

Ingresar nombres y documentos
de identidad de los sancionados

REPUBLICA DE COLOMBIA y datos notificación

No. coactiva 2-69312

7 12 mds



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 14540 DE 2002
(15 MAYO 2002)

Por la cual se resuelven unos recursos

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales en especial la prevista en el número 24 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y 50 del código contencioso administrativo, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Mediante escritos radicados bajo los números 99051518-70014 y 99051518-70015, los doctores Carlos E. Guaqueta G., en su condición de apoderado sustituto de Silvia Tello Vélez, propietaria del establecimiento de comercio Servicentro La Sultana; Carlos Eduardo Quintero Arizala, propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicio Texaco 10 Start Mar; Isabel Cristina Isaza Valencia, propietaria del establecimiento de comercio estación Texaco No.5; Dagoberto Castaño Henao, propietario del establecimiento de comercio Estación de servicio Belalcazar; Mónica Lozano Escobar, propietaria del establecimiento de comercio Estación Texaco Imbanaco No. 17; Guillermo Franco Hleap, representante legal de Autocentro Capri Ltda y Luis Eduardo Gordon Atehortua, representante legal de Globollantas Ltda y el doctor Luis Ferney Moreno, en su condición apoderado especial de la sociedad Terpel Occidente S.A. y del señor Alfonso Cuartas Velez, presentaron en tiempo y con el lleno de los requisitos de ley, recursos de reposición en contra de la decisión contenida en la resolución 08027 de 2002, por medio de la cual se impone una sanción a las personas que se ordenara investigar en la resolución 2244 de 2000. El objeto de los recursos se encuentra encaminado a que se revoque la decisión y en su lugar se termine la investigación, liberando de responsabilidades a los investigados con fundamentó en lo siguiente:

- CARLOS E GUAQUETA G., apoderado de Silvia Tello Vélez (Servicentro La Sultana); Carlos E. Quintero A (Texaco No. 10 Star Mart); Isabel Cristina Isaza V. (Texaco No.5); Dagoberto Castaño H (Estación de Servicio Belalcázar); Mónica Lozano Escobar (Texaco Imbanaco No.17) AUTOCENTRO CAPRI Ltda. . y Globollantas Ltda. y sus representantes legales Guillermo Franco H., y Luis E. Gordon.

"En tiempo interpongo RECURSO DE REPOSICIÓN contra la Resolución No. 08027 de fecha 18.03.02, 'por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta' (en adelante LA RESOLUCIÓN), emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC), para que:

"1.- Se revoque la mencionada resolución en su totalidad y en su lugar se absuelva a LOS EMPRESARIOS.

"2.- Que como consecuencia de la revocación, se ordene el archivo del expediente .

"Subsidiariamente,

Por la cual se resuelven unos recursos

"1.- Se revoque la sanción impuesta a Luis Eduardo Gordon A y Guillermo (sic) Franco H., como representantes legales de Globollantas Ltda. y Auto Centro Capri, respectivamente, ordenando el archivo del expediente.

"Subsidiariamente, se aclare la Resolución en el sentido de precisar la base matemática de la sanción.

"En apretada síntesis expongo los

"ANTECEDENTES

"1. - Mediante denuncia de la Viceministra de Minas, la SIC abrió una investigación contra LOS EMPRESARIOS, por presunta violación a las normas de la libre competencia (subrayo).

"2.-Se practicaron las pruebas que a criterio de la SIC eran las pertinentes y conducentes.

"3.- Del informe motivado se dio traslado a LOS EMPRESARIOS, quienes presentaron un solo escrito de defensa en el cual solicitaron desestimar el informe motivado y en su lugar, ordenar su archivo.

"4.- La SIC decidió en la resolución objeto de la censura declarar la conducta como ilegal por contravenir lo previsto en el art. 1° de la ley 155 de 1959 y en el nal.1° del art.47 del Decreto 2153 de 1992 y declararlos responsables personalmente a algunos de LOS EMPRESARIOS e imponer una sanción pecuniaria de diferentes valores, tasada en relación con el monto de los ingresos -- aunque sin especificar nada- de cada uno de los establecimientos.

"MOTIVACION DEL ACTO IMPUGNADO

"Fundamenta su decisión la SIC, después de un análisis del que pretende deducir responsabilidad en LOS EMPRESARIOS por la vía de la conducta conscientemente paralela para fijar precios y paso seguido aplica la fatídica REGLA PER SE, para concluir en una sanción pecuniaria y en una prohibición de una conducta.

"FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

"Intentaré ser breve, aunque es casi imposible dada la importancia del tema y la trascendencia del mismo.

"El acto recurrido vulnera la Constitución Nacional y la ley general de promoción de la competencia y prácticas restrictivas.

"1.- Violación de la Constitución. La interpretación que hace la SIC de las normas mencionadas es errónea, equivocada y conduce a graves y perjudiciales injusticias.

"El Principio de la Legalidad - art. 4° C.P.- dice que 'la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma, se aplicarán las disposiciones constitucionales.'

"Inútil es recabar en este tema, pues sus alcances son ampliamente conocidos. Los párrafos 2° y 4° del art. 333 de la C.P. dice que 'la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades' y el 4° 'Es (sic) Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se

Por la cual se resuelven unos recursos

restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.' (Subrayo)

"Diversos autores (1) consideran que el art. 333 en comento tiene cuatro objetivos, de los cuales nos interesan particularmente dos: ampliar el ámbito de la libertad económica y perfeccionar los elementos de la economía de mercado.

"Por tanto, desde el punto de vista del mercado, la Constitución tiene objetivos precisos y cualquier conducta que afecte al (sic) la libertad económica y la economía de mercado, debe ser reprimida. Así la conducta que restrinja el ámbito de la libertad económica (léase mercado), debe ser sancionada. Si no hay efecto en el mercado, no hay sanción, pues a la Economía le interesa son los hechos que afecten materialmente la asignación de recursos; la mera intencionalidad (imagine se la cantidad de sueños económicos de las personas) no es tema económico.

"Así las cosa hay bienes constitucionalmente protegidos: la libertad económica y la libertad de mercados. En el acto impugnado en reposición, no se demostró el efecto en el mercado Constitucionalmente protegido, ni se realizó análisis sobre impacto económico de la conducta en el mismo. Entiendo que es más cómodo evitar el análisis económico, complejo de por sí, pero no puede ser de recibo.

"Se constituye así una suerte de RESPONSABILIDAD OBJETIVA proscrita por la Constitución (art. 29) y la ley en el art. 12 in fine del Código Penal que dice que ' queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva' y como UBI EADEM RATIO IBI IDEM JUS (donde hay la misma razón de hecho, hay la misma disposición de derecho, art. 8° Ley 153 de 1887) pues tampoco puede caber en materia de Derecho Económico, salvo que el constituyente así expresamente lo hubiera dispuesto.

"LOS EMPRESARIOS tenían derecho a que, más allá de la REGLA PER SE inaplicable en nuestro medio, como acaba de verse y se verá a lo largo de este escrito, se les aplicara la REGLA DE LA RAZON, que a nivel constitucional significa que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

"La legislación colombiana de competencia, no trae, no puede traer la REGLA PER SE, no solo por expresa prohibición constitucional, sino porque la ley general de competencia, tampoco la trae, como pasa a verse.

"2.- Violación a la ley general de competencia. La SIC vulneró la ley general de competencia al imponer la figura de la ILEGALIDAD PER SE, que no está contemplada en aquella.

"A-- Las normas. El artículo 1° de la Ley 155/59 (Mod. Art. 1° Decreto 3307/63) dice que 'Quedan prohibidos... tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.' (Subrayo)

"Las empresa (sic)- continúa la ley en el art. 2° - que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley...'. Obsérvese el bien jurídicamente tutelado: LOS PRECIOS EN EL MERCADO. (Subraya mía)

"De otra parte el art. 44 del Decreto 2153/92 en concordancia con la Carta Política y la Ley 155/59, dice que 'La SIC..., para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia. . .'

Por la cual se resuelven unos recursos

"De esta forma la Constitución y la Ley determina los bienes jurídicamente tutelados: la libre competencia. Si se vulnera esa libre (sic) competencia, los mecanismos sancionatorios deben operar. Sino, no.

"B.- Sesgos Administrativistas. Tanto en la descripción de los tipos normativos como en la forma de colegir al (sic) responsabilidad de LOS EMPRESARIOS, se perfila un sesgo en contra del Derecho Económico, olvidando que una cosa es este último y otra el Derecho Administrativo. EL Derecho económico es ya una rama autónoma, con toda su carga de análisis económico, que no se aprehende en breves cursos de un año, y la aplicación del Derecho Administrativo es marginal, principalmente en el aspecto procesal.

"El Administrativo parte de las prerrogativas estatales, y por ello asume comportamientos de autoridad y frente a los administrados. Pero el único punto de contacto del Derecho Económico (Derecho de los Mercados) es la autoridad de competencia.

"C.- Ilegalidad PER SE. LA RESOLUCIÓN impugnada cayo (sic), como aparece probado, en la doctrina de la SIC en el sentido del encabezado, que se puede definir diciendo, según el Derecho Antitrust de los Estados Unidos, que existe una infracción PER SE cuando, demostrados los extremos que hacen a determinada conducta de las partes sujetas a investigación, por ejemplo, el haber efectuado un acuerdo para fijar conjuntamente sus precios, no es necesario efectuar análisis adicional alguno sobre los motivos de tal conducta, sus causas, sus efectos, a fin de determinar su ilicitud.

