



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 14100 DE 2003
(26 MAYO 2003)

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus atribuciones legales, en especial la contenida en el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que como resultado de una averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, mediante resolución 33002 de 2002, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia abrió investigación en contra de Exxon Mobil de Colombia S.A., así como contra Héctor Adolfo Herrera Guerra, representante legal de la misma, al encontrar circunstancias posiblemente configurativas de las conductas contempladas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 2º del artículo 50 del mencionado Decreto.

1 Las Conductas

Las conductas presuntamente anticompetitivas se habrían presentado, en síntesis, en razón a lo siguiente:

1.1 Prohibición General

Conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963, "*Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos*".

1.2 Abuso de posición dominante

Según el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, constituye abuso de la posición dominante la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

De acuerdo con la queja presentada, la empresa Exxonmobil de Colombia habría realizado actos abusivos de la posición dominante, al haber aplicado condiciones discriminatorias a cuatro estaciones de servicio afiliadas a su red, toda vez que decidió excluirlas de la promoción "*Mundo Aventura*" que consistía en la entrega de pasaportes para la entrada gratis al parque que lleva ese nombre, para los clientes finales que hicieran consumos en combustible (gasolina y ACPM) superiores a veinte mil pesos.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

1.3 Autorización, ejecución o tolerancia

Según lo establecido en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, están sujetos a las sanciones allí contempladas, tanto las empresas infractoras como 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.

Así, dado que para la época en que se presentaron los hechos materia de investigación, el señor Héctor Adolfo Herrera Guerra ostentaba la representación legal de la empresa Exxonmobil, se infiere que habría autorizado, ejecutado o cuando menos tolerado la conducta que se endilga a la referida empresa.

SEGUNDO: Que mediante comunicación radicada bajo el número 02054237-10039 de mayo 15 de 2003, el apoderado de la sociedad ExxonMobil de Colombia S.A. y del doctor Héctor Adolfo Herrera Guerra, ofreció garantías con el objeto de que se ordene la clausura de la investigación, adquiriendo los siguientes compromisos:

1 **Obligación Principal**

- No excluir de las promociones que realice ExxonMobil, a ninguna estación de servicio de su red que reúna las condiciones objetivas que previamente se determinen para participar de las mismas.
- Informar a las estaciones de servicio que se encuentren dentro del ámbito territorial, zonal o geográfico al cual éste destinada una promoción, la realización de la promoción proyectada, con el fin de que sean ellas las quienes informen si cumplen o no los requisitos objetivos fijados y decidan si participan o no en la promoción. Para tal fin, se tendrán en cuenta las siguientes condiciones objetivas que serán comunicadas por escrito a las estaciones de la red:
 - El ámbito geográfico, zonal o territorial al cual está destinado la promoción, a fin de determinar cuáles estaciones de servicio se encuentran dentro de dicho ámbito geográfico, zonal o territorial, e informales de la realización de la promoción proyectada.
 - Se determinará para cada promoción si las estaciones de la red deben contar con un capital mínimo para participar en la promoción, o si éste no es un elemento que forme parte de los requisitos para participar en la promoción.
 - Se determinará para cada promoción si las estaciones de la red deben contar con un volumen mínimo de pedidos o ventas promedio durante un período de tiempo anterior, o si éste no es un elemento que forme parte de los requisitos para participar en la promoción.
 - Se determinará la fecha proyectada para inicio y la finalización de la promoción.
 - Se determinará el objeto y la mecánica de la promoción
 - Se determinará el aporte económico con que debe contribuir cada estación de la red, para participar en la promoción.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

2 Colateral

Como colateral ofrece la constitución de una póliza de seguro por un valor equivalente al 50% de la sanción máxima que esta Superintendencia podría imponer y con una vigencia anual, renovable por otro año, si esta Entidad lo estima necesario.

