



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 08732 DE 2002
(20 MAR. 2002)

"Por lo 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 número 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia mediante resolución número 2245 de 2000, abrió investigación contra la Estación Terminal de Distribución de Productos de Petróleo de Bucaramanga S.A.; Multiservicios la Báscula Ltda.; Rosa Emilia Londoño de Gaviria, en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio Estación de Servicios La Aurora y Rafael Antonio Ortiz Mantilla en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicios La Pedregosa.

En el mismo sentido se ordenó investigar a las personas que ejercen o ejercieron la representación legal de las entidades mencionadas anteriormente, para determinar si autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a la libre competencia, 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 9 de mayo del 2001, adicionado mediante actos del 6 de julio y 29 de noviembre de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO: Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 99050729 del 25 de enero 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:

- **Doctor Gustavo Montoya Puyana, gerente de Terpel Bucaramanga:**

"Por medio de la presente me permito descorrer el traslado del informe motivado encontrándonos en términos.

"Con el fin de desvirtuar las motivaciones de la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia Dra. Adriana Guzmán Rodríguez, me permito hacer las siguientes consideraciones.

"Debido a que hay varias consideraciones que la SIC no analizó en su estudio lo quisiéramos resaltar de la mejor manera para que en su sabiduría tenga a bien evaluar.

"En un principio el ánimo que tuvo el denunciante no fue precisamente proteger al consumidor ya que el sistema de la gasolina extra había sido regulado y vigilado hasta momento antes de la denuncia presentada por el doctor Luis Alfonso Coronado Arango en su digna calidad de Asesor del Viceministro de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía y por la Doctora Ángela Inés Cadena M. en su digna condición de Directora de la Unidad de Planeación Minero Energética-UPME, tal como consta en los escritos radicados bajo números 990422271 del 7 de julio de 1999 y 99044359 del 14 de julio de 1999, respectivamente.

"Como se ve son dos instituciones del gobierno las cuales no están precisamente protegiendo al consumidor final sino simplemente están tratando de forzar que unas medidas que se implementaron funcionen, como fue el hecho de dejar flotar libremente el precio de la 'Extra'. Hecho que es legítimo y sano para el mercado. Y estaban en su derecho de hacerlo y lejos de decir que no pueden hacerlo.

"Quizá consideraron que para implementar el mecanismo, la mejor vía era denunciar estaciones de servicio bajo cualquier pretexto a ver si bajaban precios. Pensaron entonces, en la acción de prácticas restrictivas del Comercio ante la SIC. Sin embargo este (sic) no es el mecanismo para adelantar infundados elementos para denunciar a cuatro (4) estaciones de servicio (EDS).

"La legislación está diseñada para grandes abusos de comerciantes y empresas que se encuentren ahorcando al consumidor. Este no es el caso.

"Ahora bien, en este caso sólo estamos hablando de un solo producto que comercializan las estaciones de servicio, veamos: son ACPM, combustibles (corriente y extra), aceites, llantas, tiendas de conveniencias, servicios de arrendamiento de locales, revelados de fotos, gas, cajeros automáticos, loterías. En fin señora Superintendente como puede ver el Jefe de la División de Práctica (sic) Comerciales Restrictivas se abstiene de presentar el negocio en su totalidad. La gasolina extra en últimas, es solo un producto dentro de un espectro amplio de productos que no representa el 18% de los ingresos netos de todo el negocio del minorista como máximo. Mal podrían los mayoristas tomarse el trabajo de conciliar un precio que no represente una utilidad significativa para el negocio al final del día. Las razones son otras y las paso a exponer a juicio de que sean consideradas en toda su complejidad.

"El sector donde se encuentran las estaciones responden a varias circunstancias de hecho que no se pueden dejar de lado, ahora solo contemplar el derecho positivo de la ley del Decreto 2153 de 1993, sin analizar las circunstancias sería dejar de percibir el real comportamiento del mercado. Por tanto es necesario que el Superintendente de Industria y Comercio estudie mas a fondo el contexto macroeconómico y la región de la misma forma como se toma el trabajo de hacer unas escalas de precios fijados en conciencia con terceros supuestamente.

"Bucaramanga es un lugar fronterizo como lo fijó la Ley de fronteras (la cual no se menciona en su análisis), ley que para proteger estas regiones, vecinas de países como la República de Venezuela, la cual es exportadora de producto refinado a mucho menor costo que el colombiano, que lo importa.

"Esta diferencia favorece la introducción del contrabando del combustible.

"Esto es un hecho notorio por lo cual no requiere de prueba, toda vez que diariamente se decomisan tracto mulas con combustible de contrabando lo cual es publicado en prensa y en informes de la Fiscalía y la Sijín.

"La ley de fronteras que es posterior a estas investigaciones ha permitido corregir el hecho que mediante denuncia de Min-Minas y la UPME no pudieron. Sin embargo, el problema continúa y se ha manifestado en una reducción en ventas netas en más de un 45% anual para los mayoristas, toda vez que las estaciones de servicios al comprar este producto de contrabando pueden penetrar el mercado rompiendo precios.

"Lo que más atención nos llama es que el investigador (Pg.14) concluyó que el Gerente en representación de la empresa fija los precios como si aquello fuera algo nuevo en el comercio. En todas las empresas los gerentes con sus asistentes comerciales fijan los precios, pues el objeto de tener un gerente consiste precisamente en determinar el precio y con ello adquirir utilidades y luego distribuir utilidades. No entendemos con que fin el investigador se toma el trabajo de señalar ese hecho como si eso estuviera prohibido o bien fuera en contra de la libre competencia.

"Ahora señala el investigador al cual (cito): 'encontramos que los costos dados por la estructura de precios' del Ministerio, son prácticamente los mismos para todos los distribuidores minoristas de gasolina corriente y ACPM, independientemente del régimen a que pertenezcan'. Pues claro, lo que olvida el investigador es que la (sic) inversiones en activos y costos en pólizas de seguros de responsabilidad ambiental y daños de terceros, inversiones en marca, etc. no son los mismos para todas las EDS (estaciones de servicios) y que los precios que cada estación fija y pueda sostener están de acuerdo con su inversión en ACTIVOS y no en la competencia. Eso recurriendo Señora Superintendente al mas simple esfuerzo por transmitirle la percepción que tenemos del desconocimiento del negocio que actualmente tiene la SIC del negocio del minorista y que está a tiempo de corregir.

"Un comerciante no puede fijar el precio libremente, pues si bien la estructura del costo del insumo (combustible) es una cosa, por favor no se caiga en el error de olvidar la estructura de costo de su propia inversión para poder subsistir, competir y crecer en el mercado.

"En virtud de lo anterior, solicito muy comedidamente se proceda a archivar la presente investigación en vista de los argumentos expuestos"

- **Doctor Libardo Peña Padilla, apoderado del señor Rafael Antonio Ortiz Mantilla, representante legal de la Estación de Servicio la Pedregosa:**

"1º Su despacho luego de ordenar y recepcionar las pruebas aducidas en página tres del informe, pasa a definir concretamente que en el caso de mi prohijado, sometido al Régimen de libertad Regulada, donde los precios de venta de gasolina corriente y ACPM están bajo los lineamientos trazados por el Ministerio de Minas y Energía, situación que descarta su participación en cualquier acuerdo que esté orientado a determinar el precio de venta de dichos combustibles, como quiera que es el Ministerio quien determina el precio máximo de venta, al que muy seguramente habrán de pegarse tratando de recuperar su inversión.

"En página cinco del informe, se manifiesta: '...Debemos señalar que examinado el material probatorio recaudado, no se encontró prueba que permita colegir la existencia de un contrato o convenio entre las partes investigadas, con el propósito de fijar directa o indirecta el precio de los combustibles corriente y ACPM, en la Ciudad de Bucaramanga y algunos de los Municipios anexos...'

"Reitera en últimas, que las mínimas diferencias de los precios de venta de combustibles corriente y ACPM de las Estaciones investigadas no es otra cosa distinta al reflejo de un mercado rígido, donde el margen de movilidad de los precios de venta no puede estar dado sino por rangos estrechos como los presentados.(el subrayado es mío)

"2º Con relación a la gasolina extra, el Despacho toma como marco teórico el art. 5 de Resolución 80278 de 1996 del Ministerio de Minas y Energía, respecto a la liberación del precio de comercialización, encuadrando la investigación dentro de los parámetros del numeral 1º del art. 47 del Decreto 2153 de 1992, junto al art. 1º de Ley 155 de 1959, teniendo de presente el art. 45 del Decreto 2153 de 1992, solicitando de hecho que sea sancionado según numerales 15 y 16 del art. 4 ibidem, aduciendo que debe probarse que los elementos fácticos han sido violados, en cualquiera de los siguientes sentidos:

"Otro factor, no formal que influye, tal como el anterior es el 'hurto al tubo' mecanismo de financiación de actividades ilícitas con vasos comunicantes con el desastroso orden público de la región. El hurto está destruyendo la industria petrolera del país y no precisamente los aludidos o supuestos acuerdos a que se hace referencia en el informe proyecto por el señor investigador de Prácticas Restrictivas del Comercio con un corta apreciación de los hechos tan complejos que embargan la economía nacional.

"Estos dos hechos no formales de la economía que Ud. en su calidad de economista sabrá entender influyen de manera drástica en la (sic) costos del minorista dada la indisciplina del comercio no formal.

"Igualmente quisiéramos manifestar que el precio del combustible se encuentra bajo el esquema de 'libertad vigilada' para ciudades capitales y bajo el esquema de 'libertad regulada' para ciudades no capitales o bien municipios. Así, el precio de las estaciones de la ciudad si bien pueden libremente fijar el precio, esto resulta un mero espejismo dado que los municipio (sic) aledaños a las ciudades son regulados por el gobierno. Este sistema de precios introduce el sano equilibrio de precios, es decir que si los municipios bajan sus precios por orden del UPME, necesariamente el precio de las estaciones de la ciudad deben bajar los suyos para mantener un precio equilibrado y no perder el margen de ventas.

"Ahora bien, las estaciones involucradas en la supuesta vinculación a la libre competencia se encuentran prácticamente en el mismo corredor vial, lo que le permite al consumidor decidir fácilmente cual escoger según el mejor precio. Sin embargo, se presentan cifras muy similares donde entre estación y estación pueden variar de 10 a 15 pesos. Por lo que las estaciones deben ofrecer cada vez mejor servicio al cliente, pues los márgenes entre competidores es ciertamente infimo por no decir marginal.

"Aún mas decir que sobre un solo producto se puede manejar la utilidad de un negocio como las estaciones de servicios es desconocer la integridad del servicio. Por tanto, la segmentación presentada por el señor investigador está parcializada a enderezar una conducta desconociendo los demás componentes del negocio ya mencionados.

"Insistimos señora Superintendente en que si bien en el negocio del combustible participa solo un insumo, su precio está determinado por el mercado internacional. Es claro que los precios de éstos los determina la economía mundial y no cuatro precisamente (4) estaciones en Bucaramanga que en un mes venden difícilmente 400.000 galones de combustibles, por bien que les vaya.

"Por último, quisiéramos manifestar que el mencionado 'paralelismo consciente' no existe, no hay prueba de ello, nosotros nunca acordamos absolutamente nada ni consciente, ni inconscientemente. El estudio muestra unas coincidencias en negocio donde hay esas y otras muchas, pero ésta apreciación no debe precipitar al Despacho a concluir que hubo de hecho la conciencia de atropellar el libre mercado.

"Reitero que una exigua coincidencia en un breve periodo justificada en causas externas palpables a los ojos del juzgador no pueden ser obviadas con el argumento tan frágil de la mera conciencia. Está claro que nunca hubo un indicio de la existencia de esa conciencia humana que dentro de los interrogatorios hubiera manifestado dicha voluntad ya que el material probatorio para demostrarlo no existió. El hecho de que la ley mencione la conciencia no quiere decir que el juzgador la encuentra probada por inferencia, debe comprobarla materialmente. Ello simplemente no se produjo.

"Es preciso poner de presente que el estado de la estaciones de servicios de propiedad de Terpel Bucaramanga tienen las mejores instalaciones y el mejor servicio al cliente según los indicadores de venta. Así que el precio aunque suba o baje obliga a la competencia de alguna forma a alinearse naturalmente (léase no conscientemente). Si no estarían en desventaja pues tienen estaciones en regular estado y no cuentan con la respetabilidad de una marca como Terpel.

iguales (10%), permite suponer que el resultado no es fruto del azar o de simple coincidencia, pues dada la correspondencia cuesta pensar que se trata de un simple hecho aleatorio. (subrayado nuestro)

"Frente a lo anterior, debo con el debido respeto, apartarme de los planteamientos, por cuanto la misma obra referida, en página 263 frente al vocablo dice que es de MANERA CONSCIENTE, que tiene conciencia o noción de una cosa, ello nos lleva a seguir afirmando sin equívoco, que de las pruebas recaudadas ninguna de ellas lleva a afirmar que mi cliente en forma consciente concertó con los demás investigados para acordar un procedimiento que llevara a un precio unificado de venta de la gasolina extra, cuando todos, son categóricos en afirmar, bajo la gravedad del juramento que elementos tuvieron para llegar al precio de venta del combustible, y no es como se afirma, que por el hecho de ser similares los precios, se tengan que extraer que precedió un acuerdo, y menos con mi cliente, pues, basta con tener que ninguno de los otros investigados se encuentra en zona de influencia, como para pensar siquiera que le perjudica o beneficia el tan mencionado acuerdo, cuando la Estación la Pedregosa queda por la Carretera antigua que de Bucaramanga conduce a Floridablanca, pues no es como se asegura por el Despacho, que no es necesario indagar por la voluntad del agente en el mercado, sino como actúan en él, hecho que es disímil del vocablo CONSCIENTEMENTE, en donde la conciencia y voluntad es la que prima en la determinación de pactar sobre un hecho en particular, porque no tener en cuenta dicho elemento, es castigar a quien no tiene voluntad, siendo un contrasentido en los postulados que sobre este tema se predica en el informe, donde por una parte se asegura la necesidad de actuar CONSCIENTEMENTE y por la otra se sugiera que no es necesaria la VOLUNTAD DEL AGENTE en el mercado, sino la manera como la empresa actúa en él.