"Esta figura ha sido estudiada -y cuestionada- por tratadistas con formación completa en las dos ciencias (económicas y jurídicas). Sobresale GUILLERMO CABANELLAS (2) quien hace un afortunado compendio de esa figura.

"Hay que partir de que el sistema judicial norteamericano, de donde viene, opera bajo la REGLA DEL PRECEDENTE, o STARE DECISIS, por lo que las decisiones adoptadas en un caso inciden necesariamente sobre las que se deban adoptar en otros casos similares subsiguientes.

"Bajo la influencia de decisiones anteriores, cabe destacar el caso UNITED STATES v. SOCONY - VACUUM OIL CO., cuando por primera vez se utilizó la figura de la ILEGALIDAD PER SE. Dicha decisión estableció que bajo la Ley Sherman (que dicho sea de paso no surgió por razones económicas sino políticas locales, ley que nada promueve sino que sanciona conductas anticompetitivas -antitrust- porque en los Estados Unidos sí hay competencia que defender en economías y mercados altamente desarrollados) una combinación formada con el propósito y con el efecto de elevantar, deprimir, fijar, atar o estabilizar el precio de una mercancía en el comercio (subrayo), es ILEGAL PER SE. (Anticipándose, obsérvese lo que en economía se entiende por 'FIJAR PRECIOS'). Consecuentemente, allí sí se analizan los factores económicos - impacto en el mercado, aún por la primera vez.

"Pero los casos en EE. UU son rebeldes a seguir su propia jurisprudencia, a pesar de la regla del precedente, como por ejemplo el caso APPALACHIAN COALS INC v. UNITED STATES, que la Corte dijo que 'las realidades deben dominar el juicio: el mero hecho de que las partes de un contrato eliminen la competencia entre ellas no es suficiente para condenarlo'. Aplican la REGLA DE LA RAZON que define Cabanellas indicando que tales actos sujetos a la regla de la razón, una vez probados determinados extremos relativamente amplios que hacen al encuadramiento de la conducta analizada bajo dicha regla, la determinación de la ilicitud de tal conducta queda sujeta a la discreción judicial, en cuanto esta debe (sic) apreciar su 'razonabilidad', sus propósitos y sus efectos amplios sobre la competencia y el desenvolvimiento del comercio' (Resalto) La verdadera

Por la cual se resuelven unos recursos

prueba de su legalidad consiste en determinar si la restricción impuesta es tal que meramente regula y así, quizás promueve la competencia, o bien la puede suprimir y aún destruir.

"Desde otro punto de vista, continúa Cabanellas, cuyo enjundioso trabajo hay que estudiar y trajar mucho para entender este tema a veces abstruso del Derecho Económico, se ha considerado que la distinción entre las dos reglas es gradual (sic) (mejor de graduación, aclaro yo), en virtud de que ambos casos deben evaluarse esencialmente el impacto de determinadas conductas sobre la competencia y que en el caso de la (sic) infracciones PER SE ese impacto es unívoco, no siendo necesario repetir su evaluación en cada hipótesis que se presente. (3) (Subrayas mías): pero de que se debe analizar el impacto en el mercado, no queda la más mínima duda.

"Pero como somos más 'papistas' que el Papa, aquí la aplicamos sin ningún tipo de atenuantes, lujo que no se dan ni en su país de origen.

"Esta es la verdadera interpretación de las reglas en comento y obviamente de las leyes. Cabe entonces preguntarnos, cuál fue la regla del precedente colombiano en que se basó la SIC para sancionar? Es, a la luz de la Constitución y la Ley colombianas, aplicable la REGLA PER SE? Claro que no.

"D.- Derecho Comparado. Veamos brevemente unos casos escogidos al azar, que demuestran lo aquí afirmado.

"-Venezuela (www.procompetencia.gov.ve. Ley de Competencia) La Ley procompetencia tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y al (sic) eficiencia en beneficio de los productores y los consumidores.

"Prohíbe en general las conductas o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia. Con estas aclaraciones es imposible la aplicación de la REGLA PER SE sin violar la ley.

"Chile. (www.economia.cl/minecon) En la medida en que puedan constituir menoscabo o restricción de la competencia, la Fiscalía investiga entre otros los siguientes grupos de hechos o conductas. . . (viene enumeración de conductas idénticas a las que trae la ley colombiana). Sobran los comentarios.

"Unión Europea. Por el Tratado de Roma (arts.85 y 86) excluyen todas (sic) aplicación de la REGLA PER SE

"- Argentina: La excluyen de tajo.

"Parece ser que actualmente solamente Estados Unidos y Colombia aplican la mentada regla.

"3.- Errónea Interpretación del Decreto 2153/92. Ya está visto que d (sic) acuerdo a la Carta Política y la Ley en Colombia, no se puede aplicar la REGLA PER SE, sino la REGLA DE LA RAZON.

"Pero es que además la RESOLUCIÓN impugnada, viola el Decreto 2153/92 de manera flagrante y obvia las reglas de interpretación que trae el Código Civil.

"Veamos: el punto 2.2.2. (pag, 22 de la RESOLUCIÓN) intenta una adecuación normativa que no se aviene a las normas legales. Sin detenernos en los aspectos del acuerdo y carácter de empresa

Por la cual se resuelven unos recursos

(que tampoco compartimos en toda su extensión), llegamos a 'QUE TENGAN COMO EFECTO LA FIJACIÓN DIRECTA O INDIRECTA DE PRECIOS'.

"En el 1er renglón de ese acápite, se cae toda la sustentación de la SIC, que además es contradictoria.

"A) Dice: La expresión 'efecto' carece de definición legal; hasta ahí de acuerdo. Pero la FIJACIÓN DE PRECIOS, sí tiene sentido en economía. El art.29 del C.C., dice que las 'palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte...'

"En Ciencias Económicas, a las que parecen huirle los abogados de la SIC, la expresión 'FIJACIÓN DIRECTA O INDIRECTA DE PRECIOS', sí tiene un sentido propio. Por tanto opera, el art. 29 mencionado.

"Tomemos solamente para ilustrar el Diccionario de Economía de Orbis (4) que se caracteriza por su sencillez, aunque hay otros mucho más complejos. Dice en su pág 262: 'fijación de precios. Término utilizado para dar a entender la fijación de precios 'deliberada' en contraste con la situación idealizada de la competencia perfecta en la que el precio (resalto) es el resultado automático de un proceso impersonal. 'Para abundar, veamos qué dice la legislación argentina: '... es fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas los precios de un mercado'. Así si no hay impacto en los precios del mercado, no hay punible

"Queda alguna duda? Por si acaso, los precios fijados son los de MERCADO, desde luego; no es el que se fija al interior de la empresa, que es intrascendente para la economía.

"Los clásicos de la economía reducen según STIGLITZ (5) a cuatro los temas a resolver: 1.- Qué se produce y en qué cantidad? 2.- Cómo se producen esos bienes? 3.- Para quién se producen esos bienes? 4.- Quién toma las decisiones económicas y por medio de qué mecanismos?

"Para resolver estas cuestiones, se trabajan tres mercados esenciales: 1.- mercado de bienes y servicios; 2.- mercado de capital y 3.- mercado de divisas.

"A la economía y al Derecho Económico le interesan solamente los precios de estos mercados y su conformación, y no los precios que individualmente 'fije cada empresario', sino tiene impacto en esos mercados.

"B) La SIC se contradice. Esta apreciación se confirma de dos maneras. La primera leyendo la propia RESOLUCIÓN en el punto C., de la página 24: '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...'. (Subrayo) A contrario, si no se produce un resultado dentro del mercado, no merece reproche. O no?

"En el mismo sentido, la misma SIC (6) dice en un estudio de su propio caletre: 'teniendo en cuenta que el precio es el factor competitivo más importante, se debe garantizar que este sea fijado libremente en (sic) el mercado, sin mediación de conductas como acuerdos, actos o abuso de posición dominante, por las cuales sea determinado (el precio de mercado, añado,) artificialmente distorsionando el funcionamiento del mercado' (Subrayo). Palabras de la autoridad de competencia.

"Parece que no hay mucha congruencia, y menos manejo de los temas económicos, entre lo que dice y lo que sanciona la SIC.

Por la cual se resuelven unos recursos

"Conclusión inevitable es que el precio a que se refiere la FIJACIÓN DIRECTA O INDIRECTA, ES EL PRECIO DE MERCADO, y no el precio que cada empresario proponga al mercado. Si ese precio tiene un 'efecto de arrastre' de precios y altera artificialmente el precio del mercado, es punible; sino no. Es simple Teoría de Precios.

"C) Equivocada sanción. Corolario de la errónea interpretación es la sanción impuesta a los representante legales de LOS EMPRESARIOS. El creer la SIC que la conducta sancionable era la fijación de sus precios sin efecto sobre el mercado, llevó a la autoridad de competencia a sancionar.

"En efecto, la pregunta hecha durante el interrogatorio (visible a folio 40), es inconducente e impertinente, ineficaz: 'participa Usted (sic) en la fijación de precios de los distintos combustibles en...'. La respuesta obvia, lógica, en su condición de gerente tenía que ser sí. El que preguntó tenía en mente una cosa, y otra muy distinta el que contestó. Qué Gerente no participa en la función gerencial (perdón la redundancia, pero aparece necesaria) de fijar los precios de sus productos? Si hubiera contestado lo contrario, habría perdido el puesto sin remedio, y sin indemnización. . .

