrencia de los hechos motivo de la queja, a partir de lo cual pudo determinar que la mencionada identidad en los precios de los combustibles se presentó no sólo para la época en que fue presentada la petición del señor Sánchez Archila sino que se extendió hasta finales del mes de diciembre de 2009. De esta manera la afirmación del apoderado de la Seccional según la cual "la resolución se motiva en la petición de Sánchez, lo cual enmarca el accionar probatorio a los hechos denunciados por el quejoso" carece de respaldo jurídico y probatorio.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

realizadas por la agremiación tuvieron un efecto real en el mercado, demostrándose nuevamente la indebida influenciación conforme al artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Además de lo anterior, el análisis de precios muestra que las estaciones de servicio, como competidoras directas en el suministro de Gasolina Corriente en Duitama, mostraron tendencias y patrones de comportamiento que encajan perfectamente en el ya definido concepto de paralelismo. Veamos:

Tabla No. 6

PRECIOS GASOLINA CORRIENTE EN DUITAMA DE ENERO A JUNIO DE 2007

Fendipetróleo	6.340	6.340	6.373	6.378	6.431	6.461
Estación	Ene-07	Feb-07	Mar-07	Abr-07	May-07	Jun-07
La Isla	6.340	6.340	6.373	6.378	6.431	6.461
Cootrachica	6.340	6.340	6.373	6.378	6.431	6.461
Villa del Rio	6.340	6.340	6.373	6.378	6.431	6.461
La Dorada	6.340	6.340	6.373	6.378	6.431	6.461
Cooflotax	6.340	6.340	6.373	6.378	6.431	6.461
La Avenida (Dicosol)	6.340	6.340	6.373	6.378	6.431	6.461
Inpro	6.340	6.340	6.373	6.378	6.431	6.461
Tundama	6.250	6.250	6.280	6.280	6.330	6.360
Ciudad Duitama (Comertrans)	6.411	6.411	6.471	6.507	6.487	6.461

Los precios en negrilla presentan una diferencia con los precios sugeridos por FENDIPETROLEO. Fuente: FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 1, Folios 128 a 160; Estaciones de servicio: Cuaderno 1, Folios 59-81-197 y 213, Cuaderno 2, Folios 38-58-78-79 y 139. Nota: las variaciones entre el precio de Fendipetróleo y las estaciones de servicio oscilan entre 31 y 129 pesos por galón.

Tabla No. 7

PRECIOS GASOLINA CORRIENTE EN DUITAMA DE JULIO A DICIEMBRE DE 2007

Fendipetróleo	6.507	6.564	6.660	6.660	6.745	6.839
Estación	Jul-07	Ago-07	Sep-07	Oct-07	Nov-07	Dic-07
La Isla	6.507	6.564	6.600	6.660	6.745	6.839
Cootrachica	6.507	6.564	6.599	6.660	6.745	6.839
Villa del Rio	6.507	6.564	6.600	6.660	6.745	6.839
La Dorada	6.507	6.564	6.600	6.660	6.745	6.839
Cooflotax	6.507	6.564	6.600	6.660	6.745	6.839
La Avenida (Dicosol)	6.507	6.564	6.600	6.660	6.745	6.839
Inpro	6.507	4.840	4.875	4.931	5.011	5.100
Tundama	6.410	6.470	6.510	6.550	6.610	6.690
Ciudad Duitama (Comertrans)	N.R.	6.564	6.600	6.660	6.745	6.839

RESOLUCIÓN NÚMERO **71794** DE 2011 Hoja N°. 60

"Por la cual se imponen unas sanciones".

Fuente: FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 1, Folios 128 a 160, Cuaderno 5, Folios 221-227-237-240-248 y 254; Estaciones de servicio: Cuaderno 1, Folios 59-81-197 y 213, Cuaderno 2, Folios 38-58-78-79 y 139, Cuaderno 7, Folios 69-77-80-146-150-154 y 159. N.R: No reporta. Nota: las variaciones entre el precio de Fendipetróleo y las estaciones de servicio oscilan entre 1 y 150 pesos por galón, excluyendo la estación Inpro.

Tabla No. 8
PRECIOS GASOLINA CORRIENTE EN DUITAMA DE ENERO A JUNIO DE 2008

Fendipetróleo	6.941	7.006	7.070	7.135	7.215	7.315
Estación	Ene-08	Feb-08	Mar-08	Abr-08	May-08	Jun-08
La Isla	6.941	7.006	7.070	7.135	7.215	7.315
Cootrachica	6.941	7.000	7.070	7.135	7.215	7.315
Villa del Rio	6.941	7.006	7.070	7.135	7.215	7.315
La Dorada	6.941	7.006	7.070	7.135	7.215	7.315
Cooflotax	6.941	7.006	7.070	7.135	7.215	7.315
La Avenida (Dicosol)	6.491	7.006	7.070	7.135	7.215	7.315
Inpro	5.197	5.255	5.287	5.342	5.412	5.512
Tundama	6.800	6.865	6.930	7.000	7.100	7.200
Ciudad Duitama (Comertrans)	6.941	7.006	7.070	7.135	7.215	7.315

Fuente: FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 6, Folios 38-46-54-60-67 y 72; Estaciones de servicio: Cuaderno 7, Folios 69-77-80-146-150-154 y 159. Nota: las variaciones entre el precio de Fendipetróleo y las estaciones de servicio oscilan entre 9 y 141 pesos por galón, excluyendo la estación Inpro.

Tabla No. 9
PRECIOS GASOLINA CORRIENTE EN DUITAMA DE JULIO A DICIEMBRE DE 2008

Fendipetróleo	7.440	7.565	7.670	7.750	7.750	7.690
Estación	Jul-08	Ago-08	Sep-08	Oct-08	Nov-08	Dic-08
La Isla	7.440	7.565	7.670	7.864	7.864	7.690
Cootrachica	7.440	7.565	7.670	7.864	7.750	7.690
Villa del Rio	7.440	7.565	7.665	7.750	7.859	7.690
La Dorada	7.440	7.565	7.665	7.864	7.864	7.690
Cooflotax	7.440	7.565	7.670	7.750	7.865	7.690
La Avenida (Dicosol)	7.440	7.565	7.565	7.565	7.844	7.690
Inpro	5.637	5.762	5.867	5.861	5.861	5.887
Tundama	7.330	7.460	7.580	7.769	7.769	7.624
Ciudad Duitama (Comertrans)	7.440	7.680	7.670	7.750	7.864	7.864

Fuente: FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 6, Folios 3-8-16-22-27 y 33; Estaciones de servicio: Cuaderno 7, Folios 69-77-80-146-150-154 y 159. Nota: las

"Por la cual se imponen unas sanciones"

variaciones entre el precio de Fendipetróleo y las estaciones de servicio oscilan entre 9 y 185 pesos por galón, excluyendo la estación Inpro.

Tabla No. 10
PRECIOS GASOLINA CORRIENTE EN DUITAMA DE ENERO A JUNIO
DE 2009

Fendipetróleo	7.690	7.692	7.692	7.692	7.292	7.292
Estación	Ene-09	Feb-09	Mar-09	Abr-09	May-09	Jun-09
La Isla	7.690	7.690	7.690	7.690	7.290	7.290
Cootrachica	7.690	7.690	7.690	7.690	7.290	7.290
Villa del Rio	7.685	7.685	7.685	7.685	7.292	7.292
La Dorada	7.690	7.690	7.690	7.690	7.290	7.290
Cooflotax	7.690	7.690	7.690	7.690	7.290	7.290
La Avenida (Dicosol)	7.690	7.690	7.690	7.290	7.290	7.290
Inpro	5.887	5.887	5.856	5.856	5.456	5.456
Tundama	7.624	7.624	7.624	7.624	7.224	7.224
Ciudad Duitama (Comertrans)	7.690	7.690	7.690	7.690	7.290	7.290

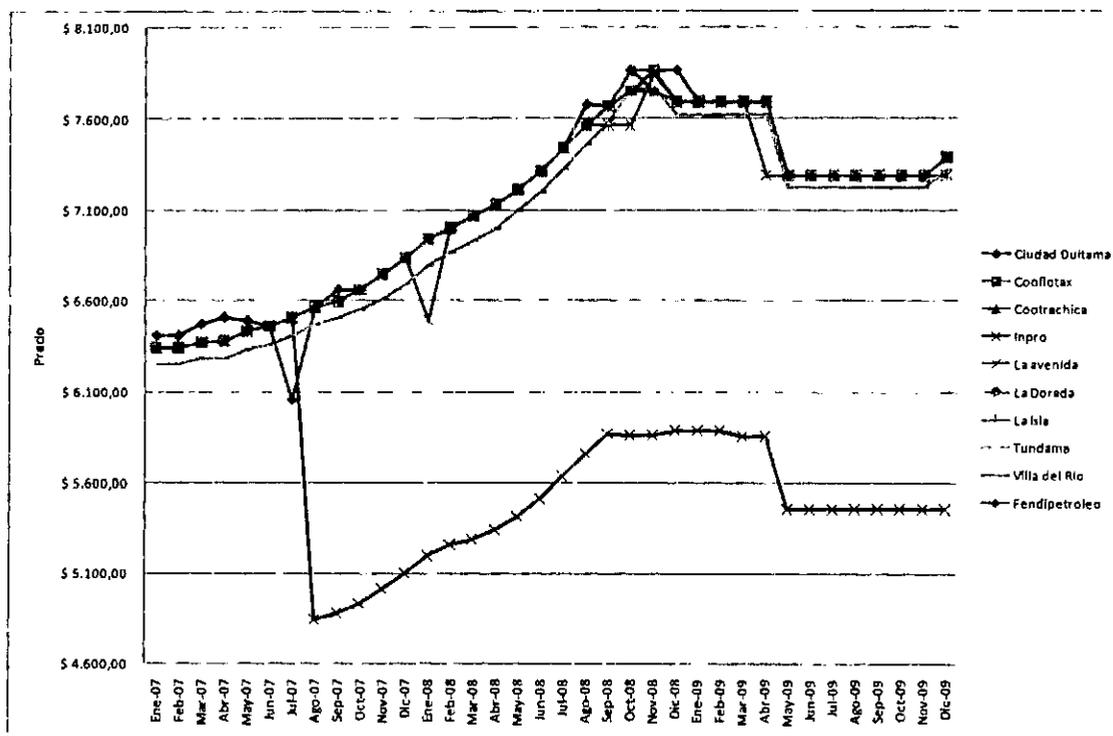
Fuente: FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 6, Folios 115-121-129-137-143 y 148; Estaciones de servicio: Cuaderno 7, Folios 69-77-80-146-150-154 y 159. Nota: las variaciones entre el precio de Fendipetróleo y las estaciones de servicio oscilan entre 2 y 402 pesos por galón, excluyendo la estación Inpro.

Al graficar las tendencias arriba expresadas, se observa de manera clara que los precios establecidos por las estaciones de servicio investigadas dentro del período estudiado mantienen las mismas tendencias y uniformidad, con excepción de la estación Inpro.

Gráfica No. 5
PRECIOS GASOLINA CORRIENTE EN DUITAMA DE 2007 a 2009

RESOLUCIÓN NÚMERO **71794** DE 2011 Hoja N°. 62

"Por la cual se imponen unas sanciones"



De la información obtenida, son diversos los factores a tener en cuenta y que ya fueron puestos de presente en el Informe Motivado. Quizás uno de los más importantes es que casi todas las estaciones de servicio siguieron las sugerencias de la agremiación, lo cual de manera obvia se refleja en que los precios comparados entre ellas, muestre paridad. En efecto como lo resalta la Delagatura, en el período analizado los precios de venta de gasolina corriente presentan variaciones mínimas que no llegan a 1% entre las estaciones⁷⁸.

A pesar de lo anterior, el análisis de la Delegatura va más allá y se enfoca en establecer si puede haber circunstancias propias del mercado o de las actividades realizadas por las estaciones de servicio a partir de las cuales fuera posible encontrar una explicación al comportamiento de los precios, o si por el contrario, conforme a la estructura de costos que enfrentan las investigadas no había razón alguna que sustentara el paralelismo encontrado. Para este efecto, se analizaron los siguientes factores: (i) tipos de estación por volúmenes vendidos; (ii) número de empleados; (iii) costo de transporte y (iv) ubicación de las estaciones de servicio⁷⁹. Vale mencionar que este Despacho comparte en su totalidad

⁷⁸ Para el período comprendido entre febrero y julio de 2008, así como de mayo a diciembre de 2009, las estaciones de servicio Ciudad Duitama, Cooflotax, Cootrachica, La Avenida, La Dorada, La Isla y Villa del Río presentaron precios exactamente iguales a los sugeridos por la Seccional.

⁷⁹ Respecto de los criterios tenidos en cuenta para fijar el precio del combustible por parte de las estaciones de servicio, el señor OSCAR ALBERTO DOMINGUEZ GARCÍA, consultor de estaciones de servicio en sistemas de combustible, señaló que:

"Pregunta 8: explique si sabe cómo se lleva a cabo la fijación de precios en las estaciones de servicio.
Respondió: Pues realmente yo no sé mucho cómo es el mecanismo de precios, pero en el estudio que nosotros hicimos con ITANSUCA y el Ministerio de Minas y Energía, nosotros establecimos la base de precios a partir de los gastos, o sea administración, mantenimiento y operación de la estación de servicio. (...) Entonces estamos estableciendo una uniformidad de gastos de operación y mantenimiento sobre la base de los volúmenes y sobre la base de la ubicación. O sea hubo tres variables: volumen de ventas de la estación, ubicación de la estación, mercado y precios". Pregunta 12. El tipo de combustible que distribuye una estación de servicio, el área de construcción y el número de islas hace que existan diferentes estructuras de costos entre las estaciones de servicio.

“Por la cual se imponen unas sanciones”

el estudio realizado por la Delegatura tanto en lo que se refiere a los precios, como a los ya mencionados factores, razón por la cual, se reiterarán las consideraciones realizadas en el Informe Motivado frente a éstos últimos.

- Tipos de estación por volúmenes vendidos

El ejercicio realizado se basó en la clasificación de las estaciones de servicio de acuerdo con su participación en el mercado medida en función de los volúmenes vendidos. De acuerdo con la Delegatura “(...) las estaciones de servicio que ostentan una mayor participación en la venta de gasolina corriente, son Inpro y Cooflotax con el 22% y 16% respectivamente, mientras que La Isla, La Dorada y Cootrachica se enmarcan en un rango que varía entre el 10% y el 12%. Finalmente, las estaciones Villa del Río y Ciudad Duitama presentan cuotas de mercado inferiores al 5%(...)”

- **Estudio ITANSUCA**

El Informe Motivado toma como referencia el estudio ITANSUCA⁸⁰, en donde se hace una clasificación de las estaciones de servicio de acuerdo con su volumen de ventas, para luego incluir en dicha clasificación a las estaciones investigadas. En términos generales, la referida clasificación se puede visualizar en las siguientes tablas:

Tabla No.12
TIPOLOGÍA DE ESTACIONES DE SERVICIO EN FUNCIÓN DEL VOLUMEN Y UBICACIÓN

Tipo de Estación de Servicio	Volumen de venta	Ubicación
Tipo 1	Menor de 50.000 galones / mes.	Rural / Urbana
Tipo 2	Entre 50.000 – 100.000 galones / mes.	Rural / Urbana
Tipo 3	Entre 100.000 – 150.000 galones / mes, estaciones de servicio tipo urbana.	Rural / Urbana
Tipo 4	100.000 – 150.000 galones / mes, estación de servicio tipo camionera.	Rural / Urbana

Fuente: Estudio ITANSUCA. Documento No EGD-IN-X-040 Hoja 74 de 198

Estaciones tipo 1

Volumen de ventas:	Menores de 50.000 galones/mes
Productos:	Gasolina corriente, Gasolina Extra y Diesel.
Número de islas:	Una (1) isla equivalente a dos (2) posiciones de llenado.
Número tanques:	<ul style="list-style-type: none"> • Un (1) tanque de 10.000 galones de capacidad. • Un tanque bicompartido⁸ de 7.000 galones y 3.000 galones.

Respondió:(...) Entonces digamos que la variable más importante hoy es cuánto está vendiendo y dependiendo de lo que esté vendiendo se debe establecer una tipología de estación. No es el área ni número de islas, ni número de tanques ni la capacidad de almacenamiento es lo que está primando, sino cuál es su volumen de ventas” (Folio 11 y 12 del Cuaderno público No. 9 del expediente)

⁸⁰ ITANSUCA, Proyectos de Ingeniería S.A. y Ministerio de Minas y Energía. ELABORACIÓN DEL ESTUDIO PARA ESTABLECER EL MARCO CONCEPTUAL Y METODOLÓGICO CON EL FIN DE VALORAR ECONÓMICAMENTE LOS MÁRGENES DE LA CADENA DE DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES. Documento No EGD-IN-X-040, Hoja No 67 DE 198, REV 2, 03-DIC-10.

RESOLUCIÓN NÚMERO **55-7179-4** DE 2011 Hoja N°. 64

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Estructura organizacional: (Ver figura 14)	<ul style="list-style-type: none"> • Un (1) Gerente (Administrador), • Cuatro (4) vendedores de isla (isleros) • Servicios contratados.
Cuadro de áreas:	Total lote (Zonas verdes, andenes, edificio de administración, islas, patio de maniobras): 1.640,25 m ² (Ver Tabla 65) Canopy: 56,00 m ²

Estaciones tipo 2

Volumen de ventas:	Entre 50.000 galones y 100.000 galones/mes
Productos:	Gasolina corriente, Gasolina extra y Diesel.
Número de islas:	Dos (2) islas equivalente a 4 posiciones de llenado.
Número tanques:	<ul style="list-style-type: none"> • Un (1) tanque de 10.000 galones de capacidad. • Un (1) tanque bicompartido de 7.000 galones y 3.000 galones.
Estructura organizacional: (Ver Figura 15)	<ul style="list-style-type: none"> • Un (1) Gerente (Administrador) • Un (1) jefe de patios (Asistente) • Siete (7) vendedores de isla (isleros) • Servicios contratados.
Cuadro de áreas	Total lote (Zonas verdes, andenes, edificio de administración, islas, patio de maniobras): 2.037,70 m ² (Ver Tabla 65) Canopy: 126,00 m ²

Estaciones tipo 3

Volumen de ventas:	Entre 100.000 galones y 150.000 galones/mes
Productos:	Gasolina corriente, Gasolina extra y Diesel.
Número de islas:	Tres (3) islas equivalente a seis (6) posiciones de llenado.
Número tanques:	<ul style="list-style-type: none"> • Un (1) tanque de 10.000 galones de capacidad. • Un (1) tanque bicompartido de 7.000 galones y 3.000 galones.
Estructura organizacional: (Ver Figura 16)	<ul style="list-style-type: none"> • Un (1) Gerente (Administrador) • Nueve (9) vendedores de isla (isleros) • Servicios contratados.
Cuadro de áreas:	<ul style="list-style-type: none"> • Total lote (Zonas verdes, andenes, edificio de administración, islas, patio de maniobras): 2.503,25m² (Ver Tabla 65) • Canopy: 195,00 m²

Estaciones tipo 4

Volumen de ventas:	Entre 100.000 galones y 150.000 galones/mes
Productos:	Gasolina corriente, Gasolina Extra y Diesel.
Número de islas:	Tres (3) islas equivalente a seis (6) posiciones de llenado.
Número tanques:	<ul style="list-style-type: none"> • Dos (2) tanques de 10.000 galones de capacidad cada uno, dedicados al almacenamiento de diesel. • Un (1) tanque bicompartido de 7.000 galones y 3.000 galones para el almacenamiento de gasolina corriente y gasolina extra respectivamente.
Estructura organizacional: (Ver Figura 17)	<ul style="list-style-type: none"> • Un (1) Gerente (Administrador) • Un (1) jefe de patios (Asistente) • Nueve (9) vendedores de isla (isleros) • Servicios contratados.
Cuadro de áreas:	<ul style="list-style-type: none"> • Total lote (Zonas verdes, andenes, edificio de administración, islas, patio de maniobras): 4070m² (Ver Tabla 65) • Canopy: 240,00 m²
Incluye:	<ul style="list-style-type: none"> • Obras civiles adicionales, carriles de desaceleración y obras de urbanismo especial por INVIAS.

Fuente: Estudio ITANSUCA. Documento No EGD-IN-X-040 Hojas 75 a 59 de 198.

Con base en los criterios desarrollados en el estudio arriba mencionado, la Delegatura clasificó a las estaciones de servicio investigadas. El ejercicio realizado se ve reflejado en la siguiente tabla incluida también en el texto de su Informe:

Tabla No.13

"Por la cual se imponen unas sanciones"

**TIPOLOGÍA DE ESTACIONES DE SERVICIO DE DUITAMA EN
FUNCIÓN DE LOS GALONES VENDIDOS**

Estación	Promedio mensual 2009	Clasificación ITANSUCA
La Dorada	42.417	Tipo 1
Villa del Rio	35.994	Tipo 1
Cooflotax	80.140	Tipo 2
Cootrachica	70.239	Tipo 2
Inpro	69.476	Tipo 2
La Avenida	58.461	Tipo 2
Ciudad Duitama	113.982	Tipo 4
La Isla	226.313	Tipo 4

Fuente: Información obrante en el expediente 07-027597 y cálculos realizados por la SIC.

