REPÚBLICA DE COLOMBIA

No. _____

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 07951 **DE 2002**
(15 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 2243 de 2000, abrió investigación contra la sociedad Mera Hermanos Ltda.; Servisur Ltda.; Jesús Eudoro Troya en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicio Andina y José Vicente Enríquez Erazo, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación del Puente.

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 14 de mayo del 2001, adicionado mediante actos de 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 art. 52 del decreto 2153 de 1992 mediante oficio número 99051375 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:

- **Servisur Ltda**

"En mi calidad de apoderado del señor ALONSO SIGIFREDO VILLACIS ENRRIQUEZ identificado con la cédula de extranjería No.16161 expedida en Bogotá en su calidad de representante legal de la estación de servicio SERVISUR LTDA, mediante el presente escrito y estando dentro de la oportunidad legal me permito presentar a hacer uso de la defensa de mi cliente los siguientes términos:

"1. Rechazar una vez más los cargos que desde un comienzo la Entidad investigadora a puesto en cabeza de mi cliente y la empresa que él dirige como se hizo en los descargos que se presentaron el 2 de febrero del año 2000 que por cierto se hizo desde un punto de vista gramatical con el único fin

de poner en su conocimiento que jamás hubo ni habrá acuerdo para tales fines. Esto es un gremio (Distribuidores de Combustible) que no escapa a la realidad de los demás gremios esto es decir cada quien vela por sus propios intereses y hasta en muchas ocasiones no importando el fin social como es el de prestar un servicio a la comunidad. Mi cliente por razones de seguridad puesto que ha tenido varios atentados de secuestro tubo (sic) que salir del país en 1.998 condición que ni la familia sabía donde se encontraba menos va a tener tiempo y espacio para ponerse de acuerdo con fijar precios con la competencia, es preciso una vez más poner en conocimiento el estado real de la Empresa SERVISURL LTDA. que hasta la fecha ha arrojado pérdidas cerca de los mil millones de pesos(1.000.000.000.00) fruto de contrabando de gasolina que hacen los particulares de Tulcán a Ipiales, Pasto e intermedios donde ellos jamás pagan un solo impuesto y todo lo que recaudan son ganancias. Para este caso la entidad investigadora en mi concepto y por un momento debería apartarse de la interpretación exegética de la norma puesto que como toda ley deja escapar elementos pragmáticos reales que son los que mueven la distribución y servicio de combustible.

"2. La Superintendencia delegada para promoción para promoción (sic) y competencia en su informe motivado más concretamente en la página 11 manifiesta con respecto al presunto acuerdo lo siguiente: 'A este respecto debemos señalar que examinado el material probatorio recaudado no se encontró pruebas que permita colegir la existencia de un contrato o convenio entre las estaciones investigativas con el propósito de fijar directa o indirecta el precio de la gasolina extra' de lo cual se desprende según la interpretación sesgada del ente investigador que en lo que concierne al presunto acuerdo de precios tanto en la gasolina como en A.C.P.M. si hubo un convenio para fijar precios como se puede observar a lo largo y ancho de la investigación no existe un (sic) prueba objetiva de acuerdo entre las personas investigadas y mi cliente, yo diría con todo respeto que la investigación nace de un supuesto fatico (sic) de algo subjetivo que es casi imposible determinar si hubo acuerdo o no hubo acuerdo, esta prueba carece en mi concepto de ser tomada como prueba reina en contra de mi cliente, es más considero que se está violando el derecho de defensa establecido en el Derecho de Defensa en la Constitución Nacional en el Art. 29.

"3. La Empresa SERVISUR LTDA para su conocimiento dispone de un cupo de setenta y dos mil (72.000.00) galones mensuales, esto quiere decir que mi cliente no podría disminuir el precio de galón de gasolina ni aumentarlo porque el margen de utilidad están (sic) solo de un 6% y por que (sic) de ninguno de los dos casos sería mediadamente (sic) rentable por otra parte no se olvide que ésta empresa tiene a su servicio trabajadores que devengan su único sustento como empleados de esta estación, es tal la crisis que ha habido recorte de nómina porque es imposible cumplir con ella y si ha (sic) esto se le aumenta el alto costo de impuestos que como ustedes saben no da espera.

"4. Para la defensa de mi cliente solicito respetuosamente se tenga en cuenta los descargos que se han presentado oportunamente a la Entidad investigadora, de esta manera doy por presentados mis alegatos con el único fin de que se absuelva de toda responsabilidad y sanción a mi cliente".

- **Mera Hermanos Ltda**

"VICTOR HUGO HERNÁNDEZ PATIÑO, Mayor de edad vecino de este municipio domiciliado y residente en esta ciudad identificado con la cédula de ciudadanía No. 12.986.009 de Pasto abogado titulado, inscrito y en el ejercicio titular de la t.p. No. 68.310 expedida por el C.S. de la J. En mi calidad de apoderado del señor HIGINIO ALBERTO MERA BASTIDAS representante legal de la Empresa MERA HERNÁNDEZ LTDA, mayor de edad domiciliado y residente en Pasto identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.940.077 expedida en Bogotá, mediante el presente escrito y estando dentro de la oportunidad legal me permito presentar la defensa de mi patrocinado en los siguientes términos:

"1. La defensa de mi cliente la baso en la negación absoluta del presunto acuerdo entre mi cliente y los demás señores investigados en este orden de ideas me permito transcribir lo expresado por el investigador que al tenor dice:

Industria y Comercio

"'Al momento de adentrarse en el análisis de los hechos material de investigación a efectos de establecer si concurren los supuestos configurativos de la norma descrita. De esta manera debemos empezar por determinar el primer elemento indispensable para la verificación de la conducta que se investiga, esto es la existencia de un acuerdo'

"para lo cual manifiesta la Entidad investigadora en un aparte de la pájina (sic)11 de lo (sic) recaudo 'no se encuentra prueba que permita colegir la existencia de un contrato o convenio entre las estaciones investigadas, con el propósito de fijar directa o indirectamente el precio de la Gasolina y A.C.P.M. en la ciudad de Pasto'.

"Esto quiere decir que desde el punto de vista objetivo no hay la suficiente prueba para sancionar a mi patrocinado por lo tanto condenar a una entidad o persona bajo el supuesto de un acuerdo presunto y además subjetivo en mi concepto de atentar contra el derecho de defensa que ampara la Constitución Nacional en su artículo número 29.

"De una manera muy relevante la Entidad investigadora saca a relucir los precios diferenciales entre las estaciones investigadas manifestando de una manera taxativa que no hubo acuerdo en lo que concierne a la fijación del precio de la gasolina extra.

"2. Por otra parte la estación MERA HERMANOS LTDA ha venido trabajando con pérdidas que acarrean tales como la recesión económica, la inseguridad de la vía Jumbo - Pasto, el contrabando de gasolina de la ciudad de Tulcán a Pasto que por cierto es en grandes cantidades de combustible que venden los particulares sin que las autoridades competentes hagan algo.

"3. La Entidad investigadora desde su inicio a (sic) colocado el rótulo de que si hubo acuerdo para lo cual cabe anotar lo siguiente:

"Como se explica que existe un presunto acuerdo si antes de lo ocurrido existen antecedentes entre mi patrocinado y el señor JOSÉ VICENTE ENRÍQUEZ ERAZO el cual manifiesta en el interrogatorio celebrado el día 15 de junio del 2001 en la pregunta número 13 que al temor (sic) dice cuál es su relación personal o de trato con los demás distribuidores investigados como HIGIENIO (sic) MERA de usted y su familia.

"Respuesta:

"Realmente los conozco de nombre a los investigados pero lo que es ALBERTO HIGINIO MERA no se tiene ninguna relación debido a que por otro lado hay pleitos legales civiles y penales por lo tanto las relaciones de mi familia con este señor ALBERTO MERA están clausuradas hace muchos años.

"Reitero la pregunta si con antes dicho cabe acuerdo entre mi patrocinado y el señor JOSÉ VICENTE ENRÍQUEZ ERAZO máxime si dicho señor dice encontrarse adelantando estudios en la ciudad de Cali a partir del año 1.995.