3 Esquema de seguimiento

- Para la verificación de los compromisos asumidos, ExxonMobil de Colombia S.A. se obliga a que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la resolución que apruebe las garantías, emitirá una comunicación interna dirigida a las áreas de mercadeo y gerencias de territorio vinculadas con la realización de las promociones, instruyéndolos acerca de los elementos objetivos que deben determinarse y establecerse por escrito en la realización de las promociones que se proyecte llevar a cabo y que serán comunicadas a las estaciones de servicio ubicadas en la zona geográfica, zonal o territorial a la que está destinada la promoción. Copia del documento mencionado será enviado a la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de los 10 días siguientes a su comunicación.
- Igualmente, ExxonMobil se compromete a mantener en un archivo especial, copia de las comunicaciones o invitaciones cursadas a cada una de las estaciones afiliadas de su cadena de distribución para participar en las promociones que se realicen en su ámbito geográfico, zonal o territorial. El mencionado archivo se mantendrá a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio para cuando dicha Entidad desee consultarlo o solicite información vinculada con el mismo.

TERCERO: Que para decidir lo solicitado, este Despacho tendrá en cuenta que el ofrecimiento cumpla con los requisitos establecidos por el Decreto 2153 de 1992, de la siguiente manera:

1 Numeral 12 del artículo 4 y artículo 52 del Decreto 2153 de 1992

En ejercicio de la facultad contemplada en el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, le corresponde al Superintendente de Industria y Comercio decidir sobre la terminación de las investigaciones por posibles infracciones a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, cuando el presunto infractor ofrezca garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga, sin que ello afecte la atribución que le confiere el numeral siguiente,¹ consistente en ordenar la modificación o la terminación de las conductas que sean contrarias a la libre competencia y, en esta medida, la aceptación cuando a ello hubiere lugar, del compromiso de no volver a realizar los supuestos de hecho que dieron origen a la investigación.

La anterior atribución implica el uso de una potestad discrecional, pero como es apenas entendible, la discrecionalidad no puede traducirse en el desconocimiento del principio de legalidad, sino en la realización por parte de la administración de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones con el fin de permitir el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, al momento de decidir.² Tampoco implica arbitrariedad, puesto que consiste en un margen de amplitud de juicio, con el único fin de realizar materialmente los fines del legislador, adoptando la decisión que más convenga.³

¹ Decreto 2153 de 1992; artículo 4, numeral 13.

² Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Ver también Santofimio Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, página 73. Universidad Externado de Colombia. 1998.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 22 de octubre de 1975. Magistrado Ponente: Luis Carlos Sábica.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

Hecha la anterior aproximación, corresponderá ahora señalar que el Superintendente debe efectuar dos revisiones respecto al ofrecimiento presentado. En una primera instancia, debe asegurarse que el cumplimiento de lo ofrecido permita vislumbrar que el comportamiento que ha sido cuestionado no volverá a presentarse y, posteriormente, que las garantías puestas a su consideración son suficientes de que ello sucederá y perdurará. Veamos si lo anterior se cumple en el caso que se analiza.

2 La obligación que se garantiza

De acuerdo con el procedimiento establecido para investigaciones por violación a las normas sobre libre competencia en el Decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia abrirá investigación cuando los resultados de la averiguación preliminar permitan concluir que existe mérito para ello.⁴ Así, pues, al abrirse la investigación se delimitarán los aspectos normativos y fácticos que serán objeto de instrucción, señalándose tanto las normas que podrían haberse contravenido como las conductas particulares que se estima violarían la ley.⁵

Ahora bien, la suspensión o modificación de la conducta, o el compromiso de no incurrir en ella nuevamente, constituye, según sea el caso, el compromiso principal que debe realizar quien tiene interés en acogerse a este mecanismo procesal. Por ello, el análisis que realizará el Superintendente consiste en establecer si lo ofrecido asegura o no, que de cumplirse, el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de las circunstancias que motivaron el inicio de la investigación.