Para este Despacho, en virtud de la anterior clasificación no puede deducirse que las diferentes estaciones de servicio cuenten con estructuras de costos lo suficientemente semejantes para concluir que los precios ofrecidos puedan ser similares o con las mismas tendencias en sus oscilaciones. Es decir, no se trata de un mercado en donde haya uniformidad en los valores de los ítems que componen los costos de la actividad ya que cada una de las estaciones debe enfrentarse a sus propias políticas de precios de acuerdo con sus dimensiones.

En concordancia con lo anterior, no puede desconocerse la existencia de otro de los factores diferenciadores que impiden hablar de condiciones idénticas de competencia entre las estaciones de servicio, como lo es el del número de empleados. Al igual que en el caso anterior, el estudio ITANSUCA en la medida en que el factor trabajo incrementa, aumenta así mismo el rubro dedicado a salarios, beneficios y prestaciones sociales a los que se ve por ley una estación de servicio a pagar o cancelar.

De acuerdo con el estudio ITANSUCA, citado en los términos de la Delegatura en su informe, este ítem "(...) alcanza en promedio los siguientes valores: \$5.971.680 para un distribuidor minorista tipo 1, \$9.110.640 tipo 2, \$11.866.800 tipo 3 y \$12.938.640 tipo 4, rubro que cubriría, teóricamente, las labores de administración, operación y

RESOLUCIÓN NÚMERO **71794** DE 2011 Hoja N°. 66

"Por la cual se imponen unas sanciones"

mantenimiento preventivo y correctivo de las mismas. Lo anterior, se muestra con mayor claridad en la Tabla 15 que hace parte del mencionado documento."

De tal suerte, al existir diferenciación en el tamaño de las estaciones también se tienen unos gastos no uniformes entre ellas y, por ende, no es explicable el paralelismo en las condiciones de mercado.

- Costo de transporte

Es igualmente acertada la aproximación que se realiza en el Informe de la Delegatura, cuando se refiere a que los costos de transporte dependen de las economías de escala que tengan las estaciones de servicio y por lo tanto, son variables. Se basa el anterior argumento en manifestaciones realizadas por parte del Ministerio de Minas y Energía y su Director de Hidrocarburos.

- **Comunicación de fecha 18 de abril de 2011, el Ministerio de Minas y Energía**

La comunicación en mención hace referencia al costo del transporte en los siguientes términos:

"Para el caso Colombiano, no obstante existe el régimen de libertad regulada, dentro de la estructura de precios existe un ítem en donde se reconoce los costos de transporte entre la planta de abastecimiento del Distribuidor Mayorista y la estación de servicio, y si ese valor es superior al valor reconocido en la resolución de precios del Ministerio de Minas y Energía, los comités municipales de precios establecerán dicho valor, en desarrollo de las facultades otorgadas en el Decreto 2876 de 1984 y las resoluciones 0492 de 1986 y 81826 de 1994"

(...) Las EDS ubicadas en el departamento de Boyacá, se abastecen en su gran mayoría de los distribuidores mayoristas ubicados en Bogotá y Facatativá. En estos casos, para el cálculo del precio de venta al público de los municipios de Boyacá, a excepción de la ciudad de Tunja que se rige bajo la libertad vigilada, deberá tomarse como base el precio de la referencia establecido mensualmente por el Ministerio de Minas y Energía para la ciudad de Bogotá, y descontarle el valor de Tm que se haya calculado en dicho período. A dicho valor resultante, se le suma el valor de Tm que establezca el Comité municipal de precios que se haya creado en el respectivo municipio. Este valor es el precio que se debe establecer de venta en cada una de las EDS ubicadas en dicho municipio⁸¹". (Subrayas fuera de texto).

Es claro que el extracto del documento transcrito hace referencia a que en el valor del transporte del combustible puede adicionarse en el régimen de libertad regulada al valor fijado por el regulador como tope máximo.

- **Testimonio del Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía**

Se complementa la afirmación realizada en el punto anterior con lo manifestado por el funcionario del Ministerio de Minas y Energía, quien específicamente reconoce que entre

⁸¹ Folios 223 y 224 del Cuaderno público No. 10 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

mayor cantidad de combustible transportada hay un menor costo en la actividad. Específicamente, señala:

"Obviamente es claro que cualquier tarifa o cualquier metodología tarifaria es claro que entre mayor volumen, digamos uno pueda transportar las inversiones y los costos tienen una mayor dilución y pues se reduce la tarifa por economía de escala, aquellos municipios donde los volúmenes son pequeños y las inversiones son importantes en materia de transporte pues obviamente eso puede tener un efecto sobre los costos asociados a la actividad, es claro que ciudades muy alejadas con volúmenes pequeños van a tener un costo de transporte importante pero pues ya tocaría entrar a valorar cada caso específico de acuerdo al volumen y al costo⁸²".

- Declaración del señor Juan Carlos Yepes Alzate, presidente ejecutivo de Fendipetróleo Nacional

En concordancia con lo anterior, en su declaración el señor Yepes, específicamente manifestó lo siguiente:

Pregunta 25. A través de qué medios difundió la información a la que hace referencia en su respuesta.

Respondió: Un correo electrónico que se envía, yo le voy a dejar copia del ejemplo concreto que se hizo en el mes de diciembre con el incremento que se hizo en el mes de diciembre y que se hizo en el mes de octubre del incremento del mes de octubre, este es el correo que se envía, (...) entonces usted puede ver básicamente en donde está marcada la pequeña diferencia que puede ver aquí en los precios está marcada en el tema de transporte si, entonces para cada estación de servicio con eso le termino la respuesta cada estación de servicio puede tener alguna variación dependiendo del costos del transporte del combustible, si yo tengo mi estación y soy dueño de mi carro tanque con el que traigo el combustible pues puedo tener una economía de escala de ahorro, si yo tengo mi estación pero no tengo el carro tanque y tengo que contratar el transporte pues hay unas tarifas de fletes diferenciales que yo negocio con el dueño del transporte para el costo de transporte de combustible. En eso puede marcarse algún tipo de diferencia o de equivalencia con respecto a lo precios usualmente en el mercado de los combustibles digamos el transporte lo contratan por zonas al caso que usted me pregunta por Duitama hay un transportador que le lleva el combustible a todas las estaciones de servicio de Duitama, entonces el negocia digamos a nivel general, digamos, le tengo una tasa del flete de tanta plata y con ese fundamento la gente puede determinar su estructura de precios⁸³. (Subrayas fuera de texto).

Es entonces el costo del transporte otro de los elementos diferenciadores en el mercado, toda vez que, dependiendo de la cantidad de combustible ofrecido resulta mayor o menor el valor a cancelar por el mismo, no siendo dable alegar uniformidad en las condiciones de las estación de servicio, cuando como ya se ha señalado en el caso específico existen diferencias en cuando a las cantidades de combustible ofrecidas por parte de las investigadas.

⁸² Folios 105 y 106 del Cuaderno público No. 11 del expediente.

⁸³ Folios 20 y 21 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 71794 DE 2011 Hoja N°. 68

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Finalmente, no puede desconocerse la importancia que representa la ubicación de las estaciones de servicio en la estructura de costos de las estaciones de servicio. En efecto, como se explicó en la descripción del mercado realizada en el aparte 6.3 de la presente resolución, existen dos ejes viales específicos en la zona, basados en la demanda de combustibles⁸⁴.

(ii) Respecto del ACPM

El estudio realizado por la Delegatura se extendió a los precios ofrecidos por el ACPM por parte de las estaciones de servicio investigadas, obteniéndose los siguientes resultados:

**Tabla No. 14
PRECIOS ACPM EN DUITAMA DE ENERO A JUNIO
DE 2007**

Fendipetróleo	5.045	5.075	5.145	5.195	5.255	5.315	5.338
Estación	Ene-07	Feb-07	Mar-07	Abr-07	May-07	Jun-07	Jun-07
La Isla	5.045	5.075	5.145	5.195	5.255	5.315	5.315
Cotrachica	5.040	5.070	5.140	5.195	5.255	5.315	5.315
Villa del Rio	5.045	5.075	5.145	5.195	5.255	5.315	5.315
La Dorada	5.045	5.075	5.145	5.195	5.255	5.315	5.338
Cooflotax	5.045	5.075	5.145	5.195	5.255	5.315	5.338
La Avenida (Dicosol)	5.045	5.075	5.145	5.195	5.255	5.315	5.338
Inpro	5.045	5.075	5.145	5.195	5.255	5.315	5.315
Tundama	4.960	4.990	5.050	5.100	5.160	5.230	5.250
Ciudad Duitama (Comertrans)	4.990	5.075	5.145	5.195	5.255	5.338	5.338

Los precios en negrilla presentan una diferencia con los precios sugeridos por FENDIPETRÓLEO. Fuente: FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 1, Folios 128 a 160; Estaciones de servicio: Cuaderno 1, Folios 59-81-197 y 213, Cuaderno 2, Folios 38-58-78-79 y 139.

Nota: las variaciones entre el precio de Fendipetróleo y las estaciones de servicio oscilan entre 23 y 95 pesos por galón.

**Tabla No. 15
PRECIOS ACPM EN DUITAMA DE JULIO A DICIEMBRE
DE 2007**

Fendipetróleo	5.405	5.470	5.470	5.470	5.570	5.650
---------------	-------	-------	-------	-------	-------	-------

⁸⁴ El primero, ubicado en la carrera 42, que conecta a Duitama con Paipa y Sogamoso y hace parte de la carretera Panamericana que enlaza el centro del país con los Llanos Orientales. Así mismo, es una de las salidas que se comunica con la Costa Atlántica, por lo que se trata de un corredor vial que posee un alto nivel de tránsito vehicular tanto de carros livianos como pesados. Sobre este tramo se encuentran las estaciones de Comertrans, La Isla, Tundama, Villa del Rio y Cotrachica. Por su parte el segundo, se ubica en la carrera 18 que conecta a Duitama por el nororiente con Santa Rosa de Viterbo y por el suroccidente con la antigua vía al departamento de Santander. Las estaciones de servicio localizadas sobre o circundantes este eje son: La Avenida, Inpro, La Dorada y Cooflotax.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Estación	Jul-07	Ago-07	Sep-07	Oct-07	Nov-07	Dic-07
La Isla	5.405	5.470	5.470	5.470	5.570	5.650
Cootrachica	5.405	5.470	5.470	5.470	5.570	5.650
Villa del Rio	5.405	5.470	5.470	5.470	5.570	5.650
La Dorada	5.405	5.470	5.470	5.470	5.570	5.650
Cooflotax	5.405	5.470	5.470	5.470	5.570	5.650
La Avenida (Dicosol)	5.405	5.470	5.470	5.470	5.570	5.650
Inpro	5.405	4.744	4.740	4.738	4.836	4.913
Tundama	5.320	5.320	5.370	5.370	5.370	5.470
Ciudad Duitama (Comertrans)	N.R.	5.470	5.470	5.470	5.570	5.650

Fuente: FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 1, Folios 128 a 160, Cuaderno 5, Folios 221-227-237-240-248 y 254; Estaciones de servicio: Cuaderno 1, Folios 59-81-197 y 213, Cuaderno 2, Folios 38-58-78-79 y 139, Cuaderno 7, Folios 70-77-80-146-150-154 y 159. N.R: No reporta.

Nota: las variaciones entre el precio de Fendipetróleo y las estaciones de servicio oscilan entre 5 y 200 pesos por galón, excluyendo la estación Inpro.

Tabla No. 16
PRECIOS ACPM EN DUITAMA DE ENERO A JUNIO
DE 2008

Fendipetróleo	5.750	5.815	5.879	5.944	6.034	6.134
Estación	Ene-08	Feb-08	Mar-08	Abr-08	Máy-08	Jun-08
La Isla	5.750	5.815	5.879	5.944	6.034	6.134
Cootrachica	5.570	5.815	5.879	5.944	6.034	6.134
Villa del Rio	5.750	5.815	5.879	5.944	6.034	6.134
La Dorada	5.750	5.815	5.879	5.944	6.034	6.134
Cooflotax	5.750	5.815	5.879	5.944	6.034	6.134
La Avenida (Dicosol)	5.750	5.815	5.878	5.944	6.034	6.134
Inpro	5.011	5.073	5.117	5.178	5.265	5.365
Tundama	5.660	5.735	5.805	5.870	5.960	6.060
Ciudad Duitama (Comertrans)	5.750	5.815	5.879	5.944	6.034	6.134

Fuente: FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 6, Folios 38-46-54-60-67 y 72; Estaciones de servicio: Cuaderno 7, Folios 70-77-80-146-150-154 y 159.

Nota: las variaciones entre el precio de Fendipetróleo y las estaciones de servicio oscilan entre 5 y 90 pesos por galón, excluyendo la estación Inpro.

Tabla No. 17
PRECIOS ACPM EN DUITAMA DE JULIO A DICIEMBRE
DE 2008

Fendipetróleo	6.214	6.294	6.344	6.409	6.409	6.409
Estación	Jul-08	Ago-08	Sep-08	Oct-08	Nov-08	Dic-08
La Isla	6.214	6.294	6.344	6.409	6.409	6.409

RESOLUCIÓN NÚMERO **71794** DE 2011 Hoja N°. 70

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Cootrachica	6.214	6.294	6.344	6.409	6.409	6.409
Villa del Rio	6.214	6.294	6.344	6.409	6.399	6.409
La Dorada	6.214	6.294	6.344	6.409	6.409	6.409
Cooflotax	6.214	7.294	6.344	6.409	6.409	6.409
La Avenida (Dicosol)	6.214	6.294	6.294	6.294	6.409	6.409
Inpro	5.445	5.525	5.575	5.640	5.649	5.664
Tundama	6.150	6.240	6.240	6.350	6.355	6.355
Ciudad Duitama (Comertrans)	6.214	6.294	6.344	6.409	6.409	6.409

Fuente: FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 6, Folios 3-8-16-22-27 y 33; Estaciones de servicio: Cuaderno 7, Folios 70-77-80-146-150-154 y 159.

Nota: las variaciones entre el precio de Fendipetróleo y las estaciones de servicio oscilan entre 5 y 115 pesos por galón, excluyendo la estación Inpro.

Tabla No. 18
PRECIOS ACPM EN DUITAMA DE ENERO A JUNIO
DE 2009

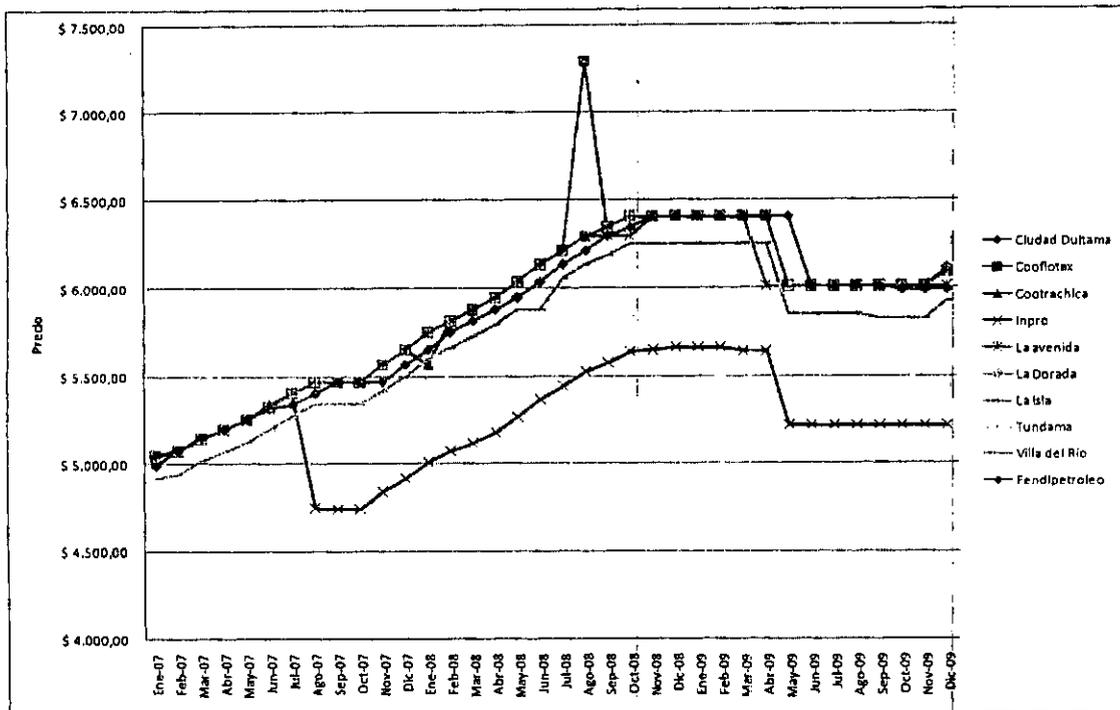
Fendipetróleo	6.409	6.409	6.409	6.409	6.009	6.009
Estación	Ene-09	Feb-09	Mar-09	Abr-09	May-09	Jun-09
La Isla	6.409	6.409	6.409	6.409	6.009	6.009
Cootrachica	6.409	6.409	6.409	6.409	6.009	6.009
Villa del Rio	6.399	6.399	6.399	6.399	6.009	6.009
La Dorada	6.409	6.409	6.409	6.409	6.009	6.009
Cooflotax	6.409	6.409	6.409	6.409	6.009	6.009
La Avenida (Dicosol)	6.409	6.409	6.409	6.009	6.009	6.009
Inpro	5.664	5.664	5.641	5.641	5.217	5.217
Tundama	6.355	6.355	6.355	6.355	5.955	5.955
Ciudad Duitama (Comertrans)	6.409	6.409	6.409	6.409	6.009	6.009

Fuente: FENDIPETRÓLEO: Cuaderno 6, Folios 115-121-129-137-143 y 148; Estaciones de servicio: Cuaderno 7, Folios 70-77-80-146-150-154 y 159. Nota: las variaciones entre el precio de Fendipetróleo y las estaciones de servicio oscilan entre 31 y 400 pesos por galón, excluyendo la estación Inpro.

Gráfica No. 6
PRECIOS ACPM EN DUITAMA DE 2007 A 2009

RESOLUCIÓN NÚMERO **- - 71794** DE 2011 Hoja N°. 71

"Por la cual se imponen unas sanciones"



Al igual que ocurre en el caso de la Gasolina Corriente, en el caso del ACPM se observa que en su gran mayoría las estaciones investigadas siguen las sugerencias de la Seccional, lo que se traduce en una uniformidad en el movimiento de los precios ofrecidas entre ellas.

No obstante lo anterior, vale la pena tener en cuenta lo afirmado por la Delegatura frente a las estaciones Inpro y Tundama en los siguientes términos:

"Debe señalarse que al igual que en el caso de la gasolina corriente, las estaciones Inpro y Tundama presentan variaciones en sus precios desviándose de manera importante de aquellos sugeridos por la Seccional para el ACPM. En efecto, para el caso de Inpro, ésta se mantuvo un 9,96% en promedio por debajo de los precios de la Seccional, mientras que Tundama se situó en 1,31% también por debajo". (Subraya fuera de texto)

Ahora bien, al realizar el ejercicio sobre las participaciones en el mercado de las estaciones de servicio, acoge este Despacho las cifras citadas en el Informe Motivado, en donde se muestra que "De acuerdo con la información suministrada, las estaciones Ciudad Duitama y La Isla ostentan una mayor participación en la venta de ACPM que oscila en promedio entre el 25% y el 39%, respectivamente, durante el período analizado. Las estaciones Villa del Rio, Cootrachica y La Avenida participan de la venta de ACPM con participaciones que oscilan entre el 6% y el 8%, mientras que Inpro y La Dorada son las estaciones que tienen una menor participación promedio con un 3% y 5%, respectivamente (...)"

Son plenamente aplicables las consideraciones realizadas anteriormente sobre los factores de competencia que se observan en el mercado y que contrario a llevar a sus participantes hacia un paralelismo en los precios, debieron mostrar algún tipo de diferenciación basada en el tamaño de las estaciones, precios de transporte, pago de empleados y por supuesto, ubicación de las estaciones.

RESOLUCIÓN NÚMERO 71794 DE 2011 Hoja N°. 72

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Teniendo en cuenta todo lo anterior, existen diversas pruebas que permiten concluir a este Despacho que el comportamiento de las estaciones de servicio investigadas no es racional y que por el contrario emana de las circulares enviadas por la Seccional y las políticas adoptadas por la agremiación. De tal suerte, se considera plenamente demostrado en el caso bajo estudio el paralelismo como elemento fundamental de la conducta endilgada. No sobra igualmente hacer claridad en el hecho que el elemento consciente de la conducta está constituido precisamente por el acervo probatorio constitutivo de la influenciación por parte de FENDIPETRÓLEO NACIONAL y la SECCIONAL, no siendo por lo tanto necesario reiterar lo ya desarrollado en el numeral 6.4. de la presente resolución.

