



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 25420 DE 2002
(06 AGO. 2002)

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante resolución número 26097 de 2001, abrió investigación contra Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño - ADICONAR-, por la presunta infracción al numeral 1 del artículo 47 y del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo sentido se ordenó investigar a quien ejerció la representación legal en la aludida Asociación, para determinar si autorizó, ejecutó o toleró las conductas contrarias a la libre competencia investigadas, de conformidad con los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo del 30 de octubre de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas.

TERCERO: Tal como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 01061192-70002 del 8 de julio del 2002, fue trasladado el informe motivado a todos los involucrados en la investigación para que manifestaran sus opiniones.

Estando dentro del término legal para ello expresaron:

- **Observaciones presentadas por la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño -ADICONAR-**

"... me permito correr el traslado de su informe motivado, identificado en su oficio como la actuación 472, y al respecto me permito presentar a usted las siguientes opiniones y explicaciones:

"I. CONSIDERACIONES GENERALES

"Consideramos necesario expresar algunas opiniones de carácter general para una interpretación sistemática y global de las normas que tiene que aplicar la Superintendencia:

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

"a- Así vistas, las normas del decreto 2153 de 1.992, y las demás complementaria (sic), buscan promover y proteger la libre competencia comercial.

"b- Para tal fin la Superintendencia prohíbe las conductas que afecten la libre competencia, que son, al tenor del Art. 46, del mismo decreto, aquellas que tienen un carácter ilícito, según el código civil.

"Dos conclusiones iniciales:

"Solo se puede proteger y promover la libre competencia de los mercados allí donde exista el ambiente correspondiente de libre competencia.

"Las prácticas que la Superintendencia puede prohibir y reprimir son aquellas que tengan carácter ilícito, según el código civil.

"Como lo reconoce y lo sabe la Superintendencia; como lo sabe y lo reconoce el Gobierno Nacional; como lo sabe y lo reconoce ECOPETROL, en Nariño el mercado al por menor de los combustibles, no se desarrolla en un ambiente de libre competencia.

"La primera y fundamental razón para esta afirmación es que en el Departamento de Nariño rige un sistema de cupos, asignados con antelación para cada estación de servicio. Nada más contrario al régimen de libre competencia que uno de oferta estrictamente regulado.

"Además, sabido es y lo registran las estadísticas, que los cupos han sido completamente insuficientes, y que se agotan a los 20 o 25 días de cada mes.

"Y también es sabido que para compensar esta escasez de combustible, impuesto por un sistema de cupos Nariño se convirtió en una zona de gran contrabando de combustible procedente del Ecuador.

"ADICONAR, Señora Superintendente Delegada, Se impuso como una de sus tareas y obligaciones gremiales combatir el contrabando y desestimular esta práctica ilícita.

"No es de sorprender que hayan sido precisamente quienes se señalaban como favorecidos por esta práctica quienes hayan promovido la campaña contra ADICONAR. Y si sorprende que el instructor, imbuido de formalismo y aferrado a la literalidad, haya impedido que se averigüe este punto del contrabando, con el recurso del rechazo in limine de las preguntas en el interrogatorio. Eran pertinentes. Determinar los motivos ocultos o reales de los quejosos, denunciadores o de las presuntas víctimas es una obligación de toda investigación.

"II. No hubo actos de 'Influenciación' (SIC):

"Descartado uno de los cargos inicialmente formulados, (la presunta concertación), el informe motivado acepta que encuentra probado el cargo consistente en que ADICONAR realizó actos de 'influenciación' (SIC) sobre sus asociados y que su representante legal los habría autorizado o al menos tolerado.

"Para arribar a esa conclusión da por sentado:

1. Que los boletines informativos que ADICONAR ponía a disposición de sus afiliados, apelando a una interpretación literal, significaba una orden o un mandato de fijación de precios.
2. Acepta, sin mayor análisis crítico, el testimonio del Señor Jesús Eudoro Troya, el quejoso.

"Pero veamos:

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

"Los boletines se limitan a transcribir los principales ítems, según la resolución Gubernamental Nacional, y una recomendación general, casi abstracta, que se denomina propuesta en Pasto.

"Los principios generales del derecho penal, que son los mismos del derecho represor administrativo, según exigencia de los administrativistas y los teóricos del derecho disciplinario, principios que tanto chocaban al abogado instructor, exigen que los actos de determinación deben ser de tal entidad que se evidente su eficacia. En dos palabras, los actos que determinen una conducta deber ser eficaces.

"Proponer no es lo mismo que exigir, ordenar, imponer. Los boletines que ADICONAR ponía a disposición de sus afiliados contenían, en esencia, la información del Ministerio de Minas, y, como un renglón final, uno que decía: Propuesta para Pasto, y Propuesta para otros Municipios. De esto se ha deducido que esa llamada propuesta significa una influencia determinante para que los distribuidores al menor elevaran el precio o se abstuvieran de rebajarlo.

"Para que la 'influenciación', (palabra reiteradamente usada por la Superintendencia), tenga relevancia (sic) jurídica debe equivaler a determinación, es decir una conducta capaz de anular la voluntad de la otra persona.

"Pero propuesta, es eso, una proposición, una sugerencia, nada más. Y una sugerencia no puede ser considerada como un acto de determinación, en personas que, como los distribuidores de gasolina, son comerciantes, avezados, experimentados, conocedores de los secretos del mercado. Podría serlo en un neófito, en alguien corto de mente pero no en gente poseedora de cultura media, con la reconocida malicia de nuestros comerciantes.

"Pero además, la tan mentada propuesta no tuvo eficacia y fue rechazada o tomada simplemente como un criterio orientador.

"Veamos:

"El quejoso, por ejemplo, a tiempo de los hechos no era miembro de ADICONAR. Y es difícil imaginar cómo el boletín que tenía como destinatarios a sus afiliados, podría influenciar a quien no era su destinatario. Por eso estaba fuera de lugar, con respecto al quejoso, por lo menos, la pregunta del 'perspicaz' instructor, cuando le pregunta si considera que las decisiones de ADICONAR eran 'vinculantes' para sus afiliados. No reparó que Troya no era afiliado! Más aún el mismo Señor Troya, 'Confiesa' que cuando no le llegaba el boletín él salía a buscarlo o lo averigua telefónicamente. En plata blanca: el influenciado buscaba que lo influenciaran. Y después se convierte en quejoso, porque le entregaban un boletín que el mismo buscaba!

"Pero ni el instructor ni la Delegada tomaron en cuenta las declaraciones de los propietarios de estaciones de servicio que dijeron claramente que el precio final lo fijaban personalmente ellos y que el boletín no era para ellos ni obligatorio, ni la razón definitiva para fijar el precio.

"Se ha sostenido que ADICONAR amenazaba con guerra de precios haciendo que los surtidores vecinos de los 'reacios' bajaran radicalmente el precio. Esta amenaza no sólo no está probada sino que ha sido probatoriamente desmentida.

"Se llamó a declarar a los distribuidores vecinos a Troya, y ellos, frente a él, afirmaron que nunca recibieron tales instrucciones y nunca pensaron siquiera hacerlas efectivas, entre otras razones por la posición dominante de sus competidores. Pero no vemos ninguna referencia a estas declaraciones. Para el instructor sólo valen las declaraciones de Troya.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

"Tampoco se puede sobre valorar la reunión de la Junta Directiva, en la que supuestamente se aprobaron las amenazas. La ley sanciona actos y conductas no deseos ni propuesta. Nuestro derecho represor es de actos no de autor. Las simples intenciones no son sancionables. Pero no se debe olvidar que las tales amenazas nunca tuvieron realidad.