"b) Que tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Considera la Superintendencia que el efecto de una conducta se traduce en el resultado que tenga la actividad desplegada dentro de un mercado, independiente que el agente busque o hubiese buscado un resultado si éste se presenta, debe ser reprochada tal conducta. Por tanto, el efecto está supeditado a la producción de un resultado, en virtud del cual hay una modificación en el mundo exterior, sin atender a que el agente hubiese tenido o no la intención de realizarlo. En donde cada minorista distribuidor de combustibles debe fijar los precios de sus productos y servicios de manera autónoma, atendiendo exclusivamente a sus costos y expectativas de operación, prohibiéndose que bajo un acuerdo se siga una línea de conducta uniforme y predeterminada.

"Si bien, para el Despacho, el que cuatro 'competidores' coincidan en un mismo precio de venta, una misma fecha y porcentaje de aumento, no puede ser obra de azar o de imposición legal, pues si bien, la estructura de precios de la gasolina extra es la misma que está dispuesta para gasolina corriente y ACPM, en cuanto a impuestos y pérdida de evaporación, al ser fijos e invariables, no sucede lo mismo con otros ítems como: el margen al distribuidor mayorista, el margen al minorista y el transporte de la planta de abasto mayorista a la estación, los cuales son de libre asignación, señalando además que el precio expedido por Ecopetrol es simplemente una referencia, y por esta razón carece de efecto vinculante para las estaciones investigadas y, de otra, que entre las aludidas estaciones se presenta una situación de paralelismo en tales precios, la cual no fue desvirtuada por los investigados.

"Frente a lo acotado por la Superintendencia en el punto tratado, encontramos que se parte de postulados encontrados, entendiéndolo que como bien lo indica la norma en comentario, numeral 1º del art. 47 del Decreto 2153 de 1992, todo acto se cimenta en el acuerdo, que como está demostrado dentro del proceso con las pruebas obrantes, por ninguna parte se vislumbra que haya sido establecido por los investigados, basta leer que todos al unísono son claros en referir que jamás concertaron para realizar el procedimiento que se investiga, menos mi cliente, que entre otras cosas lleva más de 50 años en la actividad, sin que en el transcurso de su labor tenga o haya tenido queja de hecho contrario al buen actuar de un comerciante, antes por el contrario, en muchas ocasiones ha sido galardonado por su buen desempeño en dicho ramo, como el que como lo acoté, por la ubicación de la estación la pedregosa, ningún objeto o beneficio le traería pactar o concertar un compromiso de vender a un precio determinado la gasolina extra, toda vez que las demás

"La existencia de un acuerdo:

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

"a) Por acuerdo basado en el art. 45 N° 1 del Decreto 2153 de 1992, asegura que es todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, la cuales deben tener una voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifiquen entre sí, es decir actuación conjunta y mancomunada, predicando que respecto de la venta de gasolina extra en las estaciones investigadas, se concluye una realización de un acuerdo, bajo la modalidad de una 'práctica conscientemente paralela' (el subrayado es mío).

"Se entra en el folio 9 del escrito, a hacer análisis de la palabra PRACTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA, discriminada así: Paralela. Aduce que el paralelismo implica de por sí, que las conductas desplegadas por varios agentes presentan identidad o un grado de similitud bastante estrecho, cuando quiera que el obrar de varios actores económicos se presenta en una misma línea, cuya superposición se revela casi perfecta, constatando en su decir la ocurrencia de este elemento en el presente caso, en que las estaciones investigadas fijan de manera similar los precios de la gasolina extra, realizando sus variaciones de forma sincronizada y en porcentajes prácticamente iguales.

"Lo anterior no es cierto, veamos porqué (sic), en el diccionario Pequeño Larousse Ilustrado, de Ediciones Larousse, de 1980, a página 767 encontramos el vocablo PARALELISMO, refiriéndose a dos líneas paralelas que no se encuentran por mucho que se prolonguen. (el subrayado es mío), lo anterior, aplicado al caso, nos lleva a predicar, que como bien se interpreta del numeral primero del artículo en comento, todo acto debe partir del acuerdo, aserto que no se debe perder de vista en lo que al actuar de una persona se refiere, no puede ser desligado, y como se extrae del sentido del vocablo en referencia, está distante que se pueda aplicar en el caso subjujice, toda vez que al no encontrarse jamás las dos líneas así se prologuen indefinidamente, indica que no se encontrarán nunca, o sea que no pueden existir acuerdos si lo traemos al plano personal, ya aplicado en la realidad.

"Práctica. Dice el Despacho que es el estudio continuado, costumbre o estilo de una cosa, siendo menester que se presente una sucesión fáctica de acontecimientos y no que se agote en la ocurrencia de un simple acto.

"No veo dentro de la presente investigación que lo acotado sea elemento a tener en cuenta frente a mi cliente, dado que en el mismo diccionario, en página 827, dice que es 'Uso continuado, costumbre o estilo', lo que nos lleva a predicar, que en relación a mi defendido, como bien se aprecia dentro de la investigación, hasta el momento, no tiene reparo alguno por llamado de atención frente a su actuar, en el entendido que siempre sus actos han sido independientes y autónomos dentro de los lineamientos de las leyes, decretos y resoluciones que ordenan un determinado comportamiento, sin haber concurrido en uso continuado, costumbre o estilo tendiente a contravenir norma alguna y mucho menos el concertar con otros para tales efectos.

"Conscientemente. Se aduce que se siente, piensa, quiere y obra con cabal conocimiento y plena posición de si mismo. En donde la conducta desplegada por los investigados no es mera coincidencia, sino que al asumir una acción se está en conocimiento de las condiciones bajo las cuales obran otros que se dedican a la misma actividad, que para que se de una práctica conscientemente paralela, se requiere que exista en primer lugar, la conciencia de las políticas desarrolladas por otras empresas y, en segundo lugar, se decidan seguir las o hacer que se imiten o sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda la autonomía en el actuar, no siendo necesario indagar sobre la voluntad del agente en el mercado, sino la manera como las empresas actúan en él. Confluye que la identidad de precios de las estaciones investigadas durante los meses de Abril y Mayo de 1999, con incremento de los mismos en forma sincronizada y en porcentajes

estaciones son de puntos distantes, al quedar en salidas de Bucaramanga, sino que los valores, fueron producto de la sumatoria de los costos que implica traer la gasolina hasta la estación, pasando por los impuestos, sobretasa y demás ítems, que a igual que la gasolina corriente, se deben sumar, por eso ha de mirarse los cuadros que en su momento fueron aportados por mi cliente, donde se observa la forma como se llega al valor final de venta al público, hecho que para nada tienen que ver las demás estaciones; porque no es como se manifiesta por el Despacho, que los costos no son iguales a los de la gasolina corriente, dado que en anexo 8 el ingeniero CARLOS MAURICIO CERON MENDOZA, de la UPME, que en respuesta 6 sobre el margen de comercialización minorista dice: '...Es el valor que se le reconoce al dueño u operador de una estación de servicio por la venta de un galón de combustible ya sea gasolina corriente extra o ACPM y de donde él descuenta sus costos de operación, administración y mantenimiento de la estación de servicio y obtiene su utilidad. En la 18 entre otras cosas afirma: Técnicamente se ha comprobado que la elasticidad precio de la demanda de la gasolina es muy baja, Es decir, que el consumidor no responde sensiblemente a cambios en los hábitos de consumo frente a variaciones en precio ...'.

"En anexo 9 de pruebas, el ingeniero de petróleos JULIO CESAR VERA DIAZ, en respuesta a pregunta 16 dice '...Sin embargo, si hiciéramos un análisis formal del tema básicamente se tendría la misma cadena de distribución donde Ecopetrol fija su precio al productor con una referencia paridad importación, donde existe igual un componente de impuestos, IVA 16% al ingreso del productor, un impuesto global fijado por ley, una tarifa estampilla en la cual Ecopetrol aplica la misma para el caso de la gasolina corriente y el ACPM, una sobre tasa de referencia también fijada por la UPME y unos márgenes libres tanto por el distribuidor mayorista como para el distribuidor minorista. En la 19 agrega: ... En últimas es el distribuidor minorista teniendo en cuenta que para el efecto juega el margen que le fije tanto el distribuidor mayorista como el mismo margen que él establezca para su actividad. En la 20 prosigue: ...En cuanto a la extra, si la disminución es en el ingreso al productor o en los impuestos, la disminución se debería ver reflejada en el consumidor final, con el mismo manejo de inventarios', (el subrayado es mío)

"De igual manera, en anexo 10 el ingeniero LUIS ALFONSO CORONADO ARANGO, en respuesta 13 afirma: '...en este combustible, cada agente de la cadena podrá establecer libremente el valor del ítem que le corresponda. La gasolina extra tiene sobretasa y el impuesto global, que son valores únicos definidos por ley. El ingreso al productor margen mayorista, margen minorista y transporte son fijados por Ecopetrol, distribuidor mayorista, distribuidor minorista y transportador respectivamente. En respuesta 12 sobre precios de mayoristas a minoristas dice: ...Los precios son los mismos en la mayoría de los casos,... En la 21 respecto a si es posible que en un sitio determinado existan precios iguales, aduce ... algunos distribuidores no cuentan con la suficiente utilidad para generar diferencias significativas en el margen de comercialización, pero se espera que a futuro si lo hagan . Ahora en una diferencia pequeña cuando hay muchos distribuidores es probable que el margen que determinen ciertos distribuidores minoristas sea igual, pero el margen que ponen, siempre se debe de acuerdo a su estructura de costos y a su mercado', (el subrayado es mío).

"JAIRO PEREZ TORRES, profesional de la gerencia de Comercialización de Ecopetrol, en anexo 11, en respuesta 8 asegura: 'Si, Ecopetrol vende al mismo precio a los distribuidores mayoristas. En respuesta 11 dice entre otras cosas sobre el precio final de venta de gasolina extra: ...ellos los mayoristas y minoristas están en libertad de cobrar el margen que consideren necesarios para cubrir sus costos y obtener alguna ganancia. Luego en la 12 sobre si los precios de venta al público de la gasolina extra no debe ser iguales, aduce: ...Es correcta esa apreciación, pero posiblemente al azar se encuentren dos o mas precios iguales en la gasolina extra'.

"Corolario de lo expuesto, me atrevo a afirmar sin el menor asomo de equivoco, que en el caso de marras, frente a la solicitud de sanción para mi cliente por supuesta violación a las normas tantas veces enunciadas, frente a prácticas comerciales restrictivas, encuentro que así como se analizó para el caso de la gasolina corriente y ACPM, son iguales los supuestos que se han de tener frente a la extra, toda vez que de los profesionales citados y escuchados por el Despacho, se establece en últimas, que ante el escaso o ínfimo margen que tienen los distribuidores minoristas para acceder a

un precio de venta que les permita obtener alguna rentabilidad, atendiendo que todos los distribuidores venden a los minoristas al mismo precio los combustibles, como el que los ítems tantas veces prenombrados son idénticos en gasolina corriente como extra, porque así lo aseguran los testimoniantes, conlleva a que los precios de venta al público de la gasolina extra sea similar o igual en algunas estaciones de servicio, tal y como lo señala tanto el Ingeniero JULIO CESAR, LUIS ALFONSO y el profesional JAIRO PÉREZ, personas que refieren la realidad de la situación del gremio de las estaciones de gasolina, que son concientes que las políticas del Ministerio de Minas y Energía no son las adecuadas y por ende se está llevando día a día a que la tan mencionada liberación de combustibles sea una realidad. Aunado a que en lo tocante la Estación la Pedragosa, como bien lo adujo su propietario y representante legal, se ha caracterizado por seguir al pie de la letra las normas que rigen la materia, lo que conlleva a asegurar que no es de recibo que en los más de 50 años de servicio, baya (sic) de un momento a otro a concertar con otras estaciones unos precios, que como lo expliqué, ningún beneficio le traería, dado que ninguna de ellas está dentro de zona de influencia, que llevara a pensar que de no tener precios similares, correría peligro la demanda de combustible, sumado que como se aprecia en los documentos allegados por la estación, se encuentran explicados los parámetros que desde mucho tiempo atrás se aplican para llegar al precio final de venta.