(iii) Conclusiones respecto de la infracción al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, este Despacho considera que en el expediente ha quedado plenamente demostrado lo siguiente:

- Entre las empresas Distribuidora de Combustibles El Sol S.A.- DICOSOL S.A., Estación de servicio LA ISLA LTDA., Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA, Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, Estación VILLA DEL RÍO LTDA., Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda. - COMERTRANS LTDA. y el señor ORLANDO BECERRA BARRERA (administrador de la estación de servicio LA DORADA) se presentó una situación de identidad en el precio de venta de los combustibles gasolina corriente y ACPM, que a pesar de tener como referente el precio que el Gobierno Nacional asigna para las estaciones sometidas al régimen de libertad regulada, sobrepasó éste coincidiendo de manera idéntica con el sugerido por la SECCIONAL en gran parte del período analizado, ratificando una práctica conscientemente paralela en los precios.
- Los precios fijados por las estaciones de servicio investigadas serían el resultado de la concertación de las mismas como agremiadas de la Seccional, al tiempo que ésta última, habría influenciado a dichas estaciones al sugerir la política de precios a seguir⁸⁵, configurándose de esta manera el elemento consciente del paralelismo presentado entre esta últimas.
- Una vez analizados los volúmenes vendidos por cada una de las estaciones de servicio y la diferencia entre el precio de venta de estas y el precio del Ministerio de Minas y Energía, se pudo concluir que los consumidores de la ciudad de Duitama asumieron un sobre costo de \$998.509.761 de pesos en gasolina corriente y \$2.542.413.224 de pesos en ACPM, a raíz de la falta de competencia o paralelismo en precios entre las estaciones de servicio investigadas para el período 2007 a 2009.
- En el caso de hacer esta misma comparación frente a los precios de venta de la Estación de Servicio Tundama, los montos obtenidos son del orden de \$478.340.199 de pesos en gasolina corriente y \$1.283.275.010 de pesos en ACPM, respectivamente.

⁸⁵ Acta de Junta Directiva 22 de febrero de 2006 (Folio 166 y 167 del cuaderno 6); Acta de Asamblea 6 de mayo de 2006 (Folio 169 del cuaderno 6); Acta de Junta Directiva 4 de mayo de 2007 (Folio 187 reverso del cuaderno 6); Acta de Asamblea Ordinaria del 14 de junio de 2008 (Folio 202 del cuaderno); Acta de Asamblea Ordinaria del 25 de abril de 2009 (Folio 220 del cuaderno 6).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

- Aspectos tales como el tipo de estación, costos de transporte y su ubicación, entre otros, permiten observar que la conducta de las investigadas no es racional sino que por el contrario es consecuencia de un acuerdo entre las mismas.
- Con las pruebas obrantes en el expediente se demuestra el paralelismo en el los precios de la Gasolina Corriente y el ACPM el cual se complementa con el elementos consciente constituido por las diferentes circulares y actas de asambleas y juntas directivas de las agremiaciones involucradas en la conducta y cuya responsabilidad se determinó en el acápite 6.4. del presente acto administrativo.

6.6. RESPECTO DE LA INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959

6.6.1. Supuestos normativos

La Ley 155 de 1959, por medio de la cual se dictaron algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, en su artículo 1 (modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963) establece que:

"ARTÍCULO 1. Modificado. Decreto Especial 3307 de 1963, Art. 1. 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".

En relación con la primera parte del artículo, es pertinente traer a colación que la norma busca que las materias primas, los productos o servicios nacionales o extranjeros no se vean restringidos por un acuerdo o convenio⁸⁶ que tenga por objeto limitar su producción, abastecimiento, distribución o consumo. El fin de la norma no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos de la competencia, se reduzca la oferta y, por ende, haya un consecuente incremento de precios. Al ser una prohibición por objeto, la norma, no sólo indica el estándar de prueba que pretende necesitar para definir a la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos tienen una peligrosidad tal que, el mero acuerdo, es por él mismo restrictivo.

Frente al segundo supuesto, doctrina de esta Superintendencia, anterior a la expedición de la Constitución Política de 1991 y del Decreto 2153 de 1992, había considerado que la prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se ha de interpretar teniendo en cuenta que para que una práctica sea restrictiva de la competencia debe, en primer término, tender a limitar la libre competencia, y, en segundo término y de manera simultánea, debe mantener o determinar precios inequitativos. En ese sentido se resolvieron los primeros casos por prácticas comerciales restrictivas⁸⁷ y se manifestó la jurisprudencia contenciosa

⁸⁶ Véase: Numeral 1, artículo 45, Decreto 2153 de 1992. Dice el numeral citado: "Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas".

⁸⁷ Véase: Resolución No. 005 de 31 de agosto de 1961, del Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica. Se decide sancionar a empresas curtidoras por un acuerdo, siendo la consideración central para justificar la sanción el estudio de la evolución de los precios en el mercado: "la mayor parte de las empresas curtidoras (el 90% aproximadamente) se agruparon en una organización. Esta entró en acuerdos o convenios con cinco firmas compradoras del cuero crudo en el país las cuales absorben más o

"Por la cual se imponen unas sanciones".

administrativa inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley 155 de 1959⁸⁸. No obstante este Despacho reitera que se aparta de la anterior interpretación y considera que las prohibiciones derivadas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 son tres:

- 1) Los acuerdos *"que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros"*.
- 2) *"Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"*
- 3) *"Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a" "mantener o determinar precios inequitativos"*

En el caso bajo estudio, las Empresas investigadas desarrollaron uno de aquellos acuerdos constitutivos de *"prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"*. El vocablo "tendientes" indica que la norma no castiga exclusivamente el efecto, sino que el desarrollo de la práctica tenga como fin limitar la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos.

Se trata de una prohibición correlativa con aquella del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Conforme a la misma, están prohibidos los acuerdos que: *"tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios"*.

En el presente caso, tal y como lo afirma la Delegatura en su Informe, no se requiere interpretar el concepto de prácticas, procedimientos o sistemas, pues su sentido natural y obvio es suficiente para comprender que la ley incluye el ejercicio de actividades unilaterales o plurilaterales sin distinguir por quien son éstas desarrolladas. En lo que se refiere a si con la conducta se tiende o no a limitar la competencia, basta con demostrar que la misma es idónea para tal efecto.

6.6.2. La conducta de los investigados a la luz del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Comparte la posición plasmada en la resolución de apertura e Informe Motivado, de conformidad con la cual, Fendipetróleo Nacional y la Seccional Boyacá y Casanare incurrieron en la prohibición general ya descrita, conducta basada en las prácticas utilizadas por dichos agentes del mercado para limitar la competencia en el mismo.

Las influenciación realizada no solo tendió a limitar las condiciones del competencia, sino que como ya se mostró a lo largo del presente acto, efectivamente tuvo el resultado buscado, toda vez que, de manera artificial buena parte de las agremias a dichas

menos el 86% de la producción total. La serie estadística anterior muestra los efectos de este acuerdo, en relación con los precios de las pieles crudas" (Negrilla añadida).

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; 27 de mayo de 1963; CP: Ricardo Bonilla Gutiérrez. *"las disposiciones del artículo primero de la ley y su párrafo no establecen limitaciones cuantitativas y se refieren a cualquier clase de acuerdos o convenios (expresión mucho más amplia que las de fusión, consolidación o integración) y tampoco hace distinciones sobre si se trata de morosas que se dediquen a una misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora (como se hace en el artículo cuarto), sino que prohíbe esos convenios en cuanto tiendan a determinar precios inequitativos en perjuicio de consumidores o de productores de materias primas"* (Negrilla añadida).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

asociaciones mantuvieron una uniformidad no justificada en los precios de venta de los productos Gasolina Corriente y ACPM en el mercado de Duitama.

En efecto, las circulares ya citadas en este documentos dan muestra de la forma como las investigadas buscaban intervenir de manera artificial la libre formación de precios entre las estaciones de servicio que asociaban. Además, también está probado que en el seno de las reuniones de asamblea y junta directiva de las agremiaciones involucradas, existía un rechazo auspiciado por las agremiaciones hacia las estaciones de servicio que no siguieran los lineamientos de precios del colectivo. Así por ejemplo, FENDIPETRÓLEO NACIONAL, en cabeza de su representante legal insistía en que no se redujeran los márgenes de comercialización para lo cual se arguía que se trataba de una acción gremial a favor de los distribuidores minoristas. Comparte plenamente este Despacho la conclusión a la que llega el Informe Motivado sobre el tema y que a continuación se transcribe:

"De acuerdo con lo anterior, con la conducta realizada por FENDIPETRÓLEO NACIONAL y de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, se puso en evidencia un comportamiento anticompetitivo, contrario a las finalidades que se pretenden con las normas sobre libre competencia, especialmente en cuanto hace a que los consumidores tengan libre escogencia de los bienes y servicios, aspecto que guarda relación íntima con la pretensión de que "(...) en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios", y por tanto, tendiente a limitar la competencia en el mercado."

Como ya se afirmó en el respectivo aparte, si bien existe el derecho a la libre asociación está protegido constitucionalmente, el mismo encuentra sus límites en el bienestar común, representado en este caso en la libre competencia de los mercados. En el presente caso, las actuaciones de las agremiaciones excedieron dichos límites al recomendar e implementar un mecanismo de colaboración entre competidores, situación que se constituye como una práctica comercial restrictiva y, por ende, reprochable.

6.7. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APODERADOS RESPECTO DE LA INFRACCIÓN AL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 48 DEL DECRETO 2153 DE 1992

A continuación, se analizarán los argumentos expuestos por los Apoderados relacionados con la infracción del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, con el fin de desvirtuar la existencia de la conducta mencionada. Para estos efectos, se enuncian aquellos presentados por varios de los investigados, así como los que se presentaron de manera individual⁸⁹.

6.7.1. Argumentos comunes de los apoderados

- La Entidad desconoce el derecho de asociación del cual es titular FENDIPETRÓLEO.

⁸⁹ No obstante haber sido corrido el traslado del informe motivado al doctor Leonidas Báez Araque, apoderado de la sociedad Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. -DICOSOL S.A.- así como del señor Álvaro Javier González Manrique, éste no se pronunció dentro del término previsto por esta Entidad. De esta suerte y a pesar de que el doctor Ricardo Botero Villegas no cuenta con la calidad de apoderado de los mencionados investigados, serán analizados los argumentos contenidos en su escrito radicado el día 23 de agosto de 2011 que guarden relación con los mismos, en aras de garantizar su derecho de defensa.

- La Delegatura descontextualizó las afirmaciones realizadas por Fendipetróleo en desarrollo de su actividad gremial.
- El representante legal de FENDIPETRÓLEO NACIONAL no tiene voto o participación directa o indirecta sobre las decisiones de la Asamblea o Junta Directiva de ninguna de sus Seccionales.
- FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE no tiene la calidad de empresa, por tanto no cumple uno de los presupuestos necesarios para que existan actos de influenciación.

6.7.2. Argumentos individuales de los apoderados

- El Apoderado de RODRIGO VALENCIA CONCHA señala que FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE no tiene la calidad de empresa, por tanto no cumple uno de los presupuestos necesarios para que existan actos de influenciación.
- El Apoderado de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE sostiene que las circulares y comunicaciones de dicha Seccional y de sus directivas no tienen la potencialidad suficiente de restringir el mercado como lo pretende mostrar el Superintendente Delegado.

6.7.3. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos presentados

(i) Argumentos comunes de los apoderados

- La Entidad desconoce el derecho de asociación del cual es titular FENDIPETRÓLEO

Para el Apoderado de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE y otros *"Las organizaciones gremiales como FENDIPETRÓLEO y tantas otras que existen en el país, obedecen a la necesidad que tienen los actores económicos de cada sector de la economía de unificar criterios, políticas, voces, así como convertirse en voceros de sus afiliados ante el Gobierno Nacional, el cual, utiliza a las agremiaciones como vehículo de comunicación con los destinatarios de sus disposiciones y de sus políticas públicas"*.

En igual sentido, el Apoderado de FENDIPETRÓLEO NACIONAL y otros señala en su escrito que su representada cuenta con 40 años de experiencia en el sector a la defensa de los intereses de todos sus afiliados y dentro de los cuales ha realizado de la mano del Gobierno diversas actividades con el fin de dar solución a diferentes problemáticas afrontadas por sus agremiados.

En este punto, considera este Despacho que no es necesario reiterar lo ya considerado en el punto 6.4.2., respecto de las responsabilidades de las asociaciones o gremios frente a las infracciones al régimen de protección de la competencia. En efecto, no desconoce este Despacho el derecho que les asiste de representar a sus agremiadas y de gestionar proyectos ante el Gobierno; sin embargo, cuando las actividades ejercidas exceden los límites del derecho de asociación y tienen la potencialidad de alterar la libre competencia, como ocurre en este caso, el interés público debe prevalecer.

Tal como se señaló en el acápite citado, si bien existe un reconocimiento constitucional a la libre asociación, dicha libertad no es ilimitada y encuentra como una de sus fronteras la protección del interés general. Es decir, a través de las actividades gremiales y de representación sectorial no puede desarrollarse ningún tipo de conducta que tenga la envergadura de afectar el interés general, representado en el normal y correcto funcionamiento de los mercados.

Por lo tanto, no se trata de un desconocimiento del derecho constitucional de asociación como se pretende hacer ver en el escrito de opiniones al Informe Motivado, sino una extralimitación del mismo por parte de las investigadas, quienes insistieron en no deteriorar los márgenes de comercialización de los combustibles en el marco de las reuniones de Junta Directiva y Asamblea Ordinaria de agremiados convocadas por la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, el cual condujo posteriormente a un acuerdo de precios.

- La Delegatura descontextualizó las afirmaciones realizadas en desarrollo de las reuniones de la agremiación

En lo que respecta a las intervenciones de los investigados en desarrollo de las reuniones convocadas por FENDIPETRÓLEO, los apoderados coinciden en señalar que las pruebas tenidas en cuenta por la Delegatura en su Informe, fueron descontextualizadas, y que por tal motivo no hay suficiente evidencia que permita afirmar la realización de una conducta anticompetitiva.

De manera más discriminada, los apoderados de FENDIPETRÓLEO NACIONAL y del señor RODRIGO VALENCIA CONCHA controvierten el siguiente medio probatorio:

- ***Transcripción magnetofónica de la Asamblea Ordinaria No. 102 del 14 de junio de 2008***

Bajo el criterio del Apoderado de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, si bien es cierto que el doctor Rodrigo Valencia Concha participó en la Asamblea Ordinaria de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE No. 102 de 2008 en la cual se trataron temáticas sobre precios y márgenes de los combustibles, de las citas sólo se puede deducir que FENDIPETRÓLEO NACIONAL como gremio, siempre ha estado en la lucha porque el Gobierno otorgue unos márgenes justos y adecuados al esfuerzo de la inversión a los distribuidores minoristas de los combustibles.

Por su parte, el Apoderado de RODRIGO VALENCIA CONCHA sostiene que de la transcripción literal de la mencionada asamblea se deduce que no existió una influenciación, debido a que: (i) cuando el señor Valencia Concha indicó que los presentes se esforzaban en bajar y vender a márgenes menores luchando contra ellos mismos, reconoció que en todo caso se trataba de negocios independientes; (ii) cuando indicó que el precio del combustible iba a subir y a seguir subiendo por lo que era prudencial tener un margen desde ahora, se refería a las gestiones de incrementar el precio con ocasión de su intervención en el Senado, y (iii) cuando se refirió a precios, dio su opinión sobre un estudio que iba a licitar el Ministerio de Minas y Energía que de manera alguna se refería a precios de las estaciones de servicio de Duitama.

Sobre el particular, vale decir en primer término que de manera alguna este Despacho pretende desconocer el rol que desempeña FENDIPETRÓLEO en el sector, como una

RESOLUCIÓN NÚMERO 71794 DE 2011 Hoja N°. 78

"Por la cual se imponen unas sanciones"

agremiación cuyos lineamientos son tenidos en cuenta por sus agremiados en el sector capaz de dar lineamientos en cuanto al funcionamiento general de cada uno de sus afiliados. No obstante, cuando dichas actuaciones tienen un grado de influencia sustancial que lleva a los agentes del mercados a llevar a cabo actuaciones tales como fijar los precios de los combustibles, se trata de una conducta que debe ser reprochada a la luz de la normas sobre protección de la competencia.

Revisada la grabación magnetofónica de la Asamblea No. 102 de 1998 convocada por la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE encuentra esta Superintendencia que en desarrollo de su intervención, el Presidente Ejecutivo de FENDIPETRÓLEO NACIONAL reprocha la conducta de quienes bajan los precios y venden a unos márgenes menores por cuanto desconocen los esfuerzos realizados por la Federación en conseguir mayores beneficios para sus agremiados, afirmando que con su actuar estarían *"luchando en contra de sí mismos"*.

En efecto, el Presidente Ejecutivo en mención sostuvo:

"Estos esfuerzos que se hicieron sin recoger plata ni hacer lobby ni poner nadie nada mas allá que un desayuno y un almuerzo pero con el trabajo nuestro y con la tristeza de que algunos de ustedes, nosotros nos esforzamos por obtener mejores beneficios para los distribuidores y algunos no entendemos por qué por el contrario se esfuerzan en conseguir bajar y vender a unos márgenes menores de lo que nosotros por principio nos esforzamos por conseguir. Osea que luchamos contra nosotros mismos".

Así pues, contrario a lo señalado por el Apoderado de Rodrigo Valencia Concha, si bien, en el inicio de su intervención el mencionado señor reconoció que se trataba de *"negocios independientes"*, no puede pasarse por alto que con posterioridad a dicha afirmación, indicó de manera sugestiva que *"cada cual es artífice de su desgracia"*, insinuando que *"para obtener un beneficio equilibrado con el costo de la inversión de su negocio"* no les debería dar *"miedo"* a los minoristas cobrar por un servicio riesgoso como el que se encontraban prestando.

Resulta claro para este Despacho, que se trató de una afirmación tendenciosa cuyo propósito era incidir en el criterio de los distribuidores minoristas de la ciudad de Duitama para que se abstuvieran de rebajar los precios de los combustibles, toda vez que, de no hacerlo estarían actuando en su propio detrimento.

Ahora bien, en otro de los apartes de su intervención, el señor Valencia afirmó:

"Nosotros inicialmente pensábamos el año pasado, que el margen debía estar sobre el regulado del Ministerio (...) que hay que buscar que esté en un nivel medio porque si está más alto pagan más impuestos porque recuerden que nosotros pagamos margen por galones vendidos esa es la base tributaria de nuestros impuestos, pero no puede estar tan abajo porque tenemos un negocio de distribución de combustible en que si se pone un nivel bajo de margen, pues algunos de ustedes le echan más para abajo todavía en detrimento de ustedes mismos, entonces pensábamos que eso debía estar sobre 650 pesos en estudios que tenemos ahora pensamos que debemos estar entre 800 y 1200 pesos el margen".

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Al igual que en el caso anterior, a pesar de encontrarse enmarcada dentro de un comentario relativo a la elaboración de un estudio de márgenes cuya contratación estaría a cargo del Ministerio de Minas y Energía, no cabe duda que el mencionado Presidente Ejecutivo aprovechó la oportunidad para lanzar de nuevo un reproche en contra de aquellos distribuidores que rebajaban el margen de distribución de los combustibles en detrimento de sus propios intereses, criticando su forma de proceder.

Finalmente, acorde con los términos de su discurso, el Presidente Ejecutivo de la FEDERACIÓN NACIONAL incitó de igual manera a los distribuidores minoristas a abstenerse de rebajar su margen de distribución, teniendo en cuenta que por la situación del negocio a nivel mundial resultaba más conveniente obtener desde ya un mejor margen de comercialización y no cuando el precio de los combustibles aumentara.

En efecto, en su intervención ante la Asamblea convocada por la Seccional, el señor Valencia Concha señaló que:

"Quién sabe que irá a pasar aquí en Colombia. Entonces si la cosa se va a poner dura y a uno le cuesta, uno tiene que ganar por el servicio que preste y si el precio del combustible va a subir y va a seguir subiendo, es mejor tener un buen margen desde ahora, y no tratar de conseguirlo cuando el precio esté alto y ya no lo pueda hacer⁹⁰".

De esta suerte, resulta claro que las afirmaciones del señor Valencia Concha en desarrollo de la Asamblea No. 102 de 2008 de la Seccional, estuvieron encaminadas a influir en el criterio de sus afiliados para fijar los precios de los combustibles.

Así las cosas, al transcribir los apartes correspondientes a la intervención de Rodrigo Valencia Concha, este Despacho encuentra que su contenido es unívoco y que no existe una descontextualización de la prueba. Por el contrario, considera que son los mismos apoderados quienes no interpretan adecuadamente la integralidad de la prueba citada, la cual, en su conjunto demuestra la existencia de una conducta anticompetitiva por parte de FENDIPETRÓLEO NACIONAL.

- Acta de Junta Directiva de Fendipetróleo Nacional No. 241 del 28 y 29 de noviembre de 2008

Señala el Apoderado de FENDIPETRÓLEO NACIONAL que los apartes del Acta de Junta Directiva No. 241 de 2008 resaltados por la Delegatura, no pueden ser tenidos en cuenta como contrarios al derecho de la competencia, por cuanto si se lee el acta en su totalidad, se puede concluir que la temática tratada en dicha Junta fue la regulación de los precios de los combustibles en la ciudad de Cali (Valle) y que el "acuerdo como afiliados" al que se refiere, guarda relación con el que se estaba adelantando con el Gobierno para que dicha ciudad volviera a la libertad vigilada de precios.