Para tal propósito, se tiene que el ofrecimiento deberá hacerse en los mismos términos de la resolución de apertura, pues el compromiso del infractor debe versar integralmente sobre los hechos investigados e implicar que serán eliminados. Así y como quiera que el comportamiento que se está analizando constituye presuntamente una conducta terminada, la obligación principal de los investigados se erige en el compromiso de no volver a realizar los supuestos de hecho que sirvieron de sustento al inicio de la investigación.

En este contexto, Exxonmobil de Colombia se compromete a no excluir de las promociones que realice a las estaciones de servicio de su red, que estén bajo las condiciones objetivas que con antelación se definan para cada caso, bajo los criterios que han sido señalados; lo que da luces a este Despacho respecto a que los distribuidores de la red que se encuentran bajo condiciones análogas recibirán un tratamiento igualitario, desprovisto de cualquier forma de discriminación.

De esta forma, al realizar un análisis de correspondencia entre las normas presuntamente infringidas y lo propuesto en el referido ofrecimiento, encuentra esta Entidad que la sociedad investigada y su representante legal, el Doctor Héctor Adolfo Herrera Guerra, dejarán de estar en los supuestos de hecho de las disposiciones que sirvieron de sustento para la apertura de la investigación. En esta medida se cumple el primer requisito.

⁴Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y práctica comerciales restrictivas a que se refiere ese 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 realizar una investigación." Inciso 1 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

⁵En el procedimiento previsto en el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 se prevé que "Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer". La disposición sólo hace sentido si para ese momento el destinatario de la notificación puede conocer los hechos que se le investigarán y las normas contra las cuales se hará el análisis.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

3 Garantía

3.1 Concepto

La expresión "garantía" carece de definición expresa dentro del Ordenamiento Jurídico. Por ello, siguiendo los parámetros contenidos en el Código Civil⁶ y con los elementos de juicio a disposición, se advierte que a partir del concepto de caución (cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de una obligación propia o ajena),⁷ es posible inferir que la garantía consiste o se concretiza, en la existencia de una seguridad que refuerza el compromiso o acuerdo establecido.⁸

En esta línea argumental, es lógico considerar que una garantía representa una obligación adicional y accesoria a una principal, que contrarresta o aminora los riesgos de insatisfacción del deber a que accede. Así, aplicado al caso que ahora nos ocupa, debemos señalar que la obligación principal es la que quedó descrita en el punto anterior y lo que se busca se garantizar es su efectivo y correcto cumplimiento.

3.2 Suficiencia de las garantías como requisito para su aceptación

Dado que la aceptación de garantías y la consecuente clausura de investigación han quedado supeditadas al juicio del Superintendente,⁹ resulta imperativo definir los parámetros bajo los cuales ha de establecerse la suficiencia en el ofrecimiento formulado.¹⁰ De esta forma, considera esta Entidad que la suficiencia debe predicarse respecto a un parámetro general y a uno particular.

En cuanto al parámetro general, se estima que existirá suficiencia en la medida en que se pueda concluir que la implementación de la corrección, asegurada con las garantías, incentiva los fines de la aplicación de las normas sobre competencia, contemplados en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992. De esta forma y analizando el ofrecimiento realizado, se advierte que este parámetro se cumple, toda vez que el correctivo propuesto incentiva los fines referidos en el párrafo anterior, especialmente en cuanto hace a que las empresas puedan acceder y participar libremente en los mercados.

En relación al parámetro particular, habrá suficiencia cuando quiera que exista un elemento que brinde tranquilidad a esta Entidad, respecto a que los compromisos asumidos serán materializados en hechos

⁶ Artículo 28 del Código Civil: "Las palabras de la ley se entenderán en sus sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal." Así mismo, establece el artículo 29 ibidem que, "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se ha tomado en sentido diverso."

⁷ Se debe entender por caución, la "Acción y efecto de afianzar lo estipulado. Fianza, prenda. Cosa que se asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. En general, seguridad dada contra una eventualidad cualquiera, y aquello que asegura el cumplimiento de un acuerdo". Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía. Vector de Santo. Editorial Universidad de Buenos Aires, 1996.

Igualmente, se señala que la caución representa una "Fianza. Seguridad personal de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Política y Comerciales". Manuel Ossorio. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1981.