"El hecho que de los cuadros y explicaciones dadas por mi cliente guarden similitudes con lo aducido por otros investigados, ello no es prueba de concertación, pues cada uno de ellos aduce razones distintas para llegar a tales valores finales, como el que aseguran no haber pactado precio alguno, solo que atendiendo lo expuesto por los técnicos en sus juradas, puede concluirse que ante el escaso margen que dejan los distribuidores mayoristas, quienes en el decir de los mismos expositores venden al mismo precio a los minoristas, aunado a que los ítems tenidos para llegar al precio final sea igual, conduce sin discusión a que los precios finales sean por ende similares, lo que no indica que ante esa situación se deba inferir que se incurrió en PRACTICA CONSCIENTE PARALELA, presupuesto que no se establece dentro de las probanzas, antes por el contrario, del análisis realizado en el informe, se predica la ausencia del convenio o contrato en página 5, como el que en página 6 encuentra que los costos dados por la estructura de precios del Ministerio son prácticamente los mismos para todos los distribuidores minoristas de gasolina corriente y ACPM, independiente al régimen que pertenezcan, a lo cual le agregaría, atendiendo lo indicado por los profesionales que rindieron testimonio, el que tanto para gasolina extra como para corriente y ACPM, los ítems son iguales, conllevando que no se puede asegurar por una parte y con las mismas pruebas que no existe quebrantamiento de norma alguna, pero que para otra si lo hay, pronunciamiento o recomendación que no guarda relación directa con las probanzas arrojadas al investigativo, que de hecho, debo de antemano felicitar a quienes investigaron, por la profundización que sobre el tema se hizo, citando a personas que son conocedoras de lo tratado, por eso es que, siendo reiterativo, solicito de manera especial, que frente a mi cliente ESTACIÓN DE SERVICIO LA PEDRAGOSA, en cabeza de RAFAEL ANTONIO ORTIZ MANTILLA, se manifieste que no tiene su comportamiento reparo alguno, procediendo a ser exonerado de la recomendada sanción referida en el informa (sic), respecto a la venta de gasolina extra. Porque, repito, jamás contrató, se puso de acuerdo, ni directa ni indirectamente y menos confluó en practica conscientemente paralela para llegar al precio final de venta de gasolina extra, con la seguridad que al exonerarlo, se está aplicando de manera imparcial una pronta y cumplida justicia, toda vez que el actuar de mi cliente está ceñido a derecho y enmarcado dentro de los lineamientos de las normas tratadas.

- **Doctor Francisco Antonio Álvarez Lizarazo, apoderado de Rosa Emilia Londoño de Gaviria, propietaria de la Estación de servicio la aurora.**

"Los fundamentos de las opiniones y explicaciones son los siguientes:

"A. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS LEGALES DE LA INVESTIGACIÓN

"1. La investigación administrativa fue adelantada por el Jefe de DIVISION DE PROMOCION DE COMPETENCIA de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA y COMERCIO mediante Resolución 2245 del 2 de Febrero de 2.000 para determinar entre otros si la señora ROSA EMILIA LONDOÑO

DE GAVIRIA en calidad de propietaria del establecimiento de comercio denominado Estación de Servicio La Aurora autorizaron, toleraron o ejecutaron las conductas contrarias a la Libre Competencia en la modalidad de acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios y si están sujetos a las sanciones contempladas en el Decreto 2153 de 1.992, derivados de la fijación de precios de venta al público de la gasolina corriente, la gasolina extra y el ACPM durante los meses de Abril y Mayo de 1.999.

"2. Como consecuencia de dicha investigación, la SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROMOCION DE LA COMPETENCIA, rindió el informe correspondiente, en virtud del cual, concluyo:

"a) Las mínimas diferencias de los precios de venta de combustiblec (sic) corriente y ACPM de las estaciones (sic) investigadas no es otra cosa distinta al reflejo de un mercado rígido, donde el margen de movilidad de los precios de venta no puede estar dado sino por rangos estrechos como los presentados.

"b) Frente a la Gasolina extra, en algunos de los apartes se expresa 'existe un comportamiento anticompetitivo' y además '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 resultado de las fluctuaciones del libre juego de la oferta y de la demanda sino producto de un paralelismo consciente entre los competidores, que evita cualquier rivalidad en este aspecto' (pág. 13).

"3. Como fundamentos de derecho del informe presenta las siguientes normas jurídicas: Artículo 1° de la Ley 155 de 1.959 y numeral 1° del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1.992 y la Resolución 80278 del 29 de Febrero de 1.996 expedida por el Ministerio de Minas y Energía mediante la cual se implementó el régimen aplicable a la gasolina extra.

"B. FUNDAMENTOS DE LAS OPINIONES Y EXPLICACIONES FRENTE AL INFORME REALIZADO POR LA SUPERTENDENTE (sic) DELEGADA PARA LA PROMOCION DE LA COMPETENCIA:

"1. INEXISTENCIA DE ACUERDO

"El legislador en el Artículo 45 del Decreto 2153 de 1.992 definió lo que debe entenderse por ACUERDO para los efectos de promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1.959 en los siguientes términos:

" '1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas'.

"Significa lo anterior, que para que exista acuerdo debe existir cualquiera de las figuras antes mencionadas, encaminadas en el caso objeto de investigación a la realización de un comportamiento anticompetitivo.

"En el caso objeto de estudio, se argumenta que existió un acuerdo entre las empresas investigadas bajo la modalidad de 'práctica conscientemente paralela' por haberse desplegado por dichas entidades, conductas encaminadas a fijar de manera similar los precios de la gasolina extra, realizando sus variaciones de manera sincronizada y en porcentajes prácticamente iguales, de manera sucesiva y consciente.

"Para llegar a la mencionada conclusión la SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROMOCION DE LA COMPETENCIA, tuvo como base las declaraciones de algunos de los investigados o de sus representantes quienes supuestamente manifestaron tener conocimiento de los precios que asignan sus competidores. No obstante, de las pruebas recaudadas que sirvieron como base para la elaboración del informe, no se encuentra que mi representada haya realizado directa o indirectamente, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, tal manifestación. Y

mucho menos es cierto, que el conocer los precios fijados por la competencia, sea un elemento estructural para afirmar la existencia del 'acuerdo'.

"De otra parte, conviene aclarar que es derecho de los competidores incrementar los precios de los productos y mercancías cuando estas tienen un alza, y, si el alza se produce o se presenta en el mismo momento, es lo que el precio de venta debe cambiar en por lo menos el valor del incremento del precio del mayorista al minorista junto con los demás factores o elementos que hace parte del costo del producto.

"En el informe se menciona, que durante los meses de Abril y Mayo de 1.999, los precios de la gasolina extra en las estaciones investigadas se incrementaron en forma sincronizada y en porcentajes iguales, de donde suponen que se está en presencia de un acuerdo y no de un hecho aleatorio o de una coincidencia. Pero no tienen en cuenta, que en esos meses, se produjo un incremento del precio de la GASOLINA EXTRA del mayorista al distribuidor minorista, al igual que un incremento en los valores relacionados con: pérdida por evaporación, transporte entre planta de abasto y estación de servicio y sobretasa que a todos los distribuidores indiscutiblemente afectaba por igual independientemente de sus costos fijos.

"Es por ello que, conforme a las pruebas recaudadas y al análisis realizado en el informe podemos manifestar que LA ESTACION DE SERVICIO LA AURORA no participó en ningún acuerdo o práctica conscientemente paralela, pues simplemente lo que se hizo fue incrementar los precios como base en el mayor valor cobrado por TERPEL en calidad de mayorista y en los otros ítems que hacen parte del precio de costo de la Gasolina extra.

"Conforme a lo expuesto, conviene recalcar que no se puede vincular a mi representada en una práctica conscientemente paralela, cuando nunca existió acuerdo, ni concertación con los demás competidores, también investigados, y, cuando los incrementos en los precios de la gasolina extra, obedecieron entre otros al mayor valor cobrado por TERPEL en el precio de la gasolina extra, a la sobretasa, al transporte y a la pérdida por evaporación, que se presentó en los mismos periodos para todas la (sic) Estaciones de Servicio.

"2. INEXISTENCIA DE PRACTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA

"En el texto del Informe objeto del presente análisis, encontramos que para el Despacho de la SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROMOCION DE LA COMPETENCIA, el hecho de que las estaciones de servicio investigadas registren paridad en los precios de venta de la gasolina extra, durante los meses de abril y mayo de 1.999, 'es una situación que llama poderosamente la atención' y por lo cual el Despacho advierte que existe un acuerdo bajo la modalidad de 'práctica conscientemente paralela', la cual a su juicio de (sic) presentó 'de manera constante' todo ello expresa aunado a 'una coincidencia en sus incrementos'

"Al respecto conviene advertir, que para que exista infracción a las normas protectoras de la competencia debe probarse una acción concertada de varias empresas orientadas a lograr su objetivo común contrario a la ley. Y no puede, predicarse tal concertación cuando no se ha acordado entre ellas definir e implementar los precios de manera uniforme, ni se ha imitado por ellas un comportamiento, sino simplemente se han incrementado los precios de la gasolina extra, sobre la base del incremento en el precio de compra de la misma y demás constitutivos del costo (transporte, pérdida por evaporación y sobretasa).

"Para poder calificar conductas paralelas como prácticas concertadas o acuerdos, se requiere que las conductas adoptadas estén precedidas de coordinación y cooperación, es decir, de un acuerdo de voluntades, donde se conozca que la conducta adoptada por la empresa es paralela a la de otra u otras con las que previamente se ha concertado todo ello con la finalidad de sustraerse de los riesgos de la competencia.

"Al respecto conviene advertir que de ninguna de las pruebas recaudas (sic) por la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, se puede inferir la coordinación entre las empresas investigadas para la determinación del precio de venta de la gasolina extra en los meses de Abril y Mayo de 1.999. Simplemente se infiere que por existir precios iguales e incrementos iguales o similares en los mismos períodos existe acuerdo entre ellos, otorgándole a dichos precios la connotación de 'un verdadero indicio de concomitancia' (folio 10).

"Es que la normatividad contenida en el Decreto 2153 de 1.992 exige como elemento de las prácticas conscientemente paralelas el 'a sabiendas', es decir, que se haya realizado el acuerdo conociendo que se hace con los demás competidores, inscribiéndose con ello nuestra legislación dentro de la teoría objetiva y absoluta que exige verificar que la conducta desplegada ha sido previamente acordada, respondiéndose simplemente porque se ha obrado de manera concertada, sin necesidad del elemento subjetivo de la culpa.

"Es así como para establecer la existencia de una práctica conscientemente paralela no basta probar la existencia de precios iguales o de incrementos iguales y en los mismos períodos, sino además la existencia de una concertación entre los diferentes investigados, elemento que a todas luces resulta extraño o ajeno en la presente investigación.

"Es que en el material probatorio no se encuentra presente tal elemento, como tampoco lo encontró la Superintendente Delegada al realizar el análisis probatorio en el estudio con el que concluyó la presente investigación, pues simplemente expreso que se estaba en presencia de 'un verdadero indicio de concomitancia', el cual consideraba 'robustecido con lo declarado por los representantes legales de algunas de las estaciones investigadas, quienes manifestaron tener conocimiento el (sic) precio que asignan sus competidores', dentro de los cuales no se incluye a mi representada.

"Ello significa que la conclusión a la que llega la SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROMOCION DE LA COMPETENCIA del paralelismo en que participó mi representada, carece del elemento esencial 'a sabiendas', razón por la cual su decisión sobre la existencia del acuerdo bajo la modalidad antes mencionada, debe desecharse.

"Finalmente, quiero recalcar el principio de que la ley no puede interpretarse aisladamente, ni mucho menos las pruebas cuando ellas simplemente permiten concluir la existencia de precios uniformes, pero no la existencia de un acuerdo bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela.

"3. INEXISTENCIA DE PRECIOS CONCERTADOS

"Estudiado el material probatorio que fuera la base del informe rendido por la Superintendente Delegada para la promoción de la competencia, encontramos que existe coincidencia en el precio de venta de la gasolina extra por las estaciones de servicio investigadas, pero dicha simetría no pone en evidencia la concertación entre ellos de los precios del mencionado combustible, pues simplemente refleja como lo mencionamos anteriormente el incremento en los precios de la gasolina extra, de la sobretasa y de la pérdida por evaporación, factores estos que se convierten en elementos indispensables para la determinación del precio.

"Observamos que en la investigación se desconoce el principio constitucional de la presunción de inocencia del investigado, toda vez que la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, en lugar de ella tener la carga de la prueba para efectos de acreditar la existencia de la práctica conscientemente paralela, partió del hecho que era a los investigados a quienes les tocaba probar o desvirtuar la práctica concertada contraria a la libre competencia, al expresar en el folio 14 que las estaciones de servicio no desvirtuaron la situación de paralelismo.

"Significa lo anterior, que las pruebas recaudadas simplemente permiten concluir sobre la existencia de precios coincidentes, pero no sobre la existencia de precios concertados, ni de prácticas conscientemente paralelas.

"4. INCONGRUENCIA DEL INFORME CON LAS PRUEBAS RECAUDADAS

"El hecho que uno de los investigados - Dr. GUSTAVO MONTOYA PUYANA, en calidad de Representante Legal de TERPEL BUCARAMANGA S.A.- haya manifestado en sus declaraciones que él determinaba el precio del combustible y lo implementaban para las estaciones de servicio de su propiedad, no significa que tal determinación conllevara un acuerdo con las restantes estaciones de servicio del área metropolitana de Bucaramanga, ni que con base en ello todas las estaciones de servicio que no fueran de propiedad de TERPEL BUCARAMANGA, siguieran los lineamientos y directrices fijadas por TERPEL BUCARAMANGA S.A. para las estaciones de servicio de su propiedad.

"Por tanto, no puede inculparse a mi representada en una conducta constitutiva de un acuerdo en los términos previstos en el Decreto 2153 de 1992, cuando ella de ninguna manera determinó junto con los demás competidores investigados el precio de venta de la gasolina extra, ni acordó con sus competidores implementar dicho precio.