El Apoderado sostiene que estos hechos no sólo pueden ser discutidos y tratados como uno de sus derechos de la agremiación para tratar temas relacionados con sus actividades económicas, sino que son totalmente aislados a los hechos materia de investigación.

Sobre el particular, la Resolución de Apertura No. 33970 del 30 de junio de 2010 señala:

⁹⁰ Folio 134 del cuaderno reservado No. 10 del expediente. Track 1-102, minuto 29:50.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

"Finalmente, existe evidencia de la participación de FENDIPETRÓLEO NACIONAL en las discusiones adelantadas con el gremio, relativas a la fijación del precios de los combustibles a nivel nacional".

"Por ello, no obstante tener vocación para ser ejercidos a nivel nacional, los actos de influenciación de FENDIPETRÓLEO se concretaron en las estaciones de servicio de la ciudad de Duitama (agremiadas a la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE)⁹¹".

De acuerdo con lo anterior, si bien la conducta por la cual la Delegatura abrió investigación en contra de FENDIPETRÓLEO NACIONAL se encuentra relacionada con acciones orientadas a alterar la decisión de las estaciones de servicio de Duitama respecto del precio de los combustibles (gasolina corriente y ACPM), también lo es, que el estudio previo que llevó a esta Superintendencia a tomar tal decisión, partió del análisis de las intervenciones de dicha agremiación a nivel nacional, en las que fueron tratados temas relativos a los márgenes de distribución y a la fijación de los precios de los combustibles.

En efecto, revisada la pieza probatoria a la cual el Apoderado hace mención, este Despacho encuentra que existe evidencia del intercambio de información entre las Seccionales de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, relacionada con la fijación de los precios de los combustibles, independientemente de la situación específica por la que eventualmente estuviera atravesando una determinada región del país.

Señalamientos tales como el siguiente:

"Le pregunté capi como ves la cosa de bajar y tomamos la decisión de bajar 100 pesos⁹²" o "(...)se llama a los presidentes y tuve la oportunidad de hablar con el señor Fernando Mejía y con otros presidentes de seccionales, dando mi opinión como presidente ejecutivo de que el gobierno iba a estar muy pendiente que el precio de la gasolina con alcohol y la gasolina corriente se redujesen, habían situaciones de orden nacional que estratégica y comercialmente no permitían que se pudiera encontrar tener un margen más alto del que se obtenía por esa coyuntura, se le diseñó una estrategia desde el punto de vista personal que se subiera el precio por la libertad de precio y cuando se tuviera la gasolina con alcohol se bajase (...) "⁹³", extractados del acta de Junta Directiva en mención, dan cuenta de las discusiones llevadas a cabo en su interior, relacionadas con márgenes de comercialización y precios de los combustibles. (Subraya fuera de texto)

En este orden de ideas, lo que el Despacho quiere ser explícito en afirmar es que bajo ninguna circunstancia tolera y avala que FENDIPETRÓLEO sea definida como el centro de discusión de los precios y márgenes de comercialización de los combustibles que desemboque en la adopción de decisiones unánimes en relación con los márgenes de distribución y fijación de precios de los combustibles a nivel nacional y/o regional.

- **Acta de Junta Directiva de Fendipetróleo Nacional No. 245 del 3 de agosto de 2009**

⁹¹ Folios 37 y 38 del Cuaderno público No. 8 del expediente.

⁹² Folio 72 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

⁹³ Folio 73 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Sostiene el Apoderado de FENDIPETRÓLEO NACIONAL que en dicha reunión los miembros de la Federación estuvieron debatiendo los aspectos del margen y los beneficios de éste para las estaciones de servicio, pues como entidad gremial tiene el derecho de discutir los asuntos que afecten el desarrollo de la actividad de sus agremiados.

En este punto, el Despacho reitera que las agremiaciones deben evitar constituirse en nodos de intercambio de información que permitan y faciliten la coordinación o la colusión entre sus miembros. En ese sentido, de las intervenciones de los miembros de la Junta Directiva en desarrollo de la reunión llevada a cabo el 3 de agosto de 2009, se pudo establecer que no sólo fueron tratados temas relacionados con los márgenes de comercialización de los combustibles, sino que además, se reconoció que al interior de la agremiación existían problemas relacionados con el tema del margen.

En efecto, además de los apartes resaltados por la Delegatura en el Informe Motivado, se señala en el acta en mención lo siguiente:

"Se da la palabra al Dr. Juan Carlos Zuluaga y comenta que se han tocado temas importantes, primero la parte administrativa, el Dr. solicita que este tema se trate más adelante ya que con un buen representante que se nombre se puede mejorar. Con respecto al tema del jurídico afirma que para que un departamento jurídico sí funciones, debe haber un banco de denuncias, un histórico, se deben centralizar las denuncias para que no haya peligro individual. El jurídico debe investigar, denunciar, dar resultados. Dice que al interior del Gremio hay mucho problema con el tema del margen y de la implementación de muchas estaciones adicionales.

Se da la palabra al Dr. Pacheco y comenta que se han dicho muchas cosas y se han evidenciado otras, pero que no han hecho nada. Se sabe quiénes son los responsables, pero no se les ha hecho nada. Comentan casos que se han presentado y se han hablado, pero no se han tomado medidas. Cita algunos ejemplos para ilustrar la situación. Dice que debe haber privacidad.

Luego el Dr. José Guillermo Sánchez dice que en la Junta se deben colocar las directrices para actuar, para que no se quede sólo en hablar.

Entre los miembros analizan y debaten el aspecto de los márgenes y beneficios que tienen las estaciones que favorecen los mayoristas y que con razón venden a un precio de resolución e incluso por debajo. Y dicen que el tema de congelamiento de las estaciones de servicio, tampoco ha dado resultado⁹⁴". (Subraya fuera de texto)

De esta suerte, no se comparte la posición planteada por el apoderado, toda vez que, como ya se ha venido mencionando, sin perjuicio de las actividades propias de una agremiación, no es aceptable el intercambio de información que, como en este caso, podía ser utilizada para crear consenso con el fin de evitar la competencia entre minoristas.

- El representante legal de Fendipetróleo Nacional no tiene voto o participación directa o indirecta sobre las decisiones de la Asamblea o Junta Directiva de ninguna de sus Seccionales

⁹⁴ Folio 84 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

Sobre este aspecto, el Apoderado de RODRIGO VALENCIA CONCHA argumenta lo siguiente:

"Debe indicarse incluso, que ni FENDIPETRÓLEO NACIONAL, ni el entonces, representante legal de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, RODRIGO VALENCIA CONCHA como persona natural tenían voto o participación directa o indirecta, sobre las decisiones de asamblea o junta directiva de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ CASANARE, lo anterior se evidencia en los estatutos de dicha seccional particularmente en el acápite de quiénes toman las decisiones y quórum".

A su turno, el Apoderado de FENDIPETRÓLEO NACIONAL indica que:

"Por lo cual, en el momento que se le imputa una responsabilidad a la agremiación por la participación que tuvo su representante legal en la Asamblea Ordinaria No. 102 del 14 de junio de 2008 de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, se considera que se está atentando contra los derechos de participación y expresión de la agremiación, ya que el Representante Legal de Fendipetróleo Nacional no tienen poder de decisión dentro de la Asamblea de ninguna Federación afiliada o no afiliada y, mucho menos, puede asentar posiciones en nombre de la Federación antes de ser consultadas con su Junta Directiva, (...)"

De acuerdo con el artículo veintiocho de los estatutos de FENDIPETRÓLEO NACIONAL *"El Representante Legal de Fendipetróleo Nacional y Administrador es el Señor Presidente Ejecutivo, quien desempeñará sus funciones con contrato a término indefinido, y será elegido por la Junta Directiva Nacional"*.

Así mismo, dentro de sus funciones se encuentra previsto en el literal o) del mencionado artículo, *"Practicar visitas periódicas a las asociaciones Seccionales y Comités, logrando el contacto directo entre la organización nacional, sus entidades afiliadas y las personas que la integran⁹⁵".*

Ahora bien, el artículo dieciocho de los estatutos de la mencionada Federación señala:

"La Dirección de la Federación y el desarrollo de la política trazada por la Asamblea de Afiliados de Distribuidores de Derivados del Petróleo corresponde en general a la Junta Directiva y en general al Presidente Ejecutivo de conformidad con lo que disponen los presentes estatutos⁹⁶".

En el mismo sentido, el artículo doce establece:

"Los organismos Directivos de Fendipetróleo Nacional son los siguientes: a. La Asamblea de afiliados. b. La Junta Directiva Nacional (...). c. La Presidencia de la Junta Directiva Nacional. d. La Presidencia Ejecutiva⁹⁷".

⁹⁵ Folios 49 y 50 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

⁹⁶ Folio 57 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

⁹⁷ Folio 55 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

En cuanto a las obligaciones de los afiliados a FENDIPETRÓLEO NACIONAL, el literal A) del artículo octavo establece:

"El sometimiento a los presentes Estatutos, a las decisiones del Congreso, a la Junta Directiva Nacional, a la Junta Seccional, a los organismos directivos y al comité ético disciplinario, adoptados en los mismos estatutos, en aras de preservar la unidad del gremio"⁹⁸.

Finalmente, el artículo noveno indica:

"La calidad de afiliado a Fendipetróleo Nacional, implica el sometimiento a sus Estatutos y a las decisiones del Congreso, a sus organismos directivos y al comité ético disciplinario, las cuales deberá cumplir así no las comparta, en aras de preservar la unidad del gremio"⁹⁹.

Sea lo primero señalar que de acuerdo con el artículo sexto de los estatutos, los afiliados a la agremiación son los distribuidores minoristas que se vinculan a la misma a través de sus Seccionales. En este sentido, todos los afiliados, sin perjuicio de la Seccional a la que pertenezcan, tienen la obligación de someterse a la política trazada por su Junta Directiva y en general, por el Presidente Ejecutivo.

Así, resulta claro que además de ser el representante legal de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, el Presidente Ejecutivo cuenta con amplios poderes no sólo en el diseño de las políticas de la Federación, sino en las decisiones que adopte al interior de la misma, de lo cual se concluye que su opinión goza de gran importancia entre los afiliados al punto de haberseles impuesto el deber de someterse a los lineamientos que éste imparta, por ser considerado parte de los organismos de dirección y administración de la agremiación.

Vale decir, que si bien las Seccionales cuentan con una organización propia, no debe pasarse por alto que los afiliados a las mismas son afiliados a FENDIPETRÓLEO NACIONAL, por lo que mal podrían ser ajenos a los comentarios de su Presidente Ejecutivo frente a temas tan sensibles como márgenes de comercialización y precios de los combustibles.

En el presente caso, el poder de presión o constreñimiento al cual hace referencia el Apoderado del señor RODRIGO VALENCIA CONCHA, se ve claramente reflejado en su intervención llevada a cabo en la Asamblea No. 102 de 2008 analizada con anterioridad, por lo que contrario a lo señalado por el memorialista, FENDIPETRÓLEO NACIONAL sí se encontraba en posibilidad de ejercer influencia sobre las estaciones de servicio del departamento de Boyacá, concretamente de la ciudad de Duitama.

Así las cosas, la posibilidad de tener voto en las decisiones de las Seccionales vinculadas a FENDIPETRÓLEO NACIONAL no determinaba la posibilidad que tenía su Presidente Ejecutivo de ejercer presión sobre los afiliados a la Federación, en concreto, a la Seccional Boyacá y Casanare.

(ii) Argumentos individuales de los apoderados

⁹⁸ Folio 54 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

⁹⁹ Folio 54 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

- FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE no tiene la calidad de empresa, por tanto no cumple uno de los presupuestos necesarios para que existan actos de influenciación

Señala el Apoderado de RODRIGO VALENCIA CONCHA que:

"En el caso en estudio el informe motivado indica que los actos de RODRIGO VALENCIA CONCHA consistieron en INFLUENCIAR -en su calidad de representante legal de FENDIPETRÓLEO NACIONAL- a FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACA CASANARE para que fijara los precios mediante circulares a sus agremiados, se resalta que en el caso en estudio, FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACA no acata órdenes, ni está obligada a escuchar a FENDIPETRÓLEO NACIONAL, y segundo, FENDIPETRÓLEO BOYACA CASANARE no es empresa, sino que es una entidad sin ánimo de lucro (...) no se cumplen entonces los presupuestos de la influenciación respecto al sujeto pasivo".

De acuerdo con lo anterior, los apoderados parecen entender erróneamente que los actos de influenciación investigados fueron ejercidos por FENDIPETRÓLEO NACIONAL sobre la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, cuando en el Informe Motivado se señala claramente en el acápite relacionado con los "Actos de influenciación ejercidos por Fendipetróleo Nacional", que "[n]o obstante tener vocación para ser ejercidos a nivel nacional, los actos de influenciación de FENDIPETRÓLEO se concretaron en las estaciones de servicio de la ciudad de Duitama (agremiadas a la Seccional Boyacá y Casanare (...)¹⁰⁰".

Si bien para que se cumpla el elemento subjetivo de la norma en cuestión resulta necesario que el sujeto pasivo sea una empresa, para el caso particular dicha condición se encuentra acreditada respecto de las estaciones de servicio de la ciudad de Duitama, sobre las cuales Fendipetróleo Nacional y Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare realizaron actos de influenciación contrarios a la libre competencia.

- Las circulares y comunicaciones de dicha Seccional y de sus directivas no tienen la potencialidad suficiente de restringir el mercado como lo pretende mostrar el Superintendente Delegado

Frente al particular, el Apoderado de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE sostiene que "(...) las circulares y comunicaciones de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE y de sus directivas no tienen la potencialidad suficiente de restringir el mercado como lo pretende mostrar el Superintendente Delegado en la página 4 del Informe Motivado".

De acuerdo con el análisis relativo a los actos de influenciación realizados por FENDIPETRÓLEO NACIONAL y FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, se pudo establecer que durante el período investigado ésta última enviaba a las estaciones de servicio de la ciudad de Duitama circulares en las cuales sugería un precio diferente al fijado por el Ministerio de Minas y Energía para la gasolina corriente y ACPM.

¹⁰⁰ Páginas 33 y 36 del Informe Motivado. Folios 313 a 316 del Cuaderno público No. 11 del expediente.

Así pues, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente resulta claro para el Despacho que las mencionadas circulares tenían gran importancia entre los distribuidores minoristas en Duitama, los cuales, contrario a lo señalado por el Apoderado, esperaban a que llegara la correspondiente comunicación para adoptar los precios sugeridos por la Seccional.

No basta por tanto, la simple afirmación de que las mencionadas circulares carecen de potencialidad suficiente para restringir el mercado, pues a partir del análisis detallado de cada una de las pruebas allegadas a la actuación, esta Superintendencia llegó a la conclusión de que la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE ejerció influencia sobre sus afiliados de la ciudad de Duitama para que fijaran los precios de la gasolina corriente y ACPM de acuerdo con los precios por sugeridos por sus circulares y comunicaciones.

6.8. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LOS APODERADOS RESPECTO DE LA INFRACCIÓN AL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 47 DEL DECRETO 2153 DE 1992

6.8.1. Argumento común de los apoderados

De acuerdo con lo expuesto en las observaciones, en un mercado regulado, el paralelismo de precios puede tener una justificación legal y económica.

6.8.2. Consideraciones del Despacho frente al argumento presentado

Frente a este punto, considera el Apoderado de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, y otros, que:

"(...) el presunto paralelismo de precios que sustenta la recomendación de sancionar (...) surge de los siguientes factores:

- *El estrecho margen de utilidad fijado por el gobierno entre el precio de compra y el precio de venta;*
- *La similitud de costos de transporte entre la planta mayorista y las estaciones minoristas ubicadas en el mismo municipio*
- *La ausencia de operación de los Comités Municipales de Precios que, a pesar de haber sido creados por la norma, el Estado ha sido incapaz de hacerlos operar".*

En el mismo sentido, el Apoderado de FENDIPETRÓLEO NACIONAL señala:

"Si en el régimen de precios regulados como en el que actualmente opera en la ciudad de Duitama, la competencia en los precios puede presentarse hacia abajo, esto no significa que sea un imperativo, dada la posibilidad que tienen los distribuidores minoristas de fijar el precio máximo establecido por el Gobierno, situación que se presenta con las investigadas, las cuales llegan a una paridad de precios inconsciente, puesto que poseen factores en común que poseen, tales como: identidad de ubicación, identidad de flete e identidad en el precio establecido por el Gobierno".

De igual manera, el Apoderado de RODRIGO VALENCIA CONCHA sostiene:

"Por la cual se imponen unas sanciones"

"Respecto a lo anterior, debemos indicar que el paralelismo de precios en el régimen de libertad regulada podría obedecer a situaciones que se dan respecto a las variables margen del distribuidor minorista y costos de transporte:

Razones por las que podría producirse paralelismo en el margen del distribuidor minorista: (...) Debe tenerse en cuenta que, cada vez que una de las estaciones sujetas a precio máximo regulado logre eficiencias y esté en posibilidades de vender el producto con un margen inferior al máximo regulado, esa estación podrá optar por cobrar el margen máximo regulado, y que por esa vía, convierte sus eficiencias en utilidades, al poder prestar el servicio a un menor costo y poder seguir cobrando al mismo costo que la competencia. (Razones por las que podría producirse paralelismo respecto a los costos de transporte desde la planta de abastecimiento más cercana hasta la estación de servicio:

(...) la Delegatura estimó que no puede haber paralelismo de precios respecto a esta variable, pero debe estimarse que las similitudes en la tarifa de transporte pueden ser el sustento del paralelismo de precios".

No comparte este Despacho lo manifestado por los apoderados en el sentido de desestimar la existencia de un paralelismo en los precios de la Gasolina Corriente y el ACPM. Contrario a lo pretendido por los abogados, se trata de un elemento netamente cuantitativo y que fue debidamente demostrado por la Delegatura en su Informe. Si bien, el régimen de libertad regulada presenta una serie de elementos uniformes para todos los distribuidores, es claro tal y como ya se desarrolló en la presente Resolución que las estructuras de costos afrontadas por éstas, son disímiles en cuanto a los valores que deben pagar por conceptos como transporte, empleados y economías de escala en general. No sobra citar en este punto, el testimonio rendido ante este Despacho, el doctor Julio César Vera Díaz, Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía señaló:

"Pregunta 14: ¿El hecho de tener un régimen regulado impide que los distribuidores minoristas de combustibles compitan en la variable precio?

Respondió: No, yo creo que no porque da la posibilidad, digamos en el régimen de libertad regulada es un régimen que está definido para que el agente tenga una remuneración adecuada pero no limita la posibilidad de que haya agentes eficientes. Porque pues finalmente cuando tú defines un margen único tomas un promedio del mercado, el promedio más eficiente pero si hay agentes más eficientes, esos agentes podrán generar una política de competencia hacia la baja en un determinado momento, lo que es claro es que esa política de competencia al ser un tope máximo debería ser hacia la baja y no hacia arriba en un determinado momento (...).¹⁰¹. (Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido, de acuerdo con el oficio radicado con el número 07-27597-185-2 del 18 de abril de 2011, el Ministerio de Minas y Energía indicó:

"En ambos casos [libertad vigilada y libertad regulada] los agentes están sujetos a la competencia, de tal forma que pueden existir precios menores a los de referencia, de acuerdo con las condiciones de prestación del servicio. Cada agente escoge su

¹⁰¹ Folios 105 y 106 Cuaderno público No. 11 del expediente. Track 68, minuto 43:10 a 43:57.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

propuesta de valor frente a los usuarios, considerando varios factores como la calidad del producto, el servicio prestado, y los servicios agregados ofrecidos, entre otros. Lo anterior incentiva la competencia y conduce a tener mejores precios de los combustibles para el consumidor final¹⁰²."

Se respalda por lo tanto en su integridad, la manifestación realizada en el Informe Motivado en los siguientes términos:

"Esta diversidad de costos operacionales, aunada a posibilidad de que en el régimen de libertad regulada existan mejores precios de los combustibles para el consumidor final, debe reflejarse en una variedad de precios. En efecto, si en condiciones normales de mercado el precio de venta está compuesto por los costos y la utilidad deseada¹⁰³, está claro que si estos aspectos no son iguales para todos los agentes económicos, no hay razón para que sus precios de venta coincidan."

Adicionalmente a lo anterior y según se pudo establecer, en la ciudad de Duitama el Comité Municipal de Precios no ha entrado en funcionamiento, razón por la cual, cada una de las estaciones de servicio estaría estableciendo bajo su propio criterio dichos precios. De tal forma, de acuerdo con las manifestaciones hechas dentro de la actuación por el mencionado Ministerio, así como por el propio presidente ejecutivo de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, los costos asociados al transporte de combustibles pueden variar teniendo en cuenta variables tales como economías de escala, volúmenes transportados, etc.