"4. Para la defensa de mi cliente solicito respetuosamente se tenga en cuenta los descargos que se han presentado oportunamente ala (sic) Entidad investigadora, de esta manera doy por presentados mis alegatos con el único fin de que se absuelva de toda responsabilidad y sanción a mi cliente".

- **Jose Vicente Enriquez Eraso, propietario del establecimiento de comercio Estación del Puente**

El investigado radicó mediante oficio No 99051375-30000 de 20 de febrero de 2002, su escrito de respuesta al informe motivado, sin embargo el mismo fue presentado de manera extemporánea.

"Apreciada doctora:

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

"Por medio del presente escrito, me permito hacer de la manera más respetuosa las siguientes consideraciones al informe que sobre las posibles violaciones a las normas de libre competencia adelanta su Despacho a diferentes estaciones de combustible de Pasto:

"1.Se violó el derecho de defensa al no aceptar nuestra solicitud de unas pruebas que eran conducentes y que demostraban la imposibilidad física y moral de hacer equipo o concierto de acuerdo con otros administradores o propietarios de estaciones.
"2.No se tuvieron en cuenta mis exposiciones de mi declaración.
"3.No se tuvo en cuenta mi manifiesta intención y compromiso, y de la Estación del Puente y de mi familia, propietaria del establecimiento, de sujetarnos a las normas de Libre competencia, lo que conlleva, a inhibir sanción alguna.

"En atención a lo anterior solicito comediadamente el archivo de la correspondiente actuación administrativa, o en un subsidio reabrir la investigación preliminar y redireccionar su conclusión".

CUARTO: 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 se probaron durante la investigación y serán objeto de pronunciamiento pueden resumirse de la siguiente manera:

La sociedad Mera Hermanos Ltda.; Servisur Ltda.; Jesús Eudoro Troya en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicio Andina y José Vicente Enríquez Erazo, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación del Puente, 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 Pasto, 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, estableció una nueva política para la fijación de precios de la gasolina corriente y ACPM., dando lugar al régimen de libertad vigilada. Fue así como dispuso 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..."*.[1] (subrayado nuestro)

De igual forma, la citada resolución 82438 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 (...)"*.[2]

Así, el consabido texto normativo habría dado lugar a la creación de ambos regímenes, el de libertad vigilada, aplicable a los distribuidores minoristas ubicados en las ciudades capitales de los departamentos descritos en la resolución número 82438 de 1998 y por cuya virtud, el precio de

[1] Artículo 5°

[2] Artículo 6°

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

venta al público de combustibles es de libre fijación por parte de las estaciones de servicio; paralelo al mismo, el régimen de libertad regulada, aplicable a las capitales de las antiguas intendencias y comisarías, al igual que al resto de los municipios del territorio nacional, 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.

Lo señalado en el párrafo precedente guarda coherencia absoluta con las declaraciones de los diferentes testigos que recaudó este Despacho. Así, el ingeniero de petróleos Julio Cesar Vera Díaz, Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas, manifestó que "*en el año de 1998, en diciembre exactamente, el Ministerio de Minas estableció los dos regímenes por usted cuestionados, específicamente para la gasolina corriente y para el ACPM. Lo relacionado con la gasolina extra está fuera del control de precios desde el año 1996. La diferencia principal radica en el margen del distribuidor minorista. Para la libertad vigilada dicho margen es fijado libremente por el distribuidor minorista y aplica principalmente 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 Bogotá. Para el régimen de libertad regulada el margen del distribuidor minoristas es fijado por el Ministerio de Minas y Energía por resolución, aplicable para el resto de municipios del país y las ciudades capitales de los departamentos Amazonas, Arauca, Caquetá, Casanare, Chocó, Guainía, Guaviare, Vaupés y Vichada.*"[3] (Subrayado nuestro)

En el mismo sentido, 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 ACPM se encuentran bajo los regímenes de libertad vigilada y libertad regulada dependiendo de la ciudad en donde se encuentre la estación de servicio (...).*"[4]

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

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 de la competencia los acuerdos entre dos o más empresas, que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

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 el presente caso:

---

[3] Expediente No. 99051375, testimonio obrante a folios 11 a 18 del Cuaderno No. 1.

[4] Expediente No. 99051375, testimonio obrante a folios 34 a 39 del Cuaderno No. 1

a Acuerdo

Por acuerdo se entiende todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.[5] Por tanto, las fuentes del acuerdo 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 y mancomunada.

Así, del análisis de precios de venta al público de gasolina corriente y ACPM en las estaciones investigadas, se infiere claramente la realización de un acuerdo bajo la modalidad de una "*práctica conscientemente paralela*". En este contexto, es menester pronunciarnos 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 aras de determinar su ocurrencia y concomitancia frente a estos combustibles.

Para el cometido trazado en el párrafo anterior, creemos conveniente abordar el tema en el siguiente orden:

- *Paralela*

El paralelismo implica de por sí, que las conductas desplegadas por varios agentes presenten identidad o un nivel de aproximación sorprendente e inexplicable en condiciones de mercado. Siendo más gráficos, podríamos decir que esta situación tiene lugar, cuando quiera que el obrar de varios actores económicos se presenta en líneas, cuya superposición se revela casi perfecta.[6]

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

- *Práctica*

La práctica hace referencia al estudio continuado, costumbre o estilo de una cosa.[7] 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.

El comportamiento paralelo descrito en el punto anterior se registra con iteración para todos los investigados.

- *Conscientemente*

Se entiende por consciente, que se siente, piensa, quiere y obra con cabal conocimiento y plena posición de sí mismo.[8]

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

---

[5] Decreto 2153 de 1992, artículo 45, número 1.

[6] 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.

[7] Diccionario de la Lengua Española, Tomo 2, página 1651.

[8] Diccionario de la Lengua Española, página 340.

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

lugar, la conciencia de las políticas desarrolladas por las otras empresas y, en segundo lugar, se decida seguirlas o hacer que se imiten o sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda la autonomía en el actuar. Es así como, no es preciso indagar sobre la voluntad del agente en el mercado, sino respecto de la manera como las empresas actúan en él.

Bajo este contexto, se puso en evidencia que la situación de identidad de precios para la gasolina corriente y el ACPM, durante los casi 60 días de los meses de abril y mayo de 1999, aunado al incremento de los mismos en tiempos y porcentajes iguales, no puede corresponder a un hecho aleatorio o una simple coincidencia. Como se pondrá de presente más adelante, son varias las pruebas que analizadas en su conjunto llevan a concluir que entre los implicados se gestó un acuerdo anticompetitivo.

Para este Despacho, el que las estaciones investigadas registren paridad en los precios de venta de la gasolina corriente y el ACPM en las condiciones anotadas, es una situación que llama poderosamente la atención, y si se tiene en cuenta que pertenecen al régimen de libertad vigilada y que por tal circunstancia estarían en capacidad de fijar sus propios precios de venta, nos encontramos frente a un verdadero indicio de concomitancia en lo actuado.[9]

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 corriente y ACPM, se demostró también una coincidencia en sus incrementos, denotando así una sincronización en ambos aspectos, como se pondrá de presente en la letra c de este acápite.

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

---

[9] Respecto a la valoración de indicios en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas se ha dicho: "*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 ejecutar 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, ... 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 y el caso (Industria del Azúcar) Suiker Unie c. vs. Comisión de las Comunidades Europeas). 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 para la Promoción y Protección de la libre Competencia de Venezuela, www.procompetencia.gov.ve.

En igual sentido, se sostuvo que "*...la influencia de la doctrina y jurisprudencia comparada fue extensamente usada por la Superintendencia. Así, se señaló en la Resolución que el comportamiento paralelo entre empresas es un indicio de la existencia del pacto para no competir, tal y como lo había señalado la jurisprudencia estadounidense en las sentencias Morton Salt Co. vs. U.S.; Pittsburg Plate Glass vs. U. S.; y Safeway Stores vs. F.T.C. Igualmente se hace referencia a los criterios expuestos en los casos Colorantes, Industria Europea del Azúcar, Pitsburg Cornign Europa, Pergamino Vegetal, Hi Fi Pioner, Vidrio en Benelux, y Grupo Productor de Zinc. En estos asuntos se considera que la fijación o aumento simultáneo de precios por porcentajes idénticos de los mismos productos; la proximidad o identidad de la fecha de aplicación de dichos aumentos; la escasa competencia en el mercado; la homogeneidad de los productos; los contactos entre las empresas o intercambio de informes entre las mismas y las medidas discriminatorias aplicadas a los competidores que no forman parte del pacto, son indicios de la existencia de una práctica concertada*". Tomado de la página web de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la libre Competencia de Venezuela, www.procompetencia.gov.ve.