"MATERIAL PROBATORIO

"Como pruebas de los argumentos expuestos, solicito se tengan la totalidad de las recaudadas por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA PROMOCION DE LA COMPETENCIA de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA (sic) Y COMERCIO dentro de la presente investigación.

"Adicionalmente solicito se tengan como tales, las siguientes:

"a. Facturas de (sic) Cambiarias de Compraventa N° 00102770 del 22 de Abril de 1.999 y N° 00103925 del 8 de Mayo de 1.999 expedidas (sic) por TERPEL BUCARAMANGA S.A. a la ESTACION DE SERVICIO LA AURORA - ROSA EMILIA LONDOÑO DE GAVIRIA, correspondientes a los meses de Abril y Mayo de 1999, por concepto de gasolina extra.

"b. Factura Cambiaria de Compraventa N° 00103591 del 30 de Abril de 1 .999 por concepto de sobretasa en la compra de gasolina extra, corriente y ACPM.

"FUNDAMENTOS DE DERECHO

"Como fundamentos jurídicos de la presente solicitud, me permito esgrimir los siguientes:

1. Artículo 29 de la Constitución Nacional
2. Artículo 1 de la Ley 155 de 1.959
3. Artículos 45, 46, 47 y siguientes del Decreto 2153 de 1.992
4. Circular Externa 10 del 2.001

"PETICION

"Conforme a lo expuesto, solicito muy respetuosamente al Señor Superintendente ordenar el ARCHIVO DE LA INVESTIGACION adelantada en contra de la señora ROSA EMILIA LONDOÑO DE GAVIRIA en calidad de propietaria del establecimiento de comercio denominado ESTACION DE SERVICIO LA AURORA ubicada en la Calle 32 Número 33 A - 56 de Bucaramanga, por no darse los presupuestos exigidos en la Ley para la existencia de actos contrarios a la Libre Competencia".

CUARTA: Habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

1 Tiempo y hechos investigados

Los hechos que serán objeto del pronunciamiento pueden resumirse de la siguiente manera:

Las estaciones de servicios la Estación Terminal de Distribución de Productos de Petróleo de Bucaramanga S.A.; Multiservicios la Báscula Ltda.; Rosa Emilia Londoño de Gaviria, en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio Estación de Servicios La Aurora y Rafael Antonio Ortiz Mantilla en su calidad de propietario del establecimiento comercio Estación de Servicios La Pedregosa, acordaron con el objeto de y obteniendo el efecto de, la fijación de los precios de venta al público de los combustibles corriente, ACPM y extra en la ciudad de Bucaramanga, para el periodo comprendido entre los meses de abril y mayo de 1999.

2 Adecuación normativa

2.1 Libertad vigilada y regulada (gasolina corriente y ACPM)

2.1.1 Marco Teórico

El Gobierno Nacional a través de la resolución 82438 de 1998,¹ estableció una nueva política para la fijación de precios de la gasolina corriente y ACPM., señalando que *"...a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución, los precios de venta al público por galón serán fijados libremente por cada distribuidor minorista, para las ciudades capitales de los siguientes departamentos: Antioquia, Atlántico, Bolívar, Boyacá, Caldas, Cauca, Cesar, Córdoba, Huila, Magdalena, Meta, Nariño, Norte de Santander, Putumayo, Quindío, Risaralda, Santander, Sucre, Tolima, Valle y para Santa Fe de Bogotá, D.C..."* (subrayado nuestro)

De igual forma, la citada resolución 82438² previno un régimen de libertad regulada, al establecer que a partir de su entrada en vigencia, *"...los precios máximos de venta al público por galón de gasolina corriente motor en todas las ciudades capitales de los siguientes departamentos: Amazonas, Arauca, Caquetá, Casanare, Chocó, Guainía, Guaviare, La Guajira, Vaupés, Vichada y en todos los demás municipios del territorio nacional que no se hayan incluido en el artículo quinto anterior, será el que resulte de aplicar la siguiente fórmula (...)"*.

De esta manera, las referidas normas habrían dado lugar a la creación de ambos regímenes, el de libertad vigilada, aplicable a los distribuidores minoristas ubicados en las principales ciudades de departamento y por cuya virtud, el precio de venta al público de combustibles es de libre fijación por parte de las estaciones de servicio; al paso que, el régimen de libertad regulada, aplicable a las capitales de las antiguas intendencias y comisarías, al igual que a los municipios del territorio nacional, estaría caracterizado por una clara intervención del Gobierno dado que éste determina los precios máximos de venta de los combustibles gasolina corriente y ACPM, a través del margen máximo de comercialización permitido a los distribuidores de la cadena.

En consecuencia con las normas legales, advirtió el ingeniero industrial Carlos Mauricio Cerón Mendoza, funcionario de la Unidad de Planeación Minero Energética –UPME-, que *"en las resoluciones 82438 y 82439 de diciembre de 1998 expedidas por el Ministerio de Minas y Energía, en los artículos correspondientes se mencionan las ciudades en donde aplica cada régimen. Sin embargo, es preciso anotar que el régimen de libertad vigilada aplica en la mayoría de ciudades capitales del país, con algunas excepciones que se mencionan en la resolución, y el régimen de libertad regulada, aplica en las demás ciudades del país"*, agregando en respuesta posterior que *"la Gasolina corriente y el A.C.P.M. se encuentran bajo los regímenes de libertad vigilada y libertad regulada dependiendo de la ciudad en donde se encuentre la estación de servicio (...)"*³

Por consiguiente, cualquier estación de servicios que distribuya gasolina corriente y ACPM, en el territorio nacional, estará vinculada a cualquiera de los dos regímenes a que nos hemos venido refiriendo, dependiendo del lugar en que esté ubicada.

¹ Artículo 5°.

² Artículo 6°.

³ Expediente No. 99051518, testimonio obrante a folios 680 a 685 del Cuaderno No. 2

2.1.2 Acuerdo de Precios

Al tenor de lo dispuesto en el número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se consideran restrictivos a la competencia los acuerdos entre dos o más empresas, que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre competencia, debe cumplir con los elementos mínimos establecidos en cada precepto. 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 lo anterior se cumple en los combustibles corriente y ACPM.

a. Acuerdo

Por acuerdo se entiende todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.⁴ Así, las fuentes del acuerdo en cualquiera de sus modalidades están conformadas por cualquiera de estas figuras, las cuales deben contener una voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifiquen entre sí, es decir, una actuación conjunta.

Ahora bien, en el caso *sub-exámine* pudo establecerse que las estaciones "La Pedregosa" y "La Báscula" están sujetas a los parámetros de libertad regulada dada su ubicación en los municipios anexos de Floridablanca y Girón. Ello implica que los precios máximos de venta de los combustibles corriente y ACPM, son fijados por el Ministerio de Minas y Energía, lo que termina por descartar la participación de dichas estaciones en un acuerdo que se halle orientado a determinar el precio de tales combustibles. De manera que por ser reguladas la determinación del precio se ha sustraído a su esfera individual, no pudiendo acordar algo que no está dentro de su órbita potestativa.

En cuanto a las estaciones "Terpel Bucaramanga" y "La Aurora", quienes se encuentran ubicadas dentro del perímetro urbano de la ciudad de Bucaramanga, y por lo mismo sujetas al régimen de libertad vigilada, cabe mencionar que durante el interregno analizado se presentó una situación de paridad en el precio de venta de los combustibles corriente y ACPM, mas como habrá de explicarse, tal comportamiento no es resultado ni consecuencia directa de un acuerdo anticompetitivo, sino del obrar unilateral de cada una de ellas, en el que tienen como referente el precio que el Gobierno Nacional asigna para las estaciones reguladas. En este escenario, no se evidenció entonces una confluencia de voluntades de parte de dos o más empresas como lo exige la norma, sino el ánimo de cada una de ajustarse, en forma independiente, a los precios de las estaciones reguladas.

En efecto, la proximidad de ciertos municipios al casco urbano de la ciudad de Bucaramanga, como la misma Floridablanca y Girón, puede llevar a que los minoristas de la primera tengan en cuenta el precio que determina el Gobierno para las reguladas a efectos de fijar los propios y de prevenir una situación de desplazamiento del consumo ante diferenciales sensibles en el precio.⁵ El resultado práctico de esta situación confluente en que los minoristas vigilados se muevan teniendo como referente el margen de comercialización que ha sido dispuesto para los regulados.

⁴ Decreto 2153 de 1992; artículo 45, número 1.

⁵ Frente a este punto, es importante tener en cuenta que, aproximadamente el 40% del los consumidores de gasolina corriente y ACPM, pertenecen al sector de transporte público. Este sector dadas las condiciones propias de la actividad que realiza consume primordialmente, sino en todos los caso, los combustibles descritos anteriormente.

En tal suerte, puede inferirse que la identidad de precios que registran las estaciones investigadas no resulta de un acuerdo entre ellas, sino del precio que cada una ha asignado en forma unilateral para mantenerse igual a los municipios, en su empeño de evitar el desplazamiento de los consumidores.

Lo dicho se corrobora en que el precio que establecieron las estaciones "Terpel Bucaramanga" y "La Aurora" para los combustibles corriente y ACPM, durante los meses de abril y mayo de 1999, fue el mismo que dispuso la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME- para las estaciones reguladas, a través de las resoluciones 075 y 0101 de 1999.⁶ Distinto fuera si el precio en que coinciden las estaciones difiere del asignado para las estaciones reguladas en el mismo periodo, pues allí la explicación que se ha dado quedaría sin piso.

Como corolario de lo expuesto, debemos señalar que para el caso de los combustibles corriente y ACPM., no se encuentra acreditado el primer elemento indispensable para la configuración de la norma, esto es, la existencia de un acuerdo entre dos o mas empresas.

Así las cosas, habiendo previsto la norma que se analiza, el acuerdo como requisito esencial para que se configure el supuesto de hecho descrito, y encontrando que este elemento no se advierte en el caso de los combustibles en mención, este Despacho y por substracción de materia no entrará a pronunciarse respecto de los demás ingredientes que la norma presenta, es decir, en cuanto a la configuración del objeto o del efecto de la conducta.

En todo caso, valga aclarar que el comportamiento investigado se sujeta a un periodo de tiempo circunscrito a la resolución de apertura de investigación, lo cual implica para esta Entidad valorar los comportamientos de los investigados dentro de este contexto y teniendo como base, únicamente los fundamentos de hecho a que se veía sujeto el mercado en ese momento.

2.2 Liberación absoluta de combustibles (Gasolina Extra)

2.2.1 Marco Teórico (gasolina extra)

Mediante la resolución 80278 del 29 de febrero de 1996, expedida por el Ministerio de Minas y Energía,⁷ se implementó el régimen aplicable a la gasolina extra, al establecer que, "los distribuidores minoristas de combustible podrán fijar libremente su margen de comercialización. En dicho valor quedará incluido lo correspondiente a los rubros de 'pérdida por evaporación, manejo y transporte' y 'transporte planta de abasto-estación de servicio', que figura en las resoluciones de precios expedidas hasta la fecha, por este Ministerio, para la gasolina motor extra".

La norma en mención dio origen al régimen de libertad absoluta aplicable para la gasolina extra por parte de los distribuidores minoristas del país, permitiéndoles fijar libremente su margen de comercialización y de esta manera establecer su propio precio de venta al público, lo cual de hecho generaba un ámbito de competencia en lo que hace a este tipo de combustible, pues aunque existen algunos ítems fijos en la estructura del precio, no se encuentran sujetos de manera tajante a un margen de comercialización.⁸

⁶ La UPME a través de la resolución 075 del 25 de marzo de 1999, dispuso que el precio máximo de venta, incluida la sobre tasa, para las estaciones sujetas al régimen de libertad regulada, sería de \$1.840.42 por galón corriente y \$1.511.05 por galón de ACPM., para el mes de abril. Así mismo y a través de la resolución 0101 de abril 26 de 1999, se dispuso que el precio máximo de venta, para el mes de mayo, en la gasolina corriente y el ACPM sería de \$ 2.071.30 y \$ 1.669.70, respectivamente.

⁷ Resolución 80278 de 1996; artículo 5.

⁸ Sobre el punto a la pregunta "Podría ilustrar al Despacho, sobre si es el Gobierno quien fija el precio de venta de la gasolina extra" Respondió el Ingeniero Luis Alfonso Coronado Arango "La gasolina extra fue liberada completamente en el año de 1996, es este combustible, cada agente de la cadena podrá establecer libremente el valor del ítem que le corresponda. La gasolina extra tiene la sobretasa y el impuesto global, que son valores únicos definidos por ley. El ingreso al productor, margen mayorista, margen minorista y transporte son fijados por ECOPEPETROL, por distribuidor mayorista, distribuidor minorista y transportador respectivamente".

2.2.2 Adecuación normativa

Como se mencionó en el punto 2.1.2 del presente escrito, se consideran restrictivos los acuerdos entre dos o más empresas que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

La Superintendencia 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, para el caso en estudio, deben probarse los supuestos fácticos señalados en el número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, en cualquiera de los sentidos ya indicados. Esto es:

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 presente caso:

a Acuerdo

Como ya se ha mencionado, el decreto 2153 de 1992 le confiere un significado al término "acuerdo", al señalar que corresponde a todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.⁹

Así, del análisis de precios de venta al público de gasolina extra en las estaciones investigadas se concluye la realización de un acuerdo, bajo la modalidad de una "*práctica conscientemente paralela*". En este sentido, es necesario manifestarnos sobre cada uno de los elementos que hacen parte integrante de ésta forma de acuerdo, esto es, la práctica, la conciencia y el paralelismo, en procura de establecer su ocurrencia y concomitancia frente a este combustible.