Conforme a la información obrante en el expediente, este Despacho encontró que la estación de servicio Tundama reportó costos por transporte de hidrocarburos desde la planta mayorista a la estación en un rango de ochenta pesos hasta noventa pesos por galón para el período en estudio, mientras que la estación la Dorada, para el mismo espacio de tiempo, presentó valores en un rango de ciento veinte a ciento veinticinco pesos.

Así mismo, de la diferencia existente entre los precios sugeridos por FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ-CASANARE y los referenciados por el Ministerio de Minas y Energía fue obtenida la variable denominada "Promedio entre la diferencia de Fendipetroleo y Ministerio de Minas¹⁰⁴". El resultado arrojó un rango entre ciento catorce y doscientos nueve pesos. La Gráfica a continuación muestra el comportamiento de los mencionados precios:

¹⁰² Folio 222 del Cuaderno público No. 10 del expediente.

¹⁰³ 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.

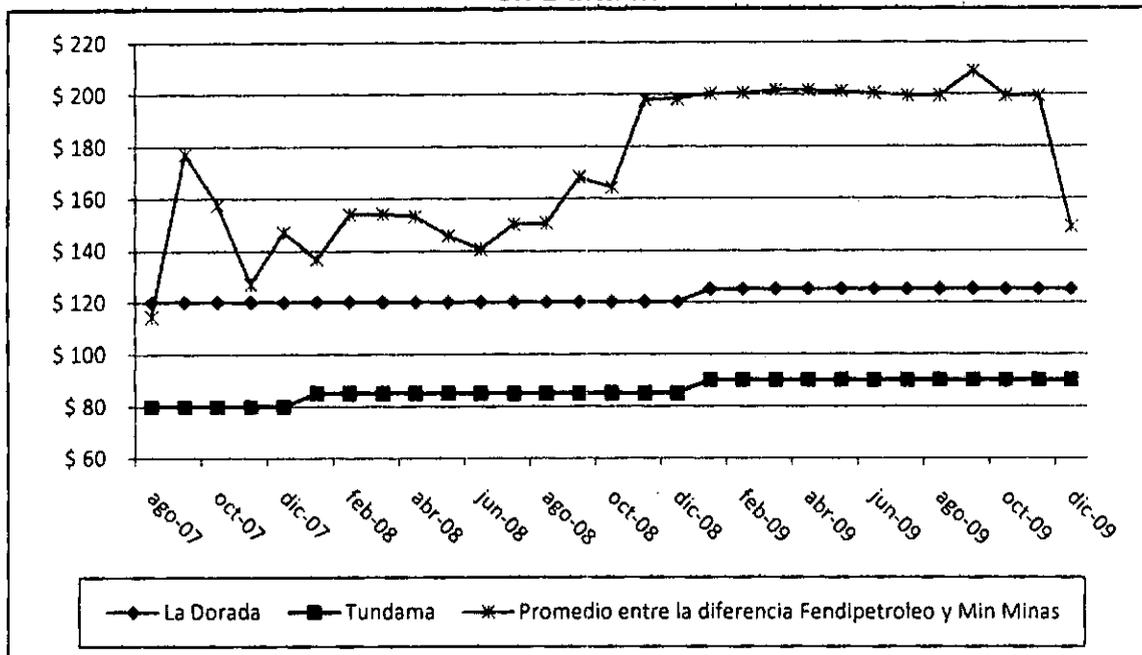
¹⁰⁴ La fórmula de la cual se obtuvo la variable "Promedio entre la diferencia Fendipetróleo y Min Minas" fue planteada de la siguiente manera:

$$\text{"Promedio entre la diferencia Fendipetroleo y Min Minas"} = \left[\left(p_{ai}^{Fend} - p_{ai}^{Min Minas} + T_{ai} \right) + \left(p_{ci}^{Fend} - p_{ci}^{Min Minas} + T_{ci} \right) \right] / 2$$

Donde: P es precio; Fend es Fendipetróleo Seccional Boyacá-Casanare; (Min Minas) es Ministerio de Minas y Energía; T es el costo de transporte entre la estación de servicio y la planta mayorista establecido en la resolución de precios emanada por el Ministerio de Minas y Energía; a es ACPM; c es Gasolina corriente; i es el período de tiempo con frecuencia mensual, comprendido entre agosto de 2007 y diciembre de 2009.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Gráfica No. 7
Costos de transporte de la gasolina corriente y ACPM en Duitama



Fuente: Información obrante en el expediente 07-027597. Folio 175, cuaderno reservado No. 7 del expediente; Folios 185 y 186, cuaderno reservado No. 8 del expediente

Como se observa en la gráfica anterior, el rango de los precios de la variable "Promedio entre la diferencia Fendipetroleo y Min Minas" se encuentran un 41% por encima, en promedio, de los precios de la estación la Dorada y un 99% por encima, en promedio, de los precios de la estación de servicio Tundama.

En todo caso, si cada estación de servicio investigada hubiera optado por cobrar el margen máximo regulado por el Ministerio de Minas y Energía, sus precios necesariamente habrían tenido que estar ajustados a la resolución emanada por el Gobierno. No obstante, según se pudo determinar, los precios fijados por las mencionadas estaciones se ajustaron a los sugeridos por la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE.

De acuerdo con lo anterior, el comportamiento de precios que sigue tendencias iguales y similares que no se explican por el comportamiento del mercado, y que va en concordancia con las coordinaciones realizadas en las reuniones entre las empresas competidoras y con la influencia de FENDIPETRÓLEO, da cuenta de la existencia de un acuerdo de precios, pues para que se tipifique esta conducta, no se requiere tan sólo establecer la uniformidad y tendencias similares de los mismos, sino acreditar que con la conducta o acuerdo se afecte su libre formación.

6.9. RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES LEGALES

6.9.1. Consideraciones del Despacho

Tal como se indicó en el Informe Motivado, de conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

"Por la cual se imponen unas sanciones"

"Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente Decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional". (Subrayado fuera del texto).

Vale la pena recordar que la responsabilidad personal a que alude el numeral 16 del artículo 4 en mención, emana de un hecho -acción u omisión- del administrador. La precisión efectuada reviste especial importancia, si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16 ya mencionado, no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito, ejecuten directamente el acto.

En este orden de ideas, se determinó las siguientes responsabilidades frente a los representantes legales de las investigadas:

(i) Juan Carlos Yepes Alzate, Presidente Ejecutivo de Fendipetróleo Nacional

A lo largo de la actuación, no se encontró evidencia que permita concluir que el señor Juan Carlos Yepes Alzate, Presidente Ejecutivo de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, ejecutó las conductas anticompetitivas atribuidas y probadas respecto de la agremiación que representa. Adicionalmente, fue designado como Presidente Ejecutivo a partir del mes de agosto de 2009¹⁰⁵.

En virtud de lo anterior, se considera procedente señalar que al señor Yepes, no se le puede atribuir la responsabilidad personal señalada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por autorizar, ejecutar o tolerar las conductas anticompetitivas en las que está incurriendo FENDIPETRÓLEO NACIONAL.

(ii) Rodrigo Valencia Concha, Ex-Presidente Ejecutivo de Fendipetróleo Nacional

Se encontró evidencia que permite concluir que el señor Rodrigo Valencia Concha, presidente ejecutivo de FENDIPETRÓLEO NACIONAL desde junio de 2006 a mayo de 2009¹⁰⁶, ejecutó las conductas anticompetitivas atribuidas y probadas respecto de la Federación que representó durante dicha época.

En relación con la participación del señor Valencia Concha en la influenciación ejercida sobre los distribuidores minoristas de gasolina corriente y ACPM en la ciudad de Duitama, se encuentra que hubo una participación activa por parte de la FEDERACIÓN NACIONAL en el interior de las reuniones de afiliados a la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, de donde efectivamente surgió el acuerdo de fijación de precios en la modalidad de práctica conscientemente paralela, llevado a cabo por las estaciones de servicio durante el período investigado, con pleno conocimiento del presidente ejecutivo de esta Agremiación.

En este orden de ideas, el conocimiento y la participación directa del señor Valencia Concha se confirmó así:

¹⁰⁵Folio 89 del Cuaderno reservado No. 5 del expediente.

¹⁰⁶ Folios 41 y 42 del Cuaderno público No. 9 del expediente. Declaración de parte de Rodrigo Valencia Concha. Pregunta 5. ¿Desde qué fecha hasta que fecha? Respondió: Desde junio principio de junio de 2006 a mayo fines de mayo de 2009.

Preguntado 23. ¿En qué medida Fendipetroleo nacional participaba en el diseño y desarrollo de las políticas trazadas por sus afiliados?

Respondió: En la medida en que ellos y la junta aprobaba que el presidente nacional participara en una región local o regional o tuviera una charla con los afiliados o recibiera de ellos directamente que sigan determinados con el fin de nutrirnos para tener conocimientos para hacerle estudios de situaciones que ellos están en la base de la pirámide conoce y tienen conocimiento de los que están en la parte que tiene relación con el Gobierno y el ministerio.

Preguntado 24. ¿Participó usted en algunas de esas reuniones a las que hace referencia como presidente ejecutivo de Fendipetroleo nacional?

Respondió: Si, usualmente nuestro presidente ejecutivo y nacional es invitado y va a las asambleas que hacen las seccionales por lo menos una vez al año.

Preguntado 27. ¿Diga cómo es cierto sí o no que para cuando usted fue presidente ejecutivo de Fendipetroleo Nacional dentro del desarrollo de la política trazada por dicho gremio se encontraba la relativa al comportamiento de los precios de la gasolina corriente y ACPM?

Respondió: Dentro de las políticas de encontraba a lo relativo a los precios?, no, no es cierto porque nosotros no permitíamos hablar de precios en nuestras reuniones hay unas cosas sagradas que era aspectos de precios y aspectos de precios y decisiones referentes a las seccionales que a nivel nacional no se podían tratar porque había que respetarlos que era como decir un código de ética sobre la afiliación o no que recibieran o no de las seccionales de distribuidores minoristas porque es un gremio que recibe los distribuidores minoristas pues cada cual en su región tendría por situaciones éticas algunos requisitos o, pero para tratar esos temas al igual que en temas de precio nosotros no legislábamos sobre eso, tangencialmente y como resultado de estos estudios se llegaba a concluir porque los estudios siempre pagados, puede decir valores económicos a el resultado de el efecto económico de hecho¹⁰⁷". (Subraya fuera de texto)

- **Grabación magnetofónica de la Asamblea Ordinaria No. 102 del 14 de junio de 2008**

"(...)4. SALUDO DEL PRESIDENTE EJECUTIVO DE FENDIPETRÓLEO NACIONAL, DR. RODRIGO VALENCIA CONCHA.

(...) Estos esfuerzos que se hicieron sin recoger plata ni hacer lobby ni poner nadie nada mas allá que un desayuno y un almuerzo pero con el trabajo nuestro y con la tristeza de que algunos de ustedes, nosotros nos esforzamos por obtener mejores beneficios para los distribuidores y algunos no entendemos por qué por el contrario se esfuerzan en conseguir bajar y vender a unos márgenes menores de lo que nosotros por principio nos esforzamos por conseguir. Ósea que luchamos contra nosotros mismos.(...).

¹⁰⁷ Folios 41 y 42 del Cuaderno público No. 9 del expediente. Declaración de parte de Rodrigo Valencia Concha.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Nosotros inicialmente pensábamos el año pasado, que el margen debía estarse regulado, del Ministerio (...) que hay que buscar que esté en un nivel medio porque si está más alto pagan más impuestos porque recuerden que nosotros pagamos margen por galones vendidos esa es la base tributaria de nuestros impuestos, pero no puede estar tan abajo porque tenemos un negocio de distribución de combustible en que si se pone un nivel bajo de margen, pues algunos de ustedes le echan más para abajo todavía en detrimento de ustedes mismos, entonces pensábamos que eso debía estar sobre 650 pesos en estudios que tenemos ahora pensamos que debemos estar entre 800 y 1200 pesos el margen.

Y saben ustedes por qué? Porque este negocio se va a poner difícil (...). Quién sabe que irá a pasar aquí en Colombia. Entonces si la cosa se va a poner dura y a uno le cuesta, uno tiene que ganar por el servicio que preste y si el precio del combustible va a subir y va a seguir subiendo, es mejor tener un buen margen desde ahora, y no tratar de conseguirlo cuando el precio esté alto y ya no lo pueda hacer¹⁰⁸.

Por lo tanto, resulta probado que el señor Rodrigo Valencia Concha, ejecutó y toleró las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

(iii) Augusto Vargas Sáenz, Presidente De Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare

Se encontró evidencia que permite concluir que el señor Augusto Vargas Sáenz, presidente de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE ejecutó las conductas anticompetitivas atribuidas y probadas respecto de la agremiación que representa.

En lo referente a las actuaciones de la Seccional, su presidente en declaración rendida ante la Superintendencia el 17 de mayo de 2011 reconoció haber orientado a sus afiliados para que no fueran a "degenerar" los precios de los combustibles a través de circulares y reuniones celebradas al interior de la Seccional, tal como se señala a continuación:

"Pregunta 10: Don Augusto desde hace cuanto tiempo se desempeña como presidente ejecutivo de la Federación

Respondió: 12 o 13 años

Pregunta 17: Pero la pregunta del despacho ya encaminada a determinar cómo es el proceso que ustedes en desarrollo de esos estatutos a los que usted hace referencia, se emplea por Fendipetroleo para tomar las decisiones o sea como se hace en la práctica

Respondió: Orientando a cada uno de los propietarios o administraciones de la estaciones como le dije anteriormente en el manejo de la estación como sea, como tal.

Pregunta 18: Y en cabeza de quien está esa orientación a la que usted hace mención.

¹⁰⁸ Folio 134 del Cuaderno reservado No. 10 del expediente. Track 1-102, minuto 29:50.

Respondió: *En la cabeza del presidente.*

Pregunta 29: Quienes fijan las políticas al interior de las seccionales.

Respondió: Algunas políticas las, son el presidente nacional y otras las ponemos los presidentes seccionales (...).

Pregunta 37: Diga cómo es cierto sí o no que dentro del desarrollo de la política trazada por la seccional se encuentra la relativa a la fijación de los precios de la gasolina corriente y ACPM, por favor conteste sí o no.

Respondió: No, yo simplemente lo que hacía en la fijación de los precios era orientar a mis asociados a mis afiliados para que no fueran a degenerar los precios de los combustibles de acuerdo con lo que le dije anteriormente por los problema de contrabando y de cuestión de subversión (...) entonces lo que yo hacía era orientar a mis afiliados con el ánimo de que no fuéramos a hacer políticas en detrimento de nuestro negocio, ese es creo que es lo que hace un gremio es favorecer a sus afiliados a sus agremiados porque esa es la labor de un gremio que yo sepa.

Pregunta 54: Diga cómo es cierto sí o no, que mediante circulares dirigidas a los distribuidores minoristas, la seccional Boyacá y Casanare sugirió el precio de la gasolina corriente y ACPM en las distintas zonas en que se encuentra dividida

Respondió: Pues relativamente no doctora, en lo que yo orienté a cada uno de los gremios como le dije desde un principio, qué debían hacer para no deteriorar el precio del combustible como lo que le dije anteriormente, (...). Por eso yo orientaba a mis afiliados a que no cometieran errores porque el gremio está hecho es para eso, para calificar las actuaciones de cada uno de los afiliados y volver y que el gremio como tal defiende los intereses de los agremiados, entonces yo lo que hacía era orientarlos para que no fueran a cometer errores garrafales en contra del gremio en si como tal.

Pregunta 55: Y como los orientaba como hacia esa labor de orientación

Respondió: En algunas reuniones o con llamadas telefónicas o en carta que les mandaba que tuvieran mucho cuidado porque se presentaban problemas sumamente delicados con eso.

Pregunta 77: En desarrollo de sus funciones como presidente Fendipetroleo seccional Boyacá y Casanare ha participado en reuniones en las cuales hayan sido discutidos temas relacionados con fijación de precios de la gasolina corriente y ACPM

Respondió: Reuniones como las que le dije desde un principio en donde se establece que se debe hacer con las órdenes del Ministerio de Minas y Energía y que se debe hacer con las establecidas por el Ministerio del Transporte, vuelvo y le digo en varias ocasiones en una pregunta o más o menos lo mismo y le comento que toda la labor de presidencia y de la junta directiva es encaminar al gremio a que no se vayan a salir de la estructura de precios del Ministerio de Minas y Energía y de lo establecido por el Ministerio del Transporte y en cuanto se refiere a llevar el combustible de la planta de abastos a la estación de servicio¹⁰⁹.

De acuerdo con lo anterior y con los elementos probatorios que sirvieron de sustento para el análisis del cargo relacionado con los actos de influenciación ejercidos por

¹⁰⁹ Folios 252 a 254 del Cuaderno público No. 10 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

FENDIPETROLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, resulta evidente que el señor Augusto Vargas Sáenz ejecutó las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada proscritas en el Decreto 2153 de 1992, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

(iv) **Álvaro Javier González Manrique, representante legal de Dicosol s.a. para la época de los hechos investigados (Propietario de la estación de servicio La Avenida)**

De conformidad con la evidencia recaudada, se puede concluir que el señor González tuvo conocimiento y permitió la realización de las conductas investigadas, lo cual lo hace responsable de conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Se llega a la anterior conclusión, luego de revisar la declaración del investigado, en la cual mencionó sobre sus funciones, lo siguiente:

*"Pregunta 6: Durante cuánto tiempo se desempeño como gerente de Dicosol S.A.
Respondió: No estoy seguro pero entre 10 y 11 años.*

*Pregunta 7: Puede señalarle al despacho el período de ingreso y salida más o menos aproximadamente.
Respondió: La salida fue el 31 de diciembre del 2010, 10 años atrás en el 2000 tal vez 1° de enero del 2000.*

(...)

"Pregunta 44: Diga cómo es cierto sí o no que como representante legal de Dicosol asistió a reuniones convocadas por la seccional con el fin de que no fueran deteriorados los márgenes de comercialización establecidos por el Ministerio de Minas y Energía.

*Respondió: Si es cierto pero quiero hacer una aclaración hay es decir no es nada diferente de que pasa hoy por hoy con otros gremios ejemplo los transportadores de carga se van a reunir con el Ministro de Interior para que no se les deteriore sus ingresos, es decir, Fendipetroleo es cuando reúne la gente para decirle mire esta es la estructura de precios que tenemos no nos explicamos cómo hay gente que se atreve a bajar 100 o 150 pesos el valor del galón combustible es imposible funcionar así mantengamos los márgenes es la única manera sobre vivir en el negocio (...)¹¹⁰.
(Subraya fuera de texto)*

Acta No. 102 de Asamblea General del 14 de junio de 2008, da cuenta de la participación activa del representante legal de DICOSOL.

En el acta es clara la mencionada participación del investigado, como puede visualizarse a continuación:

"8. MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN.

¹¹⁰ Folios 47 y 48 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

El señor ALVARO JAVIER GONZALEZ de Dicosol, informa sobre la baja en los volúmenes de ventas, no se puede pretender vender lo mismo de hace dos años sacrificando margen porque se le haría un daño a los demás distribuidores. Los volúmenes se han bajado porque hay proliferación de EDS ya que este negocio es atractivo para quienes no lo conocen. Pide se tome conciencia, pues los únicos que pueden mejorar y mantener los márgenes son los mismos distribuidores¹¹¹". (Subraya fuera de texto)

Conforme a lo anterior, considera este Despacho que el señor ÁLVARO GONZÁLEZ MANRIQUE ejecutó las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, proscritas en el Decreto 2153 de 1992, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

(v) Orlando Becerra Barrera, administrador de la Estación de Servicio La Dorada

Se encontró evidencia que permite concluir que el señor Orlando Becerra Barrera ejecutó las conductas anticompetitivas atribuidas y probadas respecto de la estación de servicio que administra.

Respecto de sus funciones y tiempo de servicio en dicha estación, el señor Becerra afirmó:

"Pregunta 2: Desde hace cuánto tiempo se desempeña como administrador de la estación de servicio LA DORADA.

Respondió: Aproximadamente unos 13 años.

Pregunta 3: Qué funciones ejerce como administrador

Respondió: Yo tengo la mayoría de funciones, tengo administrativas lo que concierne con una estación, cargue, descargue, empleados, en general todo lo que hay que ver con una estación de servicio.

De otro lado, frente a la participación de la estación LA DORADA en las reuniones adelantadas por la Seccional, relacionadas con el margen de utilidad de los combustibles en la ciudad de Duitama, así como respecto a las circulares enviadas por dicha agremiación, señaló:

"Pregunta 19: Diga cómo es cierto sí o no que como administrador de la estación de servicio LA DORADA, conoció las circulares dirigidas a los distribuidores minoristas en las que la Seccional Boyacá y Casanare sugirió el precio de la gasolina corriente y ACPM.

Respondió: Ah sí, si claro, si yo conocí las circulares porque a mí me mandan todas las circulares, me están mandando todas las circulares.

Pregunta 23. Diga cómo es cierto sí o no, que como administrador de la estación de servicio LA DORADA asistió a reuniones convocadas por la Seccional con el fin de que no fueran deteriorados los márgenes de comercialización establecidos por el Ministerio de Minas y Energía. Cuándo y con quiénes.