"La sanción no fue más alta, porque ante la subida de precios de estas estaciones de servicio (advírtase que no producen nada material, sino un intangible) , los clientes sencillamente se fueron a otras estaciones, pues en Cali las estaciones son más de DOSCIENTAS DIEZ (210). La sacaron cara, pues los únicos perjudicados fueron ellos mismos ante el retiro de clientes, y además los multaron.

"Hay en todo esto una absurda y lamentable confusión conceptual, equiparable a condenar a un presunto homicida, sin muerto.

"Señora Superintendente: Por el mismo rasero debe abrir investigación y sancionar a la iglesia Católica (con todo mi respeto de practicante) por existir un arancel (El Tiempo Pag. 1-10 edición 25.03.02) del obispado que 'fija los estipendios' es decir las tarifas o precios, por misas, matrimonios etc.; también a los parqueaderos, a los abogados, a los ropavejeros, salas de cine y otros tantos más.

"Dice Cabanellas, y lo reitera las autoridades de competencia: 'Hay que emplear los elementos de índole económica que subyacen al cuerpo normativo (pag. 17) y 'resulta así necesario analizar la estructura del mercado en cuestión, la naturaleza del producto, el curso que han seguido los precios a lo largo de un periodo relativamente largo (no dos meses!), entre otros elementos a fin de apreciar los motivos subyacentes a las variaciones de los precios. (Pag.266)

"Hay errores de fondo en la interpretación y aplicación de las normas de Derecho Económico, de las normas de competencia, y no pueden, por cómodo que resulte, prescindir de todo análisis económico. Entiendo que la Economía, para los abogados es un martirio, así como para los economistas el Derecho no es más que discursos utópicos e inútiles. Pero esto debe cambiar, distinguiendo el Derecho Económico del Administrativo, infundiéndoles argumentaciones económicas y financieras pertinentes, todo en aras de la confianza y respeto hacia la Autoridad de competencia."

- LUIS FERNEY MORENO, apoderado de ALFONSO CUARTAS VELEZ, en calidad de representante legal de Terpel Occidente S.A.

"I. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

Por la cual se resuelven unos recursos

"Me permito presentar los fundamentos de hecho y de derecho que divergen parcialmente de la posición Superintendencia, desde el punto de vista jurídico y económico. Decimos que discrepamos parcialmente porque aceptamos que hubo una práctica paralela, pero en ningún momento concertada, ni cooperada, como lo afirma su despacho, sino espontánea, libre, producto de la reacción lógica de los competidores en el mercado; tal como lo señalaremos posteriormente al analizar otros elementos no observados por su despacho en las pruebas practicadas.

"Para lograr lo anterior dividiremos nuestra presentación así: Considerandos derivados de la práctica de pruebas que debieron haberse tenido en cuenta por su despacho, y la dosimetría de la multa por la falta de adecuación y proporcionalidad con la decisión que se tomó.

"A. EN RELACION CON LOS CONSIDERANDOS

"1. La Superintendencia no tuvo en cuenta la existencia de una empresa en la ciudad de Cali que desencadenó el aumento de los precios, generando que las demás empresas reaccionaran imitando ese comportamiento espontáneamente: Si la Superintendencia hubiera tenido en cuenta quién desencadenó el aumento de precios y por qué los demás reaccionaron imitando ese comportamiento, la decisión definitiva de la Superintendencia hubiera sido el archivo de la investigación.

"De acuerdo con la (sic) pruebas, la empresa cuyo propietario Terpel Occidente reaccionó espontáneamente ante el incremento de precios de otros competidores porque como se deduce, las empresas en ese sector viven de los márgenes de comercialización, como se reiteró en las declaraciones y en el informe motivado de mi representado.

"En efecto, en ningún momento, hubo acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de prácticas paralelas concertadas. Lo que sí se deduce de las pruebas, es el reconocimiento por parte del (sic) Terpel Occidente S.A. de la existencia de las prácticas paralelas, pero, por ningún motivo la admisión de que éstas fueran concertadas entre las empresas de distribución minorista que operan en Cali.

"La existencia de prácticas paralelas en la ciudad de Cali, las cuales se presentan por algunas causas como veremos posteriormente, sólo significa la presencia de precios similares, entre las empresas. Esta inquietud es la que ha tenido reiteradamente la Superintendencia en todo el procedimiento administrativo sancionador. Pero se le repite, no fueron concertadas o cooperadas predeterminadamente con el objeto o efecto de fijar precios en ese mercado.

"Las causas de la existencia de las prácticas paralelas como quedó establecido en la práctica de pruebas, son dos, dada la naturaleza del mercado de distribución minorista de combustible: La primera, la similitud de la estructura de costos operacionales de las empresas y la segunda, el obligado y análogo margen de comercialización.

"Por un lado, decimos que la estructura de costos operacionales de las empresas es similar porque todos los componentes de esos costos son ítems fijos. Sin embargo, la Superintendencia afirma que existen unos costos fijos y otros variables. Entonces, es aquí donde nos encontramos ante una contradicción jurídica entre la posición de la Superintendencia y la nuestra que se basa en la realidad del negocio. De ahí que llamamos la atención a esa entidad para que se tome la tarea de analizar con mayor detalle la estructura de costos de cada una de las empresas si realmente refleja su realidad del negocio o el aparente propósito de una práctica concertada.

Por la cual se resuelven unos recursos

"Estamos seguros que la Superintendencia después de un mayor estudio de la situación va a concluir que los precios son similares y que esto es la fuente de la presencia de prácticas paralelas en un mercado con régimen de libertad vigilada, pero que no ha sido el objeto ni el efecto la fijación de precios similares ya que ha faltado uno de los elementos del extremo volitivo 'concertación' o 'conscientemente' entre las empresas.

"Por otro lado, decimos que el margen de comercialización es obligatorio y análogo porque la misma naturaleza del negocio conlleva a que subsista este tipo de margen análogo entre las empresas, en otras palabras, la lógica del mercado en compañía de la estructura de los costos operacionales conducen a márgenes de comercialización análogos, desde luego, se llega a esta situación de manera espontánea, esto es, sin concertación ni conscientemente.

"En ese orden ideas, como se puede inferir de lo expuesto hasta ahora, existe un atipicidad (sic) de la conducta porque no se da uno de sus elementos, esto es: Práctica paralela consciente o concertada. Precisamente el elemento ausente que no ha sido probado por su despacho es la 'concertación' o 'conscientemente'.

"Cabe agregar que uno de los elementos importantes del procedimiento administrativo sancionados consiste en probar los hechos, pero aquí en la resolución recurrida, la Superintendencia no ha probado plenamente que la similitud de precios en la ciudad de Cali haya sido producto de una concertación entre las empresas. No olvidemos que pueden subsistir diferentes caminos para que haya esa similitud de precios; la concertación entre las empresas no es el único, ya que el mismo mercado puede conllevar a esa situación, por sus mismas fallas o imperfecciones.

"2. La Superintendencia no se tomó la tarea de analizar con detalle la estructura de costos de cada una de las empresas, realmente es ahí donde se refleja la realidad del negocio o el propósito de práctica concertada que se aduce.

"Con las pruebas practicadas la Superintendencia puede hacer un estudio muy detallado, tal como se solicitó atrás, y así lograr una decisión más adecuada a la realidad y justa que vele por el equilibrio entre la actuación de mi representada, conforme a la libre competencia y el interés general.

"B. EN RELACION CON LA DOSIMETRÍA DE LA MULTA

"En este aspecto queremos indicarle que se violaron dos principios fundamentales del derecho administrativo sancionatorios (sic) como son el principio de proporcionalidad y el principio del debido proceso.

"En efecto, se evidencia que la imposición de la multa, a mi representado, por la suma nueve millones de pesos moneda legal colombiana (\$9.000.000) por parte de su despacho, no está acorde con el principio de proporcionalidad desarrollado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en varias sentencias que a título de ejemplo podemos citar: Sentencia T -254 de mayo de 1994, Sentencia C-591 de 1993, sentencia T -015 de 1994, Sentencia T -429 de 1994 y la Sentencia C-459 de 1995.

"Pues al imponer este monto por multa, es oportuno recordar ese principio, en virtud del cual las autoridades administrativas investidas de la facultad para la dosimetría sancionatoria deben ejercerla razonadamente, ajustándose a los antecedentes y atenuantes de la conducta, considerar lo contrario devendría una sanción injusta, porque no guarda gradualidad, aquí es importante citar una vieja pero sabia jurisprudencia del Consejo de Estado de diciembre 11 de 1979, que dice:

Por la cual se resuelven unos recursos

"No hay duda de que la justicia se encuentra en el equilibrio entre la falta cometida, teniendo en cuenta sus características, motivaciones, agravantes y atenuantes, y la sanción impuesta.

La sanción exorbitante no satisface los requerimientos de la justicia, sino que la agravia y vulnera'

"Por otra parte, tal como lo hemos demostrado en el transcurso de este recurso, se evidencia la atipicidad de la conducta que su despacho señaló como presuntamente violatorias de normas. De ahí que al presentarse atipicidad no es dable a la Superintendencia de Industria y Comercio imponer la sanción porque se estaría violando un derecho fundamental como es el debido proceso en las actuaciones administrativas en el cual no puede haber pena sin que previamente haya una violación o infracción a una norma.

"No sobra recordar los diferentes pronunciamientos de las Cortes en relación con el debido proceso, en especial nos llama la atención citar la providencia de 1992 de la Corte Constitucional¹, que reza así:

"Comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad (nemo iudex sine lege), el principio del juez natural o juez legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales en estricto rigor responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales. El artículo 29 de la carta contempla, además, otros derechos que se entienden contenidos en el núcleo esencial de derecho al debido proceso..."