Para el cometido trazado en el párrafo anterior, creemos conveniente tratar el tema de la siguiente manera:

• Paralela

El paralelismo implica de por sí, que las conductas desplegadas por varios agentes presenten identidad o un grado de similitud bastante estrecho. Siendo más gráficos podríamos decir que esta situación tiene lugar, cuando quiera que el obrar de varios actores económicos se presenta en un mismo plano, superponiéndose uno a otro, en una alineación casi perfecta.¹⁰

Visto lo anterior, podemos constatar la ocurrencia de este elemento en el presente caso, por cuanto las estaciones investigadas fijan de manera igual los precios de la gasolina extra, realizando sus variaciones de forma sincronizada y en porcentajes idénticos, como más adelante y en detalle habrá de exponerse.

• Práctica

La práctica hace referencia al estudio continuado, costumbre o estilo de una cosa.¹¹ Así para que ésta tenga lugar, es menester que se presente una sucesión fáctica de acontecimientos y no que se agote en la ocurrencia de un simple acto.

⁹ Decreto 2153 de 1992, artículo 45, número 1.

¹⁰ En cuanto al concepto y alcance de los elementos "*práctica*", "*conscientemente*" y "*paralela*", véase: resolución 36903 de 2001 de esta Superintendencia, caso acuerdo de aerolíneas sobre comisiones a las agencias viajes, y resolución 17464 de 1999, también de esta Entidad, caso acuerdo de precios empresas avícolas.

¹¹ Diccionario de la Lengua Española, Tomo 2, página 1651.

El comportamiento paralelo descrito en el punto anterior se registra con iteración. Durante los dos meses los precios de las cuatro estaciones fueron idénticos, lo que expresado en otros términos equivaldría a decir que, en 60 oportunidades coincidieron las cuatro estaciones en la asignación de sus precios de venta en este combustible.

- *Conscientemente*

Se entiende por consciente, que se siente, piensa, quiere y obra con cabal conocimiento y plena posición de sí mismo.¹²

La conciencia hace relación a que la conducta desplegada por los investigados no sea simplemente una mera coincidencia, sino que al asumir una acción se está en conocimiento de las condiciones bajo las cuales obran otros que se dedican a la misma actividad. De esta forma, es preciso tener en cuenta que para que se de una práctica conscientemente paralela, se requiere que exista, en primer lugar, la conciencia de las políticas desarrolladas por las otras empresas y, en segundo lugar, se decidan seguirlas o hacer que se imiten o sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda la autonomía en el actuar. En este contexto, no hace falta indagar sobre la voluntad del agente en el mercado, sino respecto de la manera como las empresas actúan en él.

Bajo este contexto, la identidad de los precios de las estaciones investigadas durante los meses de abril y mayo de 1999, aunado al incremento de los mismos en forma sincronizada y en porcentajes idénticos, hace evidente que dicho resultado no es fruto del azar o de una simple coincidencia, máxime cuando estamos ante un combustible que no tiene una estructura de precios rígida y en el que varios de sus ítems son de libre asignación por el distribuidor minorista.

Para este Despacho, el que las estaciones investigadas registren paridad absoluta en los precios de venta de la gasolina extra,¹³ durante los meses abril y mayo, es una situación que llama poderosamente la atención, y si se tiene en cuenta que frente a este combustible existía desde hacía más de tres años libertad plena para la fijación de los márgenes de comercialización,¹⁴ nos encontramos frente a un verdadero indicio de concomitancia en lo actuado.

Así las cosas y habiendo definido los elementos integradores de la llamada "*práctica conscientemente paralela*", este Despacho advierte que a lo largo de la actuación adelantada se logró establecer la existencia de un acuerdo bajo la modalidad en mención, pues además de presentarse de manera constante la conducta de las investigadas de fijar de manera igual los precios de la gasolina extra, se demostró también una coincidencia en sus incrementos, denotando así una sincronización en ambos aspectos, como habrá de exponerse en la letra c) del presente acápite.

¹² Diccionario de la Lengua Española, página 340.

¹³ Durante el mes de abril las cuatro estaciones investigadas registraron el mismo precio de venta para gasolina extra, \$2.601 por galón. Este fenómeno hubo de repetirse el mes siguiente en el cual todas registraron el precio de \$2.861 por galón.

¹⁴ Declaración Ingeniero Jairo Pérez, profesional de la gerencia de comercialización de Ecopetrol.

"PREGUNTA 10: Informe al Despacho si Ecopetrol informa el precio de la gasolina extra a los distribuidores minoristas del País?

RESPUESTA: No, a nivel minorista Ecopetrol no informa el precio de la gasolina extra porque está liberada".

"PREGUNTA 11: En respuesta anterior señalaba usted que la gasolina extra se encuentra liberada, sírvase aclarar a este despacho en qué consiste y qué alcances tiene esa liberación?

RESPUESTA: La gasolina extra se encuentra liberada a nivel de márgenes mayorista y minorista, es decir, ellos los mayoristas y minoristas están en libertad de cobrar el margen que consideren necesario para cubrir sus costos y obtener alguna ganancia".

"PREGUNTA 12: Existiendo liberalidad para los minoristas de establecer su propio margen de comercialización en la gasolina extra según lo dijera usted en la respuesta anterior, podría pensarse que los precios de venta al público de este combustible no tiene porqué ser iguales?

RESPUESTA: Es correcta esa apreciación, pero posiblemente al azar se encuentren dos o tres precios iguales en la gasolina extra".

b. Carácter de empresa

Es importante tener en cuenta que, la noción de empresa contenida en el artículo 25 del código mercantil, es esencialmente objetiva y se refiere a la actividad económica que en forma organizada se desarrolla en los campos de producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o prestación de servicios. En esta perspectiva, se resalta la función instrumental del establecimiento de comercio como medio utilizado para el desarrollo de la empresa.¹⁵

Conforme con lo anterior, ha sostenido la doctrina que la noción de empresa debe estar soportada en tres perfiles fundamentales; "...a) el subjetivo o empresario; b) el objetivo o actividad económica organizada para producir, transformar, comercializar, administrar o custodiar bienes o para prestar servicios a la comunidad; y c) el funcional o conjunto de bienes que el empresario destina y organiza para desarrollar o realizar dicha actividad económica. Los tres elementos jurídicamente identificados han de coexistir siempre en razón de que son estructurales de la empresa. Si falta alguno, o todos tres no están coordinados y armonizados, la configuración de la empresa resulta imposible porque el trinomio es indisoluble."¹⁶

Para el caso que nos ocupa, la sociedad Estación Terminal de Distribución de Productos de Petróleo de Bucaramanga S.A. (Terpel Bucaramanga); Multiservicios la Báscula Ltda.; Rosa Emilia Londoño de Gaviria y Rafael Antonio Ortiz Mantilla, prestan servicios en forma organizada bajo la modalidad de actividad económica, para lo cual disponen de un conjunto de bienes, entre los que aparecen los establecimientos de comercio de propiedad de las personas naturales antes referidas. En tal suerte tienen el carácter de empresa.

c. Que tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios

La expresión efecto carece de definición legal, en esta medida debe acudirse a su sentido natural y obvio, en procura de establecer su significado y alcance; siendo así, encontramos que, en el diccionario de la lengua española el término "efecto" aparece definido como lo que se sigue por virtud de una causa o fin para que se hace una cosa.¹⁷

La Superintendencia considera que el efecto de una conducta se traduce en el resultado que tenga la actividad desplegada dentro de un mercado, es decir, independientemente que el agente busque o hubiese buscado un resultado si éste se presenta, debe ser reprochada tal conducta. Lo cual implica que la violación de las normas de competencia se configuran bien por objeto o por el efecto. Por tanto, el efecto está supeditado a la producción de un resultado, en virtud del cual hay una modificación en el mundo exterior sin atender a que el agente hubiese tenido o no la intención de producirlo.

De esta forma, el ingrediente de este supuesto normativo recae sobre el carácter ilegal y la imposibilidad que tienen las empresas de acordar los precios de sus bienes o servicios, sustrayendo este elemento a las fuentes mismas del mercado. Esta fijación puede consistir en montos idénticos o con un margen de diferencia mínimo y por lo mismo irrelevante; en porcentajes máximos o mínimos de descuento, porcentajes que fluctúan entre dos sumas, etc.

De acuerdo con el número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, concordante con el artículo 1 de la ley 155 de 1959, se hace claro en el caso particular, que cada minorista distribuidor de combustibles debe fijar los precios de sus productos y servicios de manera autónoma, atendiendo exclusivamente a sus costos y expectativas de operación, prohibiéndose por tanto que bajo un acuerdo se siga una línea de conducta uniforme y predeterminada.

Dicho lo anterior, corresponde ahora señalar que, en las estaciones investigadas tuvo lugar una fijación exacta de los precios de venta al público de la gasolina extra, para los meses de abril y mayo

¹⁵ Tomado de la obra "Introducción al Derecho Comercial" del Dr. Gabino Pinzón, Editorial Temis, 1985, página 150.

¹⁶ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Editorial Legis primera edición 1997, página 209 y 210.

¹⁷ Diccionario de la Real Academia Española, página 307.

de 1999. Lo señalado puede constatarse en las siguientes tablas, elaboradas a partir de los precios que cada una de las estaciones informó.

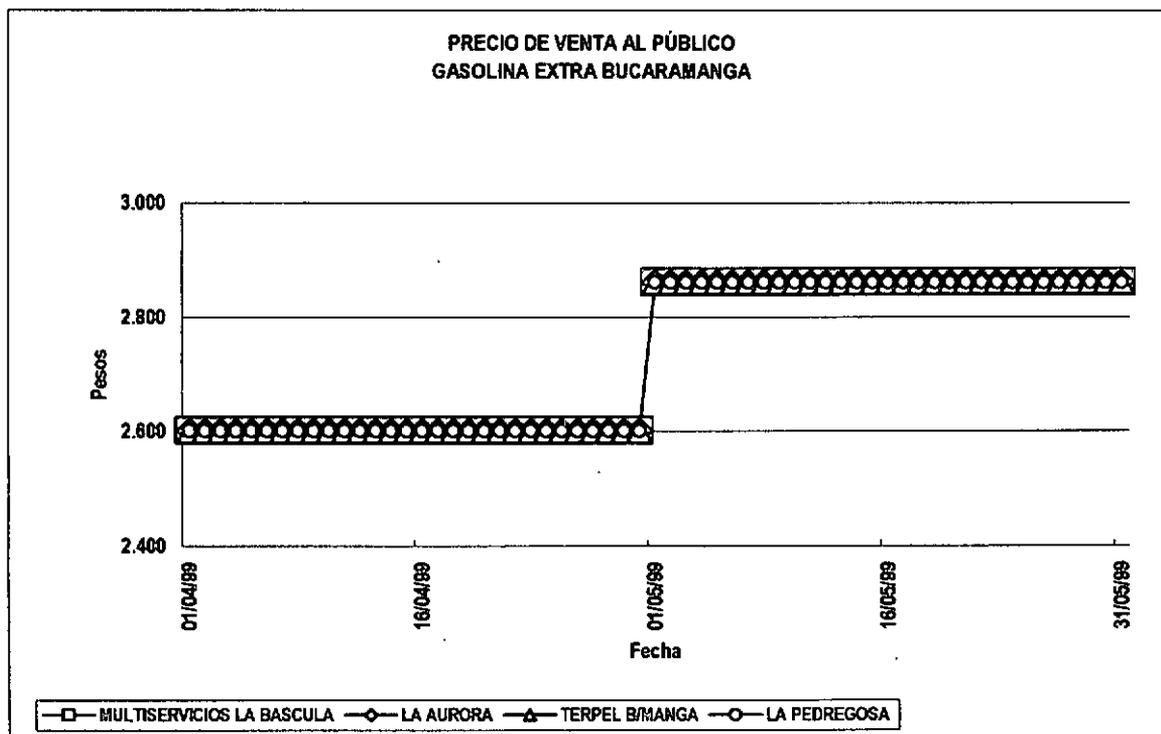
PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO GASOLINA EXTRA BUCARAMANGA

FECHA	MULTISERVICIOS LA BASCULA	LA AURORA	TERPEL B/MANGA	LA PEDREGOSA	FECHA	MULTISERVICIOS LA BASCULA	LA AURORA	TERPEL B/MANGA	LA PEDREGOSA
01-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	01-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
02-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	02-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
03-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	03-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
04-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	04-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
05-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	05-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
06-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	06-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
07-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	07-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
08-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	08-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
09-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	09-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
10-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	10-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
11-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	11-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
12-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	12-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
13-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	13-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
14-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	14-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
15-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	15-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
16-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	16-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
17-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	17-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
18-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	18-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
19-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	19-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
20-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	20-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
21-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	21-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
22-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	22-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
23-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	23-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
24-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	24-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
25-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	25-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
26-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	26-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
27-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	27-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
28-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	28-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
29-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	29-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
30-Abr-99	2.601	2.601	2.601	2.601	30-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861
					31-May-99	2.861	2.861	2.861	2.861

Fuente: Información suministrada por las estaciones de servicio investigadas, en respuesta a los requerimientos de fecha 22/05/01, Folios 10 a 48, 50 a 77, 79 a 199 y 201 a 226. Cuaderno General

La gráfica número No. 1, nos permite visualizar el fenómeno descrito.