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

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.[10]

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.*" [11] (subrayado nuestro)

Para el caso que nos ocupa, la sociedad Mera Hermanos Ltda.; Servisur Ltda.; así como Jesús Eudoro Troya y José Vicente Enríquez Erazo, suministran combustibles y 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 no se encuentra definida en la ley, en esta medida debe acudirse a su sentido natural y obvio, en procura de desentrañar su significado y alcance. De esta forma, encontramos que el término "*efecto*" se define como lo que sigue por virtud de una causa o fin para que se hace una cosa.[12]

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 este 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 realizarlo.

De esta forma, el ingrediente de este supuesto normativo recae sobre el carácter ilegal y la imposibilidad que tienen las empresas de fijar los precios de sus bienes o servicios en forma concertada. 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.[13]

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 que cada minorista distribuidor de combustibles debe fijar los precios con que ofrece sus productos en forma independiente, es decir, 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.

---

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

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

[12] Diccionario de la Real Academia de la Lengua, página 307.

[13] Sobre este particular, ha expresado la doctrina que, "*no hay dificultad de interpretación en cuanto al significado del término convenios, por cuanto equivale a la noción de contrato. Las decisiones hacen referencia a los acuerdos de los órganos colegiados de las reuniones de empresas, que tengan fuerza vinculante para todos los empresarios asociados. Las conductas conscientemente paralelas se refieren a los casos en que varios empresarios tienen una actuación similar o idéntica en el mercado, conscientes de esa similitud de su actuación*". GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Comercial", Tomo I, Ed. Temis, 1987, pág. 221. (subrayado nuestro)

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

Aún cuando existe en la estructura de precios de distribución minorista una serie de ítems fijos e invariables, que aplican por igual a todos los miembros del sector, no puede pasarse por alto que el desarrollo de esta actividad supone también la presencia de costos operacionales, inherentes a su misma ejecución, que están dados en función del o los servicios que se presten y del volumen de ventas, como también por la utilización de tecnología de punta o el aprovechamiento de economías de escala, lo que lleva a inferir que éstos aspectos han de ser propios de cada estación y en todo caso distintos a los de sus competidores.

Esta diversidad de costos operacionales, aunada a la libertad que les asiste a los minoristas vigilados para asignar su propio margen de comercialización, debe reflejarse en una variedad de precios. En efecto, si en condiciones normales de mercado el precio de venta está compuesto por los costos y la utilidad deseada,[14] está claro que sí estos aspectos no son iguales para todos los agentes económicos, no hay razón para que sus precios de venta coincidan.

Dicho lo anterior, corresponde ahora señalar que las cuatro estaciones investigadas cerraron el mes de marzo, con un precio idéntico para el ACPM ($ 1.482.oo). Para el primero de abril las estaciones Servicentro Súper, Estación del Puente y Andina incrementaron el precio de venta a $1.557.oo, al que dos días mas tarde habría de alinearse Servisur. A lo largo del mes de abril y de manera invariable, las cuatro estaciones mantuvieron el precio citado ($ 1.557.oo), registrándose el mismo fenómeno en el mes de mayo, donde Servicentro Súper, Estación del Puente y Andina iniciaron el mes con un mismo precio, $ 1.716.oo, al que se alineó también, dos días después Servisur.

PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO ACPM PASTO

FECHA	SERVICENTRO SUPER	SERVISUR	ESTACIÓN DEL PUENTE	ANDINA	FECHA	SERVICENTRO SUPER	SERVISUR	ESTACIÓN DEL PUENTE	ANDINA
01-Abr-99	1.557	1.482	1.557	1.557	01-May-99	1.716	1.557	1.716	1.716
02-Abr-99	1.557	1.482	1.557	1.557	02-May-99	1.716	1.557	1.716	1.716
03-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	03-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
04-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	04-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
05-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	05-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
06-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	06-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
07-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	07-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
08-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	08-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
09-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	09-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
10-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	10-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
11-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	11-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
12-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	12-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
13-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	13-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
14-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	14-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
15-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	15-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
16-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	16-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
17-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	17-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
18-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	18-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
19-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	19-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
20-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	20-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
21-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	21-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
22-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	22-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
23-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	23-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
24-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	24-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
25-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	25-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
26-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	26-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716

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

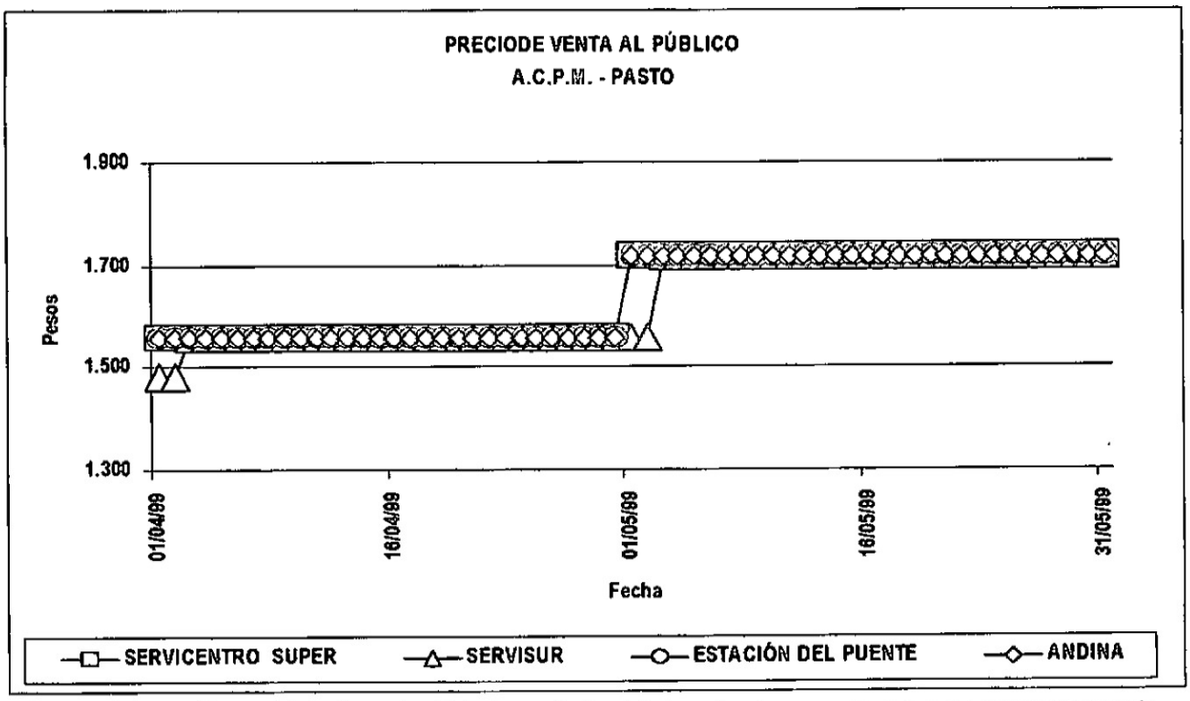
Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

27-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	27-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
28-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	28-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
29-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	29-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
30-Abr-99	1.557	1.557	1.557	1.557	30-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716
					31-May-99	1.716	1.716	1.716	1.716

Fuente: Información suministrada por las Estaciones de Servicio investigadas en respuesta a los requerimientos de Fecha 22/05/01, Folios 47 a 147. Cuademo No. 1.

La gráfica siguiente permite observar con nitidez la situación descrita.

GRÁFICA No 1



Fuente: Información suministrada por las Estaciones de Servicio investigadas en respuesta a los requerimientos de Fecha 22/05/01, Folios 47 a 147. Cuademo N$_o$. 1.