"Por otra parte, cabe aclarar, si la Superintendencia continúa con su posición de la tipicidad de la conducta solicito la revisión de la multa impuesta por nueve millones de pesos (\$9.000.000) puesto que hay varios elementos atenuantes que indican su reducción para que guarde equilibrio con el interés público que se está protegiendo y los derechos fundamentales de mi representada.

"II. PETICIONES

"De conformidad con las disposiciones invocadas, las pruebas, los argumentos y Considerandos que se fundamentaron en el presente escrito, comedidamente me permito formular lo siguiente:

"Que se sirva revocar en cada una de las partes la Resolución 08027 del 18 de marzo de 2002, en especial se revoque la decisión proferida por su despacho contra la empresa y su representante legal señor ALFONSO CUARTAS VELEZ, mediante el cual se impuso una sanción y se prohíbe el ejercicio de la conducta.

"En caso que no se llegare a revocar la resolución, solicito que se haga la revisión de la multa, para que se disminuya ésta, de acuerdo con los considerandos anteriores."

SEGUNDO. De acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del código contencioso administrativo, se resolverán todos los aspectos señalados y los que surgieren con ocasión de los recursos presentados.

A este respecto es importante dejar claro que, por guardar relación directa con el mismo acto, la resolución 08027 de 2002, este Despacho atendiendo a los principios orientadores que gobiernan la

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-474 de julio 29 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por la cual se resuelven unos recursos

actuación administrativa, especialmente los de economía y celeridad,² decide resolver los recursos interpuestos en forma conjunta, de la siguiente manera:

1 Libre competencia

1.1 Alcance

En primer término, debe recordarse que la libertad de empresa y la libertad contractual no son derechos absolutos en tanto se encuentran sometidos a las limitaciones que el legislador establezca, con fundamento en lo señalado en el artículo 333 de la Carta Política.³ En este contexto, la preceptiva legal sobre competencia emerge como límite que atempera el ejercicio de estas libertades económicas.

Es por lo anterior que quienes concurren al mercado no se encuentran legitimados para actuar de forma arbitraria sino que deberán acatar las reglas que el legislador ha diseñado en aras de proteger la libre competencia.

Atendiendo este criterio, se ha previsto que las disposiciones sobre promoción de la competencia deben aplicarse procurando mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que *en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.*⁴ Resulta claro entonces, que con las disposiciones sobre libre competencia se persigue proteger el interés social de los consumidores.

Así, la normatividad sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas agrupa una serie de normas diseñadas para preservar el mercado libre y la competencia abierta, de suerte que esta Superintendencia al momento de cumplir con sus obligaciones, debe dar cumplimiento al principio constitucional antes señalado, procurando su materialización efectiva.

Bajo esta perspectiva, debe resaltarse que la investigación adelantada se motivó en los lineamientos y objetivos pretendidos por el constituyente al incluir los artículos 333 y 334 en el cuerpo normativo de la Constitución de 1991. De manera pues que, las motivaciones que precedieron y acompañaron la investigación realizada por esta Entidad, se cimientan justamente en el verdadero sentido de las normas constitucionales sobre libre competencia, que inspiraron la redacción del decreto 2153 de 1992.

² Código Contencioso Administrativo; artículo 3°.

³ De conformidad con el artículo 333 del Ordenamiento Superior: *"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

"La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

"La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

"El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

"La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". (subrayado nuestro)

⁴ Decreto 2153 de 1992; Artículo 2, número 1.

Por la cual se resuelven unos recursos

1.2 Efectos. (asignación de precios.)

Tal y como se mencionara en el punto anterior, a través de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas se pretende asegurar, entre otros objetivos, que en el mercado exista variedad de precios.⁵

Valga resaltar que ha sido estructurado un verdadero sistema de economía de mercado competitivo, en el que el precio y los demás indicadores de productividad y rentabilidad tienden a preservarse libres de distorsiones artificiales, creando con ello los incentivos necesarios para que los empresarios orienten sus recursos productivos a aquellos sectores en los que resultan más eficientes y, por consiguiente, menos vulnerables a las condiciones del mercado.

En este contexto, la competencia resulta ser un proceso que redundará en el bienestar general e individual, al sentar las condiciones para que las empresas se hagan más eficientes y ofrezcan una mejor calidad en sus productos, al igual que una amplia variedad de precios al mercado.⁶

Siguiendo estos lineamientos encontramos que, en el mercado existe una corriente de bienes y servicios que fluye desde los productores hacia los consumidores y una corriente inversa de dinero desde éstos hacia los primeros, siendo el precio el eslabón que ata estas dos fuerzas. Por consiguiente, será el productor, en términos generales, quien libre y autónomamente determine el precio con que habrá de ofrecer sus productos o servicios, para lo cual tendrá en cuenta su estructura de costos y la utilidad que pretende obtener atendiendo las condiciones del mercado, esto es, el comportamiento que revelan la oferta y la demanda en el sector específico.

Bajo este enfoque, no cabe duda que los acuerdos de precios entre los oferentes de un mismo producto, se contraponen e incluso desvirtúan al denominado precio de mercado, resultante del libre juego de la oferta y la demanda.

Por ello, el que varias estaciones de la ciudad de Cali, hubieran fijado un mismo precio de venta de la gasolina extra, sustrayendo este aspecto a las fluctuaciones y choque de las fuerzas del mercado, implicaba de por sí una fijación de precios, la cual se comprobó al analizar la presencia de precios idénticos en cada una de las investigadas, y, que a la postre permitió encuadrar el comportamiento analizado en el número 1 del artículo 47, como veremos en el siguiente punto.

2 **La conciencia en la conducta desplegada**

Tal y como se estableciera en la resolución 08027 de 2002, la conducta merecedora de reproche constituye un acuerdo, en la modalidad de práctica conscientemente paralela, que tuvo por efecto la fijación de precios de venta al público de la gasolina extra. La ocurrencia de dicha práctica logró

⁵ El término "precio" ha sido definido como el valor pecuniario en que se estima una cosa (Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, Real Academia Española, Madrid, 1984). Así mismo se dice que representa la cantidad de dinero dada a cambio de una mercancía o servicio. (Diccionario de Economía. Arthur Seldon, F.G. Pennance. Colección libros de economía Oikos).

⁶ Al respecto se ha dicho que "...en una economía de mercado competitivo, el precio y las demás señales e indicadores de productividad y rentabilidad tienden a mantenerse libres de distorsiones y de esta manera se crean los incentivos necesarios para que los empresarios destinen los recursos productivos a las áreas en donde sirven más a ellos y al país. Así la competencia es un proceso que genera bienestar general e individual, hace que las firmas se vuelvan más eficientes y brinden a los consumidores una gama teóricamente infinita de precios y calidades mayores. Esto se logra, como lo he manifestado anteriormente, gracias a, y sólo en cuanto la competencia sea equivalente a rivalidad, y no coordinación o dictadura". (ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José. "Criterios de Aplicación de las Normas de Competencia", artículo publicado en Colección Seminarios No. 5, Pontificia Universidad Javeriana, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia -CEDEC-, 1997, pág. 76).

Por la cual se resuelven unos recursos

establecerse a partir del comportamiento asumido por las estaciones investigadas y de la valoración conjunta de las distintas piezas probatorias, como mas adelante y en detalle habrá de exponerse.

En cuanto a la supuesta ausencia de prueba de la "conciencia" como elemento integrante de esta forma de acuerdo, debemos manifestar que, este aspecto 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 tenga lugar una práctica conscientemente paralela se requiere tener conocimiento de las políticas desarrolladas por las otras empresas y que 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.

Ahora bien, la conciencia en el obrar que debe acreditarse en esta modalidad de acuerdo, resulta en todo caso distinta del móvil o fin ulterior que precede el comportamiento, el cual corresponde a un elemento subjetivo, extraño a la redacción de la norma.

Se trata entonces de dos aspectos distintos. Una es la conciencia, circunscrita en el conocimiento que se tiene de la forma en que otros actúan en el mercado y en el ánimo de imitar esa manera de obrar o en el deseo de que se sigan las propias pautas, y otro, es el fin ulterior que precedió al acto, el cual está compuesto por las motivaciones que tuvo en mente el agente para comportarse de esa manera, es decir, la representación de objetivos y propósitos concretos tenidos en cuenta y que precedieron al comportamiento.

La anterior diferenciación resulta de vital importancia en la composición de la norma analizada, en cuanto el elemento "conciencia" es indispensable para su configuración, al paso que la motivación o representación del agente resulta irrelevante para el mismo propósito. Así, mientras conocer la manera en que otros se comportan en el mercado y alinearse en el mismo sentido constituye la conciencia como requisito *sine-quantum*, el por qué y para qué se decidió comportarse de esa forma es ajeno a la descripción del tipo normativo violentado.

Habiendo hecho la anterior precisión, debe indicarse ahora que el despliegue probatorio en la actuación adelantada se encaminó a verificar si el paralelismo registrado en los precios de la gasolina extra, correspondió a un comportamiento consciente de las estaciones. De esta forma, la prueba del elemento aludido, partió del conocimiento de las políticas que seguían otros competidores, para posteriormente entrar a establecer si se decidió seguirlas o hacer que se imitaran las propias.