"En resumen, no hubo, no existió el 'influenciamiento' eficaz.

"Finalmente, queremos reiterar nuestra extrañeza de que las dos propuestas de garantía, para suspender la investigación hayan sido rechazadas, a pesar de su amplitud y de que se ofrecieron las normales y lógicas, además de las habituales, rechazo que no comprendemos y nos deja una sensación de preocupación.

"Sirvan los anteriores argumentos y explicaciones para que en la Delegada se concluya que no hay lugar a aplicar sanciones a ADICONAR y a su representante legal.

"Estoy seguro que para un espíritu inteligente, y no meramente represivo, como se anima siempre las decisiones de la señora Superintendente, la autoridad esta en la fuerza del argumento".

CUARTO: Habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

1 Adecuación normativa

La resolución 26097 de 2001 a través de la cual ordenó la apertura de la presente investigación, estuvo enmarcada en dos aspectos que habrían dado lugar a la posible contravención de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 y del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Fue así como se analizó, de un lado, un posible acuerdo sobre los precios de los combustibles gasolina corriente, ACPM y extra, en el departamento de Nariño por parte de Adiconar, así como la realización de actos de influenciación sobre sus asociados para que incrementaran los precios de venta de los combustibles en mención, al igual que para hacerlos desistir de su intención de rebajar tales precios.

De suerte pues que, fueron dos supuestos normativos distintos los que merecieron ser estudiados a la luz de las normas de promoción de la competencia, cada uno arrojando conclusiones propias, como a continuación nos proponemos exponer.

1.1 Respecto del acuerdo de Precios

Antes de abordar el punto, consideramos de la mayor importancia realizar algunas precisiones básicas, que faciliten el entendimiento del sector en que se enmarcan los hechos investigados, en aras de contribuir a una mejor comprensión respecto de la aplicabilidad de las normas que nos atañen en el caso concreto.

De esta forma, debemos empezar por advertir que, de acuerdo con la resolución 82438 de 1998, existen dos regímenes paralelos aplicables para la gasolina corriente y el ACPM, según el área geográfica en que se encuentre ubicado el distribuidor minorista. Así en primera instancia, aparece el régimen de libertad vigilada, por cuya virtud los distribuidores minoristas de las ciudades capitales pueden fijar libremente los precios de los combustibles en mención, y en segunda instancia, el régimen de libertad regulada, en el que los precios de venta al público deben fijarse por los distribuidores minoristas ubicados en los municipios del país y las capitales de las desaparecidas intendencias y comisarias, en estricta sujeción a los precios máximos de venta al público que establece en forma previa el Gobierno Nacional.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Para la gasolina extra existe un panorama diferente pues desde 1996 el Gobierno Nacional, con la idea de "conducir al país de una manera gradual y sin sobresaltos, hacia un esquema de comercialización de combustibles en el cual sea el mercado el que dicte los precios",¹ estableció que los distribuidores minoristas de éste combustible tienen facultad para fijar libremente su margen de comercialización, el cual incluye los rubros de pérdida por evaporación, manejo y transporte planta de abasto-estación de servicio. Pero como habrá de recordarse, la distribución de este combustible se encuentra invariablemente sometida a un mismo régimen, independientemente del sitio en que se encuentre ubicado el distribuidor minorista, pues sea una ciudad capital o un municipio, la aplicación normativa para la distribución de gasolina extra es una sola, la consagrada en la resolución 80278 de 1996.

Hechas las anteriores precisiones, corresponde ahora confrontar los hechos que se investigan con la norma que se imputa transgredida, a efectos de determinar si tuvo lugar o no la infracción. Veamos:

De conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se consideran restrictivos de la competencia los acuerdos entre dos o más empresas que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Así, para el caso en estudio, deben probarse los supuestos fácticos señalados en la norma transcrita, en cualquiera de los siguientes sentidos:

La existencia de un acuerdo:

- Que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios.
- Que tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Veamos si los anteriores elementos se cumplen en el supuesto que se analiza:

a. Acuerdo

Por acuerdo se entiende todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.² De suerte que todas estas modalidades parten de una pluralidad de voluntades que convergen en un mismo punto.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la resolución de apertura de investigación No. 26097 de 2001, sólo vinculó a ADICONAR en calidad de investigado y de la exigencia de la norma a que el acuerdo sea al menos entre dos empresas, no es posible advertir la existencia de este supuesto.

Por ello y atendiendo a que la responsabilidad por la infracción a este precepto requiere necesariamente de la participación de una pluralidad de empresas, entre las que pueda predicarse la existencia de un acuerdo en cualquiera de sus modalidades, está claro que en el presente caso, tal y como quedó redactada la correspondiente resolución de apertura, no es posible estructurar este elemento, indispensable por demás, para la configuración de la norma que se imputa, razón obvia para no continuar con el análisis de los otros elementos que estructuran el tipo, esto es, el objeto y el efecto de la norma.

1.2 Respecto de los actos de influenciación de precios

¹ Ministerio de Minas y Energía; resolución 80278 de 1996.

² Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 1.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

En el caso que nos ocupa, se investigó si Adiconar ejerció actos de influenciación sobre sus asociados y en general sobre las estaciones de servicios del departamento de Nariño, respecto al precio de venta al público que debían asignar en sus surtidores de combustibles, ya para aumentarlo o para desistir de su intención de rebajarlos.

Así las cosas, debemos reiterar que, esta Entidad estima que para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre competencia, debe cumplir con los elementos mínimos establecidos en cada precepto. Así, deben pues probarse los supuestos fácticos señalados en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en cualquiera de estos sentidos:

- Influenciar a una empresa:
 - Para que incremente los precios de sus productos
 - Para que desista de su intención de rebajar los precios de sus productos

Vemos si lo anterior se cumple en el caso *sub-examine*:

a) Acto de influenciación a una empresa

El término "acto" según el numeral 2 del artículo 45 del Decreto 2153, se entiende como "Todo comportamiento de quienes ejerzan un actividad económica".

En este contexto, la disposición a que nos hemos venido refiriendo parte de la existencia de un sujeto activo, quien ejerce la influencia y del que no se predica ninguna calificación adicional a la ya señalada de ejercer una actividad económica; así como un agente pasivo, receptáculo del comportamiento, más específicamente el influenciado, cuya naturaleza ha de ser la propia de una empresa.

En cuanto hace al sujeto activo, encontramos que aunque ADICONAR se encuentra constituido bajo la forma de organización civil,³ lo cierto es que dadas las actividades que le corresponde realizar en desarrollo de sus objetivos sociales,⁴ es posible ubicarlo dentro de la clasificación CIU Revisión 3 A.C.,⁵ por medio de la cual se establece una clasificación única de actividades económicas para Colombia, específicamente en el número 9111, correspondiente a las actividades de organizaciones empresariales y de empleadores.⁶ Así pues, se advierte de parte de Adiconar la única calificación del sujeto activo que requiere el Ordenamiento.

³ Certificado de Existencia y Representación del 14 de junio de 2001.