- "Por caución o garantía se entiende la obligación o el derecho real que asegura el cumplimiento de otra obligación principal, tales como la fianza, el derecho hipotecario y el prendario". Ospina Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis.

⁸ Garantía "Cualquier medida establecida para asegurar la efectividad de un crédito. Con ella se otorga al acreedor la seguridad, en mayor o menor grado, de que su derecho será satisfecho. Toda garantía consiste en un nuevo derecho que se yuxtapone al de crédito, de tal manera que existe aun relación de accesoriadad entre uno y otro". Enciclopedia Jurídica Básica. Editorial Civitas. Madrid, 1984.

⁹ En la redacción del inciso 4 del artículo 52 y del numeral 12 del artículo 4, ambos del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio ordenará la clausura de la investigación "...cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga". (Subrayado nuestro)

¹⁰ A este respecto, es importante precisar que la expresión suficiencia entraña un calificativo de referencia, relativo a que lo que se propone es bastante para lo que se necesita, que es apto e idóneo para el fin propuesto. (Tomado del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, vigésima primera edición, página 1223).

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

concretos y que en caso de incumplirse podrá la Superintendencia hacer efectiva la correspondiente garantía.

Bajo este parámetro, se entenderá que el elemento es idóneo en la medida en que la empresa ExxonMobil de Colombia S.A. constituya póliza por valor equivalente a \$332.000.000.00 y que el señor Héctor Adolfo Herrera Guerra constituya una póliza por valor equivalente de \$49.800.000.00, las cuales corresponden, respectivamente, al 50% de la máxima sanción que puede imponer el Superintendente de Industria y Comercio a la empresa y a su representante legal si infringen las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.¹¹

Así, pues, este Despacho considera que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte de la sociedad ExxonMobil de Colombia S.A. y el señor Héctor Adolfo Herrera, quedarían suficientemente garantizadas con las referidas pólizas, lo que le otorga a esta Entidad un grado razonable de confianza en cuanto que lo ofrecido sería efectivamente cumplido y, en consecuencia, no volverá a presentarse el mismo comportamiento. Lo anterior, siempre y cuando la vigencia de las pólizas se extienda por un año, prorrogable por un año más a criterio de la Entidad, ya que con ello se garantiza el efectivo cumplimiento de lo ofrecido.

4 Esquema de seguimiento

Como complemento a las indicaciones que hemos dado, la Superintendencia de Industria y Comercio entiende que su deber de verificación del correcto funcionamiento de los mercados, previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordantes, no se verá satisfecho en el presente caso, sin un esquema de seguimiento que nos permita corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en la misma conducta que ameritó la investigación.

En este caso, el esquema de seguimiento es idóneo si se concreta por el término de dos años y en el plazo y forma que para cada asunto se indica. Conviene precisar que los plazos para desarrollar las tareas se cuentan a partir de la ejecutoria de esta resolución.

- 4.1 ExxonMobil de Colombia S.A. emitirá una circular interna dirigida a las áreas de mercadeo y gerencia de territorio vinculadas con la realización de las promociones, instruyéndoles acerca de los elementos objetivos que deberán tener en cuenta para la realización de las actividades promocionales que proyecten realizar, y sobre la imposibilidad de imponer tratamientos discriminatorios a los distribuidores minoristas de su red de distribución.

PLAZO: Dentro de los quince (15) días siguientes deberá allegarse a esta Entidad una constancia del representante legal de ExxonMobil, en la que certifique la elaboración de la respectiva circular, como su envío a las dependencias respectivas. Dicha constancia deberá acompañarse del modelo de circular elaborado.

- 4.2 ExxonMobil de Colombia S.A. elaborará y enviará a todos los miembros de su red de distribución, una comunicación en la que informe los criterios generales que en lo sucesivo serán tenidos en cuenta para sus actividades promocionales, advirtiendo que quienes estén bajo los presupuestos respectivos, tendrán derecho a beneficiarse de las promociones que sean implementadas.