Respondió: Ahí quiere decir que si hablamos del margen de utilidad, en qué sentido, es que no entiendo bien la pregunta.

¹¹¹ Folio 203 del Cuaderno reservado No. 6 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Pregunta 24: Que si usted asistió a reuniones.

Respondió: Ah sí sobre el margen de utilidad si asistí a reuniones para ver nosotros, nosotros preguntamos el margen de utilidad para que si por intermedio de ellos nos pudieran subir un poquito al margen. (...) ¹¹²". (Subraya fuera de texto)

El hecho de haber participado en las reuniones convocadas por la SECCIONAL en las que fueron tratados temas relacionados con el margen de los combustibles así como, el que hubiera tenido conocimiento de las circulares a través de las cuales dicha asociación sugería el precio de los mismos, cobra sentido en la medida en que de acuerdo con la información obrante en el expediente la estación La Dorada, administrada por el mencionado señor Becerra, fijó los precios de los combustibles de acuerdo con los lineamientos impartidos por FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE.

En virtud de lo anterior, el señor Orlando Becerra Barrera, ejecutó las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada proscritas en el Decreto 2153 de 1992, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

(vi) MARTHA PATRICIA ROJAS RINCÓN, representante legal Estación de servicio La Isla Ltda.

Existen pruebas en el expediente que permiten concluir que la señora Martha Patricia Rojas Rincón, representante legal de la Estación de Servicio La Isla Ltda., ejecutó las conductas anticompetitivas atribuidas y probadas respecto de la empresa que representa.

Sobre las funciones que desempeña en ejercicio de su cargo, la señora Rojas manifestó:

"Preguntado 6. ¿Desde hace cuanto se desempeña como gerente de la estación de servicio la Isla? Respondió: 10 años

Preguntado 7. ¿Qué funciones ejerce como gerente?

Respondió: Estoy dedicada al tema de hablar con el mayorista con el cual le compro el combustible, los asesores comerciales, hacer estrategia de mercadeo, mirar los clientes, la contratación de las personas que trabajan con nosotros y de buscarle beneficios a la estación.

Es claro entonces, que la investigada participó de la junta directiva de la Seccional Boyacá y Casanare y estando enterada de de la actividad adelantada en las Juntas Directivas y Asambleas Generales de Afiliados que operan al interior de la misma.

"Preguntado 22. ¿Ha participado como miembro de la junta directiva de dicha Seccional? Respondió: Sí.

Preguntado 23. ¿Qué cargo desempeño? Respondió: Vicepresidente.

Preguntado 24. ¿Durante cuánto tiempo ejerció dicho cargo? Respondió: 2 años.

¹¹² Folios 44 y 45 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 7-7-7179-4 DE 2011 Hoja N°. 96

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Preguntado 25. ¿Puede por favor especificar el período en el que usted desempeño esos...? Respondió: 2008 a 2010.

Preguntado 27. ¿Cuáles eran sus funciones y cuáles eran sus atribuciones?

Respondió: Tratar de buscar un mejor beneficio para todos los afiliados no solamente por ejemplo nosotros mirábamos beneficios, (...) buscar que quizá el Gobierno le mejorara uno el margen, el margen de minorista pero igual eso lo hacia el presidente.

Preguntado 28. ¿Qué funciones ejerce específicamente el vicepresidente de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare?

Respondió: Suplementar al presidente de la Federación.

Preguntado 29. ¿A qué se refiere cuando dice "suplementar"?

Respondió: Si cuando el presidente no se encuentra yo lo podía estar (sic).

Preguntado 33 ¿A quién le reportaba usted sus funciones?

*Respondió: Es que finalmente en Fendipetroleo, nosotros nos reuníamos prácticamente dos o tres veces al año no más y realmente quien el presidente pues nunca yo tuve que reemplazarlo ni nada de eso, nosotros íbamos a las reuniones y hablábamos acerca del tema de cómo mejorar las condiciones de los afiliados¹¹³.
(Subraya fuera de texto)*

No debe pasarse por alto que según los propios estatutos de la SECCIONAL, la dirección de la Federación a nivel Seccional corresponde en general a la Junta Directiva de la misma, la cual tiene dentro de sus principales funciones orientar y desarrollar la política del gremio así como ejercer la suprema dirección administrativa de la Seccional¹¹⁴.

En este orden, el que la señora Rojas Rincón no haya reemplazado al Presidente durante el período en que se desempeñó como miembro de la Junta Directiva no la exime de responsabilidad en la fijación de políticas tendientes a no deteriorar los márgenes de comercialización de la gasolina corriente y ACPM en Duitama al igual que, en las discusiones en las cuales fueron tratados temas tan sensibles como continuar enviando a los agremiados comunicaciones con los precios sugeridos de dichos combustibles, mediante diferentes medios que no implicaran la responsabilidad de la Federación¹¹⁵.

Por lo tanto, resulta evidente que la señora Martha Patricia Rojas Rincón, ejecutó las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada proscritas en el Decreto 2153 de 1992, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

(vii) Carlos Enrique Castillo Arcos, representante legal Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA (Propietario de estación de servicio COOTRACHICA)

¹¹³ Folios 49 y 50 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

¹¹⁴ Folio 129 del Cuaderno reservado No.5 del expediente.

¹¹⁵ Track 2-109, minuto 18:36 a 22:25. folio 134 de Cuaderno reservado No. 10 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Se encontró evidencia que permite concluir que el señor Carlos Enrique Castillo Arcos, representante legal de COOTRACHICA, ejecutó las conductas anticompetitivas atribuidas y probadas respecto de la empresa que representa.

Frente a sus funciones y a la responsabilidad de fijar los precios al interior de la estación de servicio COOTRACHICA, indicó:

"Preguntado 6. ¿Desde hace de cuánto tiempo se desempeña como gerente de COOTRACHICA? Respondió: Desde abril de 2004.

Preguntado 7. ¿Qué funciones ejerce como representante legal? Respondió: Las que competen en los estatutos de COOTRACHICA su representación legal, los poderes que da dentro de los estatutos y la cámara de comercio de la Empresa.

Preguntado 28. ¿A quien correspondió o a quien corresponde al interior de la estación de servicio COOTRACHICA fijar el precio de los combustibles? Respondió: Tenemos La junta de vigilancia y un administrador de estación que está pendiente de eso junto con gerencia.

Preguntado 29. ¿Usted conoce el precio que fija mensualmente del combustible de gasolina corriente y ACPM? Respondió: si mensualmente, si señora.

Preguntado 30. ¿Usted conoce de ese precio? Respondió: si claro.

Ahora bien, en cuanto a su participación como miembro de la Junta Directiva de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, manifestó:

Preguntado 32. ¿Ha participado usted como miembro de la junta directiva de dicha seccional? Respondió: Sí participe como un año como miembro directivo.

Preguntado 33. ¿Qué cargo desempeño? Respondió: Del miembro del consejo directivo.

Preguntado 34. ¿Durante cuánto tiempo? Respondió: Durante 1 año.

Preguntado 35. ¿De qué fecha a qué fecha? Respondió: Eso fue 2006-2007 si no estoy mal¹¹⁶."

Las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de la participación del investigado en las conductas endilgadas, toda vez que, tenía conocimiento de las reuniones de Junta Directiva y Asambleas de la Seccional lo que denota además su aceptación a la realización de las actividades constitutivas de la infracción

Por lo tanto, el señor Carlos Enrique Castillo Arcos ejecutó las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada proscritas en el Decreto 2153 de 1992, dando con ello

¹¹⁶ Folios 54 y 55 del cuaderno público No. 9 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **SF-7.17.94** DE 2011 Hoja N°. 98

"Por la cual se imponen unas sanciones"

lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

(viii) Hernando Colmenares Salamanca, representante legal Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX (Propietario de estación de servicio Cooflotax)

En razón de su cargo, el señor Colmenares tuvo conocimiento de las conductas investigadas y no realizó actividad alguna para evitarlas y/o corregirlas. Frente al ejercicio de su cargo, el investigado indicó:

*"Pregunta 3. Se ha desempeñado usted como representante legal de COOFLOTAX
Respondió: Sí señora.*

Pregunta 4. Puede indicarle al Despacho durante cuánto tiempo se desempeñó como tal.

Respondió: Desde abril de 2002 hasta el 4 de mayo de 2008.

Además de lo anterior, de acuerdo con Ahora bien el certificado de existencia y representación legal de COOFLOTAX, "[e]l Gerente será el representante legal de la cooperativa y principal ejecutor de las decisiones de la Asamblea General y del Consejo de Administración. Tendrá bajo su dependencia a los empleados de la cooperativa; velará por el cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la actividad de la cooperativa. (...)"¹¹⁷.

Comparte plenamente este Despacho el argumento de la Delegatura, plasmado en el Informe Motivado en los siguientes términos:

"De esta manera, queda sin respaldo el argumento presentado en el escrito de descargos por parte del Apoderado del señor Colmenares según la cual su representado apenas tenía conocimiento de las resoluciones mensuales del Gobierno nacional por cuanto la fijación de precios es una función casi que mecánica ejercida por el administrador de la estación, pues tal como quedó señalado, dentro de las funciones propias del gerente o representante legal de la cooperativa se encuentra no sólo, la de tener bajo su dependencia a los empleados de la misma, -incluyendo al administrador-, sino la de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la actividad de la cooperativa que comprenden, sin duda, las resoluciones que fijan el precio de los combustibles emanadas del Ministerio de Minas y Energía."

Para este Despacho por lo tanto, es claro que el señor HERNANDO COLMENARES SALAMANCA ejecutó las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada proscritas en el Decreto 2153 de 1992, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

(ix) Nora Elisa Velandia de Velandia, representante legal Estación Villa del Río Ltda. (Propietario estación Villa del Río)

¹¹⁷ Folio 152 del Cuaderno público No. 8 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

En primer lugar, es conveniente traer a colación la declaración de la investigada en donde al referirse a sus funciones como representante legal, señaló:

"Pregunta 2. Es usted representante legal?"

Respondió: En el momento no soy representante legal, estuve como representante legal durante el 2006 al 2010.

Pregunta 6. Qué funciones ejercía como representante legal

Respondió: Como representante legal yo no ejercía, si es esa época que era representante legal no ejercía casi ningunas funciones, por qué? porque en esta ocasión o como siempre ahí estamos administrando la estación, como es una sociedad entonces la administramos tres meses los otros socios y tres meses yo con un hijo que es el administrador, cuando me toca la administración, tres y tres estamos administrando.

(...)

"Pregunta 31: Como representante legal de Villa del Río asistía usted a las reuniones que convocaba la Seccional Boyacá y Casanare?"

Respondió: A veces asistía, a veces asistían los socios y exactamente no me acuerdo, que fechas no.

Pregunta 38. La Federación que más hace o sea cuando usted dice que Villa del Río es agremiada a la Federación es porque esa Federación qué hace, o sea lo que usted sepa o conozca, de acuerdo también con las reuniones a las que asistió.

Respondió: Como poner de acuerdo a todas las estaciones y todo, de pronto pues en precios no porque, pero si en cuestión, si una vez que estuviéramos de acuerdo todos con los precios pero así no, en especial no¹¹⁸.

Actas de Asamblea Ordinaria

En efecto, consultadas las actas de Asamblea Ordinaria convocadas por la Seccional se pudo determinar que la mencionada señora participó como representante legal de la estación de servicio Villa del Río, en las reuniones llevadas a cabo los días: (i) seis (6) de mayo de 2006 (Acta No. 085); (ii) catorce (14) de junio de 2008 (Acta No. 102); (iii) veinticinco (25) de abril de 2009 (Acta No. 107) y (iv) veintiséis (26) de junio de 2010 (Acta No. 114), en desarrollo de las cuales fueron tratados temas relacionados con el margen de comercialización de la gasolina corriente y ACPM, así como con la fijación de los precios de dichos combustibles¹¹⁹.

En virtud de lo anterior, para este Despacho la señora NORA ELISA VELANDIA DE VELANDIA, ejecutó las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada proscritas en el Decreto 2153 de 1992, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

¹¹⁸ Folios 64 y 65 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

¹¹⁹ Folios 167 (reverso), 197 (reverso) y 212 del cuaderno reservado No. 6, y folios 56 y 73 del Cuaderno reservado No. 10 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

(x) Luis Eduardo Chiquillo Angarita, representante legal de Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda. - COMERTRANS LTDA. (Propietario estación de servicio Ciudad Duitama).

Para este Despacho existe un indicio grave en contra del investigado, emanado de su no comparecencia sin presentación de justificación alguna a declarar ante esta Entidad, tal y como lo muestra el acta de no comparecencia obrante en el expediente¹²⁰. Tal y como lo realiza la Delegatura en su informe, en este caso debe tenerse en cuenta lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, que a la letra dice:

"ARTÍCULO 210. CONFESION FICTA O PRESUNTA. <Artículo modificado por el artículo 22 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos.

*Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como **indicio grave** en contra de la parte citada". (Negrilla fuera de texto)*

Conforme a esto, señala la jurisprudencia de la Corte Suprema:

*"(...) Si la convocatoria a rendir declaración se hizo oficiosamente por el juez, en ejercicio de los poderes de instrucción que le han sido conferidos, tal como lo habilita el artículo 202 de la mencionada codificación (Código de Procedimiento Civil), la contumacia no tendrá otra consecuencia que la de constituir un **indicio**"¹²¹.*

El indicio grave se complementa con las pruebas que obran en el expediente y que dan cuenta de la efectiva participación de investigado en la conducta endilgada. Es así como, de acuerdo con el acta de la Asamblea Ordinaria No. 107 llevada a cabo el día 25 de abril de 2009, llevada a cabo en la Seccional, consta la participación del señor Chiquillo, habiéndose discutido en dicha reunión temas relacionados con el mantenimiento de los márgenes de comercialización de la gasolina corriente y ACPM en la ciudad de Duitama¹²².

Además de lo anterior, tal como puede apreciarse en el listado de estaciones afiliadas a Fendipetróleo extraído del correo electrónico de fecha 11 de febrero de 2010 enviado por

¹²⁰Folio 66 del Cuaderno público No. 9 del expediente.

¹²¹ Corte Suprema de Justicia; Salsa de Casación Civil; sentencia del 28 de noviembre del 2000; Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹²²Folio 134 del cuaderno reservado No. 10 del expediente. Track 3-107, minuto 59:20 a 1:02.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

la Seccional a esta Superintendencia¹²³, la estación de servicio Duitama hacía parte de las afiliadas.

Por lo anterior, para este Despacho existe evidencia suficiente para determinar que el señor LUIS EDUARDO CHIQUILLO ANGARITA ejecutó las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada proscritas en el Decreto 2153 de 1992, y los numerales 1,8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

6.10. ASPECTOS PROCESALES

6.10.1. Nulidad presentada por el Apoderado de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, COMERTRANS LTDA., COOFLOTAX, así como de AUGUSTO VARGAS SÁENZ, LUIS EDUARDO CHIQUILLO ANGARITA y HERNANDO COLMENARES SALAMANCA

Mediante la comunicación No. 07-027597 del 23 de agosto de 2011, el doctor Ricardo Botero Villegas, señaló:

"(...) Subsidiariamente solicito se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de haberse abocado la investigación de oficio, es decir a partir de la Audiencia de Conciliación en que el quejoso manifestó no tener pretensiones sobre el desarrollo de la investigación y se ordene rectificar el trámite procesal y practicar las pruebas con estricta observancia de los derechos fundamentales de los investigados y de las demás normas procesales inobservadas durante la etapa de instrucción".

Como sustento de la solicitud arriba descrita, se presentaron, entre otros, los siguientes argumentos:

"Todas las personas investigadas en este expediente fueron interrogadas y en tales diligencias se les tomó juramento previo a su declaración (subrayo). La doble condición de investigado e interrogado no permite que una persona sea juramentada, por cuanto se le expone a declarar contra sí mismo, lo cual está protegido por las normas sobre derechos humanos y derechos fundamentales ya citadas. (...)

Estas pruebas, por lo tanto, no tienen validez para soportar una resolución sancionatoria por ser abiertamente contrarias a la Constitución Nacional en sus artículos 29 y 33 y por ser violatorias del derecho de defensa". (...)

"La técnica jurídica y las normas procedimentales establecen que en la providencia que se decreta una inspección se deben relacionar los elementos o documentos que serían sujeto de dicha inspección. Sin embargo, en la citada resolución #68484 del 13 de Diciembre de 2010 no se relacionaron los documentos ni elementos objeto de la inspección lo que condujo a que la diligencia de Inspección decretada se transformara en un allanamiento que estuvo revestido de graves actos de arbitrariedad y excesos que también fueron puestos en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación y que actualmente son objeto de investigación por parte de dicho órgano de control."

¹²³ Correo enviado de la cuenta fendiboyaca@yahoo.es, como parte de la visita de inspección practicada el día 11 de febrero de 2010. Folios 118 a 120 del cuaderno público No. 5 del expediente.

(...)

De lo anterior se deduce que las competencias de Policía Judicial no pueden servir de pretexto para cometer las arbitrariedades que se cometieron y que afectan de nulidad la prueba recaudada y, por ende, la decisión que se tome con sustento en ellas.(...)"

"Reconoce el Superintendente Delegado en el anterior párrafo, que los límites a las funciones de la actividad gremial aún no han sido fijados por el legislador. Por lo tanto, sancionar la actividad de FENDIPETROLEO con base en normas que la misma Superintendencia reconoce que aún no existen, viola el postulado del artículo 29 de la Constitución (Debido Proceso) que establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes. (...)"

"Así las cosas, no solo se omitió la aplicación de la Caducidad de la acción y la aplicación del principio de favorabilidad, sino que se pretende dar aplicación retroactiva a disposiciones expedidas con posterioridad a los hechos investigados y, lo que es más relevante, a los denunciados por el quejoso". (...)"

"Un Acto Administrativo sancionatorio estaría afectado de nulidad pues la oportunidad para sancionar ya caducó teniendo en cuenta que la queja que dio origen al expediente se formuló el 1° de Abril de 2007 y estamos en el mes de agosto de 2011. Para la fecha de la queja estaba y aún está vigente el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo (...)"

A efectos de resolver la solicitud subsidiaria de nulidad presentada por el Apoderado de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, COMERTRANS LTDA., COOFLOTAX, así como de AUGUSTO VARGAS SÁENZ, LUIS EDUARDO CHIQUILLO ANGARITA y HERNANDO COLMENARES SALAMANCA, se procede a efectuar las siguientes consideraciones:

(i) Saneamiento de las nulidades en el trámite de prácticas comerciales restrictivas

Previamente a determinar el cumplimiento de los presupuestos legales para admitir y resolver la solicitud de nulidad propuesta, es necesario precisar el fundamento legal aplicable a este tipo de vicisitudes procesales. En tal virtud, es conveniente tener en cuenta los siguientes aspectos:

La Ley 153 de 1887 prescribe en sus artículos 17 a 49 la forma como rigen las Leyes promulgadas en Colombia. Al respecto, dicho conjunto normativo prevé el principio de irretroactividad de la ley, es decir, que toda norma rige hacia el futuro y que regula todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia.

Así las cosas, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva Ley, continuarán bajo la vigencia de la Ley antigua, pero, en tratándose de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia una nueva Ley, que no se refieran a

derechos adquiridos a ese momento, sino de simples expectativas, la nueva Ley tendrá aplicación inmediata¹²⁴.

Bajo este contexto, el criterio de aplicación inmediata de la Ley, no es ajeno a las Leyes relacionadas con la ritualidad de los procedimientos¹²⁵, tal y como lo expone la jurisprudencia constitucional citada anteriormente, al indicar:

"[E]n lo que tiene que ver concretamente con las Leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las Leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso".

Por lo tanto, en virtud de lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en aquellos eventos en los cuales una norma procesal posterior modifique una disposición anterior que regulaba un procedimiento determinado, la aplicación de la misma, se hará tan pronto ella entre en vigencia, respetando los actos procesales cumplidos con la Ley antigua. Sobre este punto, la sentencia C-619 de 2001 de la Corte Constitucional previó:

"Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la Ley antigua, sean respetados y queden en firme".

Por lo anteriormente expuesto, esta Superintendencia considera que pese a que la actuación administrativa relacionada con la solicitud de nulidad objeto de estudio inició bajo el amparo de las normas procedimentales previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, dicha norma fue modificada por el título IV de la Ley 1340 de 2009 y tuvo aplicación inmediata para los trámites que se adelanten ante esta Entidad. En tal virtud, el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, será el fundamento legal a tener en cuenta por este Despacho para resolver la petición de nulidad referida.

El artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, prevé los supuestos a tener en cuenta en aquellos eventos en los cuales se presenten vicios o irregularidades en la actuación administrativa por violación a las normas de protección de la competencia.

Al respecto, la norma consagra:

"Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneados"

¹²⁴ Al respecto la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-619 de 2001 sostuvo: "(...) la aplicación o efecto general inmediato de la Ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. [...]".

¹²⁵ En este sentido, a manera de norma general aplicable al tránsito de las Leyes rituales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, prescribe lo siguiente: "Las Leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación."

si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3° del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.