Es evidente que existe una identidad de precios y de incrementos porcentuales para el ACPM, reafirmando así el paralelismo en la conducta por parte de los investigados, lo cual implica que el comportamiento de las estaciones investigadas se ve inmerso en la norma de competencia analizada, pues al encontrarse en un escenario en el cual tienen la posibilidad de jugar con su margen minorista, es inadmisible la presencia de precios iguales como los que se presentaron en el período investigado.

En el mismo sentido, se advierte un comportamiento paralelo en la asignación de precios de la gasolina corriente. En efecto, para el 31 de marzo todos las bombas tenían fijado su precio de venta por galón de gasolina corriente en $1.736.oo. Para el 3 de abril las estaciones Servicentro Súper, Servisur y Estación del Puente no solo habían incrementado sus precios sino que los habían alineado en $1.887.oo, el cual mantendrían invariable hasta el 30 de ese mismo mes. El 3 de mayo las estaciones Servicentro Súper, Servisur, Estación del Puente y Andina, alinean su precio en $2.117.oo, para mantenerlo durante todo mayo, e iniciar junio con un precio de $2.202.oo.

PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO GASOLINA CORRIENTE PASTO

FECHA	SERVICENTRO SUPER	SERVISUR	ESTACIÓN DEL PUENTE	ANDINA	FECHA	SERVICENTRO SUPER	SERVISUR	ESTACIÓN DEL PUENTE	ANDINA
01-Abr-99	1.887	1.736	1.887	1.877	01-May-99	2.117	1.887	2.117	2.117
02-Abr-99	1.887	1.736	1.887	1.877	02-May-99	2.117	1.887	2.117	2.117
03-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	03-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
04-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	04-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117

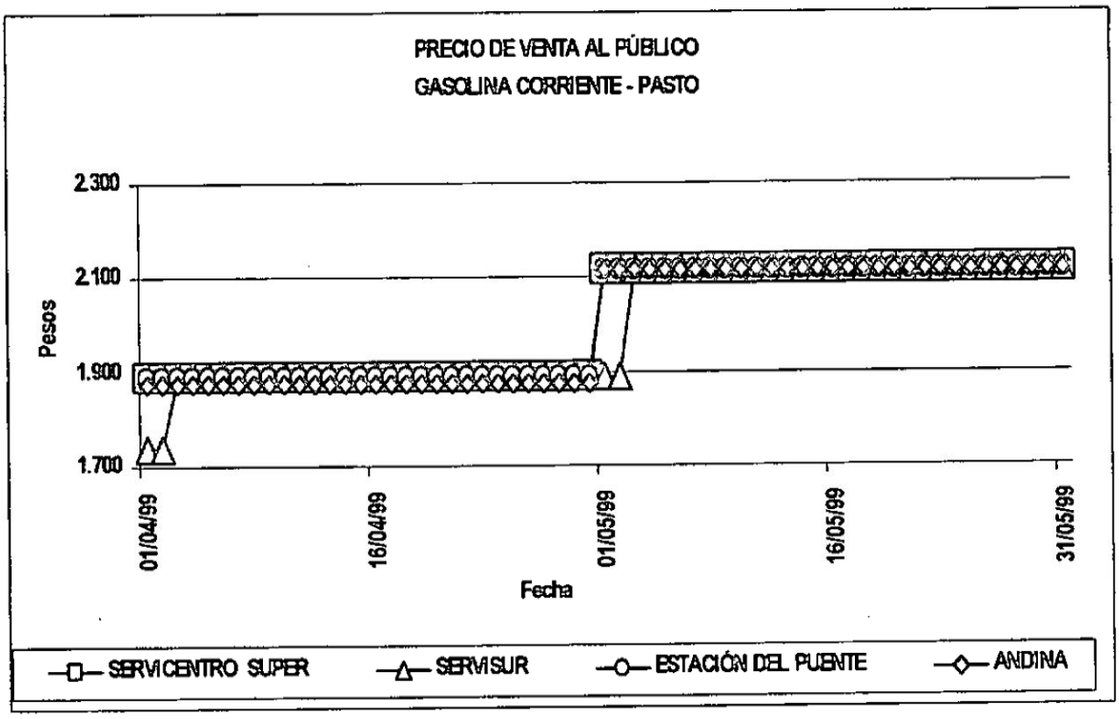
Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

05-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	05-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
06-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	06-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
07-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	07-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
08-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	08-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
09-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	09-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
10-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	10-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
11-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	11-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
12-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	12-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
13-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	13-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
14-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	14-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
15-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	15-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
16-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	16-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
17-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	17-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
18-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	18-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
19-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	19-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
20-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	20-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
21-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	21-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
22-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	22-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
23-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	23-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
24-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	24-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
25-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	25-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
26-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	26-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
27-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	27-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
28-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	28-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
29-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	29-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
30-Abr-99	1.887	1.887	1.887	1.877	30-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117
					31-May-99	2.117	2.117	2.117	2.117

Fuente: Información suministrada por las Estaciones de Servicio investigadas en respuesta a los requerimientos de Fecha 22/05/01, Folios 47 a 147. Cuaderno No. 1.

El comportamiento descrito puede apreciarse en la gráfica No. 2:

GRÁFICA No 2



Fuente: Información suministrada por las Estaciones de Servicio investigadas en respuesta a los requerimientos de Fecha 22/05/01, Folios 47 a 147. Cuaderno No. 1.

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

Aunque la estación de servicio Andina presenta para la gasolina corriente en el mes de abril un precio distinto al de las demás estaciones, no puede pasarse por alto que los precios registrados por dicha estación durante el mes mayo son idénticos a los fijados por las otras 3 estaciones, que desde el día 3 y hasta el 30 de ese mes mantuvieron su precio en $2.117.

Siendo así, tendríamos entonces que las estaciones sujetas a investigación habrían coincidido en los precios de venta al público de los combustibles ACPM y gasolina corriente, los cuales para la fecha estaban sujetos a libertad en la fijación de los márgenes de comercialización minorista, permitiendo, por tanto, variaciones en sus precios finales de venta.

En todo caso merece destacar que los precios del ACPM y la gasolina corriente coincidentes en las estaciones investigadas, corresponden a los mismos precios que la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño –ADICONAR- informara a los distribuidores minoristas asociados. En efecto, dentro del expediente obran diferentes copias de documentos,[15] que ADICONAR envió a los distribuidores minoristas, en los que puede observarse la propuesta de precio para la ciudad de Pasto, que a su vez corresponde al precio que adoptaran los investigados durante los meses de abril y mayo de 1999.[16]

Lo mencionado en el párrafo precedente corrobora que las estaciones investigadas no seguían sus propias políticas en la determinación de precios de estos combustibles, lo que de plano cierra cualquier coincidencia que pretenda aducirse sobre el comportamiento de las bombas investigadas. Está claro que existía una connivencia en este punto, en cuanto ADICONAR aglutina a la mayoría de distribuidores minoristas de esta ciudad.

Para este Despacho, el que los competidores coincidan en los precios que asignan a estos productos, luego de variaciones por parte de algunos en los 2 o 3 primeros días del mes, hasta que finalmente terminan ajustándose por lo alto a un mismo precio, el cual mantienen durante todos y cada uno de los días del mes, para repetir el mismo fenómeno en el mes siguiente y así sucesivamente, no puede ser obra del simple azar o de una imposición legal. Estamos, pues, ante una verdadera práctica conscientemente paralela, que anula cualquier competencia en el precio del ACPM y la gasolina corriente, con los efectos directos y colaterales que de ello se derivan.

Valga resaltar que, el precio de venta registrado por las estaciones investigadas durante los meses de abril y mayo es siempre superior al que tenían fijado las estaciones ubicadas en los municipios para ese mismo periodo, a las cuáles y como ya se dijo, era el Gobierno Nacional quien les fijaba sus precios.