GRÁFICA N° 1



Fuente: Información suministrada por las estaciones de servicio investigadas, en respuesta a los requerimientos de fecha 22/05/01, Folios 10 a 48, 50 a 77, 79 a 199 y 201 a 226. Cuaderno General

Es así como la conducta de los investigados y el comportamiento del mercado reflejado en la gráfica anterior, nos permite observar y concluir que las estaciones de servicios presentaron una identidad de precios, en un período de tiempo igual y sobre un combustible que desde 1996 concede libertad a los distribuidores minoristas para proceder a su asignación.¹⁸ Así mismo, al analizar el aumento que tuvo este combustible para el mes de mayo, se puso en evidencia que las cuatro estaciones de servicios el mismo día, el 1° de mayo, incrementaron el precio en el mismo porcentaje, al pasar de \$2.601 a \$2.861.

Para este Despacho, el que 4 "competidores" coincidan en sus precios de venta durante treinta días, para luego aumentarlo el mismo día y a un precio idéntico, que mantendrán invariable por treinta días más, cuando la ley les concede libertad en su determinación, rebasa el terreno simple de las coincidencias o casualidades. La situación descrita no puede atribuirse al azar ni mucho menos a una imposición legal, pues si bien, la estructura de precios de la gasolina extra es la misma que está dispuesta para gasolina corriente y ACPM., en cuanto a impuestos y la pérdida por evaporación, los cuales si se quiere, son fijos e invariables, no sucede lo mismo respecto a otros ítems como: el margen al distribuidor mayorista,¹⁹ el margen al distribuidor minorista y el transporte de la planta de abasto mayorista a la estación, los cuales son de libre asignación.²⁰ Por tanto, en gasolina extra

¹⁸ Resolución Número 80278 del 29 de febrero de 1996, Artículo Quinto "Los distribuidores minoristas de combustible podrán fijar libremente su margen de comercialización. En dicho valor quedará incluido lo correspondiente a los rubros de 'pérdida por evaporación, manejo y transporte' y 'transporte planta de abasto-estación de servicio', que figura en las resoluciones de precios expedidas hasta la fecha, por este Ministerio, para la gasolina motor extra".

¹⁹ El distribuidores mayoristas de las estaciones de servicio La Pedregosa y La Bascula es Mobil, y de la estación de servicio la Aurora y de las estaciones minoristas de Terpel, es el mismo Terpel. (Ver testimonio obrante a folios 231 a 236 del expediente, cuaderno 1)

²⁰ Declaración del Ingeniero de Petróleos Julio Cesar Vera Díaz, Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas, al afirmar:

"PREGUNTA 16: Explique al despacho si existe un régimen particular aplicable a la gasolina extra?:"

RESPUESTA: Tal como lo expliqué anteriormente la gasolina extra está fuera del control de precios de Ministerio de Minas y Energía, es decir libre en toda la cadena de distribución. Sin embargo, si hiciéramos un análisis formal del tema básicamente se tendría la misma cadena de distribución donde Ecopetrol fija su precio al productor con una referencia parida importación, donde existe igual un componente de impuestos, IVA del 16% al ingreso del productor, un impuesto global fijado por ley, una tarifa estampilla en la cual Ecopetrol aplica la misma para el caso de la gasolina corriente y el ACPM, una sobretasa de referencia también fijada por la UPME y unos márgenes libre tanto para el distribuidor mayorista como para el distribuidor minorista". (Resaltado nuestro).

están dadas las condiciones necesarias de movilidad, para que el distribuidor minorista pueda fijar su propio precio de venta, atendiendo a sus expectativas de mercado.

Adicionalmente, es importante resaltar que los costos operacionales de cada estación de servicios deben ser propios y en todo caso diferentes de los de sus competidores, toda vez que se encuentran en función de los servicios que cada agente presta y del volumen de ventas que registra, al igual que por aspectos tales como, el aprovechamiento de economías de escala y la utilización de tecnologías de punta.

Por ello, cuando los costos de operación de las estaciones de servicios dependen irrestrictamente de la actividad que cada una realiza, y la estructura de precios de esta gasolina presente ítems de libre asignación por parte de los distribuidores (como el margen de comercialización), no hay razón para que el precio de venta sea exactamente el mismo. En otras palabras, si el precio final lo conforman los costos y la expectativa de utilidad, y éstos factores como ya se vio, dependen de la actividad y del ánimo de cada distribuidor minorista, es imposible, por lo menos sin que medie un comportamiento consciente, que el precio de venta al público pueda ser idéntico para 4 competidores distintos, durante 60 días.

Aunque no puede desconocerse la necesidad que representa para un productor u oferente tener conocimiento del entorno que le rodea, a efectos de asignar sus propios precios y diseñar sus estrategias de mercado, éste comportamiento que en principio aparece como válido, dejará de serlo si tiende o logra anular factores de competencia, como el precio. Por ende, cuando lo que se pretende o consigue no es un conocimiento del mercado como instrumento de competencia sino como forma de lograr una simetría que evada la contienda por el favorecimiento de los consumidores, tal conducta dejará de ser una estrategia simple de mercado para adentrarse en el terreno de lo restrictivo, especialmente en casos como el presente, donde la mayoría de implicados aceptaron tener en cuenta los precios de sus competidores para fijar los propios, y en que pudo demostrarse que los precios de unos y otros son del todo idénticos.

Cabe agregar que en este mercado, no aplica el argumento del desplazamiento de la clientela a municipios vecinos que tomáramos en cuenta al referirnos a la situación de las estaciones sujetas al régimen de libertad vigilada frente a las de libertad regulada, dado que las condiciones bajo las que opera la distribución minorista de gasolina extra en este departamento, son las mismas para todas las estaciones de servicios del país.

En tal suerte, no puede predicarse un comportamiento individual de las investigadas al momento de asignar sus precios y que este corresponda al de las estaciones reguladas como dijéramos al referirnos a la gasolina corriente y ACPM, pues en gasolina extra tanto unas como otras gozan de la posibilidad de asignar libremente sus precios de venta, por lo que no se desvirtúa la existencia de acuerdo entre las investigadas frente a este último combustible.

La simetría de los precios, pone en evidencia un comportamiento anticompetitivo, contrario a las finalidades que se propenden con las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, especialmente en cuanto hace a que los consumidores tengan libre escogencia de los bienes y servicios, aspecto que guarda relación íntima con la pretensión de que *"...en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios"* (Subrayado nuestro)

Lo anterior guarda relación plena con los postulados consagrados en la parte considerativa de la resolución 80278 de 1996, según la cual *"...es voluntad del gobierno nacional, conducir al país de*

Declaración del ingeniero administrador Luis Alfonso Coronado Arango, asesor del Viceministerio de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, respondió:

**PREGUNTA 13: Podría ilustrar al despacho, sobre si es el Gobierno quien fija el precio de venta de la gasolina extra?.*

RESPUESTA: La gasolina extra fue liberada completamente en el año de 1996, cada agente de la cadena podrá establecer libremente el valor del ítem que le corresponda. La gasolina extra tiene la sobre tasa y el impuesto global, que son valores únicos definidos por ley. El ingreso al productor margen mayorista, margen minorista y transporte son fijados por Ecopetrol, distribuidor mayorista, distribuidor minorista y transportador". (Resaltado nuestro).

manera gradual y sin sobresaltos a un esquema de comercialización de combustibles en el cual sea el mercado el que dicte los precios...", así como la premisa Superior que recoge en su parte considerativa el decreto 1521 de 1998,²¹ al prever que, "el Estado, por mandato de ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica...", no cabe duda que la libre competencia era y sigue siendo una aspiración a la que no escapa este sector. (subrayado nuestro).

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 del libre juego de la oferta y de la demanda sino el producto de un paralelismo consciente entre los competidores, que evita cualquier rivalidad en este aspecto.²²

En consecuencia, se probó la materialización del efecto de la fijación de precios de la gasolina extra, concluyendo de una parte, que las estaciones de servicio investigadas de la ciudad de Bucaramanga y sus municipios aledaños se encontraban sometidas al régimen de libertad plena que entró a regir desde 1996, en donde el precio expedido por Ecopetrol es simplemente una referencia, y por ésta razón carece de efecto vinculante²³ para las estaciones investigadas y, de otra, que entre las aludidas estaciones se presenta una situación de paralelismo en tales precios, la cual no fue desvirtuada por los investigados.

3 Respecto a las consideraciones de los investigados

3.1 Elementos configurativos del número 1 del artículo 47

En primer término debemos señalar que, los postulados consagrados en el artículo 334 del Ordenamiento Superior establecen las políticas generales que orientan la economía nacional, y que en últimas aspiran a un sistema de libre mercado, es decir, hacia la protección y promoción de la competencia efectiva.

Lo anterior implica el ejercicio de atribuciones de carácter policivo que se ejercen a través de la inspección, vigilancia y el control del mercado y de sus intervinientes, tendiendo fundamentalmente a prevenir o corregir restricciones artificiales que se traten de imponer y que afectan de manera significativa la libre competencia.

En esta perspectiva se han conferido a esta Superintendencia facultades de tipo preventivo y represivo, que le permitan en cada caso la materialización efectiva de la pretensión constitucional, siendo así como se proscribe y sanciona por igual el objeto como el efecto de los comportamientos

²¹ Decreto 1521 de 1998 "Por el cual se reglamenta el almacenamiento, manejo, transporte y distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo, para estaciones de servicio".

²² Es de resaltar que a quienes se les formuló la pregunta de que aspectos tienen en cuenta para competir, ninguno hizo alusión al precio como factor o elemento para atraer clientela. Veamos: Declaración del señor Gustavo Montoya Puyana, representante legal de Terpel Bucaramanga.

"PREGUNTA 17: De qué manera compiten las estaciones de servicio de propiedad Terpel Bucaramanga con las demás estaciones ubicadas en dicha ciudad.

RESPUESTA: Competimos fundamentalmente con servicio, y exactitud en la medida ya que la concepción de la liberación de precios no permite todavía una verdadera competencia".

Declaración del señor Rafael Antonio Ortiz Mantilla, propietario de la estación de servicio la pedregosa

"PREGUNTA 8: La estación la Pedregosa utiliza los precios de los combustibles como una forma de ganar clientela frente a sus competidores.

RESPUESTA: La clientela mía es con atención, limpiarle su parabrisas, darles un tintico, cambiarle la moneda con su billete de 20".

- Declaración del señor Francisco Antonio Álvarez Lizarazo, en su calidad de contador de la estación de servicio La Aurora.

"PREGUNTA 9: En qué aspectos compete la estación de servicios La Aurora para llevar a cabo la venta de combustibles.

RESPUESTA: En servicios, en promociones de productos diferentes a combustibles, en rifas y sobre todo que posee un alto volumen de personal para atender los despachos al público".

²³ Las estaciones investigadas fijaron sus precios de venta por encima del que señalaba Ecopetrol para el mismo periodo. En efecto, los precios sugeridos para el cálculo de la sobretasa por parte de la gerencia de mercado y ventas de Ecopetrol para el mes de abril y mayo de 1999, fueron de \$ 2.104.00 y \$ 2.169.00 respectivamente, en tanto que los colocados por las estaciones investigadas, durante los meses descritos fueron de \$ 2.601.00 y \$ 2.861.00.

anticompetitivos, donde el primero lo constituye la simple potencialidad del acto para causar perjuicios al mercado y el segundo está compuesto por la causación real y verificable del comportamiento, de manera que cada uno y por si solo, sin requerir de la presencia del otro, se torna de suyo en restrictivo.

Por ello, el simple acuerdo de voluntades con vocación de limitar la libre competencia resulta restrictivo, pues de no ser así, tendría entonces que aguardarse a que se produzca una lesión efectiva al mercado para reprimir la conducta, borrando de un tajo la función preventiva que le corresponde a esta Entidad como ente de supervisión. Pero igual, si el efecto de la conducta se genera, es decir, si las aspiraciones porque propenden las normas de competencia, como la variedad de precios por ejemplo, resulta afectada o simplemente anulada como consecuencia directa del comportamiento de uno o varios partícipes del mercado, no hay porque escudriñar en la mente de los infractores para saber si fue esa la intención que se tuvo, pues ya el simple resultado anticompetitivo deviene *per-se* en ilegalidad.

Lo señalado no quiere decir más que la configuración de estas normas, y en particular la referente a acuerdo de precios, puede estructurarse tanto por el objeto como el efecto, por lo que aun faltando el objeto si se verifica el efecto del comportamiento, hay lugar a sanción. Por ello, la ausencia del objeto de la conducta no impide ni mucho menos coarta a esta Entidad, para analizar su efecto en el mercado, en procura de determinar si se presenta o no una práctica comercial restrictiva, como sucedió en el presente caso.

En esta medida, aunque no se haya vertido en documento el acuerdo respecto a la fijación de precios de los combustibles y no sea posible advertir la presencia del objeto de la conducta, se demostró en todo caso la materialización de su efecto, suficiente ya para la configuración de la norma. Recuérdese que desde el mismo informe motivado, al referirse a la adecuación normativa del numeral 1° del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, hubo de precisarse que "...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". (subrayado nuestro)

Desde ese preciso momento se estaba dejando por sentado, que el mismo precepto normativo comprende dos supuestos fácticos distintos e independientes, cada uno susceptible de configuración propia, para posteriormente entrar a precisar que en el caso *sub-examine* se hacía patente el efecto de la norma, toda vez que el precio fijado por las estaciones investigadas era en esencia uno mismo.