En este sentido, tenemos que durante la investigación realizada logró demostrarse que las estaciones sancionadas, sabían y conocían los precios que asignaban otras estaciones de su área de influencia. Así se desprende de las propias declaraciones de los representantes y propietarios de las estaciones, quienes reconocieron tener en cuenta los precios de las demás estaciones de su área de influencia en el propósito de fijar los propios.⁷ Es claro entonces, que tener en cuenta los

⁷ Al respecto manifestaron los propietarios y representantes legales de las estaciones investigados:

- Declaración de la señora Silvia Tello, propietaria del establecimiento comercial Servicentro La Sultana:

*PREGUNTA 4: *Que factores o elementos tiene en cuenta la bomba para determinar los precios de los diferentes combustibles.*

RESPUESTA: *El principal factor sería la resolución que dicta el gobierno para los municipios allegados a la ciudad de Cali, lo otro que tomo en cuenta es el sector donde estoy ubicada y los otros negocios que están alrededor mio.*" (Subrayado fuera del texto)

-Declaración de Isabel Cristina Isaza Valencia, propietaria del establecimiento de comercio Estación Texaco No 5:

*PREGUNTA 6: *En concreto, podría indicar a este Despacho, la forma en que tuvo lugar la fijación de precios de gasolina corriente, extra y ACPM para los meses de abril y mayo de 1999, en su bomba o estación de servicio.*

Por la cual se resuelven unos recursos

precios del área de influencia implica necesariamente un conocimiento de los mismos, dado que no puede tenerse en cuenta lo que no se conoce.

En cuanto al segundo presupuesto, esto es, el deseo de imitar o seguir las políticas que otros desarrollan o que se imiten las propias, se encuentra suficientemente probado. Fueron varios los indicios que apuntalaron en este sentido. Primero, la identidad absoluta en el precio de la gasolina extra en cada una de las estaciones de servicio investigadas, por un mismo periodo de tiempo (abril-mayo 1999), acompasado por incrementos sincronizados.

Otro hecho indicador fue la diferencia en la estructura de los costos operacionales de cada una de las estaciones que involucran los costos típicos en la realización de una actividad económica. Dentro de éstos aparecen los costos de producción, que incluyen los referentes a mano de obra directa, el consumo de materias primas y los gastos generales de fabricación.

En el desarrollo de la actividad económica cada una de las estaciones de servicios se ve sujeta a unos costos de operación que dependerán del volumen de ventas, del tamaño de la estación, entre

RESPUESTA: Por la resolución y en esa época ya había empezado la liberación y tuve mucho en cuenta los precios que tenían fijados en los avisos en las estaciones de mi área de influencia". (Subrayado fuera del Texto)

-Declaración del Señor Dagoberto Castaño Henao, ex arrendatario de la Estación de Servicio Belalcázar:

**PREGUNTA 7: En concreto, podría indicar a este Despacho, la forma en que tuvo lugar la fijación de precios de gasolina corriente, extra y ACPM para los meses de abril y mayo de 1999, en la bomba o estación de servicio Belalcázar.*

RESPUESTA: Fije el precio con el mismo criterio, teniendo en cuenta la resolución y los costos de la estación junto con el área de influencia". (Subrayado fuera del Texto)

- Declaración de la señora Mónica Lozano Escobar, propietaria del Establecimiento de Comercio Estación Imbanaco No 17:

**PREGUNTA 4: Que factores o elementos tiene en cuenta la bomba para determinar los precios de los diferentes combustibles.*

RESPUESTA: El factor determinante es la resolución de precios emitida por el gobierno y otros factores tales como la incidencia del mercado y el comportamiento de la franja en la cual me encuentro ubicada". (Subrayado fuera del texto)

**PREGUNTA 5: Cual es el criterio que tiene la bomba para determinar en que momento efectúa una variación en los precios de los combustibles*

RESPUESTA: El principal criterio de variación lo dicta la resolución con el nuevo precio, basados en esto analizo nuestro entorno y la sensibilidad de nuestro mercado, para tomar decisiones en cuanto a precio". (Subrayado fuera del texto)

- Declaración de Guillermo Franco Hleap, representante legal del Autocentro Capri Ltda:

**PREGUNTA 4: Que factores o elementos tiene en cuenta la bomba para determinar los precios de los diferentes combustibles.*

RESPUESTA: Para determinar el precio del combustible, el factor determinante es el precio de resolución que emite mensualmente el ministerio de minas y también se tienen en cuenta los precios del combustible de las estaciones del área de influencia". (Subrayado fuera del texto)

- Declaración del señor Alfonso Cuartas Vélez, representante legal de Terpel Occidente S.A.:

**PREGUNTA 4: Que factores o elementos tiene en cuenta la bomba para determinar los precios de los diferentes combustibles.*

RESPUESTA: Son varios los factores que se tienen en cuenta para la determinación de los precios en las estaciones de servicio, haciendo un resumen son: Consideraciones generales. Primero, principalmente es importante tener en cuenta la vecindad de la estación con municipios aledaños o vecinos que puedan estar bajo el régimen de libertad regulada, ya que estos precios inciden considerablemente en el sector como se puede apreciar con el efecto sobrelasa en años anteriores. Segundo, otro aspecto importante es la ubicación de la estación respecto a otras en el sector de influencia, para tener en cuenta si está en la misma calzada o al frente, si es doble vía o no, el sentido del tráfico dominante, esto con el fin de determinar si se tienen mercados comunes o no. Tercero, el porcentaje de participación del producto en el total de las ventas, este es otro aspecto importante ya que considerando la participación del producto en el total de las ventas, se identifica la vocación de la estación, es decir si es una estación camionera o de transportadores, permitiendo identificar la clientela de la estación argumento importante para la fijación de precios. Cuarto, capacidad de la estación, se tiene en cuenta la capacidad requerida para atender las ventas de la estación, ya que de nada sirve tener un precio bajo si no es capaz de atender la demanda. Quinto, perfil del cliente. Sexto, otros servicios prestados en la estación como lavado, engrase, montallantas o tienda son importantes y generan un valor agregado a la estación permitiendo cautivar clientes con precios mas favorables. Séptimo, análisis de costos, resume todos los puntos anteriores en el aspecto económico, dándonos como esta el p y g de la estación y cual es su punto de equilibrio. Octavo, Campañas y promociones, existen formulas para invertir en una campaña o en una promoción, que buscan siempre el equilibrio entre una disminución de precios y el incremento de volumen esperado. Estos son criterios que forman parte del conocimiento del negocio de las personas involucradas" (Subrayado fuera del texto)

Por la cual se resuelven unos recursos

otros, y que si bien algunos de éstos pueden ser similares, como el costo de la materia prima (gasolina extra), no se puede llegar a generalizar que la estructura de los costos operacionales de las empresas sea similar, dada las condiciones particulares de cada una.

Esta circunstancia aunada al hecho que los precios de venta al público fueron iguales en el periodo estudiado, infiere la presencia de la conciencia en el actuar de quienes participaron en la fijación de precios de las diferentes estaciones, ya que ninguna otra razón explicaría el por qué se establecieron los mismos en igual forma. Valga agregar que, la simple racionalidad económica lleva a concluir que no es posible que 8 competidores distintos coincidan en 60 oportunidades en un mismo precio, y mucho menos que los incrementos tengan lugar en la misma fecha y en el mismo porcentaje.

Con base en estos hechos indicadores debidamente probados, se dio cumplimiento a lo que en el ejercicio probatorio debe realizarse para probar el indicio,⁸ es decir, se acudió a la valoración probatoria bajo el tamiz de la sana crítica,⁹ apreciando todos ellos en conjunto y considerando su gravedad, su concordancia y su convergencia,¹⁰ para finalmente crear en el juicio de la Entidad la real convicción de la existencia del mencionado acuerdo bajo la modalidad descrita.

En esta medida, se desvirtuó mediante el acervo probatorio recolectado el argumento de la simple 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 conciente.

El apoderado de Terpel Occidente S.A., quien cuestionó este punto, señaló también en su recurso que fue *"una empresa en la ciudad de Cali la que desencadenó un aumento de precios, generando que las demás empresas reaccionaran imitando ese comportamiento espontáneamente"* y reafirma que *"los demás reaccionaron imitando ese comportamiento"*, entre ellos el propietario de Terpel Occidente, su representado. La afirmación anterior conlleva precisamente una aceptación de que no se trató de una simple coincidencia en el actuar y que los varios agentes sancionados reaccionaron *"imitando"* dicho comportamiento, lo que significa que ha ejecutado una cosa a ejemplo o semejanza de otra,¹¹ por lo cual no es posible desvirtuar la conciencia en el obrar, cuando lo que se ha admitido y probado es que se conocían las políticas de la empresa imitada y se decidió seguirlas, perdiendo autonomía en la fijación de precios.

⁸ Así como lo manifiesta la doctrina *"En el indicio, la fuente de prueba se identifica con el medio probatorio, debido a que aquella se manifiesta por sí misma (el hecho indicador es su propio medio de expresión, aunque debe ser probado por otro medio, como inspección o testimonios, sin que esto excluya su propia individualidad, pues lo mismo ocurre con la confesión extrajudicial y sin embargo es un medio distinto del documento o los testimonios que la acreditan),..."*. DEVIS HECHANDÍA., Hernando. *"Teoría General de la Prueba judicial"* Tomo II. 5ª Edición. 1995. Página 602.