Las gráficas siguientes nos permiten visualizar la relación de precios existente entre las estaciones investigadas y las sometidas al régimen de libertad regulada. Veamos:

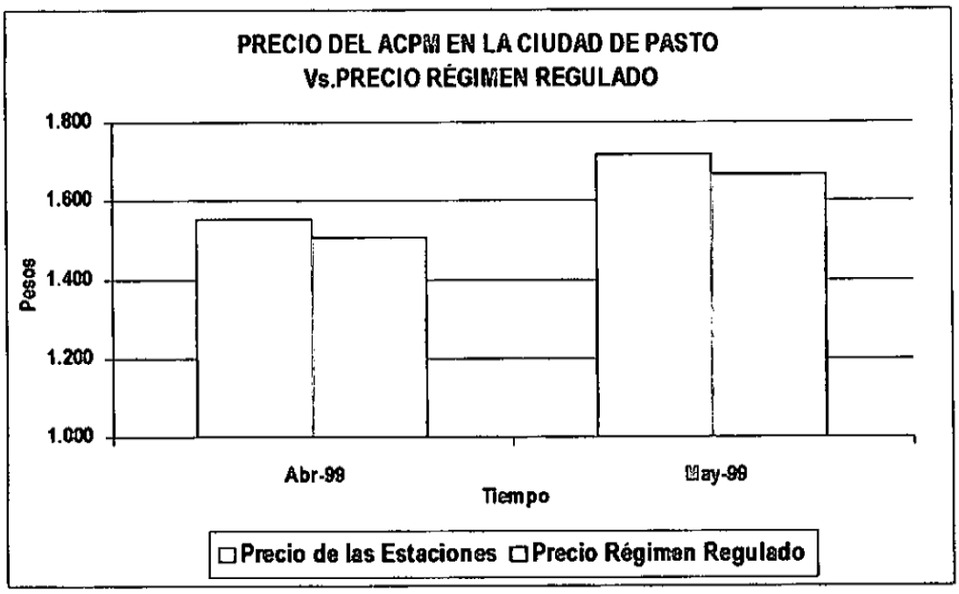
---

[15] Ver Folios 162 a 165. Cuaderno No. 1. Estructura de precios Adiconar.

[16] A este respecto, encontramos que el señor Jesús Eudoro Troya, gerente de la Estación de Servicio Andina, a la pregunta: "*participa usted en la fijación del precio de los distintos combustibles en la bomba o estación de servicios Andina*", contestó: "*no, antes de la liberalización estábamos sujetos al precio que fijaba la Alcaldía de Pasto o el Gobierno Nacional, ahora después de que hubo la liberación de precios está formado por un grupo de estaciones minoristas de nuestra ciudad, ello hasta ahora son los que han fijado los precios para implantar en los surtidores, esa asociación se llama Adiconar (Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño), ellos ha medida que el Gobierno fijaba precios siempre nos pasaban un comunicado por escrito a todas las estaciones de la ciudad y del Departamento de Nariño de todos los combustibles. Para que se constate la veracidad de mi respuesta hago entrega de los siguientes documentos que nos enviaba Adiconar cada vez que había cambio de precio,...*"

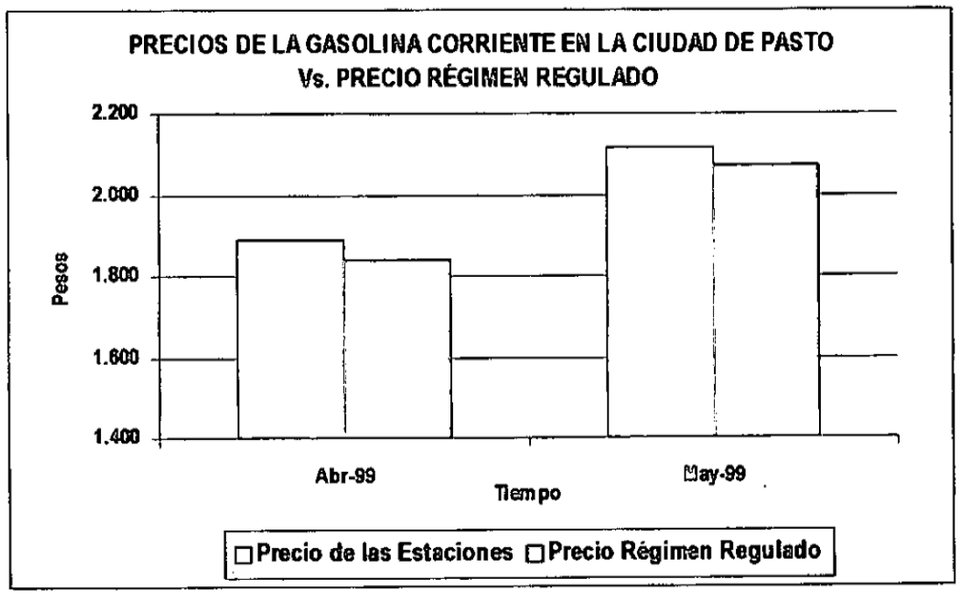
Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

GRÁFICA No. 3



Fuente: Información suministrada por las Estaciones de Servicio investigadas en respuesta a los requerimientos de Fecha 22/05/01, Folios 47 a 147. Cuaderno No. 1.

GRÁFICA No. 4



Fuente: Información suministrada por las Estaciones de Servicio investigadas en respuesta a los requerimientos de Fecha 22/05/01, Folios 47 a 147. Cuaderno No. 1

Siendo así, el argumento aducido en el sentido que la coincidencia de precios entre los investigados se explica ante la necesidad de mantener como referente el precio de los regulados y que esta situación termina generando una relación directa entre unos y otros, donde los primeros simplemente siguen a los segundos en el valor de venta de estos combustibles a efectos de no generar diferenciales que terminen propiciando un desplazamiento del consumo hacia los municipios aledaños, queda de plano desvirtuado, pues está claro que las investigadas no temen un desplazamiento del consumo, tanto así que sus precios estuvieron para estos meses casi $40 galón, por encima de los regulados.

Por tanto, no hay justificación ni motivos que puedan esgrimirse para atribuir legalidad al referido paralelismo, por cuanto estamos en presencia de productos cuyo precio ha quedado al arbitrio y discrecionalidad del oferente. La simetría de los precios de los investigados, 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)

Desde la ley 155 de 1959 se estableció: "*quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos*".[17] (Subrayado nuestro)

Sin duda la práctica que se ha analizado a lo largo de esta actuación 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.[18]

Así las cosas, se encuentra probado el efecto de la fijación de precios de la gasolina corriente y ACPM, concluyendo de una parte, que las estaciones de servicio investigadas de la ciudad de Pasto se encontraban sometidas al régimen de libertad vigilada que entró a regir desde 1999, en donde su precio de venta es libre y unilateralmente asignado por cada distribuidor, y, de otra, que entre las aludidas estaciones se presenta una situación de paralelismo en tales precios, la cual no fue desvirtuada ni justificada por los investigados.

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, 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*". [19]

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 costos fijos en la estructura del precio, no se encuentran sujetos de manera tajante a un margen de comercialización.

---

[17] Ley 155 de 1959; artículo 1.

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

"*La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redunda en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.* Sentencia C- 537/97, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz (subrayado nuestro)

[19] Resolución 80278 de 1996; artículo 5.

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.

Así mismo, deben probarse los supuestos fácticos señalados en el número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, en cualquiera de los siguientes sentidos:

La existencia de un acuerdo:
- Que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios.
- Que tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Veamos si los anteriores elementos se cumplen en el presente caso:

a Acuerdo

Lo expresado en torno al acuerdo en los combustibles ACPM y gasolina corriente resulta en la misma medida aplicable a este punto, toda vez que los presupuestos son en esencia los mismos. Lo mismo puede decirse respecto al carácter de empresa de los investigados.

b Que tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios

Habiendo definido lo que significa para esta Entidad el "efecto" de la conducta, al referirnos al acuerdo de precios en los combustibles ACPM y gasolina corriente, solo resta señalar que, en el presente caso tuvo lugar por parte de las estaciones de servicio investigadas, una fijación exacta de los precios de venta al público de la gasolina extra para los meses de abril y mayo de 1999.