⁴ De acuerdo con los estatutos de Adiconar, obrantes a folios 13 a 18, corresponde a dicha Asociación: "A) Propender por el fortalecimiento organizacional del gremio y el mejoramiento social, económico y cultural de sus afiliados. B) Defender, orientar y cominar (sic) los intereses del gremio y sus afiliados. C) Servir de lazo de unión y solidaridad entre los socios. D) Estudiar (sic) y analizar los problemas que aquejan al gremio y presentar las soluciones pertinentes. E) Intervenir como buen componedor en las diferencias o conflictos que se presenten entre los socios. F) Velar por el comportamiento ético y la lealtad comercial de los socios. G) Realizar cursos, seminarios y otras actividades de capacitación en todos los ordenes. H) Patrocinar actividades de tipo social en favor de la comunidad. I) Organizar departamentos de comercialización y de asesoría técnica y la especializada para servicios de los afiliados. J) Representar al gremio ante las autoridades y organismos privados. K) Adquirirá cualquier títulos (sic) y poseer los bienes que requieran para el normal ejercicio de sus actividades. L) Recibir donaciones, participaciones y auxilios de entidades nacionales e internacionales."

⁵ Esta clasificación fue adoptada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-, a través de la Resolución 0056 de 1998.

⁶ La clasificación 9111 Incluye: Las actividades de organizaciones cuyos miembros se interesan principalmente por el desarrollo y la prosperidad de un determinado ramo de actividad empresarial o comercial, incluso el concerniente al sector agropecuario, o en la situación o el crecimiento económicos de una determinada zona geográfica o subdivisión

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

El sujeto pasivo de la conducta, por su parte, lo constituye todo aquél que haya sido destinatario de actos de influenciación de parte de ADICONAR, en cualquiera de los sentidos que la norma indica, para el caso específico, las distintas estaciones de servicios que hacen parte de la asociación y que poseen la naturaleza de empresa, así como los propietarios de establecimientos de comercio dedicados a la venta de combustibles,⁷ que ejercen su actividad de manera organizada en el departamento de Nariño.⁸

b) Para que aumente los precios de sus productos.

Para esta Superintendencia, lo que se está reprimiendo en el tantas veces citado numeral 2 del artículo 48, es que aquél que ejerza una actividad económica despliegue actividades orientadas a alterar el libre albedrío de una empresa, frente al precio que está dispuesta a asignar a los bienes y servicios que ofrece, debiendo hacer énfasis en que la infracción tendrá lugar sin importar que se logre el resultado, ni el tamaño o el ascendente que el agente activo tenga sobre el pasivo.

Afectivamente, el acto de "influenciar" presupone alterar, variar o siquiera incidir en el parecer sobre el monto del precio que se pretendía cobrar por un determinado producto, ya para aumentarlo o disminuirlo.⁹ En el caso concreto, logró establecerse que ADICONAR informaba a sus asociados, por medio de boletines, los precios que deberían cobrar por la venta de combustibles corriente, ACPM y extra desde 1999 hasta el año 2001.

Tales boletines se hallaban discriminados para cada combustible bajo lineamientos específicos, varios de los cuales eran distintos a los fijados por el Ministerio de Minas y Energía.¹⁰

Ahora bien, según el testimonio de Nelson García Viveros, tesorero de Adiconar y propietario de una estación de servicio, "*...en muchas ocasiones recibí directamente por fax la estructura de precios del Ministerio y en otras ocasiones cuando no la pude obtener que fue la mayoría de las veces, recurrí como lo expresé a una llamada telefónica, para que se me informara sobre la estructura de precios, márgenes y contracción volumétrica, razón de eso, creo no se me envió tampoco del patrono las*

política, independientemente del ramo de actividad. Se incluyen las actividades de federaciones de asociaciones cuyos miembros comparten un mismo ramo de actividad y de las federaciones de asociaciones basadas en criterios territoriales cuyo fin es ampliar su alcance geográfico. Los principales servicios prestados consisten en la difusión de información, la representación ante organismos públicos, las relaciones públicas y la participación en negociaciones laborales. Se incluyen las actividades de cámaras de comercio, gremios y organizaciones similares.

⁷ A folios 165 a 167 del expediente 001061192 obra la relación de las distintas estaciones de servicios que se encuentran asociadas a Adiconar.

⁸ De acuerdo con el artículo 25 del Código de Comercio, "*se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio*".

⁹ Véase: Resolución 20229 de 2001 de esta Superintendencia.

¹⁰ Valga señalar que el contenido de los boletines emanados de Adiconar se encontraba discriminado de la siguiente manera: precio planta, margen minorista, flete local, evaporación, contracción volumétrica, sobretasa, total, ajuste, propuesta en pasto y propuesta en otros municipios. al paso que las resoluciones provenientes del ministerio de minas y energía daban cuenta de los siguientes aspectos: ingreso del productor, IVA, impuesto global, tarifa estampilla de transporte, precio máximo de venta al distribuidor mayorista, margen al distribuidor mayorista, precio máximo en planta de abasto mayorista, margen del distribuidor minorista, pérdida por evaporación, transporte de la planta de abasto mayorista a la estación, precio venta al público sin sobretasa, precio máximo de venta por galón incluida la sobretasa. (ver comunicaciones obrantes a folios 289 a 297 del expediente 010061192).

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

comunicaciones que me han presentado para mi conocimiento".¹¹ En igual sentido, expresó Jesús Alfredo Bravo Rojas, gerente del Servicentro las Avenidas Ltda., que "Adiconar nos da a conocer la estructura de precios emanada del ministerio de minas y energía. Me da a conocer la estructura de precios pero quien lo determina soy yo".¹²

De acuerdo a lo anterior, hay un entendimiento en cuanto a que lo informado por Adiconar es la resolución de precios de Ministerio de Minas y Energía, cuando en realidad no les estaba siendo enviada ésta sino un boletín de precios propio de Adiconar que contiene algunos ítems de aquella y otros nuevos.

Dado lo anterior, se deben resaltar las siguientes circunstancias constitutivas de la influencia de Adiconar. Aparece el hecho notable de incluir dentro de los boletines el precio propuesto para la ciudad de Pasto, así como el precio propuesto en otros municipios. Respecto del precio propuesto por la Asociación para Pasto, ya se estableció que esta ciudad se encuentra sometida al régimen de libertad vigilada frente a los combustibles corriente y ACPM, lo que implica que será cada estación quien determine sus precios de venta, atendiendo para tal propósito sus costos como la expectativa de utilidad que tiene. Con mayor razón ello deberá suceder respecto del combustible extra, el cual se encuentra bajo el régimen de libertad absoluta.

Frente al precio propuesto en otros municipios, los cuales se encuentran bajo el régimen regulada, fue posible establecer que ADICONAR les propone un precio, en todo caso diferente del que fija el Ministerio de Minas para el mismo periodo, circunstancia que puede apreciarse en los siguientes cuadros:

Gasolina Corriente

Mes	Resolución Minminas Vigente para Gasolina Corriente	Precio Máximo de Venta fijado por Minminas	Precio ADICONAR Gasolina Corriente
Enero	Res. 81563 - 29 dic. 2000	3,019.74	3,041
Febrero	Res. 80126 - 31 ene. 2001	3,079.74	3,113
Marzo	Res. 80266 - 27 feb. 2001	3,210.38	3,248
Abril	Res. 80401 - 30 mar. 2001	3,230.39	3,278
Mayo	Res. 80942 - 27 abr. 2001	3,245.06	3,293

Fuente: Información suministrada por el investigado.

ACPM

Mes	Resolución Min. Minas Vigente para ACPM	Precio Máximo de Venta fijado por Minminas	Precio ADICONAR ACPM
Enero	Res. 81564 - 29 dic. 2000	2,089.8	2,111
Febrero	Res. 80127 - 31 ene. 2001	2,119.8	2,158
Marzo	Res. 80267 - 27 feb. 2001	2,150.43	2,194
Abril	Res. 80402 - 30 mar. 2001	2,159.53	2,213
Mayo	Res. 80941 - 27 abr. 2001	2,167.49	2,221

Fuente: Información suministrada por el investigado.