⁹ La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de octubre de 1939, expresó: *"Deja de esa manera el derecho positivo a la conciencia del juez la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de probanzas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. Ya lo dijo la Corte en ocasión anterior, que la apreciación de los indicios, de su mayor o menor gravedad y de sus relaciones entre sí, es una operación de la inteligencia y de la conciencia del juez, que no está ni puede estar sujeta a reglas determinadas; y un error de apreciación no puede elevarse a la categoría de voluntaria y maliciosa violación de las leyes sobre pruebas"*.

¹⁰ Artículos 178 y 250 del Código de Procedimiento Civil.

¹¹ Imitar : Ejecutar una cosa a ejemplo o semejanza de otra. Diccionario Real de la Lengua Española. Página 731.

Por la cual se resuelven unos recursos

3 Efecto de la conducta

La configuración de la norma atinente al acuerdo de precios, puede estructurarse tanto por el objeto como por el efecto, por lo que aun faltando el objeto si se verifica el efecto del comportamiento, tiene lugar la infracción.

Se trata entonces de un misma preposición jurídica pero que contiene dos supuestos fácticos distintos e independientes, "...que tengan por objeto o tengan como efecto...", donde cada uno tiene vida y efectos propios, siendo disyuntiva la "o" que los separa. De suerte que la prohibición podrá estructurarse bien sea a partir de su objeto, ya por virtud de su efecto, como sucedió en el presente caso.

Siendo así y como se expresara en la resolución impugnada, el efecto se traduce en el resultado que tenga la actividad desplegada dentro de un mercado, con lo cual se produce una modificación o alteración en el mundo exterior.

Esa modificación o alteración del mundo exterior tendrá lugar en el presente caso, cuando quiera que se adopte un precio único de venta para el combustible referido, como resultado de un paralelismo conciente, pues de no mediar dicha práctica, cada minorista operaría en condiciones de mercado determinando su propio precio, circunstancia que propicia una contienda sana por el favorecimiento de los clientes, y consecuentemente, la posibilidad para el consumidor de elegir aquél precio que más le favorezca o se ajuste a sus intereses.

Lo señalado guarda directa relación con lo expresado por la Corte Constitucional,¹² en el sentido que 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, redundando 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. (...). 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". (subrayado nuestro)

Por tanto y volviendo al punto que nos ocupa, debemos señalar que el efecto del acuerdo de precios se registra desde el momento mismo en que los agentes que lo integran alinean su comportamiento cobrando el mismo precio por el producto o servicio que ofrecen. Es en ese preciso momento cuando se exterioriza su acto dispositivo de voluntad y se produce una afectación en el mundo exterior, ya que a partir de ese instante al mercado en general y a cada consumidor en particular, se le cercena de tajo la posibilidad de tener en cuenta el precio como criterio de selección.

¹² Corte Constitucional; Sentencia C- 537/97, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por la cual se resuelven unos recursos

Nótese que la redacción de la norma alude únicamente a la concurrencia del efecto como elemento configurativo sin entrar a calificarlo. Está claro en todo caso que cuando el efecto del acuerdo consiste en anular el precio como elemento o factor de competencia, ya se le está causando un detrimento al mercado representado en cada uno de los consumidores actuales y potenciales de ese bien o servicio, quienes ante la ausencia de alternativas deberán acogerse al precio resultante de la cartelización o simplemente variar sus políticas de consumo, ya sea eliminando la adquisición de ese producto, total o parcialmente, o inclinándose hacia otros productos sustitutos, y todo esto como resultado de una alteración artificial en que las fuerzas agónicas del mercado, oferta-demanda, dejan de determinar sus condiciones como es lo deseado, para dar paso a un verdadero acuerdo restrictivo de la competencia.

Es con fundamento en lo anterior que este Despacho disiente del criterio aducido por el Dr. Guaqueta, apoderado de varios de los sancionados, pues a diferencia suya consideramos que el efecto del acuerdo sí se registró en la medida en que durante el periodo investigado se mantuvo un precio igual para la venta de gasolina extra por todas las estaciones de servicios que se investigaron. Cada día en que se ofrecía y cobraba a un mismo precio se estaba registrando el efecto que la norma en comento rechaza de manera rotunda, "...la fijación directa o indirecta de precios".

Por manera que no se requerían estudios ni observaciones adicionales respecto al impacto del acuerdo en el mercado, y mucho menos haber tenido que establecer los perjuicios económicos que éste había ocasionado, pues no es lo que exige la norma, ya que como se ha dicho, el efecto tiene lugar desde el instante mismo en que se exterioriza o aflora el acuerdo de precios, con el resultado adverso que implica para el consumidor el que el precio de un producto no devenga de la rivalidad de sus oferentes sino de un acuerdo entre éstos.

Por consiguiente, no se prescindió "*por comodidad*" de todo análisis económico en la actuación adelantada, ni la resolución impugnada adolece de errores de fondo como en forma general y errada sostiene el doctor Guaqueta, pues está claro que no era menester demostrar, ni tampoco cuantificar, un impacto negativo de la conducta en el mercado, ya que la sola presencia de un precio idéntico compone el efecto restrictivo que la norma de por sí censura.

Así las cosas, no cabe duda que el efecto del acuerdo se presentó y fue demostrado a cabalidad dentro de la actuación adelantada, en la que pudo establecerse la identidad plena del precio de venta de la gasolina extra durante el interregno investigado.

4 Dos modalidades distintas de "acuerdo"

Incorre en error el recurrente, cuando equipara "*prácticas concertadas*" a "*prácticas conscientemente paralelas*", pues las primeras tienen como principio la existencia de una "*concertación*" entendida según el diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales,¹³ como contratar, pactar. Tratar o acordar un negocio. Cotejar o concordar dos o mas cosas. Convenir el precio de algo. Concordar entre si diversas cosas o partes.

De manera pues que, en la concertación se está en presencia de actos unipersonales complejos, donde las manifestaciones de voluntad se realizan en concurso, encontrando convergencia y unificación de voluntades individuales. Agregando sobre el punto que, cuando estas concertaciones se vuelven repetitivas en el tiempo adquieren la connotación de prácticas concertadas.

¹³ Editorial Heliasta, 25. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.

Por la cual se resuelven unos recursos

Por su parte, las prácticas conscientemente paralelas pueden manifestarse sin que medie entre los agentes concertación alguna. Se trata entonces de modalidad de acuerdo diferente, por lo que no es correcto lo afirmado por el recurrente cuando afirma que "...en ningún momento, hubo acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de prácticas paralelas concertadas." (subrayado es nuestro). Lo que reafirma la Superintendencia, es que se han probado todos los supuestos de "prácticas conscientemente paralelas" y desde luego la "conciencia", como quedó claro en acápite anteriores.

5 Sistemas de aplicación de las normas de competencia

Tal y como menciona el Dr. Guaquete, el régimen de libre competencia se encuentra circunscrito a dos sistemas de aplicación, que siguen los lineamientos del Derecho Anti-monopolístico Norteamericano, denominados "Regla de la Razón" y "Regla Per Se".

Sobre este particular se ha expresado que, "la regla de razón es simplemente un conjunto de categorías generales a las cuales se les da contenido a partir de la concepción de los objetivos fundamentales del derecho y de la economía y teniendo en cuenta los requisitos del procedimiento judicial. La regla de la razón exige un examen amplio sobre la naturaleza, propósito y efecto de la combinación o acuerdo cuestionado antes de resolver sobre su legalidad. La doctrina per se condena ciertos acuerdos sin necesidad de exhibir la prueba del daño actual a la competencia, o permitir como defensa una justificación comercial".¹⁴

Pero quizás la diferencia fundamental que se deriva de cada método de análisis respecto a una actuación concreta, es la defensa que puede esgrimirse por parte del investigado. Así, mientras que en el sistema de la regla de la razón, es posible establecer defensas que se orienten a demostrar que los efectos de la conducta que se enrostra a los implicados no son anticompetitivos, o que la conducta beneficia a los consumidores, bajo la regla per-se la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado o acusados no incurrieron en la práctica que se les imputa.

Sobre este último aspecto, advierte la doctrina que, "la vulneración per se consiste, como lo advirtió la Corte Suprema, en la existencia de ciertos acuerdos o prácticas que por causa de sus efectos perniciosos sobre la competencia y por falta de cualquier virtud compensatoria, se presumen de forma conclusiva como no razonables y por eso ilegales, sin necesidad de efectuar mayor averiguación acerca del daño preciso que han causado o la excusa a que se acude para su práctica. Este principio de lo "no razonable per se" rodea de certeza la clase de restricciones proscritas por la Sherman Act, en beneficio de la parte acusada, e igualmente evita recurrir a una investigación increíblemente complicada y extensa, en un esfuerzo por determinar si una restricción es particular es no razonable, una cuestión a menudo completamente infructuosa".¹⁵

Siguiendo la línea argumental propuesta por el impugnante, encontramos que la doctrina nacional ha advertido la presencia de los dos sistemas de análisis en nuestro Ordenamiento Jurídico,¹⁶ al establecer que las prohibiciones generales, contenidas en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, se estructuran a partir de la regla de la razón, al paso que las conductas que encuentran expresa definición legal se analizan bajo la regla per-se.

¹⁴ BOTERO RESTREPO, Cecilia. "La regla de la razón y la doctrina per-se: Métodos de análisis de las restricciones horizontales a la competencia", publicado en Letras Jurídicas. EEPP de Medellín, Volumen 6, No 2 Septiembre de 2001, Pagina 169.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. "Régimen General de la Libre Competencia", artículo publicado por el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1999, página 35.