De manera pues que, la ausencia de prueba del objeto de la conducta no desarticula la composición de la norma, pues ésta y como sucedió en el presente caso, puede configurarse a partir del resultado anticompetitivo que se produjo como consecuencia directa de un práctica conscientemente paralela. Lo anterior se traduce en que tanto el objeto como el efecto de la conducta se toman en restrictivos de la competencia, más no es necesario que se acrediten en forma conjunta y concomitante, basta simplemente que cualquiera de ellos tenga lugar para que la conducta ya entrañe una ilegalidad.

Por ello, aunque no haya sido establecida la existencia del objeto de la conducta se mantiene la configuración normativa pues de cualquier manera se produjo el efecto que se pretende evitar, el de la fijación de precios como resultado del paralelismo consciente entre las estaciones de servicios investigadas.

Así las cosas, queda claro que el supuesto normativo a que nos venimos refiriendo, no exige ni tampoco presupone elementos adicionales a la existencia del acuerdo, y el objeto o el efecto de la conducta, con la advertencia ya hecha.

En esta perspectiva se tiene que cualquiera otro aspecto distinto a los ya mencionados resulta irrelevante para la estructuración de la norma. Por consiguiente, los beneficios económicos que hayan percibido los acordantes, el daño irrogado al mercado, la prolongación de la conducta, el tipo de producto sobre el que pudo recaer el acuerdo, etc, son todos aspectos que aunque podrían tenerse en un momento dado como agravantes de la conducta, no resultan esenciales para la tipificación de la conducta.

Lo mismo puede decirse respecto de la supuesta falta de intención de los investigados de causar una indebida limitación de la competencia, ya que resultan irrelevantes las razones o fines ulteriores que hayan precedido la conducta de los investigados.

Es con fundamento en lo anterior que las circunstancias descritas por los apoderados, a través de las cuales pretenden excluir su responsabilidad por la ejecución de la conducta investigada no son de recibo para esta Superintendencia, en la medida en que no atañen a los supuestos fácticos de la norma investigada y no tienen influencia directa en su encuadramiento.

3.2 Práctica conscientemente paralela

Siguiendo los argumentos expuestos anteriormente sobre el punto, es claro para esta Entidad la existencia de un acuerdo bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela y su efecto en el mercado de distribución de combustibles.

En efecto, la conducta desplegada se torna en una verdadera práctica en cuanto el comportamiento de los investigados se repite a lo largo de todo el periodo investigado. No se trata de un hecho aislado que pueda atribuirse una simple casualidad pues fueron 60 las veces en que las cuatro estaciones fijaron sus precios de manera idéntica, alineando su obrar en el día a día y generando un comportamiento perdurable en el tiempo.

La práctica se evidenció dentro de los meses de abril y mayo de 1999, que fue el periodo dentro del cual se enmarcó la investigación, razón por la que no hay lugar a duda en cuanto a la concurrencia de este elemento.

En este orden debemos mencionar que, las variaciones en el comportamiento de los investigados reafirman en todo caso la existencia de un paralelismo consciente, pues está claro que si antes obraban de una manera independiente y ahora lo hacen en forma conjunta, es porque debe mediar un acuerdo.

Respecto a la conciencia, valga recordar que este elemento corresponde al conocimiento de la forma en que otros se comportan y al ánimo de obrar en el mismo sentido, o tratar de ser imitado, por lo que no se requiere un fin ulterior pues como se explicara en el punto 3.1, las normas sobre prácticas comerciales restrictivas también reprimen el efecto de una conducta.

En el presente caso se estableció que la fijación idéntica de los precios en las estaciones analizadas es el resultado de una práctica conscientemente paralela, en la que todas las estaciones resolvieron obrar de una misma forma, como lo muestran sus precios de venta y los aumentos que realizaron.

Por ello lo argumentado en el sentido que cada estación tiene su propia política de fijación de precios carece de validez, pues de ser así simplemente sus precios serían independientes o cuando menos diferentes, ya que como quedara expuesto, la estructura de precios no es rígida respecto a los márgenes de comercialización, ni al transporte de la planta de abasto, aunado al hecho de que los costos de operación no son los mismos para todas las estaciones de servicios.

Frente a esta situación, se recuerda a los investigados que el Despacho desvirtuó mediante el acervo probatorio recolectado durante la instrucción el argumento de la mera coincidencia, pues la existencia de un margen minorista libre para todas las estaciones desde el año de 1996, y el comportamiento seguido durante el periodo de tiempo analizado, permiten observar que los precios

asignados no son un reflejo del mercado, del choque entre la oferta y la demanda, sino de un paralelismo consciente entre las estaciones investigadas.

En este sentido, no comparte este Despacho lo afirmado por el Dr. Francisco Álvarez Lizarazo, cuando dice que la normatividad contenida en el decreto 2153 de 1992 exige como elemento de las prácticas conscientemente paralelas el "a sabiendas", ya que el número 1 del artículo 47 del mencionado decreto, determina en forma clara los elementos configurativos de la conducta, entre los que se destaca el acuerdo como expresión de voluntad, para el caso concreto en la modalidad de práctica conscientemente paralela, que junto al efecto permiten tipificar el comportamiento de los investigados dentro de las normas de prácticas comerciales restrictivas.

Vale la pena dejar en claro, que la norma en análisis no contiene en si misma el concepto "a sabiendas" en los términos planteados por el recurrente, ya que con la prueba del efecto del acuerdo, se da el encuadramiento del comportamiento y permite determinar la violación de las disposiciones de competencia.

3.3 Estructura de Precios de la gasolina extra

Tal y como se expusiera a lo largo de la presente resolución, la gasolina extra se encuentra fuera del control de precios del Ministerio de Minas y Energía y aunque su estructura de precios puede resultar en ciertos aspectos similar a la fijada para los combustibles corriente y ACPM, difiere sustancialmente en otros puntos, tales como la asignación de los márgenes de comercialización para los distribuidores mayorista y minorista, así como en lo que atañe a los fletes de transporte, los cuales son de libre asignación por cada uno de los intervinientes de la cadena de distribución.

Existiendo las diferencias ya mencionadas, resulta claro que este combustible presupone un ámbito facultativo mucho más amplio, en cuanto que no está sujeto por una estructura rígida de precios, lo que en últimas se traduce en la posibilidad de asignar valores propios y en todo caso diferente a los de los competidores.

El que las estructuras de precios sean iguales en algunos de sus ítems, no justifica una coincidencia exacta de los precios de ventas y la consecuente anulación de competencia, pues como ya se dijo, otros puntos son de libre asignación, aunado al hecho de que los costos de operación de cada estación están dados en razón a los servicios que presten o el volumen de ventas que tengan, por lo que no podrán ser iguales. Pero si lo dicho no resulta suficiente, debe recordarse que en este combustible no existe un precio máximo de venta y que cada distribuidor goza de plena libertad para asignar sus propios márgenes de comercialización, lo que termina por dejar sin piso las justificaciones que se pretenden aducir amparadas en una supuesta imposibilidad de fijar precios propios y diferentes a los de los demás competidores.

3.4 Comunidad Probatoria

La responsabilidad de cada una de las estaciones investigadas se estructuró a partir de los elementos que integraban el acervo probatorio, lo que permitió a este Despacho formarse un convencimiento respecto a la configuración de la conducta a que nos hemos venido refiriendo.

Fue entonces con fundamento en las pruebas recaudadas que esta Entidad concluyó que entre las estaciones mencionadas se presentó una situación de paralelismo consciente en la determinación del precio de venta de la gasolina extra. De esta forma la valoración conjunta de las respuestas a los requerimientos de información formulados por esta Superintendencia, los interrogatorios practicados y los testimonios absueltos, así como los distintos indicios que se configuraron a partir de hechos ciertos y probados, permitieron a esta Superintendencia edificar una conclusión de lo ocurrido.

En consecuencia, este Despacho realizó inferencias luego de analizar el comportamiento asumido por las respectivas estaciones, en donde las deducciones se mantienen dentro de una racionalidad jurídica-económica y parten siempre de hechos debidamente acreditados dentro de la actuación, como por ejemplo: la diferencia de costos operacionales, la libertad en la asignación del margen de

distribución, la identidad en los precios de venta en cada una de las estaciones, los aumentos sincronizados y en porcentajes iguales, aspectos éstos que concuerdan y convergen en un mismo sentido,²⁴ el de la realización de una práctica conscientemente paralela.²⁵

Por manera que todas las pruebas fueron valoradas en su conjunto bajo los lineamientos previstos por la ley, es decir, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.²⁶ A este respecto se ha sostenido que, "la convicción del juez debe haberse formado, libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con las reglas de la sana crítica".²⁷

Bajo esta premisa, la decisión adoptada por este Despacho se erige en una comunidad probatoria, de la que participaron todos los investigados desde el momento mismo en que se les corrió traslado de la resolución de apertura para que aportaran y solicitaran las pruebas que pretendían hacer valer en su causa propia, como efectivamente hicieron.²⁸

3.5 Ley de fronteras

La denominada ley de fronteras (ley 681 de 2001) entró a regir el 9 de agosto de 2001, es decir, casi 2 años después de ocurridos los hechos que se investigan. Del mismo modo, es preciso señalar que la referida ley contiene previsiones aplicables para aquellos departamentos que se encuentran

²⁴ Al tenor del artículo 250 del código de procedimiento civil, "el juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso".

²⁵ Sobre este punto se ha expresado lo siguiente, "Un primer elemento que debió tratarse fue la diferencia conceptual entre las 'prácticas concertadas' y los 'acuerdos' entre competidores. En esta ocasión, la Superintendencia sostuvo que, si bien ambas prácticas requieren un intercambio de consentimientos de las empresas en ejecución de la práctica, las prácticas concertadas requieren, además, la ejecución material de lo acordado. Según este criterio existen diferencias fundamentales a la hora de demostrar un acuerdo y una práctica concertada. En el primero de los casos, basta obtener un instrumento escrito con el cual se pueda identificar la intención de coludir., independientemente de si ha ejecutado o no. En el segundo caso, por su parte, no existe (o más adecuadamente, no puede probarse la existencia de) un acuerdo expreso entre las partes, pero de las actuaciones de las empresas puede inferirse que tal acuerdo existe.

"En el caso particular de las empresas productoras de premezclados en la zona metropolitana de Caracas, la Superintendencia que a pesar de no haberse probado la existencia de un acuerdo expreso entre ella, existían indicios de que se estaba llevando a cabo una práctica concertada.

"En este sentido se establecieron elementos necesarios para la demostración de la práctica concertada, para lo cual Procompetencia utilizó como referencia decisiones líderes de la Comisión de las Comunidades Europeas en dicha materia, a saber: el caso (colorantes) S.A. Francaise des matieres colorantes(Francolor) vs. Comisión de las Comunidades Europeas (36) y el caso (Industria del Azúcar) Suiker Unie c. vs. Comisión de las Comunidades Europeas (37). En efecto, las decisión de Procompetencia utiliza los principios encartados en dichas decisiones para expresar que es contrario a las reglas de competencia "que un productor coopere con sus competidores, en cualquier modo, para determinar un curso coordinado de acción relativo a los incrementos del precio y asegurar su éxito eliminando previamente toda la incertidumbre en relación con la conducta de los otros en relación con los elementos esenciales de actuaciones tales como el importe, objeto, fecha, y lugar de los incrementos". Tomado de la página web de la Superintendencia de Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela, www.procompetencia.gov.ve (subrayado nuestro)

En un caso de paralelismo conciente entre dos empresas productoras de oxígeno medicinal líquido, manifestó Procompetencia que "existían indicios graves, precisos y convergentes que no dejaban lugar a dudas acerca de la realización de una práctica concertada, tales como la conducta paralela en la emisión de listas referenciales de precios con fechas de vigencia exactamente iguales para las empresas involucradas, contactos entre las empresas. Por otra parte la característica del mercado de oxígeno líquido que hacían más probable la realización de una práctica concertada: concentración del mercado, la publicidad de las listas de precios como forma de control del cartel, la homogeneidad del producto como elemento para lograr la ejecución de la práctica y la estabilidad de la demanda. Por todas esas razones, la Superintendencia decidió que las empresas investigadas eran culpables de prácticas concertadas para fijar precios". Tomado de la página web de la Superintendencia de Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela, www.procompetencia.gov.ve

²⁶ De acuerdo con el artículo 187 del código de procedimiento civil, "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos"

²⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. "Manual de Derecho Probatorio", Ediciones librería el Profesional, Bogotá, 1995, pág. 6.

²⁸ Dentro del procedimiento contenido en inciso 2° del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, aplicable a investigaciones por prácticas comerciales restrictivas, se establece que "cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretende hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes".

contiguos a países limítrofes tales como: Nariño y Norte de Santander.²⁹ En esta perspectiva se advierte entonces que la mencionada ley carecía de relación directa con la conducta de las estaciones investigadas.

Lo mismo puede decirse de las situaciones de contrabando y hurto de combustibles que aunque lamentables para la estabilidad del sector, ninguna relación tienen con la investigación por acuerdo de precios que se llevó a cabo.