PLAZO: Dentro de los veinte (20) días siguientes deberá allegarse a esta Entidad una constancia del representante legal de ExxonMobil, en la que certifique la elaboración de la respectiva comunicación, como su envío a los distribuidores minoristas pertenecientes a su red.

¹¹ Decreto 2153 de 1992, artículo 4, numeral 15 y 16.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

- 4.3 La sociedad ExxonMobil de Colombia S.A. remitirá de manera semestral a esta Superintendencia, en medio escrito y magnético (Excel), un informe o reporte relacionado con las promociones otorgadas durante dicho periodo a las estaciones de su red de distribución, en el cual se especifique la fecha de la promoción, en qué consistió, los criterios objetivos tenidos en cuenta para su cobertura y las estaciones que resultaron beneficiadas con el programa respectivo.

PLAZO: El informe mencionado deberá remitirse a esta Entidad, suscrito por el respectivo representante legal, los días 31 de junio y 31 de diciembre de cada año.

Lo anterior, entiéndase sin perjuicio de las facultades que por ley le corresponden a esta Superintendencia,¹² para la verificación del cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Aceptar el ofrecimiento de no volver a incurrir en los supuestos por los cuales se abrió la investigación a que se refiere la resolución 33002 de 2002, en los términos señalados en la parte considerativa de esta providencia.

ARTICULO SEGUNDO: Aceptar como garantía del compromiso de que trata el artículo anterior, los puntos señalados en la parte considerativa de esta resolución. En consecuencia, la sociedad ExxonMobil de Colombia S.A. y el señor Héctor Adolfo Herrera Guerra deberán constituir en una compañía de seguros autorizada legalmente para el efecto y a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, las pólizas que garanticen el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, por una suma asegurada de \$ 332.000.000.00 y \$ 49.800.000.00, respectivamente, con vigencia de un año, prorrogable por otro año más a criterio de la Entidad. Los anteriores documentos deberán ser remitidos a la División para la Promoción de la Competencia dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

ARTICULO TERCERO: Ordenar la clausura de la investigación abierta mediante resolución 33002 de 2002, respecto de la sociedad ExxonMobil de Colombia S.A. y de Héctor Adolfo Herrera Guerra, en su calidad de representante legal.

El fiel cumplimiento de lo dispuesto en esta resolución, parte considerativa y resolutive, es fundamento de hecho para la clausura de la presente investigación. En este entendido, el incumplimiento de las garantías aceptadas dará lugar al decaimiento del presente acto administrativo y a la reanudación de la investigación. Adicionalmente esta Superintendencia procederá a hacer efectivas las pólizas de seguros respectivas.

ARTICULO CUARTO: Notifíquese personalmente al doctor Jorge Jaekel K., en su calidad de apoderado de la sociedad ExxonMobil de Colombia S.A. y del señor Héctor Adolfo Herrera Guerra y al señor José Guillermo Sánchez Peñaranda, representante legal de la sociedad Juancamarcía S. en C., del contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra ésta procede el

¹² Decreto 2153 de 1992; artículo 4, numeral 10.

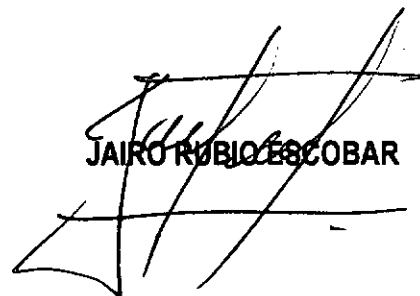
Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a dicha actuación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **26** MAYO 2003

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación:

Doctor
JORGE JAECKEL K.
Apoderado
EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.
HECTOR ADOLFO HERRERA GUERRA
Carrera 9 No 94 A – 32 Oficina 308
Fax. 6 227705
Ciudad

Señor
JOSE GUILLERMO SANCHEZ PEÑARANDA
Representante Legal
Juancamar y Cia S. en C.
Transversal 38 No 114 – 21 Interior 104
Ciudad