Por la cual se resuelven unos recursos

Sobre el particular se ha dicho que, "en Colombia la regla *Per Se* se aplica a todos los casos de acuerdos, casos o conductas de abuso de la posición dominante específicamente tipificados en la legislación. En estos casos la autoridad de la competencia solamente debe demostrar que la conducta se realizó y no necesita entrar a probar si tal conducta es o no anticompetitiva, ya que el carácter competitivo e ilegal de la conducta es presumido por la ley". Agregando al referirse al número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, que "...La autoridad de la competencia deberá probar solamente la existencia de un acuerdo cuyo objeto o efecto sea la fijación de precios, pero no tendrá que demostrar que dicha conducta es anticompetitiva, ya que la norma lo presume y no admite prueba en contrario. En consecuencia, la única defensa posible para el investigado, consiste en demostrar que no celebró el acuerdo, y no se le admitirán argumentos tendientes a demostrar, por ejemplo, que la fijación de precios se pactó en beneficio de los consumidores, o que no afectó el mercado".¹⁷

Siendo así, tenemos que la llamada regla *per-se* no solo es aceptada y reconocida por nuestra legislación sino que resultaba de forzosa aplicación al momento de analizar la infracción al número 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, toda vez que se trata de un acuerdo específicamente tipificado en nuestra legislación.¹⁸

De manera que, esta Entidad procedió de conformidad, con lo cual no se transgredió el Ordenamiento Jurídico sino todo lo contrario, se estaba asegurando la materialización efectiva del debido proceso, particularmente en cuanto a que fueron aplicadas las leyes preexistentes al acto imputado y adelantado el proceso con la observancia plena de sus formas propias.¹⁹

De otra parte, debemos mencionar que no existe ninguna disposición del Ordenamiento Superior que proscriba, como afirma el doctor Guaqueta, la llamada responsabilidad objetiva. Si bien tal prohibición se encuentra contenida en el Código Penal no es menos cierto que su ámbito de aplicación se circunscribe a las actuaciones propias de este tipo y no tiene porque hacerse extensiva a otros procedimientos pues la prohibición debe ser expresa.²⁰

Es abundante la jurisprudencia que señala que las actuaciones administrativas tienen características propias y en todo caso diferentes de las penales. Así, el Consejo de Estado expresó que "en reciente

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Sobre este punto, señala la doctora Cecilia Botero Restrepo que, "la Corte Suprema en uno de los casos más importantes, *Socony-Vacuum Oil Co. v. United States* (1940) definió que, toda combinación o acuerdo entre competidores formada con el propósito o teniendo como efecto elevar, deprimir, fijar, limitar o estabilizar los precios de una mercadería en el comercio interestatal o extranjero es ilegal *per se*. Estos acuerdos se conocen como 'restricciones desnudas' de precio, y no admiten justificación. El caso más evidente de restricción desnuda de precio es la simple fijación de precios. El clásico cartel que los fija sin duda es ilegal.

"Una vez que el acuerdo se ha caracterizado como de fijación de precio, la doctrina *per se* libera a la Corte de la obligación de analizar y comparar los posibles beneficios y daños". Ibidem

¹⁹ Al respecto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 30 de enero de 1990: "el postulado *Nulla pena sine iudicio legali vincula la legitimidad de la administración de justicia con la estricta observancia de las formas procesales. La potestad de aplicar la ley en el proceso y hacer que lo juzgado se ejecute -la potestas iudicialis- debe ejercerse en todo caso ciniéndose a las reglas por la ley para asegurar, mediante ritualidades garantizadas, la defensa del acusado y la imparcialidad del juez. Las formas propias del juicio "dicen relación con la gama de garantías reconocidas constitucional e internacionalmente en favor del ciudadano para preservarle del arbitrio en la actividad del Estado cuando se ve sometido a la función punitiva"*

²⁰ "En este sentido, es claro que la doctrina y la jurisprudencia nacionales que se ocupan del tema, son uniformes en líneas generales en sostener que dicho régimen (el régimen de cambios), aún cuando conduce a la imposición de medidas económicas y sancionatorias de contenido fiscal, no puede confundirse con el régimen penal ordinario ni se informa de sus orientaciones; por el contrario, desde sus orígenes se ha sostenido que entre uno y otro regímenes existen profundas diferencias de contenido u objeto y de finalidad, que no obligan en ningún modo ni al intérprete ni al legislador, para hacer extensivas las orientaciones, los principios y las reglas de uno al otro, mucho menos en el ámbito de la determinación de la responsabilidad por su aspecto subjetivo o de la culpabilidad". Sentencia C-599 de 1992, Magistrado Ponente Fabio Morón.

Por la cual se resuelven unos recursos

oportunidad (9 de marzo de 1987, expediente número 290, con ponencia del Consejero Hernán Guillermo Aldana) la Sala consignó su criterio con relación a la naturaleza de las infracciones de las normas administrativas en el sentido de que por principio, no las considera de índole igual a las de naturaleza estrictamente penal, no siéndoles aplicables de llenos principios y normas por las cuales se rigen éstas. En esa oportunidad no se aceptó por ejemplo, algunas normas sobre prescripción.

"Dentro de esta orientación la Sala considera que no es aplicable en este ámbito del derecho administrativo sancionatorio –refiriéndose a las facultades de la Superintendencia Bancaria- , el artículo 5º del Código Penal que dispone: 'Culpabilidad. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva'".²¹ (subrayado nuestro)

Ratificando lo anterior, expuso la aludida Corporación en sentencia posterior que, "El derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que posee una normatividad guiada por principios propios y autónomos, que responden a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal. "Dichas finalidades están relacionadas directamente con el orden público económico y en consecuencia, las sanciones son de índole patrimonial.

"Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de diferenciar el derecho administrativo sancionatorio de la normatividad y metodología penal. Al respecto, la Sala se ha pronunciado así: 'Ni el tipo de pena imponible al transgresor del desencaje, ni la naturaleza del procedimiento, ni el control de la medida sancionatoria permite ver en esta materia una cuestión de naturaleza o fundamentalmente penal. La regulación y sanción de las conductas son administrativas y por ello no se ve que el acto acusado revista una conducta penal respecto de la cual se exija intervención del legislador, por no ser sanciones lógicamente penales castigadas con medidas restrictivas de la libertad personal.

"Además el sentido teleológico de las sanciones, es diferente en el campo penal del campo administrativo: mientras en el primero se trata de castigar una falta, o corregir una conducta antisocial previamente tipificada para quien incurra en ella, en casos como el que se estudia, de simple orden público económico.

"Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión, exige un pronto cumplimiento y el control de este requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas, como es el caso del manejo del sistema de Ahorro y Vivienda y son ellas las destinatarias de las obligaciones y por consiguiente de las sanciones en que incurran por su incumplimiento, sin que pueda tener cabida el elemento culpabilidad, en el sentido que lo consagra el estatuto penal respecto de las personas naturales.

"En lo referente a la responsabilidad objetiva, se observa que no puede prosperar el cargo de violación del artículo 5º del Código Penal, ya que tal estatuto está dirigido a sancionar las conductas delictivas de las personas dentro del concepto del derecho penal moderno del elemento 'culpabilidad' que sólo puede predicarse de los actos cometidos por personas naturales y no de las

²¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de fecha 16 de junio de 1987, Magistrado Ponente doctor Jaime Abella Zárate.

Por la cual se resuelven unos recursos

personas jurídicas, a quienes no resulta aplicable el artículo 35 del código penal".²² (subrayado nuestro)

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado señaló: "respecto de la aplicación de la disposición contenida en el artículo 81.7 de la Ley 142 de 1994, al sub lite, que quiere el actor se advierte que han coincidido la jurisprudencia y la doctrina en señalar que el derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que corresponde a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal. En consecuencia, las sanciones impuestas a los infractores por contravenciones administrativas, excluyen la prueba de los factores subjetivos propios de la conducta delictiva, como son el dolo y la culpa".²³

En otra oportunidad, manifestó la alta Corporación refiriéndose a la facultad sancionatoria administrativa que "las sanciones que impone la Superintendencia Bancaria a una entidad vigilada son esencialmente de naturaleza administrativa, y por ello no se ve que el acto acusado involucre una conducta penal, a la cual por remisión del artículo 375 del código penal deban aplicarse los postulados relativos al elemento culpabilidad y responsabilidad subjetiva que rigen en el derecho penal".²⁴

Por tanto, este Despacho no encuentra fundados los argumentos esgrimidos por el apoderado de varias de las estacionadas sancionadas, en cuanto y como ya se vio, la proscripción de la responsabilidad objetiva corresponde al ámbito de las actuaciones penales, que difieren sustancialmente de la actuación promovida por este Despacho.

Lo mencionado debe entenderse en total armonía con lo consignado en el punto 2 del presente proveído, en el sentido que la conciencia de los investigados de comportarse en forma unisona debe demostrarse por ser este un elemento de la forma de acuerdo que se analiza, más las motivaciones o el fin ulterior que se tuvo en mente para obrar de esa manera resultan ajenas a la composición de la norma, por lo que no es menester su demostración.

De manera que la investigación adelantada se surtió dentro de los precisos lineamientos constitucionales y legales aplicables para el caso, observando en particular la plenitud de formas propias de la actuación.