En efecto, a partir del tercer día del mes de abril las estaciones Servicentro Super, Servisur y Andina fijaron el precio de este combustible en $ 2.557,oo, al que se pegaría la estación del Puente el día 8, debiendo agregar que las 4 estaciones una vez nivelado el precio lo mantuvieron hasta el día 30 de ese mismo mes. Esta situación se repite durante el mes de mayo, donde a partir del día cinco las estaciones Servicentro Super, Servisur y Andina igualaron sus precios de venta en $ 2.810,oo, al cual se adhirió la Estación del Puente a partir del día 24 de ese mes. De esta forma, las cuatro estaciones culminaron el mes de mayo con un precio de venta de $ 2.810,oo.

PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO GASOLINA EXTRA PASTO

FECHA	SERVICENTRO SUPER	SERVISUR	ESTACIÓN DEL PUENTE	ANDINA	FECHA	SERVICENTRO SUPER	SERVISUR	ESTACIÓN DEL PUENTE	ANDINA
01-Abr-99	2.577	2.495	2.495	2.577	01-May-99	2.810	2.577	2.666	2.810
02-Abr-99	2.577	2.495	2.495	2.577	02-May-99	2.810	2.577	2.666	2.810
03-Abr-99	2.577	2.577	2.495	2.577	03-May-99	2.810	2.577	2.666	2.810
04-Abr-99	2.577	2.577	2.495	2.577	04-May-99	2.810	2.577	2.666	2.810
05-Abr-99	2.577	2.577	2.495	2.577	05-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
06-Abr-99	2.577	2.577	2.495	2.577	06-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
07-Abr-99	2.577	2.577	2.495	2.577	07-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
08-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	08-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
09-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	09-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
10-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	10-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
11-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	11-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
12-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	12-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
13-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	13-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
14-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	14-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
15-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	15-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
16-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	16-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
17-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	17-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810

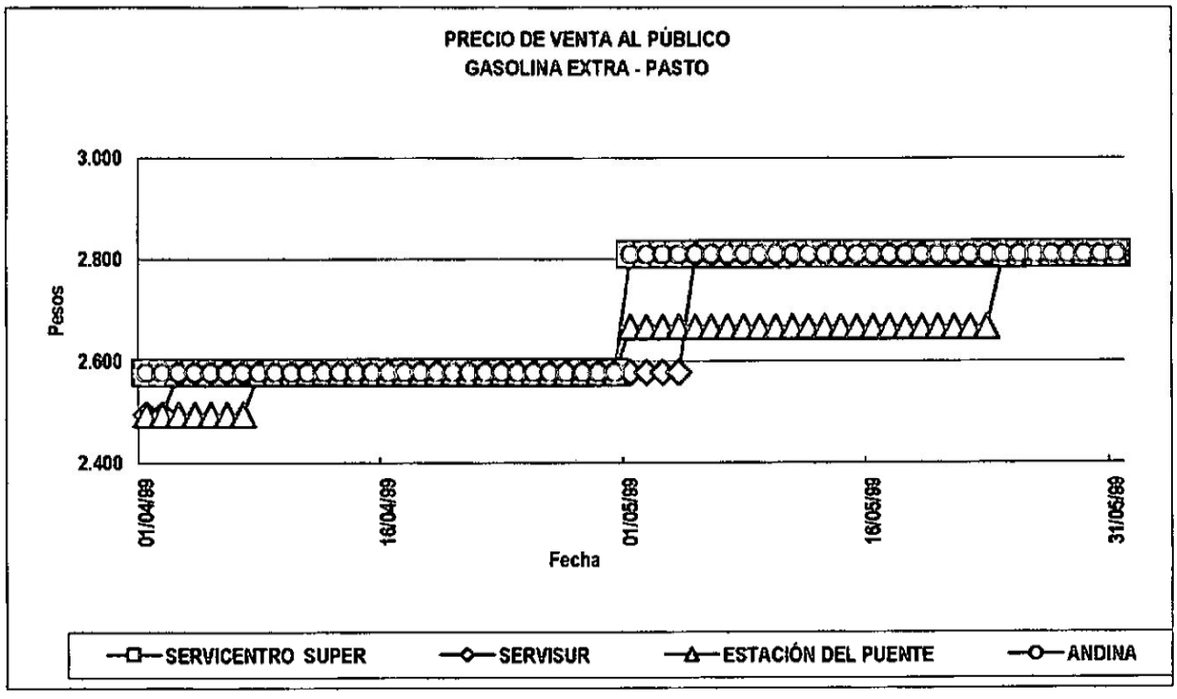
Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

18-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	18-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
19-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	19-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
20-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	20-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
21-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	21-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
22-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	22-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
23-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	23-May-99	2.810	2.810	2.666	2.810
24-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	24-May-99	2.810	2.810	2.810	2.810
25-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	25-May-99	2.810	2.810	2.810	2.810
26-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	26-May-99	2.810	2.810	2.810	2.810
27-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	27-May-99	2.810	2.810	2.810	2.810
28-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	28-May-99	2.810	2.810	2.810	2.810
29-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	29-May-99	2.810	2.810	2.810	2.810
30-Abr-99	2.577	2.577	2.577	2.577	30-May-99	2.810	2.810	2.810	2.810
					31-May-99	2.810	2.810	2.810	2.810

Fuente: Información suministrada por las Estaciones de Servicio investigadas en respuesta a los requerimientos de Fecha 22/05/01, Folios 47 a 147. Cuaderno N°. 1.

La gráfica número No. 5, nos permite visualizar que para los meses de abril y mayo de 1999, se presentó igualdad en los precios de venta de la gasolina extra, dando así claridad sobre la existencia de un acuerdo en la modalidad de práctica conscientemente paralela.

GRÁFICA Nº. 5



Fuente: Información suministrada por las Estaciones de Servicio investigadas en respuesta a los requerimientos de Fecha 22/05/01, Folios 47 a 147. Cuaderno No. 1.

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 casi perfecta de precios, en un período de tiempo igual y sobre un combustible que desde 1996 goza de libertad en lo que hace a la fijación del precio

Para este Despacho, el que cuatro "*competidores*" coincidan en un mismo precio de venta después de que varias de ellas efectuaron ajustes en sus propios precios, no puede ser obra del azar o de 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

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

margen al distribuidor mayorista, el margen al distribuidor minorista y el transporte de la planta de abasto mayorista a la estación, los cuales son de libre asignación.[20]

En gasolina extra 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.[21]

Por consiguiente, no existe justificación ni motivos que puedan esgrimirse para atribuir legalidad al referido paralelismo, por cuanto estamos en presencia de un producto cuyo precio ha quedado al arbitrio y discrecionalidad del oferente desde hace aproximadamente cinco años. 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)

Esta Entidad 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 Pasto 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 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.

---

[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).

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 item 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).

[21] A este respecto, el funcionario de la gerencia de comercialización de ECOPETROL, Jairo Pérez Torres, a la pregunta, "*manifieste al despacho si usted conoce el tema de la desregulación de precios de los combustibles, en caso de ser así y de manera muy general ilustre a este despacho sobre el mismo*", contestó: "*sobre el tema de la desregulación de combustibles que es una política emanada del Ministerio de Minas y Energía que es la entidad competente y encargada sobre la fijación de los precios de los combustibles, Ecopetrol siempre se ha regido por todas las disposiciones que establezca el mismo Ministerio, sobre el tema de desregulación. Básicamente la desregulación se debe a que anteriormente en el país existían precios de los combustibles que eran establecidos de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor, al entrar el mundo en la etapa de globalización, en cuanto a relaciones, comercio etc., el gobierno nacional quiso retomar esta pauta y colocar los precios de los combustibles a precios internacionales y que las mismas fuerzas del mercado nacional se encargarían de ir, ellos mismos controlando sus propios márgenes de comercialización*". (subrayado nuestro)

"PREGUNTA 5 : Quiere decir su respuesta anterior, que en el marco de la desregulación del precio de los combustibles, se pretendía que fuera la libre competencia entre los competidores, más exactamente los distribuidores minoristas, la que determinara los márgenes de comercialización?.
RESPUESTA: Sí ese es el objetivo principal de lo que se quería".