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

Con fundamento en la disposición legal descrita, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) La norma prevé que para su aplicación debe presentarse un vicio o irregularidad en la actuación administrativa.
- b) Igualmente dispone el artículo 21 de la Ley 1340, que el vicio puede presentarse durante la etapa de investigación antes del traslado del Informe Motivado al Superintendente de Industria y Comercio o con posterioridad al mismo traslado (etapa de decisión).
- c) La distinción descrita en el literal anterior, marca una pauta respecto de: (i) el funcionario competente para resolver la petición, (ii) el momento procesal para alegar el vicio o irregularidad y (iii) los efectos relacionados con la inoportuna alegación de una nulidad.
- d) El inciso segundo de la norma consagra la posibilidad de resolver la nulidad en cualquier etapa de la investigación, dándole competencia tanto al Delegado, para resolverlas durante la instrucción y al Superintendente para resolverlas con posterioridad al traslado del Informe Motivado y si es del caso, en la decisión que ponga fin a la actuación administrativa o, incluso, al momento de resolver los recursos en vía gubernativa, cuando el supuesto vicio se presente con posterioridad al traslado del Informe Motivado.
- e) La norma anterior, tiene el carácter de especial, por cuanto regula de manera específica el trámite de las investigaciones por violaciones al régimen de protección de la competencia, de manera tal que su aplicación será preferente a las normas de procedimiento administrativo generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo¹²⁶.

¹²⁶ Al respecto es importante tener en cuenta que las normas especiales de procedimiento relacionadas con los temas de prácticas comerciales restrictivas, según lo previsto en el artículo 52 de Decreto 2153 de 1992, tienen relación en cuanto a sus vicios con la primera parte del Código Contencioso Administrativo. Así, la doctrina al referirse a este tema ha señalado: "lo hacen peculiar y más ágil que los procedimientos judiciales: primero, no es en exceso rituado, si bien es cierto que establece instancias y oportunidades de actuación, en líneas generales es más amplio para cumplir los objetivos y corregir los errores en que en su dinámica se pueda incurrir. Segundo, su período probatorio por estas mismas razones coincide en la práctica con la totalidad de la actuación [...]." Jaime Orlando Santofimio, Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, Ed Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003. pg. 184.

Así pues, esta Superintendencia considera que la solicitud de nulidad fue presentada de manera extemporánea en la medida en que los supuestos vicios fueron alegados con posterioridad al traslado del Informe Motivado¹²⁷, a pesar de que, de acuerdo con lo señalado por el inconforme, se presentó durante el desarrollo de la etapa de instrucción. Así las cosas, aun en caso de que se considerara como cierta la existencia de una supuesta irregularidad, la misma se encontraría saneada como lo dispone el artículo 21 de la Ley 1340 de 2010.

(ii) Aplicación del Principio de la Inmediatez de la Ley Procesal

Ahora bien, aun si en gracia de discusión se considerara inaplicable el artículo 21 de la Ley 1340, este Despacho considera que en el presente caso no se presentó ninguna irregularidad que afectara los derechos al debido proceso y defensa de los investigados, como se expone a continuación.

- De la presunta violación del derecho a la no autoincriminación

Manifiesta respecto a este punto el Apoderado de la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE y otros, que:

"Todas las personas investigadas en este expediente fueron interrogadas y en tales diligencias se les tomó juramento previo a su declaración (subrayo). La doble condición de investigado e interrogado no permite que una persona sea juramentada, por cuanto se le expone a declarar contra sí mismo, lo cual está protegido por las normas sobre derechos humanos y derechos fundamentales ya citadas".

"Lo mínimo que debió hacer la funcionaria al interrogar a los investigados fue hacerles la advertencia de que no estaban obligados a declarar contra sí mismos e, inclusive, que tenían el derecho a guardar silencio si consideraban que sus respuestas podían ser autoincriminatorias".

Sustenta su argumento en el artículo 29 constitucional, especialmente en su inciso 5 que establece que "(...) Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso", en el artículo 33 del mismo ordenamiento, en el literal a) del artículo 8 y el numeral 3 del artículo 303 del Código de Procedimiento Penal y en algunas normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sea lo primero señalar que frente a la supuesta ausencia de la advertencia sobre la no obligación de declarar en su contra, o del derecho a la no autoincriminación, el Apoderado parece confundir la naturaleza del trámite llevado a cabo y especialmente, las reglas que rigen en el mismo las pruebas testimoniales. Al respecto, debe recordarse que el procedimiento aplicado en este tipo de casos se encuentra previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en cuyo inciso final se señala que:

"En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo".

¹²⁷ El traslado del informe motivado a los investigados, se llevó a cabo el 8 de agosto de 2011, mediante comunicación de radicado 07-027597--241-2. Sin embargo la solicitud de nulidad fue presentada el día 23 de agosto, es decir 10 días hábiles después del traslado del informe motivado.

"Por la cual se imponen unáns sanciones"

Así, al no haber norma especial para las investigaciones que lleva a cabo esta Entidad en materia de pruebas testimoniales, es necesario acudir al Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, esta norma tampoco regula la práctica de este tipo de pruebas, siendo necesario referirse a su artículo 267, en donde se establece lo siguiente:

"ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Así las cosas, al revisar los artículos sobre el tema en el Código de Procedimiento Civil, es claro que en ninguno de ellos se impone la obligación de advertir al declarante que no está obligado a declarar en su contra. Por lo tanto, no puede considerarse como causal de nulidad el no realizar dicha advertencia. Sobre el punto, la doctrina ha señalado lo siguiente:

"Siendo consecuentes con los fundamentos filosóficos y constitucionales anotados, se concluye, que sin que se viole ningún precepto constitucional, no es posible reconocer dentro de un proceso civil, laboral, o administrativo, a ninguna persona el derecho a no declarar contra sí misma, ni contra su cónyuge, compañero permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tal como lo señala el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, ya que de conformidad con el artículo 93 de la misma y el artículo 8 ordinal 2, literal g(del Pacto de Costa Rica, aprobado por la Ley 16 de 1972 y ratificado por Colombia el 31 de julio de 1975, este derecho solo tiene aplicabilidad en los procesos penales.

"En los procesos civiles, laborales o administrativos, con base en lo anotado en el párrafo anterior, cabe afirmar, que sobre el derecho incorporado en el artículo 33 de la Constitución, están los fines esenciales del Estado entre los que se destacan "asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo" (art. 2 C.N.), lo cual no se obtendría sin el derecho de "toda persona para acceder a la administración de justicia" (art. 229 ibídem). En los procesos mencionados, cuando una persona acude a la justicia, el debe del Estado de impartirla prima sobre los intereses particulares, ellos tienen el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95 ord. 7 C.N.), de otra manera no se lograría la paz social. En el proceso penal, en cambio, la potestad del Estado sólo se impone al momento de ejecutar una sentencia, antes de ella, tiene el deber de proteger en forma parcializada los derechos del imputado o acusado"¹²⁸.

De esta manera, no se encuentra de recibo la afirmación del Apoderado según la cual, estas pruebas (interrogatorios) no tienen validez por ser abiertamente contrarias a la Constitución Nacional y al derecho de defensa, pues tal como quedó dicho, el derecho a no declarar contra sí mismo no resulta aplicable en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas.

¹²⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. "El derecho procesal y la nueva constitución", Biblioteca Jurídica DIKE, (Bogotá 1993); págs. 179 - 182

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Ahora bien, en lo que se refiere a las presuntas omisiones en las que pudo incurrir la funcionaria a cargo de practicar los mencionados interrogatorios durante la investigación, considera este Despacho que las acusaciones realizadas no se encuentran soportadas en ningún elemento probatorio que sustente una mala actuación de la mencionada profesional. Por el contrario, se limita el inconforme a poner en tela de juicio su proceder, basando sus apreciaciones en especulaciones carentes de respaldo jurídico.

Por otra parte, es necesario aclarar que en las investigaciones iniciadas por la presunta infracción de las normas que protegen la libre competencia, la figura indicada para oír a los investigados es el interrogatorio de parte formulado por esta Superintendencia. En tal sentido, como quiera que de conformidad con el artículo 203 del C.P.C., dentro de la oportunidad para solicitar pruebas se podrá pedir la citación de la parte contraria, resulta claro que en desarrollo de la precitada diligencia tan sólo puede intervenir la Delegatura que, como ente investigador, busca que se cumpla con la finalidad del interrogatorio de parte, que es en últimas, lograr la confesión del declarante.

En este orden de ideas, este Despacho observa que la Delegatura practicó las pruebas señaladas por el apoderado con apego a los principios constitucionales del debido proceso, de derecho de defensa con plenas garantías y al de no autoincriminación, a las normas que sobre el particular consagra el Código de Procedimiento Civil y al artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, sobre el procedimiento administrativo especial para las actuaciones que se tramiten por presuntas infracciones a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

- De la presunta violación de los Derechos a la intimidad y a la Dignidad

Frente al particular, señala el Apoderado que:

"Sin embargo, en la citada resolución #68484 del 13 de Diciembre de 2010 no se relacionaron los documentos ni los elementos objeto de la inspección lo que condujo a que la diligencia de inspección decretada se transformara en un allanamiento que estuvo revestido de graves actos de arbitrariedad y excesos (...)"

"(...) Fue así como sustrajeron (no cabe otra expresión) de los discos duros de los computadores, la totalidad de los correos electrónicos incluyendo los de tipo personal de los trabajadores de la Federación en una clarísima, grave y flagrante violación a los derechos de defensa, a la intimidad, a la dignidad y a otros derechos fundamentales (...)".-

"A la actuación de los funcionarios de la Superintendencia en la diligencia del 25 de Febrero de 2011 se sumó el hecho de que, una vez copiados los correos electrónicos privados y demás archivos en discos compactos (CD), no pudieron regresarlos a los equipos y archivos de origen (...). En pocas palabras dañaron los programas de los computadores de la sede de FENDIPETRÓLEO en Boyacá."

En cuanto al argumento del Apoderado relacionado con el decreto y práctica de la inspección judicial realizada en las instalaciones de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, este Despacho considerará procedente señalar lo siguiente.

Atendiendo a lo dispuesto en la Resolución No. 68484 del 13 de diciembre de 2010, la mencionada prueba fue decretada de oficio por la Delegatura, "con el fin de revisar la

"Por la cual se imponen unas sanciones"

correspondencia cruzada entre dicha Seccional y las empresas investigadas, así como otros archivos que resulten pertinentes frente a los hechos materia de investigación, para los años 2007, 2008, 2009 y 2010", teniendo en cuenta su importancia para esclarecer los hechos materia de investigación.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 179 C.P.C: "**Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.**" (Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, el numeral 3 del artículo 246 del C.P.C., señala "**Durante la inspección podrá el juez, de oficio o a petición de parte, recibir documentos y declaraciones de testigos, siempre que unos y otros se refieran a los hechos objeto de la misma**".

Revisado el expediente, este Despacho pudo establecer que para la época de los hechos investigados la SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE mantenía comunicación con sus afiliados a través de diversos medios dentro de los cuales se encontraban circulares, fax y correos electrónicos¹²⁹.

De esta manera, atendiendo el objeto de la prueba resultaba necesario que en desarrollo de la inspección decretada fuera revisada toda información relativa al intercambio de comunicaciones entre la Seccional y las empresas investigadas, la cual de acuerdo con lo anteriormente señalado, se encontraba no solo en correspondencia física sino electrónica.

Por otra parte, vale la pena mencionar que desde que fue proferida la Resolución mediante la cual se decretaron pruebas dentro de la investigación, los investigados conocían el objeto de la mencionada inspección judicial. A pesar de lo anterior, ninguno de los apoderados se hizo presente en el desarrollo de la mencionada diligencia, tampoco el propio presidente de la Seccional, en cabeza del cual se encuentra la representación legal de la misma.

¹²⁹Folios 49 y 50 del cuaderno reservado No. 9 del expediente. Interrogatorio de la señora Martha Patricia Rojas Rincón: "**Pregunta 28. De qué manera se comunica la seccional con sus asociados.**
Respondió. Mediante circulares, mediante e-mail". (Subraya fuera de texto) En el mismo sentido, en el interrogatorio del señor Álvaro Javier González Manrique se señaló: "**Pregunta 37: De qué manera se comunica la Seccional con sus asociados.**

Respondió: En el caso mío telefónicamente y hablo con el director de Fendipetróleos o cuando estaba de gerente si necesitábamos alguna cosa telefónicamente. Ahora, si ellos hacen una convocatoria, una reunión o cosas así, pero no sé, vía fax o vía e-mail. (...)". (Subraya fuera de texto) Folios 47 y 48 del cuaderno No. 9 reservado del expediente. De igual manera, el presidente de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare indicó al respecto: "**Pregunta 31. La Federación nacional conoce el diseño y desarrollo de las políticas de la seccional Boyacá Casanare**

Respondió: Lógicamente que sí Pregunta 32: A través de qué medios las conocen.

Respondió: A través de llamadas telefónicas a través del e-mail, a través de cartas, a través de reuniones que se hace con nosotros en algunas oportunidades con todos los gremios, con todos los presidentes de todas las seccionales y a veces cuando solicitamos el apoyo directamente de la presidencia y de su junta directiva nacional en el caso concreto de alguna estación de servicio de alguna federación seccional. Pregunta 57. Però la pregunta es a través de qué medios sugería porque ahí dice sugiriendo los precios porque ahí dice que deben colocarse en el surtidor, entonces a través de que de medios sugería

Respondió: A través de una llamada telefónica, a través de correo electrónico, depende. (Subraya fuera de texto). Folios 252 a 254 del Cuaderno público No. 10 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Así, en el acta de la inspección judicial practicada la Delegatura dejó consignada una relación pormenorizada de los documentos revisados, así como el examen de los equipos de cómputo y evidencia electrónica solicitada, de acuerdo con el protocolo tenido en cuenta para su recaudo.

En este punto debe señalarse que al momento de revisar las cuentas de correo electrónico seleccionadas, los funcionarios de la Superintendencia pusieron siempre de presente su intención de recaudar exclusivamente los mensajes que guardaran relación con la actividad desarrollada por la Seccional Boyacá y Casanare y el carácter reservado de los mismos.

Ahora bien, en cuanto a los presuntos daños causados en los equipos de la Seccional, dentro del acta de la inspección practicada, la Delegatura dejó la siguiente constancia:

"Se deja constancia que una vez realizado el protocolo descrito anteriormente, la señora Paulina Gorrais puso de presente que revisada la cuenta fendiboyaca@yahoo.es no fue posible ubicar los 2473 correos que fueron grabados por el despacho. Ante esta situación, el ingeniero Hernando Murillo, funcionario de la SIC revisó la mencionada cuenta y encontró que no reposaban los correos en dicha cantidad pues se habían trasladado al Outlook en su totalidad, lo cual se verificó. El despacho propuso las siguientes alternativas: (1) Pasar la totalidad de correos de Outlook a la precitada cuenta de yahoo. (2) Dejar los 2473 correos en el Outlook, y (3) En cualquiera de las dos alternativas anteriores se deja como anexo a la presente acta una copia total de la información electrónica de los dos computadores que fueron revisados.

La alternativa No. 1 se realizó por tres horas aproximadamente, sin resultados positivos, en razón a problemas técnicos de la red. Ante esta situación, el Despacho ofrece enviar al ingeniero Murillo con el fin de resolver el inconveniente, dado que no presentan las condiciones técnicas de la red para poder solucionarlo en este momento.

Atendiendo lo anterior, entre el Despacho y la Directora Ejecutiva de la Seccional - encargada de atender la visita- se optan (sic) por la alternativa 3 y que se envíe al ingeniero Murillo a solucionar el inconveniente.

El Despacho dará uso a la información electrónica descrita anteriormente y aportada a esta diligencia siguiendo los parámetros legales del derecho a la intimidad y mantendrá en reserva los documentos citados (...)". (Subraya fuera de texto)

De la mencionada constancia se concluye entonces que contrario a lo señalado por el Apoderado, los funcionarios de la Delegatura actuaron de manera diligente al tratar de remediar el inconveniente presentado por más de tres horas sin obtener resultados. Lo anterior, debido a que en el momento de la inspección se presentaba una falla técnica que impedía la conexión a internet desde los computadores de la Seccional que obligó a la Delegatura a utilizar como alternativa un modem de línea de teléfono móvil para llevar a cabo la inspección a las cuentas de correo electrónico seleccionadas.

Sobre el particular, resulta del caso señalar que atendiendo a la mencionada falla técnica, la transferencia de los correos electrónicos de la cuenta del servidor del correo fendiboyaca@yahoo.es al disco duro del computador de la secretaria de la seccional,

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~33~~-7.1794 DE 2011 Hoja N°. 110

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Paulina Gorrais, tardó más de 6 horas, no obstante, la totalidad de los mismos quedó en el programa Outlook de Microsoft instalado en el mencionado equipo, sin que se hubiera perdido información alguna de dicha cuenta.

Adicionalmente, debe decirse que la Delegatura obtuvo una copia del referido material electrónico, el cual fue almacenado en dos DVD (Disco Digital Versátil), uno con destino al expediente y otro como backup que le fue entregado a la Directora Ejecutiva tal como consta en el acta¹³⁰. Es decir, de la información que se discute quedaron dos copias: una en el computador de la secretaria de la Seccional y otra en el DVD entregado a la Directora Ejecutiva de dicha agremiación.

Así, en cumplimiento del ofrecimiento hecho por la Delegatura en el sentido de enviar a la Seccional al ingeniero Hernando Murillo, funcionario de la Superintendencia experto en sistemas, es necesario indicar que fueron realizadas múltiples llamadas a la doctora Deicy Katherin Fonseca, Directora Ejecutiva de la Seccional, con el propósito de programar una visita técnica a las instalaciones de dicha Federación en la que pudieran ser restablecidos los correos electrónicos a su servidor de correo de origen, obteniendo siempre como respuesta que en el momento en que la Seccional considerara conveniente informaría a la Delegatura la fecha indicada para llevar a cabo la visita técnica en mención.

De otro lado, respecto del presunto abuso de las facultades de policía administrativa por parte de esta Superintendencia debe decirse que la mencionada inspección fue practicada en el marco de una investigación con plena observancia de los principios al debido proceso, a la intimidad y a la dignidad, así como, al artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 norma especial aplicable a este tipo de actuaciones.

De esta suerte, debe aclararse que las precitadas facultades a las que parece referirse el inconforme, son ejercidas por esta Entidad de manera general, para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, dentro de las cuales se encuentran realizar vistas de inspección, decretar y practicar pruebas, solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio, entre otras¹³¹, y no en desarrollo de una investigación por violación al régimen de protección de la competencia, como en el presente caso.

No resulta por tanto, menos que temeraria la afirmación del doctor Botero Villegas, en cuanto a que la inspección judicial realizada el día 25 de febrero de 2011 en las instalaciones de la Seccional, fue *un allanamiento que estuvo revestido de graves actos de arbitrariedad y excesos*, teniendo en cuenta por una parte, que de acuerdo con la información obrante en el expediente la mencionada prueba: (i) fue decretada expresando con claridad y precisión los puntos sobre los cuales habría de versar; (ii) fue comunicada en debida forma a las investigadas con el fin de que ejercieran su derecho de contradicción y (iii) fue efectuada en el día, hora y lugar indicados en el mencionado acto administrativo que la decretó, y por la otra, que a pesar de haber sido informada su práctica con suficiente antelación, el mencionado profesional no se hizo presente durante la visita de inspección, no obstante ser el apoderado de varios de los investigados.

¹³⁰ Folio 43 del cuaderno 10 reservado del expediente. Acta de Visita Administrativa: "(...)Se graba el material electrónico en un medio de almacenamiento de solo lectura, Disco Digital Versátil (DVD), junto con el archivo de hash por cada uno de los archivos recolectados, embalados y rotulados. Copia del mismo se le entrega a quien atendió la visita". (Subraya fuera de texto)

¹³¹ Artículo 1° del Decreto 3523 de 2009 modificado por el artículo 1° del Decreto 1687 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

- De la presunta violación del derecho fundamental al Debido Proceso

Frente al particular, el apoderado de la Seccional Boyacá y Casanare y otros, señala:

"El marco temporal de los hechos investigados parte de la queja del ciudadano JORGE ELIÉCER SANCHEZ ARCHILA el 1 de Abril de 2007, como lo señalan el Informe Motivado y la Resolución que formuló cargos, Sin embargo tres (3) años y dos (2) meses después de formulada la queja, se profiere Resolución 33970 del 30 de Junio de 2010 que ordena abrir la investigación, omitiendo los términos establecidos en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, de tres (3) años para imponer las sanciones".

Bajo el título de "Prescripción de la acción sancionatoria -Principio de favorabilidad" el apoderado Carlos Andrés Murillo Quijano, sostiene que:

"Una vez revisados los hechos denunciados por el quejoso, encontramos que estos fueron puestos en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio el 21 de junio de 2007, (...) y la apertura de investigación se realizó con la Resolución 33970 del 30 de junio de 2010, o sea tres (3) años después de radicada la queja, lo que significa que conforme a la normatividad existente para la época de los hechos (Artículo 38 del C.C.A) la acción sancionatoria ya habría caducado, puesto que este imponía un término de tres años para establecer una sanción."