¹¹ Ver declaración del señor Nelson García Viveros, obrante a folios 316 y ss. del expediente, en respuesta a la pregunta No. 23.

¹² Ver declaración del Alfredo Bravo Rojas, obrante a folios 251 y ss. del expediente, en respuesta a la pregunta No. 7.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Como puede observarse, los precios propuestos por Adiconar presentan la constante de ser superiores a los señalados por el Ministerio para las estaciones reguladas.

Puede concluirse entonces, que las estaciones de servicio del departamento de Nariño, incluida la ciudad de Pasto, se ven influenciadas por ADICONAR respecto de los precios de gasolina corriente y ACPM., en la medida que dicha asociación les informa continuamente los precios, que como ya se dijo son superiores a los señalados por el Ministerio para los distribuidores regulados.

Frente al régimen de libertad absoluta que presenta la gasolina extra, resulta aún más gravosa la influencia, ya que sobre este combustible el Ministerio de Minas no expide una resolución con la estructura de precios, por lo cual respecto de los mismos ha de actuar únicamente la estación de servicio quien establezca sus propios precios. Así pues, aparece:

Gasolina Extra

Mes	Resolución Min. Minas Vigente para Gasolina Extra	Precio de Venta	Precio ADICONAR para Gasolina Extra Ciudad de Pasto
Enero	No existe	Libre	3,943
Febrero	No existe	Libre	4,265
Marzo	No existe	Libre	4,435
Abril	No existe	Libre	4,454
Mayo	No existe	Libre	4,445

Fuente: Información suministrada por el investigado.

Gasolina Extra

Mes	Resolución Min. Minas Vigente para Gasolina Extra	Precio Gasolina Extra	Precio ADICONAR para Gasolina Extra Municipios de Nariño
Enero	No existe	Libre	3,913
Febrero	No existe	Libre	4,235
Marzo	No existe	Libre	4,405
Abril	No existe	Libre	4,424
Mayo	No existe	Libre	4,415

Fuente: Información suministrada por el investigado.

De otro lado, merece destacar que Adiconar incluye dentro de sus boletines el siguiente enunciado: *Precio de combustible en Pasto a partir del X (día) de X (mes) del X (año) a las 6:00 A.M.*

Bien es sabido que dentro de las resoluciones del Ministerio de Minas y Energía que establecen la estructura de precios de los combustibles, hasta mediados del año 2000 se disponía que la misma "regirá a partir de las 0:00 horas de X día", y posteriormente a este año, las resoluciones establecen que "rigen a partir de la fecha de su publicación", que normalmente se produce el último día de cada mes.

Puede entonces concluirse que, Adiconar interfiere en las decisiones de quienes realizan el cambio de precios en los surtidores para que se efectúen a las 6:00 a.m. y no cuando lo ordena la correspondiente resolución del Ministerio. Inclusive, resulta diciente el hecho que en uno de los boletines de Adiconar se haya dispuesto lo siguiente: *"Para el Municipio de Pasto los distribuidores*

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Corresponde ahora señalar que a pesar de que Adiconar no tiene dentro de los objetivos de la organización la fijación de precios,¹⁶ llama la atención que dentro de las reuniones de la asamblea general y de la junta directiva se hayan discutido temas relacionados con este aspecto. Sobre el punto tenemos:

- Acta de Reunión Ordinaria de Junta Directiva del 17 agosto de 2000.¹⁷

"(...).

"COMIENZO DE LA REUNION. 3. Nelson García Viveros propone invitar oficialmente y de manera inmediata a la corporación y hacerle un llamado al orden en cuanto al manejo de precios".

- Acta de Asamblea General Ordinaria del 26 marzo de 1998.¹⁸

"(...).

"4. PRESENTACIÓN DEL INFORME DE PRESIDENCIA FENDIPETROLEOS-SODICOM: Que se viene trabajando en la liberación de precios de gasolina, en lo que se debe ser muy cuidadoso si se entra en una práctica para evitar enfrentamientos".(...).

"El señor Leonel Rosero, se une a lo expresado por el Doctor Alonso Villacís, agregando que se condicione especialmente al señor Troya, quien es uno de los promotores de utilizar la rebaja en los precios de los combustibles, para competir (...).

"El señor Enrique Prado, manifiesta que es más importantes competir con servicios que rebajar los precios.(...).

"Finalmente, la Presidencia propone las dos alternativas discutidas, en el sentido de:

"-Atacar a los desleales con la rebaja de precios y el apoyo de otros distribuidores con cupos.

"-Ir en contra de las compañías multinacionales, para que colaboren evitando el suministro de combustibles.

"Se somete a votación y se aprueba la primera alternativa".(Subrayado nuestro)

Igualmente, sobresale de las propuestas planteadas en esta reunión, lo siguiente:

"El Doctor Harold Guerrero, se refiere al tema denunciado por varios de los agremiados, en el sentido de que varios de estos están perjudicando los negocios con la rebaja de precios, que estos casos se han detectado en los municipios de Chachagüí, Tangua y Remolino; que para tal caso la Junta Directiva propuso que si no se logra mediante la concertación la igualdad de precios, el mecanismo de seguir era la unión entre los distribuidores más cercanos para rebajar los precios y a los que participen en esta misión apoyarlos con cupos para rehabilitarse de posibles pérdidas, a esta propuesta se adhieren los señores Carlos Cabezas, entre otros". (Obrante a folio 7 del expediente).

¹⁶ Sobre el punto ver los estatutos de Adiconar, obrantes a folios 13 y ss. del expediente.

¹⁷ Obrante a folio 29 del expediente.

¹⁸ Obrante a folios 4 y ss. del expediente.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

podrán cambiar el precio el día miércoles en la noche sin perjuicio de sanción.¹³ (Subrayado nuestro)

El cambio de precios en los surtidores, particularmente en la ciudad de Pasto sometida al régimen de libertad vigilada, no puede sujetarse en ningún caso a las decisiones de una asociación, cuando ni siquiera los distribuidores minoristas están obligados a hacerlo por el hecho de la expedición de las resoluciones del Ministerio de Minas. En este orden conviene señalar que, la influencia de Adiconar recae sobre la mayoría de las estaciones de servicio del departamento de Nariño, ya que asociadas o no, recurren a la información de los precios proporcionados por dicha asociación, lo cual puede constatarse en las siguientes afirmaciones:

-Testimonio de Jesús Eudoro Troya:¹⁴

"PREGUNTA 12: Sabe Ud. si los boletines a que alude en respuestas anteriores son comunicados únicamente a los miembros de Adiconar o si por el contrario son enviados a quienes no forman parte de dicha agremiación?"

Respuesta: Todas las estaciones de Pasto y de Nariño los obtienen por cualquier medio".

-Testimonio de Nelson Jesús García Viveros:¹⁵

"PREGUNTA 17: En relación a su respuesta anterior, ha dicho Ud. que Adiconar daba a conocer la estructura de precios fijada por el Ministerio. Podría aclararnos a quienes les hacía llegar la información?"

"Respuesta: Considero que tal información, tal como lo solicité en varias oportunidades telefónicamente, se hacía a las personas que tenían interés en conocer la estructura de precios de los combustibles.

"PREGUNTA 18: Sírvase indicar en forma concreta quienes tenían interés en conocer dicha estructura?"

"Respuesta: Obviamente los propietarios de las estaciones de servicio quienes en base a esto deberían poner el valor de sus surtidores.

"PREGUNTA 19: Los propietarios de estaciones de servicio que usted ha mencionado en su respuesta anterior, eran tanto los distribuidores minoristas de los municipios del departamento de Nariño como los ubicados en la ciudad de Pasto?"