En el mismo sentido Julio Cesar Vera, Director de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, a la pregunta "*para la gasolina extra se afija un margen para el distribuidor minorista*", respondió, "*no sin embargo, hay que hacer una claridad, para efectos de las retenciones que deben realizar los distribuidores mayoristas con destino al fondo Soldicon de conformidad por lo establecido por la ley 26 de 1989, el Gobierno fija un margen de distribución minorista para la gasolina extra únicamente para los efectos citados. Por cuanto que la ley establece que la retención con destino al mencionado fondo será del .5% del margen que fije el gobierno nacional para cada uno de los combustibles. De ahí que se halla hecho necesario fijar dicho precio para los efectos descritos.*"

"PREGUNTA 18: El distribuidor minorista está sujeto a un precio máximo de venta para la gasolina extra?.
RESPUESTA: No".

Finalmente, es importante tener presente que, el precio acordado por las estaciones investigadas para la gasolina extra, fue superior al precio de referencia[22] que para esos mismos meses señaló Ecopetrol. Efectivamente, el precio de referencia señalado por dicho organismo para el cálculo de la sobretasa de la gasolina extra, fue de $2.104 para el mes de abril y $2.169 para mayo, en tanto que el precio fijado por las estaciones investigadas fue de $2.557 y $ 2.810, respectivamente, lo que termina por corroborar que se trata simplemente de una referencia que da este organismo, a efectos de que los distribuidores minoristas puedan determinar el valor correspondiente a la sobre tasa de la gasolina extra.

3 Respecto a las consideraciones de los investigados

3.1 Las normas sobre competencia restringen tanto el objeto como el efecto de la conducta

Los postulados consagrados en el artículo 334 de la Constitución, establecen las políticas generales sobre la economía nacional, que en últimas aspiran a un sistema de libre mercado, es decir, hacia la protección y promoción de la competencia efectiva.[23]

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 sus intervinientes, tendiendo fundamentalmente a prevenir o corregir restricciones que se traten de imponer y que afectan de manera significativa la libre competencia.

En esta perspectiva se ha conferido a esta Superintendencia un haz de facultades preventivas y represivas, que le permitan en cada caso la materialización efectiva de la pretensión constitucional, siendo así como se proscribe y sanciona, tanto el objeto como el efecto de los comportamientos 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 tornó en restrictivo.

De esta forma, el simple acuerdo de voluntades con vocación de limitar la libre competencia resulta restrictivo, pues de no ser así, tendría entonces que esperarse a que se ocasione 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 tuvieron, pues ya el simple resultado anticompetitivo deviene per-se en ilegalidad.

Lo anterior 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 falta 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.

Por ello, 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 para la configuración de la norma. Recuérdese que desde el mismo informe motivado, al referirse a la adecuación normativa del numeral 1° del artículo

---

[22] A este respecto, Jairo Pérez Torres, a la pregunta "*Ecopetrol sugiere el precio de venta de los combustibles a los distribuidores minoristas*", contestó: "*Ecopetrol no sugiere ningún precio debido a que es un gran productor y solamente llega a nivel de distribuidor mayorista*".

[23] Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico. La competencia en derecho comparado, Claudia Orozco. Planeación y Desarrollo volumen XXIV No.2 Mayo-Agosto de 1993, página 100.

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 luego poner en evidencia la configuración del segundo de los sentidos que presenta la norma, esto es, la existencia de un acuerdo con el efecto de fijación directa o indirecta de precios.

3.2 Derecho de defensa

En el transcurso de la actuación adelantada logró demostrarse que entre las estaciones investigaciones se presentó una práctica conscientemente paralela, que dio origen a una fijación de precios en los combustibles analizados. De esta forma, la responsabilidad de cada una de los investigados se estructuró a partir de los elementos que integraban el acervo probatorio, lo que permitió a este Despacho lograr un convencimiento respecto a la configuración de la conducta a que nos hemos venido refiriendo.

Fue con base en las pruebas recaudadas que esta Superintendencia pudo concluir que entre los investigados se presentó una situación de paralelismo consiente en la determinación de los precios de venta de los tres combustibles. 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 convicción de lo ocurrido.

Valga resaltar que en acato pleno a la Constitución y la ley, se otorgaron a los investigados la plenitud de garantías que permitieran la materialización efectiva del debido proceso. Fue así como se les dio la oportunidad para participar en el recaudo probatorio y en su contradicción, al igual que la posibilidad de interponer los recursos de ley.

En este contexto, no puede decirse que la actuación se haya adelantado desprovista de las garantías que otorga el Ordenamiento por la simple circunstancia de haber sido rechazadas unas pruebas, ya que aunque esté en un derecho que les asiste a los implicados y que en absoluto pretendemos desconocer, no puede pasarse por alto que supone unos presupuestos mínimos, necesarios para su recaudo, como son por ejemplo las direcciones de los testigos pues de otra manera le resulta imposible al Despacho citarlos con el propósito de que puedan comparecer.

Es la misma ley la que ha establecido que "*cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, y residencia de los testigos, y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba*",[24] agregando que, "*si la petición reúne los requisitos indicados en el artículo precedente, el juez ordenará la citación de los testigos y señalará fecha y hora para la audiencia en que deben recibirse, dentro del término para practicar pruebas*".[25]

Con fundamento en lo anterior este Despacho decidió abstenerse de decretar los testimonios solicitados por el señor José Vicente Enríquez Erazo, ya que el interesado no había aportado las respectivas direcciones.[26] En todo caso es importante agregar que el oficio en que se adoptó la

[24] Código de procedimiento civil; artículo 219.

[25] Ibidem; artículo 220.

[26] Ver acto de pruebas radicado bajo el número 99051375-1000-1001 y 1001 de fecha 14 de mayo de 2001, folio 175 y ss., del cuaderno No. 1.

mencionada decisión no fue recurrido por el interesado, y éste tampoco aportó posteriormente las correspondientes direcciones, lo que habría permitido su práctica.

Otro tanto puede decirse respecto a la decisión de rechazar su solicitud de exhortar a algunas entidades y despachos judiciales, con el fin de que certificaran la existencia de litigios y procesos contenciosos de los señores José Vicente Enríquez Erazo y su padre Anibal Enríquez de la Rosa en contra del señor Higinio Mera Bastidas y su sociedad Fatima. La norma es clara al señalar que "*las pruebas deben señirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas*".[27] (resaltado nuestro)

Para este Entidad y como en su momento también lo expresara, la existencia de litigios pendientes entre las citadas personas, es una circunstancia que ninguna relación guarda con la forma en que se fijan los precios para la gasolina corriente, ACPM. y extra, que era la situación que estaba siendo investigada, por ello decidió considerar la solicitud como impertinente, ya que no guardaba ninguna relación con el objeto de la investigación. Sin embargo, también aquí debe aclararse que la correspondiente decisión no fue impugnada por el interesado, y solo ahora pretende, manifestando un infundado desconocimiento de derecho de la defensa, aducir su falta de responsabilidad.

De otro lado, debemos mencionar que no es que no hayan sido tenidas en cuenta las declaraciones de los implicados, lo que sucede es que las demás pruebas recaudas dejan sin piso las explicaciones que pretende aducir. La sana crítica y la libre valoración de las pruebas hace que a cada una se les dé una estimación dentro de un contexto,[28] por ello tratar de eximirse de responsabilidad fundados en una declaración en que manifiestan no conocer a sus competidores ni haber tenido trato con ellos, no es de recibo para este Despacho, pues los demás elementos probatorios apuntan a señalar que se presentó la situación de paralelismo consciente que dio origen a la actuación.

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.[29] 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*".[30] 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 en efecto hicieron.[31] Por tanto, no se evidencia violación alguna al debido proceso.

3.3 Ofrecimiento de Garantías

3.3.1 Concepto y alcance

El decreto 2153 de 1992 establece que el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de una investigación, cuando a su juicio, las garantías formuladas por los investigados

---

[27] Código de procedimiento civil; artículo 178.

[28] 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*"

[29] Ibidem.