A su vez, el apoderado de RODRIGO VALENCIA CONCHA, señala:

Conforme con lo indicado en los folios 41 y 42 del cuaderno público No. 9, el señor RODRIGO VALENCIA CONCHA se desempeñó como Representante Legal de FENDIPETRÓLEO NACIONAL desde junio de 2006 hasta mayo de 2009, durante el citado período aún no habían entrado en vigencia el Decreto 3523 de 2009 ni el Decreto 1687 de 2010, disposiciones que modifican el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

(...)

La Resolución No. 33970 de 2010 mediante la cual se da apertura a la investigación del proceso de la referencia, indica que la conducta o práctica conscientemente paralela objeto de investigación se refiere al precio de los combustibles en la ciudad de DUITAMA durante el período comprendido entre enero de 2007 y diciembre de 2007.

El informe motivado solicita la máxima sanción para RODRIGO VALENCIA CONCHA a causa de una intervención en la asamblea de FENDIPETROLEO SECCIONAL BOYACA CASANARE, que se efectuó el 14 de junio de 2008, es decir, posterior al período investigado, por lo que el paralelismo de precios producido previamente a la citada fecha y puntualmente el producido durante el período investigado no puede endilgársele".

Al respecto, tal como se mencionó en el Informe motivado, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la autoridad nacional para conocer de las

"Por la cual se imponen unas sanciones"

investigaciones por la presunta violación del régimen sobre protección de la competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio.

De esta manera, a través de la expedición del Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordantes, fue establecido un procedimiento especial tendiente a determinar la posible realización de conductas contrarias a dicha normatividad, el cual podrá iniciarse de oficio o a petición de parte por lo general, mediante la presentación de una queja.

Sobre el particular es preciso indicar que si bien la queja es una petición elevada a la Administración debe tenerse en cuenta que el término previsto para que la Superintendencia de respuesta a la misma, no será el establecido para el derecho de petición en interés particular sino el señalado en el artículo 52 del Decreto 2153, en concordancia con la Ley 1340 de 2009¹³².

Así pues, durante el análisis de admisibilidad de la queja así como en el curso de la averiguación preliminar, la Superintendencia deberá determinar si cuenta con la información necesaria para verificar la ocurrencia de los hechos expuestos por el quejoso, pues de lo contrario deberá proceder en ejercicio de sus facultades, a recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar la necesidad de realizar una investigación.

Al respecto, el Consejo de Estado señaló:

"(...) Según se puede leer en la norma, la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de ella en virtud de otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna (...)"¹³³. (Subraya fuera de texto).

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó:

"(...) 8. Distinto es el caso de la etapa preliminar en donde ciertamente no existen administrados involucrados en calidad de partes sino que se realiza por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio acopio de las quejas y probanzas sobre las cuales realizará luego el análisis que conducirá a abrir o no investigación formal por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia

¹³² Decreto 2153 de 1992. Artículo 52. "Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este Decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de iniciar una investigación. Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado y a los terceros interesados en caso de haberlos. (...)"

¹³³ Consejo de Estado, Sección Primera. M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola. Sentencia del 23 de enero de 2003.

contenidas en el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 155 de 1959. (...) ¹³⁴". (Subraya fuera de texto).

En el presente caso, la información aportada con la queja inicial no resultó suficiente para iniciar una investigación, razón por la que, una vez reunido el material probatorio conducente, la Delegatura proferió la Resolución No. 33970 del 30 de junio de 2010 mediante la cual ordenó abrir investigación dentro del presente trámite, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Así las cosas, tal como se indicó en el Informe Motivado, este Despacho no encuentra de recibo los argumentos del Apoderado respecto del supuesto retardo injustificado en el que incurrió esta Entidad, el cual -sostiene- vulnera los principios de las actuaciones administrativas a la celeridad, publicidad y contradicción, teniendo en cuenta que los términos previstos en el C.C.A para el derecho de petición no son aplicables para los trámites que por violación al régimen de protección de la competencia se siguen ante esta Superintendencia.

Así pues, sin desconocer que se pudieran presentar discusiones sobre la aplicación de las normas procesales en el tiempo, en la presente actuación se tendrá en cuenta la normatividad vigente durante la ocurrencia de las conductas investigadas para evaluar la eventual caducidad de su facultad sancionatoria. Por lo tanto, se aplicará el artículo 38 del C.C.A.

Ahora bien, para establecer si la facultad sancionatoria de la Entidad ha caducado es necesario hacer referencia a la conducta investigada. Al respecto, se encuentra que desde la Resolución de Apertura se estableció que con la participación de FENDIPETRÓLEO NACIONAL y FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, algunas estaciones de servicio distribuidoras de gasolina corriente y ACPM en la ciudad de Duitama (Boyacá) habrían realizado para la época de los hechos investigados, acuerdos para fijar los precios de venta al público de dichos combustibles en la modalidad de práctica conscientemente paralela.

Vale la pena señalar que en las investigaciones por infracción a las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, ocurre con frecuencia que en el recaudo de pruebas, se encuentren elementos que permiten determinar que las conductas ejecutadas por los agentes investigados se extienden en el tiempo, dando lugar a lo que la doctrina y jurisprudencia han denominado conductas permanentes o continuadas.

Las precitadas conductas permanentes o continuadas no son de aquellas que se realicen una sola vez en el tiempo, sino que por el contrario implican la realización de una pluralidad de acciones u omisiones pero que se encuentran unidas o ligadas por una unidad de intención; por lo anterior, las conductas investigadas deben ser consideradas como de naturaleza continuada ¹³⁵ y, en esa medida, el término de caducidad debe contarse a partir de la ocurrencia del último acto que hace parte de la conducta investigada.

¹³⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", en sentencia del 27 de abril de 1999.

¹³⁵ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 2 de julio de 1999 proferida por la, Rdo. 20019384. Consejero Ponente Daniel Manrique Guzmán.

La caducidad de la facultad para sancionar, específicamente referida a las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia adelantadas por esta Superintendencia, fue abordada por el Consejo de Estado, en sentencia de enero de 2003, expediente No. 7909, Magistrado Ponente Dr. Manuel Urueta Ayola; que señaló:

"(...) La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto se trató de una conducta permanente o continuada, de suerte que los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C.C.A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado (...)". (Subraya fue de texto)

En reciente oportunidad, la sección primera de la misma Corporación en la sentencia del 12 de marzo de 2009, expediente No. 2002-00317-02, señaló:

"En tales circunstancias, es sabido que tratándose de conductas permanentes o continuadas, la caducidad o prescripción de la facultad sancionatoria sólo empieza a correr a partir del momento en que cese la conducta, y respecto de esas conductas no hay prueba en el plenario del momento en que la actora cesó en la ejecución de las mismas". (Subrayas fuera de texto)

De esta suerte, tal como se ha señalado a lo largo de la presente decisión, las investigadas llevaron a cabo diferentes actividades, tales como reuniones, comunicaciones, circulares, etc., por medio de las cuales buscaban coordinar sus actuaciones frente a la fijación de los precios de los combustibles (gasolina corriente y ACPM) en la ciudad de Duitama.

En el expediente obran pruebas que dan cuenta de las conductas cuestionadas desde enero de 2007 y hasta diciembre de 2009, periodo en el cual fueron enviadas las circulares y comunicaciones por parte de la Seccional sugiriendo los precios de los combustibles a los distribuidores minoristas de Duitama. Así mismo, reposan actas y grabaciones magnetofónicas de las reuniones convocadas por la Seccional en las que fueron tratados temas relacionados con márgenes de comercialización y fijación de precios, y que fueron realizadas entre el periodo comprendido entre los años 2007 y 2009.

Así, la existencia de conductas con fines anticompetitivos llevada a cabo por las investigadas, se acreditó con una cadena de comportamientos que se han extendido en el tiempo y que implica que su análisis no se realice separadamente sino en su conjunto para concluir, con certeza, que se incurrió en conductas prohibidas por las normas de competencia.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que las conductas investigadas en la presente investigación se presentaron por lo menos hasta el mes de diciembre de 2009, lo que implica que esta Entidad podría ejercer su facultad sancionatoria hasta diciembre del año 2014.

En estas condiciones, este Despacho considera que no le asiste razón a los investigados al señalar que se ha presentado la caducidad de la facultad sancionatoria.

6.11. DOSIFICACIÓN DE LAS SANCIONES

- 7 1 7 9 4 -

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ **DE 2011 Hoja N°. 115**

"Por la cual se imponen unas sanciones"

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes a las empresas infractoras de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

En el presente caso, fue demostrado que FENDIPETRÓLEO NACIONAL y FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, transgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, con la realización de actos de influenciación a las estaciones de servicio investigadas para que incrementaran los precios de la gasolina corriente y ACPM en la ciudad de Duitama y para que desistieran de su intención de rebajar los precios.

Por su parte, las empresas Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A., Estación de servicio LA ISLA LTDA., Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA, Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, Estación de servicio VILLA DEL RÍO LTDA., Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda.- COMERTRANS LTDA., transgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al haber realizado un acuerdo para la fijación de los precios de la gasolina corriente y ACPM en la ciudad de Duitama, en la modalidad de práctica conscientemente paralela.

El comportamiento de las mencionadas empresas reviste una especial importancia, teniendo en cuenta que, analizadas sus ventas de combustible de manera conjunta, se configura una cuota de participación significativa en el mercado de distribución minorista en la ciudad de Duitama.

Basado en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra la necesidad de imponer a cada una de las personas jurídicas señaladas la multa máxima que el ordenamiento prevé para este tipo de infracciones. Esto es, la suma equivalente a MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000).

En cuanto a las personas naturales responsables de haber autorizado, ejecutado o tolerado el comportamiento anticompetitivo merecedor del reproche, serán impuestas las multas máximas que el ordenamiento prevé para este caso a RODRIGO VALENCIA CONCHA ex presidente de FENDIPETRÓLEO NACIONAL y AUGUSTO VARGAS SÁENZ presidente de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE.

Para el caso de las personas naturales investigadas ÁLVARO JAVIER GONZÁLEZ MANRIQUE en calidad de representante legal de la empresa Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A, MARTHA PATRICIA ROJAS RINCÓN, representante legal de la Estación de servicio LA ISLA LTDA., CARLOS ENRIQUE CASTILLO ARCOS, representante legal de la Cooperativa de Transportadores Rápido

RESOLUCIÓN NÚMERO **50 - 71794** DE 2011 Hoja N°. 116

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Chicamocha - COOTRACHICA, HERNANDO COLMENARES SALAMANCA, representante legal de la Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, NORA ELISA VELANDIA DE VELANDIA, representante legal de la Estación de servicio VILLA DEL RÍO LTDA, LUIS EDUARDO CHIQUILLO ANGARITA, representante legal de Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda.- COMERTRANS LTDA. y ORLANDO BECERRA BARRERA quien se desempeñaba para la época de los hechos como administrador de la estación de servicio LA DORADA este Despacho determina imponer la sanción máxima a cada uno con esto es TRESCIENTOS salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo que equivale a CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo -FENDIPETRÓLEO NACIONAL- y la Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo Seccional Boyacá y Casanare FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE- contravinieron lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2° del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer unas sanciones pecuniarias a la Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo -FENDIPETRÓLEO NACIONAL- y la Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo Seccional Boyacá y Casanare FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE-, por la suma de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000) para cada una.

- FENDIPETRÓLEO NACIONAL, identificada con NIT 860033747-5
- FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, identificada con NIT 800115612-4

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que las empresas Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A., Estación de servicio LA ISLA LTDA., Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA, Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, Estación de servicio VILLA DEL RÍO LTDA., Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda.- COMERTRANS LTDA. y

"Por la cual se imponen unas sanciones"

ORLANDO BECERRA BARRERA (administrador de la estación de servicio LA DORADA) contravinieron lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A., por la suma de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000)

- Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A.; identificada con NIT 891855600-1

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO QUINTO: Imponer una sanción pecuniaria a la Estación de servicio LA ISLA LTDA. por la suma de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000)

- Estación de servicio LA ISLA LTDA.; identificada con NIT 826002299-0

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SEXTO: Imponer una sanción pecuniaria a la Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA por la suma de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000)

- Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA; identificada con NIT 891800044-1

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá

"Por la cual se imponen unas sanciones"

indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Imponer una sanción pecuniaria a la Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX por la suma de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000).

- Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX; identificada con NIT 891800043-2.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO OCTAVO: Imponer una sanción pecuniaria a la Estación de servicio VILLA DEL RÍO LTDA. por la suma de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000)

- Estación de servicio VILLA DEL RÍO LTDA; identificada con NIT 826003649-1

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO NOVENO: Imponer una sanción pecuniaria a la Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda. COMERTRANS LTDA. por la suma de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT. (\$1.071.200.000).

- Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda. COMERTRANS LTDA; identificada con NIT 826000404-9.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO: Declarar que RODRIGO VALENCIA CONCHA, identificado con cédula de ciudadanía No 9.093.505 de Cartagena quien se desempeñó desde el mes de junio de 2006 hasta mayo de 2009 como Presidente Ejecutivo y Representante Legal de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO UNDÉCIMO: Imponer una sanción pecuniaria a RODRIGO VALENCIA CONCHA en su calidad de presidente ejecutivo y representante legal de FENDIPETRÓLEO NACIONAL desde el mes de junio de 2006 hasta mayo de 2009, por la suma de CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: Declarar que AUGUSTO VARGAS SAENZ, identificado con cédula de ciudadanía No 2.8570.953 de Bogotá, quien se desempeñaba para la época de los hechos como presidente y representante legal de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria a AUGUSTO VARGAS SAENZ en su calidad de presidente ejecutivo y representante legal de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, para la época de los hechos, por la suma de CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO: Declarar que ÁLVARO JAVIER GONZÁLEZ MANRIQUE, identificado con cédula de ciudadanía No 7.223.848 de Duitama, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de la empresa Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO: Imponer una sanción pecuniaria a ÁLVARO JAVIER GONZÁLEZ MANRIQUE en su calidad de representante legal de la empresa Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A., para la época de los hechos, por la suma de CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO: Declarar que MARTHA PATRICIA ROJAS RINCÓN, identificada con cédula de ciudadanía No. 46.670.846 de Duitama, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de la Estación de servicio LA ISLA LTDA., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DÉCIMO SÉPTIMO: Imponer una sanción pecuniaria a MARTHA PATRICIA ROJAS RINCÓN en su calidad de representante legal de la Estación de servicio LA ISLA LTDA. para la época de los hechos, por la suma de CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO OCTAVO: Declarar que CARLOS ENRIQUE CASTILLO ARCOS, identificado con cédula de ciudadanía No.6.762.736 de Tunja, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de la Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DÉCIMO NOVENO: Imponer una sanción pecuniaria a CARLOS ENRIQUE CASTILLO ARCOS en su calidad de representante legal de la Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA para la época de los hechos, por la suma de CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO VIGÉSIMO: Declarar que HERNANDO COLMENARES SALAMANCA, identificado con cédula de ciudadanía No.7.214.535 de Duitama, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de la Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO VIGÉSIMO PRIMERO: Imponer una sanción pecuniaria a HERNANDO COLMENARES SALAMANCA, en su calidad de representante legal de la Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX para la época de los hechos, por la suma de CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

RESOLUCIÓN NÚMERO **- 71794** DE 2011 Hoja N°. 122

"Por la cual se imponen unas sanciones"

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO VIGÉSIMO SEGUNDO: Declarar que NORA ELISA VELANDIA DE VELANDIA, identificado con cédula de ciudadanía No. 23.543.207 de Duitama, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de la Estación de servicio VILLA DEL RÍO LTDA, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO VIGÉSIMO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria a NORA ELISA VELANDIA DE VELANDIA, en su calidad de representante legal de la Estación de servicio VILLA DEL RÍO LTDA, para la época de los hechos, por la suma de CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO VIGÉSIMO CUARTO: Declarar que LUIS EDUARDO CHIQUILLO ANGARITA, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.211.800, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda.- COMERTRANS LTDA., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO VIGÉSIMO QUINTO: Imponer una sanción pecuniaria a LUIS EDUARDO CHIQUILLO ANGARITA, en su calidad de representante legal de Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda.- COMERTRANS LTDA, para la época de los hechos, por la suma de CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO VIGÉSIMO SEXTO: Declarar que ORLANDO BECERRA BARRERA, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.211.726 de Duitama, quien se desempeñaba para la época de los hechos como administrador de la estación de servicio LA DORADA, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO VIGÉSIMO SÉPTIMO: Imponer una sanción pecuniaria a ORLANDO BECERRA BARRERA, en su calidad de administrador de la estación de servicio LA DORADA, para la época de los hechos, por la suma de CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO VIGÉSIMO OCTAVO: Ordenar a las empresas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que, ejecutoriada la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, FENDIPETRÓLEO NACIONAL, FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACA Y CASANARE y las empresas empresas Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A., Estación de servicio LA ISLA LTDA., Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA, Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, Estación de servicio VILLA DEL RÍO LTDA., Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda.- COMERTRANS LTDA. así como el señor ORLANDO BECERRA BARRERA, informan que:

"Por la cual se imponen unas sanciones"

71794 '12 DIC 2011

Mediante Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACA Y CASANARE, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2° del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo se impuso una sanción en contra de las empresas Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A., Estación de servicio LA ISLA LTDA., Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha - COOTRACHICA, Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, Estación de servicio VILLA DEL RÍO LTDA., Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda.- COMERTRANS LTDA. así como el señor ORLANDO BECERRA BARRERA, por haber infringido lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992".

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

ARTÍCULO VIGÉSIMO NOVENO: Reconocer personería al doctor HERNANDO CASTRO NIETO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 85.456.790 de Santa Marta y T.P. 80.738 del C.S. de la J., para actuar como apoderado de RODRIGO VALENCIA CONCHA, en los términos del poder conferido.

ARTÍCULO TRIGÉSIMO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor CARLOS ANDRÉS MURILLO QUIJANO apoderado de FENDIPETRÓLEO NACIONAL, Estación de Servicio Villa del Río Ltda., Estación de Servicio La Isla Ltda., así como de Juan Carlos Yepes Alzate, Nora Elisa Velandia de Velandia, Martha Patricia Rojas Rincón y Orlando Becerra Barrera; al doctor RICARDO BOTERO VILLEGAS, apoderado de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ y CASANARE, Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda. - COMERTRANS LTDA., Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, así como de AUGUSTO VARGAS SÁENZ, LUIS EDUARDO CHIQUILLO ANGARITA y HERNANDO COLMENARES SALAMANCA, al doctor HERNANDO CASTRO NIETO apoderado de RODRIGO VALENCIA CONCHA; al doctor LEONIDAS BÁEZ ARAQUE apoderado de la Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A. así como de ALVARO JAVIER GONZÁLEZ MANRIQUE y al señor CARLOS ENRIQUE CASTILLO ARCOS, representante legal de la Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha -COOTRACHICA, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **12 DIC 2011**

JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó: María Victoria Fernández
Carolina Salazar
Germán Bacca

Revisó: ^{V.B.3C} Julio Castañeda/Carolina Salazar/Germán Bacca

RESOLUCIÓN NÚMERO 71794 DE 2011 Hoja N°. 125

"Por la cual se imponen unas sanciones"

NOTIFICACIONES:

Doctor

CARLOS ANDRÉS MURILLO QUIJANO

C.C. N° 93.132.387

T.P. N° 110.508 del C.S. de la J.,

Apoderado

FENDIPETRÓLEO NACIONAL, Estación de Servicio Villa del Río Ltda., Estación de Servicio La Isla Ltda., así como de JUAN CARLOS YEPES ALZATE, NORA ELISA VELANDIA DE VELANDIA, MARTHA PATRICIA ROJAS RINCÓN y ORLANDO BECERRA BARRERA.

Carrera 18 No. 78-40 Oficina 402

Bogotá D.C.

Doctor

RICARDO BOTERO VILLEGAS

C.C. N° 7.534.239 de Armenia (Quindío)

T.P. N° 38.413 del C.S. de la J.

Apoderado

FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ y CASANARE, Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda. - COMETRANS LTDA., Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama - COOFLOTAX, así como de AUGUSTO VARGAS SÁENZ, LUIS EDUARDO CHIQUILLO ANGARITA y HERNANDO COLMENARES SALAMANCA

Carrera 6 No. 11-54 Oficina 703

Bogotá D.C.

Doctor

LEONIDAS BÁEZ ARAQUE

C.C. 74.370.693 de Duitama

T.P. 120.560 del C.S. de la J.

Apoderado Distribuidora de Combustibles El Sol S.A. - DICOSOL S.A. y ÁLVARO JAVIER GONZÁLEZ MANRIQUE.

Calle 9 No. 18-75 Piso 2

Duitama (Boyacá)

Doctor

HERNANDO CASTRO NIETO

C.C. No. 85.456.790 de Santa Marta

T.P. 80.738 del C.S. de la J.

Apoderado

RODRIGO VALENCIA CONCHA

Calle 76 No. 54-11 Oficina 1411 Edificio World Trade Center

Barranquilla

Carrera 18 No. 85-70 Oficina 101

Bogotá

Señor

CARLOS ENRIQUE CASTILLO ARCOS

C.C. No. 8.762.738 de Tunja

Cooperativa de Transportadores Rápido Chicamocha COOTRACHICA

Calle 21 No. 41-10/41-28 Duitama (Boyacá)