3.6 Carga de la Prueba

La noción de carga de la prueba se circunscribe a dos supuestos, el primero orientado a la responsabilidad de las partes para acreditar la ocurrencia o no de los hechos objeto de investigación y que le sirven de supuestos a las normas cuya aplicación hoy se estudia, en tanto, que el segundo apunta a direccionar a la administración la forma como debe fallar cuando no parecen probadas las circunstancias que sirvieron de base para proferir la correspondiente resolución de apertura.³⁰

Sujetos a las disposiciones sobre la materia, se precisa que la Superintendencia jamás trasladó a los investigados la carga de la prueba tendiente a establecer la existencia de la fijación del precio de la gasolina extra como contraria a las normas de promoción de la competencia. Por el contrario, orientados en los principios de la actuación administrativa se decretaron y practicaron las pruebas pertinentes, conducentes y que fueron útiles para verificar el comportamiento descrito anteriormente.

Sin embargo, el hecho de afirmar que las "estaciones no desvirtuaron la situación de paralelismo", apunta a dejar clara la actitud pasiva de los investigados a su deber de controvertir las pruebas practicadas por esta Entidad y no de trasladar la carga de la prueba, pues una vez evacuado el material probatorio fue clara la existencia de la conducta bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, sin que existiera actuación alguna que nos permitiera sostener una posición contraria a la ahora asumida.

3.7 Responsabilidad por actos de ejecución del Representante Legal

De conformidad con el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones "...imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto...".

Es bajo esta premisa legal que se cualifica por parte de esta Entidad la conducta del representante legal, ya que debido al cargo que ocupa tiene la facultad de autorizar, ejecutar o tolerar el comportamiento o conducta que en últimas puede violar las normas de competencia.

Así las cosas, este Despacho no cuestionó de manera alguna el comportamiento lógico de fijación de precios que tiene el doctor Puyana, ni mucho menos se le asignó el carácter de ilegal, simplemente, a partir de la materialización del acuerdo hicimos una relación con la conducta desplegada por el representante legal de la sociedad Terpel Bucaramanga, con el fin de establecer su grado de participación y así determinar su responsabilidad por autorizar, tolerar o ejecutar efectivamente la conducta anticompetitiva en estudio.

²⁹ En relación con el punto, el Ingeniero Julio César Vera frente a la pregunta: "Sabe usted de si el Gobierno asigna para los distribuidores minoristas cupos para la distribución de combustibles en las ciudades sometidas al régimen de libertad vigilada?". Manifestó: "Tal como lo manifesté anteriormente, dichos cupos se fijan únicamente para ciudad de Pasto en aplicación del artículo 55 de la ley 191 de 1995. Sin embargo, con la expedición de la ley 681 de 2001, o llamada ley de gasolina en fronteras, para las capitales de los departamentos fronterizos y demás municipios cubiertos por esta ley, se han fijado volúmenes máximos a distribuir y consumir en estaciones de servicio y grandes consumidores respectivamente, por cada municipio fronterizo donde le aplicaría la libertad vigilada a las ciudades capitales de Cesar, Guajira, Nariño y Norte de Santander".

³⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. *Ibidem*. Pagina 47 y ss.

En todo caso, es importante recalcar que durante la presente actuación administrativa no logró demostrarse que los investigados estuvieran en imposibilidad de obrar de una manera diferente a la que mereció reproche de esta Entidad. No se acreditó que lo expresado por la resolución 80278 de 1996, en el sentido que sea "...el mercado que dicte los precios", carezca de aplicación real y efectiva.

4 Autorización, ejecución y tolerancia

De acuerdo con lo establecido en número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio se haya facultado para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude dicho decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional.

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 Española, se entiende por autorizar, "*dar a una 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

Así pues, respecto de cada uno de los representantes legales investigados, es necesario establecer si los mismos incurrieron en alguna de las conductas que atrás se mencionan, con el fin de determinar si tienen algún grado de responsabilidad, veamos:

Respecto de los representantes legales de las sociedades Estación Terminal de Distribución de Productos de Petróleo de Bucaramanga S.A. y Multiservicios la Báscula Ltda., se encontró que ejercían la representación legal al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de la denuncia, tal y como obra a folios 231 a 236 y 256 a 259 del cuaderno No 2 del expediente. Por tanto, y teniendo en cuenta que dentro de sus funciones estaba la de asignación de precios de los referidos combustibles y el control de la estación, según los mismos reconocieran,³⁴ se desprende que al

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

³² *Ibidem*, página 509.

³³ *Ibidem*, 1269.

³⁴ Gustavo Montoya Puyana, representante legal de Terpel Bucaramanga manifestó.

"PREGUNTA 4: Sírvase manifestar a este despacho si actualmente ejerce la representación legal de Terpel Bucaramanga y en caso afirmativo manifieste desde qué fecha.

RESPUESTA: Soy el representante legal de Terpel Bucaramanga pero en éste momento, está como Gerente encargado Javier Monroy, puesto que a mi también me tienen encargado de la gerencia de Terpel Sur en Neiva, desde junio del 96 asumí la representación de Bucaramanga y desde marzo de este año es que Javier Monroy está encargado de Bucaramanga y yo de Neiva"

"PREGUNTA 6: Señor Montoya concretamente en cuanto se refiere a las estaciones del Bosque y el Triángulo indique a este despacho, quién determina los precios de los combustibles que estas estaciones ofrecen al público.

RESPUESTA: La indicación general para la determinación de precios de todas las estaciones propias la hace la gerencia y las implementa la subgerencia comercial".

Javier Castillo Granados, exgerente de Multiservicios La Báscula Ltda manifestó:

"PREGUNTA 3: Laboró usted en la estación de servicios La Báscula Ltda. y en caso afirmativo desempeñando qué cargo y por cuánto tiempo.

RESPUESTA: Era el gerente y representante legal de Autoservicio la Báscula, por dos años, creo que iniciamos en el año 97 y se liquidó en noviembre 25 del 99."

haberse presentado el acuerdo sobre este aspecto con las demás estaciones, habría ejecutado, permitido o cuando menos tolerado el comportamiento que dio lugar a la infracción del número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Aunque lo dicho en punto a la responsabilidad de los representantes legales de las sociedades: Estación Terminal de Distribución de Productos de Petróleo de Bucaramanga S.A.; Multiservicios la Báscula Ltda. podría predicarse de las demás personas naturales investigadas, debe precisarse que el artículo segundo de la resolución de apertura No. 2245 de 2000, tan solo vincula al representante legal de la estación referida por la presunta infracción al número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992. En concordancia con lo expuesto, debemos señalar que no es posible establecer esta forma de responsabilidad de parte de los propietarios de las demás estaciones investigaciones, por cuanto éstas no tienen forma societaria sino de simple establecimiento de comercio, y en tal suerte carecen de representación legal, por ello la sanción aplicable a estas últimas únicamente puede configurarse dentro de los parámetros que establece el número 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

5 Monto de la Sanción

De acuerdo con el número 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

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 los precios de los combustibles gasolina extra fueron iguales entre todas las estaciones investigadas, durante el periodo analizado.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta la incidencia que presenta el valor de estos combustibles en la economía general de la región, como que el comportamiento realizado afectaba a un sector amplio de la población, este Despacho considera la necesidad de imponer a cada una de las estaciones investigadas y que fueron encontradas responsables de la infracción al número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, una multa que guarde relación con los ingresos que cada una de las estaciones percibió durante el periodo investigado, de la siguiente manera:

Estaciones	Sanción
MULTISERVICIOS LA BÁSCULA	\$ 8.800.000
LA AURORA	\$ 8.500.000
TERPEL BUCARAMANGA	\$ 8.800.000
LA PEDREGOSA	\$ 8.800.000

6 Instrucción

De conformidad con el número 21 del artículo 2° del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra facultado para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplir las disposiciones en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, fijando criterios que faciliten su cumplimiento.

En ejercicio de la atribución señalada, este Despacho determina que la Estación Terminal de Distribución de Productos de Petróleo de Bucaramanga S.A.; Multiservicios la Báscula Ltda.; Rosa Emilia Londoño de Gaviria, en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio, Estación

de Servicios La Aurora y Rafael Antonio Ortiz Mantilla en su calidad de propietario del establecimiento comercio, Estación de Servicios La Pedregosa, deberán en lo sucesivo allegar a esta Entidad y por separado, en medio impreso y magnético, una certificación en que se de constancia del procedimiento seguido para la fijación de los precios de venta al público de la gasolina corriente, A.C.P.M. y extra, así como los precios diarios que asignados para cada uno de estos combustibles, en cada uno de los periodos que se señalan en el párrafo siguiente.

La anterior información deberá allegarse a esta Entidad dentro de los primeros quince (15) primeros días de los meses de junio, septiembre y diciembre del año en curso, y de los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre del 2003. En todos los casos las respectivas constancias deberán estar suscritas por el propietario o representante legal del establecimiento, según corresponda, y dictaminadas por contador público.

Igualmente, deberán publicar dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución en un diario de amplia circulación departamental, que las políticas de fijación de precios de sus estaciones se encuentran ceñidas a las normas del Ministerio de Minas y Energía, y por lo tanto que existe una libertad en la fijación del precio de venta al público de los combustibles gasolina corriente, ACPM y de la gasolina extra por encontrarse liberado el precio venta desde el año de 1996.

Copia del diario en que fue publicado el aviso deberá ser aportado dentro de los treinta (15) días siguientes a la fecha de su circulación, junto con una certificación del representante legal o gerente de cada una de las estaciones.

Se advierte que el incumplimiento de la presente instrucción, podrá dar lugar a la imposición de sanciones, tal y como lo dispone el número 2 del artículo 2° del decreto 2153 de 1992.

QUINTO: 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 13 de Marzo de 2002 se escuchó al Consejo Asesor.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por la Estación Terminal de Distribución de Productos de Petróleo de Bucaramanga S.A.; Multiservicios la Báscula Ltda.; Rosa Emilia Londoño de Gaviria, en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio, Estación de Servicios La Aurora y Rafael Antonio Ortiz Mantilla en su calidad de propietario del establecimiento comercio, Estación de Servicios La Pedregosa, es ilegal por contravenir lo previsto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y en el número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar probada la responsabilidad personal de Gustavo Montoya Puyana y Javier Castillo Granados, 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 ocho millones ochocientos mil pesos (\$ 8.800.000,00) moneda legal, a Multiservicios La Báscula Ltda.; ocho millones quinientos mil pesos (\$ 8.500.000,00) moneda legal, a Rosa Emilia Londoño de Gaviria en su calidad de propietaria del Establecimiento de Comercio Estación de Servicios La Aurora; ocho millones ochocientos mil pesos (\$ 8.800.000,00) moneda legal, a La Estación Terminal de Distribución de Productos de Petróleo de Bucaramanga S.A. (Terpel Bucaramanga); y ocho millones ochocientos mil pesos (\$8.800.000,00) moneda legal, a Rafael Antonio Ortiz Mantilla, como propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicios La Pedregosa.

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° 050-00024-9

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 un millón setecientos mil pesos (\$ 1.700.000.00) moneda legal, a cada una de las siguientes personas: Gustavo Montoya Puyana y Javier Castillo Granados .

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° 050-00024-9 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: la Estación Terminal de Distribución de Productos de Petróleo de Bucaramanga S.A.; Multiservicios la Báscula Ltda.; Rosa Emilia Londoño de Gaviria, en su calidad de propietaria del establecimiento de comercio, Estación de Servicios La Aurora y Rafael Antonio Ortiz Mantilla en su calidad de propietario del establecimiento comercio, Estación de Servicios La Pedregosa, deberán dar fiel cumplimiento a las instrucciones contenidas en el punto 7 del presente proveído.

ARTÍCULO SEXTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los señores Francisco Antonio Álvarez Lizarazo, Javier Castilla Granados, Libardo Peña Padilla Y Gustavo Montoya Puyana ,entregándoles copia de la misma e informándoles 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 **20 MAR. 2002**

El Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificaciones:

Señor
FRANCISCO ANTONIO ALVAREZ LIZARAZO
c.c.# 91.216.665 de Bucaramanga
Apoderado
ROSA EMILIA LONDOÑO DE GAVIRIA
ESTACION DE SERVICIO LA AURORA
Calle 33 # 24-05
Bucaramanga, Santander

Señor

JAVIER CASTILLA GRANADOS
c.c. # 91.235.325 de Bucaramanga,
Representante legal
MULTISERVICIOS LA BASCULA LTDA.
Calle 5 No 17-43 Chimitá
Girón, Santander

Señor

LIBARDO PEÑA PADILLA
c.c. # 13.834.762 de Bucaramanga
Apoderado
RAFAEL ANTONIO ORTIZ MANTLLA
ESTACION DE SERVICIO LA PEDREGOSA
Carrera 7 a No 13-65 Oficina 812
Bogotá D.C.

Doctor

GUSTAVO MONTOYA PUYANA
c.c. # 5.561.157 de Bucaramanga
Representante legal
ESTACION TERMINAL DE DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS DE PETROLEO DE
BUCARAMANGA SOCIEDAD ANÓNIMA.
Calle 42 No 34-13
Fax. 6323014
Bucaramanga, Santander

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIA GENERAL

01 ABR 2002

_____ notifique personalmente el contenido
De la presente providencia a Libardo Peña Pachilla
Identificado con la C.C. No. _____
Entregándole copia de la misma e informándole que
Procede el recurso de reposición ante el _____
Dentro de los (3) días hábiles siguientes a la presente
Verificación



Scc. 13/74.762 de B/ya

Apoderado Estación de Servicio
La Pedregosa

t

21 MAR. 2002

_____ de la presente providencia a Francisco A

Alvarez Lizarzo identificado con la C.C.

No. 91216665 de Almanga quedole copia

de la misma e informándole que el recurso de

reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio

dentro de los 3 días hábiles siguientes a la presente

verificación.