Respuesta: Al que estaba interesado."

En consecuencia, Adiconar habría influenciado a los minoristas de combustibles del Departamento de Nariño para que incrementaran los precios de sus productos, en las condiciones de tiempo y modo ya señaladas.

c) Para que desista de su intención de rebajar los precios.

La segunda conducta descrita en la norma bajo análisis establece como acto restrictivo de la competencia, la influenciación a una empresa para que desista de su intención de rebajar los precios.

Sobre este particular, resultan de recibo las mismas precisiones que hicieramos con ocasión de los sujetos de la norma y del verbo "influenciar", en el literal b) del presente punto.

¹³ Boletín Adiconar para el mes de abril de 1999. Folio 3.

¹⁴ Testimonio Jesús Eudoro Troya. 13 de diciembre de 2001. Folios 270.

¹⁵ Testimonio de Nelson Jesús García Viveros de 6 de junio de 2002. Folios 313 a 319.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Con fundamento en lo anterior puede afirmarse que es manifiesto el ánimo anticompetitivo de la Asociación y que de bulto aparece su firme voluntad de adoptar represalias económicas contra quienes pretendan revelarse a este dudoso propósito. Lo anterior cobra fuerza probatoria con lo declarado por el señor Jesús Troya, a quien le fue efectivo el llamado de atención propuesto dentro de la reunión de la Asamblea ya referida, como él mismo manifestara en el testimonio del 14 de junio de 2001, obrante a folio 10 del expediente:

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

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

"(...).

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

RESPUESTA: En principio si por que no eran claros en dar a conocer que podían acarrear un perjuicio para algunas de las estaciones, hubimos (sic) unas cuatro o cinco estaciones que variamos precios de los que ellos nos indicaban y nos llamaron la atención por lo que tuvimos una reunión con la directiva y casi fuimos amenazados de que si no acatábamos los precios impuestos por ellos nos harían guerra de precios con estaciones cercanas a las nuestras, guerra en que sentido, que los señores de la directiva eran capaces de pedir la colaboración a la estación más cercana a la nuestra para que bajara el precio en doble o en triple, para quebramos. En conclusión de esto aceptamos el precio que ellos nos dirigían".

Lo anterior, sería más tarde ratificado por el mismo señor Troya en declaración del 13 de diciembre de 2001, obrante a folio 272 del expediente, en la cual afirmó:

"PREGUNTA 7: Indique al Despacho si tiene conocimiento si las directivas de ADICONAR conminan o intimidan a sus agremiados para que no rebajen el precio de sus combustibles y de esta forma no contraríen el que ellos comunican periódicamente?"

RESPUESTA: En una declaración anterior yo la hice (sic) claramente, donde ellos si pusieron en jaque de si no nos acogíamos a los precios que ellos fijaban seríamos víctimas de cualquier acción que ellos tomarán con fijar precios diferentes a los anunciados por ellos en las estaciones cercanas a las nuestras para quebramos, fue así que en una reunión que nos citaron a los que teníamos precios inferiores a los de ellos y se realizó en la sociedad Nariñense de transportadores denominada Cootranasa. Quienes estuvimos presentes en esa ocasión fuimos el doctor Rodrigo Arcos, Servicentro Galeras, Leonel Rosero, Servicentro Juanambu y el puente Aníbal Enríquez, El señor Harold Guerrero, el señor Chávez y el gerente de Cootranasa Jaime Núñez, ellos nos pusieron condiciones que si no nos bajábamos de precios contrataría una estación con un precio inferior de 100 pesos por galón, en conclusiones de esta reunión llegamos a aceptar todos el precio que ellos nos habían fijado con el fin de evitar contratiempos, aproximadamente la reunión fue en el año 1998, 1999 no recuerdo. Después de esto nosotros seguimos aceptando los boletines, nosotros fuimos víctimas de ese problema con la cámara de comercio comenzaron ellos a desbalancear precios, pero corrió el problema era el de la Superintendencia.

"PREGUNTA 10: Precise al Despacho cuales fueron los miembros de Adiconar con los que se reunieron y con quienes trataron el tema relacionado con la rebaja e igualdad de precios?"

RESPUESTA: Estaba el doctor Harold Guerrero, Jaime Núñez, Doctor Chávez no recuerdo si estaba el señor Alfredo Bravo".

Es con base en lo anterior que se concluye la influencia de Adiconar sobre las estaciones de servicio para que desistieran de su intención de rebajar los precios, ejerciendo específicamente coacción sobre el señor Troya quien según lo dicho tenía el ánimo de competir con precios más bajos.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Para este Despacho, la conducta asumida por Adiconar de procurar una paridad de precios entre sus asociados y de reprimir los intentos que algunos de ellos hicieran por rebajarlos, es merecedora de reproche, en tanto desvirtúa y desestimula la libre competencia en la distribución minorista de combustibles, contraviniendo una de las finalidades pretendidas por nuestra legislación, consistente en que "...en el mercado exista variedad de precios...",¹⁹ con lo cual no se busca otra cosa que garantizar a los consumidores la libre escogencia en sus políticas de consumo, y su beneficio derivado de obtener mejores precios ante la rivalidad entre los competidores.²⁰

Sin duda la práctica que se ha analizado a lo largo del presente informe limita la libre competencia, en cuanto conduce a que el precio no sea el resultado de las fluctuaciones de las fuerzas del mercado sino el resultado de una influencia ejercida por ADICONAR, de la que se deriva una pérdida de autonomía, al paso que el precio, como instrumento de lucha por el favorecimiento de la clientela, pierde su razón de ser.²¹

No sin razón ha sostenido la doctrina que, "...en una economía de mercado competitivo, el precio y las demás señales e indicadores de productividad y rentabilidad tienden a mantenerse libres de distorsiones y de esta manera se crean los incentivos necesarios para que los empresarios destinen los recursos productivos a las áreas en donde sirven más a ellos y al país. Así la competencia es un proceso que genera bienestar general e individual, hace que las firmas se vuelvan más eficientes y brinden a los consumidores una gama teóricamente infinita de precios y calidades mayores. Esto se logra, como lo he manifestado anteriormente, gracias a, y sólo en cuanto la competencia sea equivalente a rivalidad, y no coordinación o dictadura".²² (Subrayado nuestro)

¹⁹ Sobre el punto, ver numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992.

²⁰ Respecto al tema de asignación de precios, la Oficina Jurídica de esta Entidad tuvo la oportunidad de expresar que, "de conformidad con lo establecido en nuestra Constitución Política, en Colombia la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para ello el Estado por mandato legal impedirá que se obstruyan o restrinjan y evitará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley determinará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social.