[30] PARRA QUIJANO, Jairo. "*Manual de Derecho Probatorio*", Ediciones librería el Profesional, Bogotá, 1995, pág. 6.}

[31] 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*".

resulten suficientes de que suspenderán o modificarán las conductas por las cuales se les investiga.[32]

A este respecto debemos señalar que, el término "*ofrecimiento*" parte del verbo "*ofrecer*"[33] que a su vez se define como la acción de "*presentar y dar voluntariamente una cosa.(...). Manifestar y poner patente una cosa para que todos la vean*".[34]

3.3.2 Contenido del ofrecimiento

En el caso concreto, tendríamos que el ofrecimiento debe provenir expresamente del investigado, poniendo de presente en qué consiste y bajo qué términos tendría lugar, de suerte que la definición a cabalidad de estos presupuestos permita a esta Superintendencia entrar a considerar si el mismo resulta suficiente para el propósito que la norma refiere. En tal virtud, no puede haber ofrecimiento sin que se hayan establecido los compromisos que se estaría dispuesto a asumir, y las condiciones en que ello tendría lugar.

En esta perspectiva, cuando el representante de la Estación del Puente solicitó: "*Se suspenda el trámite de la investigación referida por 30 días término durante el cual presentaremos ante usted la solicitud formal de otorgamiento de garantías y términos relacionados*",[35] no estaba haciendo ofrecimiento alguno, en los términos ya enunciados, sino una manifestación de compromiso ulterior, que por cierto incumplió pues no presentó el ofrecimiento de garantías de que daba cuenta.

De hecho la Delegatura para Promoción de la Competencia, solo hasta el 25 de enero de 2002, dos meses y medio después de haber recibido la referida solicitud, expidió el correspondiente informe motivado de la etapa instructiva sin haber recibido ningún ofrecimiento formal de garantías.

Por tanto, disiente este Despacho de lo expresado por el señor Enríquez Erazo en cuanto a que no se tuvo en cuenta su manifestación de intención y compromiso, pues de una parte, no estaba la Entidad obligada a suspender la actuación y mucho menos a clausurarla, y de otra, fue el mismo quien no cumplió su compromiso, pues como ya dijo, transcurrieron mas de dos meses sin que allegara un ofrecimiento formal de garantías que ameritara un análisis o valoración por parte de este Despacho.

4. Autorización, ejecución y tolerancia

En la medida en que se configura la violación al número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y al artículo 1° de la ley 155 de 1959, se hace patente la responsabilidad por parte de los representantes legales que autorizaron, toleraron o ejecutaron tales conductas.

En efecto, para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales de una empresa por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa respectiva. De tal suerte que, la responsabilidad de los administradores presupone la de la persona jurídica a que pertenecen.
En este punto es necesario definir los verbos rectores de la conducta que se proscribe, así:

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por autorizar, "*dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa*",[36] así mismo, el término ejecutar es

---

[32] Ver: inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el número 12 del artículo 4 ibidem.

[33] Artículo 28 del Código Civil prescribe: "*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las hay definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal*".

[34] Diccionario de la Lengua Española décima octava edición, pagina 938.

[35] Ver oficio radicado bajo número 99051375 de fecha noviembre 8 de 2001, folio 33 cuaderno No. 1.

[36] Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Décimo Octava Edición, página 147.

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

definido como "*poner por obra una cosa*",[37] en tanto que el verbo tolerar aparece definido como: "*disimular algunas cosas que no son lícitas, sin consentirlas expresamente*".[38]

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:

- Higinio Alberto Mera Bastidas

De conformidad con su declaración obrante a folios 166 a 168 del expediente, se encuentra probada la representación legal de la estación Servicentro Súper de propiedad de la sociedad Mera Hermanos Ltda., en cabeza del señor Higinio Alberto Mera Bastidas, quien además reconoció que participó en la determinación del precio de los combustibles fijados por la estación de servicio en mención,[39] de lo cual se desprende que al 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.

- Alonso Villacís Ortega

En sus declaraciones reconoció que para al época de los hechos se desempeñaba como administrador de la estación Servisur. Igualmente reconoció que en su calidad de administrador le correspondía la fijación de precios de venta de los combustibles a que nos hemos refiriendo. En el mismo sentido, se advierte que al 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 anteriormente podría predicarse de las demás personas naturales investigadas, debe precisarse que el artículo segundo de la resolución de apertura No. 2243 de 2000, tan solo vincula a los representantes legales y administradores de las sociedades Mera Hermanos Ltda. y Servisur Ltda. 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 corriente, ACPM.

---

[37] Ibídem, página 509.

[38] Ibídem, 1269.

[39] Declaración del señor Higinio Alberto Mera, gerente de la estación Servicentro Súper.
"*PREGUNTA 2: Informe al despacho cual es su cargo actual y desde hace cuanto lo desempeña.*
RESPUESTA: Soy gerente, y hace catorce (14) años que desempeño este cargo en la Servicentro Súper de propiedad de la sociedad Mera Hermanos Ltda.
PREGUNTA 3: Participa Usted en la fijación del precio de los distintos combustibles en la bomba o estación de servicios Servicentro Súper.
RESPUESTA: Si".

y extra fueron idénticos entre las estaciones investigadas, en la forma que se ha descrito a lo largo de la presente resolución.

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 las estaciones percibió durante el periodo investigado, de la siguiente manera:

Estaciones	Sanción
Servicentro Super	$ 21.400.000
Servisur	$ 22.200.000
Estación del Puente	$ 12.100.000
Andina	$ 20.700.000

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 Mera Hermanos Ltda.; Servisur Ltda.; Jesús Eudoro Troya en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicio Andina y el establecimiento de comercio Estación del Puente, 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 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 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 Mera Hermanos Ltda.; Servisur Ltda.; Jesús Eudoro Troya en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicio Andina y José Vicente Enríquez Erazo, en su calidad de expropietario del establecimiento de comercio Estación del Puente, 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: Higinio Alberto Mera Bastidas y Alonso Villacís Enríquez, según lo tipificado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer sanciones pecuniarias por las siguientes sumas: Veintidós millones doscientos mil pesos ($ 22.200.000.oo) moneda legal, a Servisur Ltda.; veintiún millones cuatrocientos mil pesos ($ 21.400.000.oo) moneda legal, a Mera Hermanos Ltda., veinte millones setecientos mil pesos ($ 20.700.000.oo) moneda legal, a Jesús Eudoro Troya en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicio Andina y doce millones cien mil pesos ($ 12.100.000.oo) moneda legal, a José Vicente Enríquez Erazo, en su calidad de expropietario del establecimiento de comercio Estación del Puente.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco 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 cuatro millones doscientos mil pesos ($ 4.200.000.oo) moneda legal, a Higinio Alberto Mera Bastidas y de cuatro millones cuatrocientos mil pesos ($ 4.400.000.oo) moneda legal, a Alonso Villacís Enríquez.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco 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: Servisur Ltda.; Mera Hermanos Ltda., Jesús Eudoro Troya en su calidad de propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicio Andina y el establecimiento de comercio Estación del Puente, deberán dar fiel cumplimiento a las instrucciones contenidas en el punto 6 del presente proveído.

ARTÍCULO SEXTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los señores Víctor Hugo Hernández, Guillermo García Realpe y Jesús Eudoro Troya, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

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 15 MAR. 2002

El Superintendente de Industria y Comercio,

MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificaciones:

Doctor
VICTOR HIGO HERNÁNDEZ
Apoderado
MERA HERMANOS LIMITADA.
SERVISUR LIMITADA
Calle 2ª No. 24 A 25
Pasto – Nariño

Doctor
GUILLERMO GARCÍA REALPE
Apoderado
JOSÉ VICENTE ENRÍQUEZ ERASO
Carrera 40 A No. 18 B 41
Pasto – Nariño

Señor
JESÚS EUDORO TROYA
Propietario del Establecimiento de Comercio
ESTACIÓN DE SERVICIO ANDINA
Calle 9 No. 16 A 20 Panamericana
Pasto – Nariño

Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

El 18 MAR 2002 notifiqué personalmente el contenido de la presente providencia a Guillermo García Rolpe identificado con la C.C. No. 12962290 de Pasto entregandole copia de la misma e informándole que procede el recurso de reposición ante el Superintendente Industria y Comercio dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presente notificación.

El 18 MAR. 2002 notifiqué personalmente el contenido de la presente providencia a Jesus Eduardo Jojoa identificado con la C.C. No. 5'195835 de Pasto entregandole copia de la misma e informándolo que procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presente notificación.