"En consecuencia, por regla general los distribuidores y expendedores podrán fijar libre y automáticamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad, sin sujetarlos al consenso de otras voluntades, por lo cual deben estar determinados por el libre juego de la oferta y la demanda". (Concepto radicado bajo número 02033196, publicado en el Boletín Jurídico de la Entidad número 6, junio de 2002)

²¹ El Tribunal de Defensa de la Competencia Español, al analizar un acuerdo mediante el cual se unificaba el precio para los gastos administrativos generados por la adopción de la tasa E-2 (impuesta a expedidores o transitarios de los aeropuertos españoles que realicen operaciones de carga y descarga de mercancías) y la posibilidad de que tal conducta constituyera una infracción al artículo 1° de la ley 19 de 1989 -ley de defensa de la competencia de ese país-, advirtió que: "...las imputadas hacen hincapié en que la repercusión no era obligatoria y requería de instrucciones individuales de las líneas aéreas, por lo que, una vez comunicado a los operadores que ya era posible técnicamente la repercusión de la tasa, las compañías de transporte aéreo decidieron individualmente su comportamiento al respecto. El Tribunal considera nuevamente errado el planteamiento de las imputadas al respecto. Ciertamente, la primera decisión colectivamente tomada por las imputadas es poner a punto el sistema informático, lo cual no constituye infracción alguna, ni hay imputación del Servicio al respecto. Pero es que la segunda decisión que se toma en el seno del órgano colectivo de las compañías, el AOC-Carga de Barajas, es recomendar a éstas que repercutan la tasa E-2 a partir de 1° de enero de 1999, a lo que algunas dicen sí y otras, no, obrando cada una en consecuencia. Claro que no se obliga a nadie, pero se toma el acuerdo para hacer -y se hace- una recomendación colectiva a las compañías sobre la repercusión de la tasa E-2. Y cualquier recomendación colectiva con aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, como es el caso, está expresamente prohibida por el art. 1 LDC". Ver. RESOLUCIÓN Expte. 496/00, Operadores aeroportuarios, adoptada en Madrid, a 4 de julio de 2001. (Subrayado nuestro).

²² ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José. "Criterios de Aplicación de las Normas de Competencia", publicado en la Colección de Seminarios No. 5 del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1997, págs. 76 y 77.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Por ello y volviendo al caso que nos ocupa, debemos concluir que Adiconar ejerció actos de influenciación sobre empresas dedicadas a la distribución minorista de combustibles, para que desistieran de su intención de rebajar los precios de venta al público, restringiendo con ello las condiciones de libre mercado que se pretenden, al introducir distorsiones artificiales al precio como elemento primordial de competencia.

Así y aún cuando el numeral 2 del citado artículo 48 presenta dos supuestos distintos e independientes, cada uno con vida y susceptible de configuración propia, debemos concluir que en el caso *sub examine* concurren ambos, quedando en evidencia la responsabilidad de ADICONAR por la infracción a esta norma.

2 Respetto a las consideraciones de los investigados

2.1 Ámbito y aplicación del régimen de libre competencia

Tal y como lo ha considerado la Corte Constitucional, el concepto de libre competencia puede definirse desde varios ángulos, así "...desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados".²³

Atendiendo a este criterio, se ha previsto²⁴ que las disposiciones sobre promoción de la competencia deben aplicarse procurando, en particular, mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que *en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios*. Con ello resulta claro que con las disposiciones sobre libre competencia se persigue proteger el interés social de los consumidores.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, este Despacho no comparte las apreciaciones dadas en los descargos al informe motivado, al concluirse que el mercado minorista de combustibles de Nariño no se desarrolla en un ambiente de libre competencia, ya que se caracteriza por la presencia de un sistema de cupos asignados con antelación para cada estación de servicio, lo cual conlleva a una oferta estrictamente regulada. En este contexto, se precisa que aunque el Departamento de Nariño se encuentra inmerso bajo los lineamientos especiales dados por la Ley de Fronteras en lo que respecta a la distribución Minorista de combustibles, esta situación no desvirtúa un escenario de libre competencia en torno al precio de los diversos productos.

No puede Adiconar escudar su responsabilidad alegando que en el mercado de combustibles de Nariño no encuentra cabida el concepto de competencia, pues son varios factores los que demuestran lo contrario, tales como su pertenencia a los regímenes determinados por el gobierno nacional para fijar el precio de los combustibles, y que finalmente dan la posibilidad a cada uno de los actores del mercado de fijar sus propios precios, bajo los parámetros que la misma norma les impone.

²³ Sentencia Corte Constitucional C-535 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁴ Decreto 2153 de 1992 artículo 2 número 1.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Concluir lo contrario *so pretexto* de encontrarse bajo el amparo de un régimen especial, que busca como bien menciona el Dr. Francisco Puccini prevenir el contrabando de combustibles de los países fronterizos, sería dar patente de corso a toda clase de conductas anticompetitivas, creando una excepción a la normatividad sobre libre competencia que la misma ley no ha previsto; y es que en tanto dichas normas conserven su vigencia y rigor dentro el Ordenamiento, continuarán siendo de orden público y en tal virtud de obligatorio cumplimiento para todos los administrados, sin exclusiones de ninguna clase.

En este orden de ideas, se puede concluir que la actuación de Adiconar frente a los minoristas de Nariño vulnera las normas de libre competencia, en cuanto sesga la posibilidad que tienen de fijar sus propias políticas de precios, e impide que el factor precio sea uno más de los elementos que determine la competencia existente entre los distribuidores de dicha región.²⁵

2.2 Actos de influenciación como tipo de conducta

Un esquema de libre mercado se cimenta sobre la independencia de las decisiones empresariales,²⁶ por ello y como quedó expuesto en el punto 2.1 del presente proveído, la determinación de precios debe ser el resultado de una multiplicidad de factores que operan en distinta dirección y con diferente poder en la mente de quien tiene que asumir la posición o establecer la cifra correspondiente. Para que el esquema de libre empresa reporte sus beneficios es imperativo que esas consideraciones sean las propias y no unas ajenas, ya que la injerencia de factores distintos al funcionamiento mismo del mercado o a las políticas propias en la decisión de un agente de asignar sus precios, pone de manifiesto una intromisión indebida.

En este contexto, el influenciar a una empresa con los propósitos indicados, constituye *per-se* un comportamiento restrictivo de la libre competencia. No es preciso esperar un resultado y menos un detrimento o perjuicio para entender que existió una influencia anticompetitiva sobre los precios, basta con que tenga lugar el verbo rector "*influenciar*" orientado a alterar, variar o siquiera incidir en el parecer sobre el monto del precio que se pretendía cobrar por un determinado producto, ya para aumentarlo o disminuirlo.²⁷ De ahí que el objeto de la influencia sea el eje central sobre la cual se

²⁵ Sobre las finalidades de la libre competencia la Corte Constitucional ha sostenido:

"Puede concluirse: (1) la finalidad de la ley demandada es la de promover la libre competencia en el mercado de bienes y, por ende, se ajusta a la Constitución; (2) la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores; (3) la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas; (4) la importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente". Sentencia Corte Constitucional C-535 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶ Sobre este punto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que "considerada objetivamente, la competencia debe significar una emulación entre comerciantes tendiente a la conquista del mercado con base en un principio según el cual logrará en mayor grado esa conquista el competidor que alcance la mejor combinación de los distintos elementos que puedan influir en la decisión de la clientela (...). Así concebida la competencia, encaja perfectamente dentro del esquema de la libertad de empresa (art. 32 C.N.) y, por tanto, la posibilidad de competir por la clientela se convierte en un verdadero derecho para el empresario, garantizado en las disposiciones constitucionales". (Gaceta judicial CLXXXVII, 1986).

²⁷ Respecto a los tipos de "conducta" afirmó el doctor Alfonso Reyes Echandía, son "...aquellos que describen como punible el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias, ... sin que se requiera que tal actitud ocasione determinadas consecuencias", en contraposición a los tipos de resultado a los cuales definió como "... aquellos en los que se exige expresa o tácitamente que la conducta descrita produzca determinado efecto; adviértase que el concepto de resultado o efecto- llamado "evento" por los italianos- ha de entenderse en sentido naturalísimo y no

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

estructura la conducta prohibitiva, pues como la norma lo describe debe estar encaminada a incidir en la esfera de la voluntad de otro agente.

Para el caso analizado la acción se predica exclusivamente del sujeto activo, la norma no condiciona ni supedita su configuración a una respuesta positiva del influenciado, ni siquiera habla de una variación del mundo exterior. De haber sido esa la intención del legislador, habría señalado expresamente tal supuesto como hiciera en otras disposiciones al referirse al "efecto" de la conducta. Atribuir esa connotación o exigencia a la norma en comento sería ir más allá de lo que verdaderamente pretendió el legislador.

En este sentido, debe recordarse que las normas sobre competencia revelan un marcado interés preventivo, su operancia tiende a evitar un menoscabo al mercado, razón por la cual resultaría contradictorio tener que esperar a que el resultado nocivo se haya ocasionado para que éstas empiecen a tener vigencia, cuando lo pretendido es justamente salvaguardar al mercado de toda afectación.²⁸

En el anterior orden de ideas, la adecuada interpretación de la norma aludida es que, para que se considere afectada la libertad económica no se requiere que haya sido eliminada la prerrogativa de decidir sobre los propios precios, pues bastará con que ésta se vea enfrentada por un elemento legalmente extraño, la influencia de un tercero, sin precisar que éste sea "el" determinante.

Es por ello que esta Entidad no comparte los postulados de los descargos al informe motivado, cuando se alega que la propuesta, proposición o sugerencia no tuvo eficacia y fue rechazada o tomada como un simple criterio orientador, lo cual implicó que no existió un resultado en la voluntad del sujeto influenciado y, en tal virtud no se configura la conducta, pues tamaña interpretación no solo desatiende el sentido y alcance de la norma sino que además desconoce la labor preventiva que en temas como la libre competencia le ha sido conferida al Estado. En todo caso merece destacar que el precio fijado por los distribuidores minoristas afiliados a Adiconar durante el periodo investigado corresponde en esencia al que Adiconar les enviara en sus boletines, resultando en este orden difícil de pensar que no hubo influencia de parte de la Asociación, como lo sostiene el Doctor Puccini.

Bajo este entendido, probar o no que el agente influenciado aumentó o disminuyó sus propios precios o que tenían la firme intención de hacerlo, es un hecho irrelevante para la configuración de la norma, pues ésta no presupone ni requiere de tal circunstancia.

jurídico, vale decir como una modificación del mundo exterior". (Manual de Derecho Penal, Temis, 1994, página 115).

²⁸ La doctrina aludiendo al supuesto de "inducción a la ruptura contractual", que si bien corresponde a un acto de competencia desleal se trata también de una conducta de medio, ha manifestado que "la norma -el artículo 17 de la ley 256 de 1996- siguiendo los lineamientos trazados en el conjunto de las disposiciones que regulan los distintos supuestos, no condiciona la calificación de la conducta desleal a los resultados, porque sería inocua la acción preventiva o prohibitiva que se consagra en el numeral 2 del artículo 20 de la ley. Esperar que se produzca la ruptura de la relación contractual para la concreción de la deslealtad de la inducción, conduciría a introducir un desorden en el mercado; y si para calificar al competidor de desleal, se requiere en igual sentido, que se produjera para él ventaja competitiva la norma, la norma no estaría redactada como está; regularía la 'Terminación de Contratos a consecuencia de la Inducción de Competidor'. Por consiguiente, debe la norma interpretarse en el sentido que lo querido por el legislador, en consonancia con el 'modelo social' sobre el cual descansa la formulación jurídica sobre competencia desleal, es que la 'inducción a la ruptura contractual', independientemente de los resultados pretendidos, debe ser calificada como conducta desleal". (Delio Gómez Leiva. "De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica", Cámara de Comercio, 1998, página 414). (El subrayado es nuestro)

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

2.3 Actuación Adelantada

2.3.1 Inicio

De conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, las investigaciones en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas pueden tener inicio como consecuencia de una queja presentada o de manera oficiosa. Conviene precisar, para dar claridad sobre el punto, que en el caso bajo análisis fue esta Entidad quien de manera oficiosa decidió iniciar la averiguación preliminar, que a la postre desembocó en la correspondiente apertura de investigación al encontrarse mérito suficiente para ello.

A este respecto es importante recordar que, dentro de la investigación adelantada por esta Superintendencia contra algunas estaciones de la ciudad de Pasto por la realización de acuerdos sobre el precio de venta de los combustibles corriente, ACPM y extra, radicada bajo el número No. 99051375, se recepcionó declaración de parte al señor Jesús Eudoro Troya, quien en la misma puso de presente la realización por parte de Adiconar de conductas presuntamente anticompetitivas. Fue así como a partir de la anterior declaración, esta Superintendencia estimó que existían motivos para iniciar oficiosamente la respectiva averiguación preliminar.

Por tanto, no existió queja por parte de un tercero que motivara la apertura de la presente investigación, cosa distinta es que a partir de sus declaraciones esta Superintendencia adquiriera conocimiento acerca de la realización de conductas anticompetitivas de parte Adiconar, y en esa medida, decidiera a mutuo propio dar comienzo a la presente actuación.

En tal virtud, carece de fundamentación el escrito de descargos cuando inviste con el papel de denunciante al señor Jesús Eudoro Troya, pues como se ha expuesto con suficiencia, fue de oficio que inició ésta investigación.

2.3.2 Ámbito

Dentro del marco legal observado en la presente actuación administrativa, se destaca la orientación que imprime la resolución de apertura, pues es éste el acto administrativo sobre el cual gravitan las resultas del proceso, en la medida en que el mismo delimita las conductas anticompetitivas sobre las cuales debe esta Entidad determinar si se controvierte el régimen de promoción de la competencia.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, los supuestos normativos sobre los que se erigió la investigación, se hayan contenidos en el numeral 1 del artículo 47 y numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Fue esta la bitácora a seguir durante la actuación administrativa, la cual se enmarcó en determinar si ADICONAR habría acordado el precio de venta al público de la gasolina corriente, ACPM y extra, e igualmente si habría realizado actos de influenciación sobre sus asociados para que incrementaran los precios de venta de los combustibles en mención o para que desistieran de su intención de rebajar tales precios.

En el mismo sentido se investigó si el señor Fernando Chávez Zarama, en su condición de representante legal de la Asociación, habría autorizado, ejecutado o cuando menos tolerado las conductas señaladas.

De esta forma, el tema objeto de investigación se encontraba perfectamente definido y delimitado desde el comienzo de la actuación, y en consecuencia, todo aquello que no guardase relación directa con los hechos anteriormente descritos habría de reputarse como impertinente para los fines de la actuación.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

En esta justa medida, la objeción que formulara el funcionario instructor a la pregunta hecha por el apoderado de Adiconar, en la cual solicitaba al testigo, el señor Jesús Eudoro Troya, que manifestara si: *"Ha tenido usted o alguna de sus estaciones procesos ante la DIAN por contrabando de combustibles"*, lejos de desconocer el Ordenamiento Jurídico, se ajustaba plenamente a los lineamientos establecidos Código de Procedimiento Civil,²⁹ conforme al cual *"el juez rechazará las preguntas manifiestamente impertinentes"*, pues era evidente que lo preguntado ninguna relación guardaba con los hechos investigados ni con el tema a probar.

Es evidente que los procesos tributarios a que pudiera estar sometido el testigo, como consecuencia de un posible contrabando de combustibles, era una situación irrelevante para el curso de la investigación, pues su responsabilidad o no frente al punto ninguna relación tenía con el hecho de si Adiconar ejercía actos de influenciación sobre los distribuidores minoristas de combustibles del departamento de Nariño para que incrementaran sus precios o desistieran de su intención de rebajarlos, fundamento suficiente para haber mantenido la determinación de objetar la pregunta realizada.

En este sentido, no le asiste la razón al doctor Puccini cuando afirma que era pertinente determinar los motivos ocultos o reales de los quejosos o denunciantes, pues como se advirtiera en el punto anterior, esta actuación inició de manera oficiosa, debiendo enfatizar además en que las conclusiones a que se ha arribado tienen sustento no solamente en lo declarado por el señor Troya sino en la valoración conjuntiva de las distintas piezas probatorias obrantes en el expediente. En todo caso, si lo que se pretendía era restarle credibilidad al testigo, ha debido promoverse entonces un trámite de tacha de sospecha bajo las prescripciones establecidas en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

2.4 Apreciación y valoración probatoria

Esta Superintendencia, en sujeción al artículo 187 del código de procedimiento civil, siguió los parámetros legales de valoración de las pruebas decretadas y practicadas dentro de la presente actuación, analizándolas y sopesándolas en su conjunto para determinar si tuvo lugar alguna infracción.

En ningún momento el debate probatorio sobre el cual se edificó el pronunciamiento del investigador, se encontró sesgado por la valoración unilateral de los medios de prueba obrantes en el expediente, ya que cada una de las pruebas documentales, testimoniales y declaraciones de parte practicadas fue valorada en conjunto en el informe motivado correspondiente.

Por tanto, la afirmación contenida en los descargos donde se afirma *"que solo valen las declaraciones de Troya"*, carece de absoluta relevancia, en la medida que el debate probatorio fue evacuado y evaluado con fundamento en los principios rectores del derecho probatorio, especialmente el de la valoración conjunta de las pruebas.

En tal suerte, la conclusión a que se ha podido llegar en la presente investigación, tiene sustento en la declaración de parte de la investigada, los múltiples testimonios decepcionados, los distintos documentos que obran en el expediente y la inspección practicada entre otras.

²⁹Código de Procedimiento Civil; artículo 227, inciso 3°.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

2.6 En cuanto al ofrecimiento de garantías

Conforme con lo previsto en el número 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá decidir, sobre la terminación anticipada de investigaciones por violaciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.³⁰

En este orden de ideas, aunque obran en el expediente las solicitudes de ofrecimiento de garantías, también hacen parte del mismo los oficios de respuesta que fundamentan la negativa de la Entidad para aceptarlas, dado que presentaban falencias que no permitían vislumbrar la suspensión de la conducta anticompetitiva investigada y consecuentemente la terminación de la misma.

No puede perderse de vista que aun cuando la decisión del Superintendente en este aspecto es absolutamente discrecional según se advierte de la lectura del artículo 52 del Decreto citado 2153, ambos rechazos fueron motivados y comunicados en debida forma a la parte interesada.

3 **Autorización, ejecución o tolerancia del acto anticompetitivo.**

Según el contenido del número 16 del artículo 2153 de 1992, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer sanciones 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, hasta por trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (300 s.m.l.m.v) en el momento de la imposición de la multa, a favor del Tesoro Nacional.

En este punto es necesario definir los verbos rectores de la conducta que se proscribe, así:

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por autorizar, "*dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa*",³¹ así mismo, el término ejecutar es definido como "*poner por obra una cosa*",³² en tanto que el verbo tolerar aparece definido como: "*disimular algunas cosas que no son lícitas, sin consentirlas expresamente*".³³

Tal como se desprende de la norma en este caso lo que se castiga es la tolerancia, ejecución o autorización de un acto restrictivo.

Así pues, respecto del representante legal investigado, es necesario establecer si incurrió en alguna de las conductas que atrás se mencionan, con el fin de determinar si tiene algún grado de responsabilidad, veamos:

Fernando Chávez Zarama ejerce la representación legal de Adiconar desde el 11 de septiembre de 2000, es miembro de la asociación en su calidad de distribuidor minorista, es integrante fundador y en 1998 desempeñó el cargo de tesorero.

³⁰ En el mismo sentido se encuentra el inciso 4 del artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

³¹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Décimo Octava Edición, página 147.

³² Ibidem, página 509.

³³ Ibidem, 1269.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Por lo tanto se considera como una persona que conocía muy de cerca las políticas y forma de accionar de Adiconar y aún así tras haber sido nombrado representante legal, los actos de influencia sobre estaciones de servicio del departamento de Nariño, se continuaron cometiendo, ya que hasta por lo menos el mes de mayo de 2001 los boletines de dicha asociación siguieron siendo informados a asociados o no asociados, de lo que se puede concluir que el señor Fernando Chávez toleró que esta circunstancia, que se venía dando desde antes de su posesión como representante legal, continuara desarrollándose durante su ejercicio.

4 Monto de la Sanción

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer a las empresas infractoras de las normas sobre libre competencia, sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción.

Ahora bien, para el caso concreto es preciso tener en cuenta que la conducta que ahora se sanciona tuvo efectos reales sobre el mercado, toda vez que Adiconar realizó mediante diversos comunicados o boletines, actos tendientes a influenciar a los distribuidores de combustibles minoristas del Departamento de Nariño con el fin de que no incrementaran o desistieran de su intención de rebajar los precios de los combustibles gasolina corriente, ACPM y extra, limitando con ello la posibilidad para cada propietario o dueño de estación de determinar su propia política de precios y por tanto sesgando la posibilidad de aumentarlos o disminuirlos de acuerdo con su propia estructura costos y utilidades.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho considera la necesidad de imponer a Adiconar, una multa que guarde relación con el comportamiento realizado y su efecto sobre el mercado, de la siguiente manera:

Investigado	Sanción
Adiconar	\$43.029.969.00
Fernando Chávez Z.	\$ 6.454.495.00

SEXTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, el 5 de agosto de 2002 se escuchó al Consejo Asesor.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño- ADICONAR, es ilegal por contravenir lo previsto en el numeral 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar probada la responsabilidad personal del señor Fernando Chávez Zarama, según lo tipificado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de cuarenta y tres millones veintinueve mil novecientos sesenta y nueve pesos (\$ 43.029.969.00) moneda legal, a la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño- ADICONAR.

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00110-6

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de seis millones cuatrocientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos noventa y cinco pesos (\$ 6.454.495.00) moneda legal, al señor Fernando Chávez.

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00110-6 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

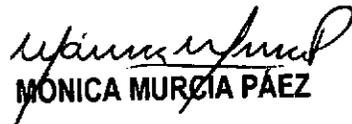
ARTÍCULO QUINTO: Ordénese a la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño- ADICONAR-, la suspensión inmediata y definitiva de las conductas de influenciación de precios a que se hiciera referencia en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEXTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los señores Fernando Chávez Zaruma y Francisco Puccini W., entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el 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 la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 06 AGO. 2002

La Superintendente de Industria y Comercio


MONICA MURCIA PÁEZ

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

Que fue remitido despacho comisorio No. 1152-1153
origido a la alcaldia municipal de Puerto

el dia _____
con el fin de notificar el contenido de la presente
resolución conforme a lo dispuesto en el código
de procedimientos administrativos.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Notifíquese:

Señor
FERNANDO CHÁVEZ ZARAMA
C. C. No 12.980.957 de Pasto
Asociación de Distribuidores Minoristas
De Combustibles de Nariño- ADICONAR
Carrera 14 No 13-26 Avenida Champagnat
Pasto - Nariño

Señor
FRANCISCO PUCCINI W.
C. C. No 79.284.781 de Bogotá
Asociación de Distribuidores Minoristas
De Combustibles de Nariño- ADICONAR
Carrera 14 No 13-26 Avenida Champagnat
Pasto - Nariño