6 La actuación adelantada

6.1 Naturaleza

Las normas sobre libre competencia corresponden a la rama del denominado "derecho económico". Basta simplemente constatar su incorporación en la Carta Magna para darse cuenta que el constituyente decidió incluirlas dentro del Título XII, correspondiente al "Régimen económico y de hacienda pública". El contenido de éstas disposiciones es sustancialmente económico, en cuanto refiere la forma de participación de los agentes en el mercado. Se trata así de un aspecto dual, en cuanto implica un derecho, pero también conlleva la asunción de una responsabilidad.²⁵

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta, C.P. Doctora Consuelo Sarriá Olcos, sentencia de junio 23 de 1995.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta, C.P. Doctor Germán Ayala Mantilla, sentencia de marzo 13 de 1998.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Delio Gómez Leiva, sentencia de 24 de julio 1998, expediente 8805.

²⁵ De conformidad con el inciso 2° del artículo 333 del ordenamiento Superior, "La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades".

Por la cual se resuelven unos recursos

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la verificación del cumplimiento de estos preceptos normativos concierne a esta Superintendencia, la cual y como habrá de recordarse tiene la naturaleza de organismo administrativo, con carácter técnico, especializado y adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico.²⁶

Así pues, la supervisión de un aspecto de índole económico, la libre competencia, se ha conferido a esta Entidad, quien debe procurar lo necesario para garantizar su observancia, ya sea previniendo la substracción a la correcta aplicación de la normas, o reprimiendo y sancionando a quines han incurrido en su infracción.²⁷

De esta forma y a fin de establecer si ha tenido lugar una infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, esta Entidad adelanta el procedimiento especial contenido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, para en caso de ser así, imponer las sanciones administrativas a que haya lugar. Por ello, aunque si bien las normas sobre libre competencia corresponden a la órbita del derecho económico, no puede perderse de vista que tanto la naturaleza de esta Entidad, como el procedimiento aplicable a esta materia, son de carácter administrativo.

Lo anterior, no es otra cosa distinta que la supervisión que ejerce el Estado a través de organismos especializados en actividades y sectores sensibles para la economía y el desarrollo general, como en efecto acontece con las actividades de inspección, vigilancia y control que despliegan las Superintendencias Bancaria, de Valores, de Sociedades y naturalmente la conferida a esta Entidad.

Siendo así, no hay lugar sesgo administrativo en la actuación adelantada, como erróneamente afirma el doctor Guaqueta, pues simplemente se dio cabal cumplimiento al procedimiento preestablecido para este tipo de investigaciones, respetando así debido proceso, en cuanto a que "*nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexites al acto que se le imputa, ante juez o Tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*".²⁸

6.2 Principio de Legalidad

Para establecer aquello que debemos entender como una violación a los principios de legalidad y del debido proceso, esgrimidos por el recurrente, es preciso aclarar el verdadero fundamento conceptual de cada uno de ellos, y así determinar el estricto sentido que engloban estos principios del derecho.

²⁶ Al tenor del artículo 66 de la ley 489 de 1998, "*las superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República previa autorización legal*".

²⁷ "*La reflexión debe comenzar entonces por ubicar la facultad sancionatoria con respecto a las demás funciones de los organismos de vigilancia y control: teniendo en cuenta su misión esencial de servir de intermediarios entre el Estado (administración central) y los administrados, éstos disponen de amplias facultades en actividades sensibles para la vida económica y social. Se trata de organismos técnicos, especializados en áreas de difícil intervención en las que están presentes grandes intereses económicos o sociales. En general se consideran 'actividades sensibles' y, por lo tanto, que justifican la creación de autoridades especializadas de control, la financiera, la bursátil, las relativas a las nuevas tecnologías (audiovisual, telecomunicaciones, informática) la transparencia en las entidades públicas y privadas y las relacionadas con las libertades fundamentales (libertad económica, derecho a la intimidad), entre otros.*"

"*La función de vigilancia y control es una facultad de carácter operativo, que busca asegurar el respeto de la reglamentación expedida por los organismos competentes a través de mecanismos preventivos y represivos*". JIMÉNEZ JARAMILLO, Claudia. "*Un régimen jurídico propio para las actividades de vigilancia y control*", publicado en la Revista Contexto del Departamento de Derecho Económico, de la Universidad Externado de Colombia, pág. 55.

²⁸ Constitución Política, Artículo 29, inciso 2°.

Por la cual se resuelven unos recursos

El principio de legalidad denota la cualidad de estar conforme a la ley, delimitando así a la administración a estar sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir que todos sus actos deben estar acordes con las normas superiores.

Efectivamente, esta Entidad observó cada una de las etapas que integran el procedimiento vertido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, aplicable al presente caso. Igualmente, debemos señalar que la conducta imputada a los investigados estaba previamente definida en el mismo Decreto 2153, el cual tenía vida desde siete años antes de que se presentaran los hechos que ameritaron investigación en el presente caso.

Es así, como la actuación administrativa en el caso concreto se surtió conforme a las prescripciones establecidas en el procedimiento definido para el efecto, por lo que el resultado de la misma, la sanción, se encuentra debidamente motivado de conformidad con las diversas normas constitucionales y legales que tienen relación directa con el tema de la promoción de la competencia.

En este sentido no se extendió indebidamente el alcance interpretativo de la norma, como afirma el impugnante, ya que como ha quedado expuesto a lo largo del presente proveído, la conducta merecedora de sanción se subsumía a cabalidad dentro del precepto normativo, concurriendo todos y cada uno de los supuestos necesarios para ello. Cosa distinta es que el recurrente tenga otra percepción del punto y quiera ir más allá aduciendo condicionamientos y cualificaciones que la propia ley no ha establecido.

Así, conviene reiterar que tanto el informe motivado como la resolución de sanción fueron adelantados dentro de los cauces procedimentales fijados para el efecto y, que la conducta a la postre sancionada fue tipificada y proscrita desde mucho antes de que se adelantara la presente investigación, por tanto, todas las actuaciones adelantadas se hicieron bajo el amparo de la ley.

Finalmente, cabe recordar a los recurrentes que la infracción de la norma contenida en el número 1 del artículo 47, tendrá lugar en la medida en que concurren los elementos integrantes de la misma, como en el caso *sub-examine*, en donde el acuerdo bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela tuvo por efecto la fijación de precios. La simple presencia de tales elementos conduce invariablemente a la tipificación del precepto, que solo admite como excepciones las contempladas taxativamente en el artículo 49 del decreto 2153 de 1992,²⁹ a las cuales no se adecua el comportamiento analizado por esta Entidad.

Por ello y teniendo en cuenta que los elementos indispensables para la configuración de la norma se estructuran, y que el comportamiento desplegado por los sancionados no se subsume en ninguna de las excepciones que ha previsto el Ordenamiento, la responsabilidad por tales actos se mantiene.

6.3 Presunción de legalidad del acto sancionatorio

Los motivos del acto administrativo son aquellos hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto que permiten a la autoridad administrativa proferirlo. Ellos implican una relación directa con la decisión.

²⁹ De acuerdo con el artículo 49 del decreto 2153 de 1992, "para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

"Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología

" Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.

"Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes".

Por la cual se resuelven unos recursos

A su vez, al referirnos a la falsa motivación de los actos administrativos se hace necesario recordar que su característica especial se enmarca en una divergencia clara entre la realidad de hecho que induce a la expedición del acto y los motivos tomados como fundamento por la administración para pronunciarse, entre los cuales se destacan la inexistencia de los fundamentos de hecho o de derecho, la falta de coordinación de los motivos y la defectuosa calificación de los mismos.

Más el acto administrativo a través del cual se impusieron las distintas sanciones a las estaciones de Cali investigadas resulta totalmente congruente en lo que hace a las causas de hecho y de derecho que indujeron a la apertura de la investigación. En cada uno de los puntos argumentados por la Superintendencia en la resolución de sanción, se aprecia la correspondiente equivalencia entre la conducta desplegada por las estaciones de servicio investigadas, el supuesto de hecho contenido en el número 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la adecuación realizada, lo cual permite establecer un absoluto apego a las normas sustanciales y de procedimiento con base en las cuales se dictó el acto en mención.

Así mismo, debe hacerse énfasis en que la determinación adoptada se cimenta en la verdad procesal que pudo establecerse, como resultado de la valoración conjunta de las pruebas recaudadas, que permitió a éste Despacho formarse un convencimiento respecto de la realización de una práctica conscientemente paralela entre las investigadas, cuyo efecto consistió en la fijación del precio de venta de la gasolina extra.

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 su 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 tienen los diferentes gerentes o propietarios de las estaciones investigadas, ni mucho menos se le asignó el carácter de ilegal. Simplemente, a partir de la materialización del acuerdo se hizo una relación con la conducta desplegada por los mismos, 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.

Es entonces la fijación de precios en coordinación con las demás estaciones, el hecho que mereció reproche, pues cuando se abandona la autonomía en el actuar para obrar de manera conjunta y uniforme, tiene lugar la infracción de las normas sobre libre competencia.

8 Principio de proporcionalidad

La vulneración del derecho a la libre competencia consagrado en el artículo 333 de la Carta Política por medio de una práctica comercial restrictiva, requiere que el Estado pueda sancionar a quien incurra en la conducta en mención, en ejercicio de su función de dirección de la economía.³⁰

³⁰ Artículo 334 Constitución Política de 1991.

Por la cual se resuelven unos recursos

En este contexto el decreto 2153 de 1992, invistió al Superintendente de Industria y Comercio de potestad administrativa sancionadora en relación con los acuerdos contrarios a la libre competencia.³¹

Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que *"En particular, la administración ejerce una potestad sancionadora propia, la cual constituye una importantísima manifestación de poder jurídico que es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines. Se trata de una potestad que se ejercita a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que no obstante ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente"*.³²

En efecto, uno de los principios orientadores del derecho sancionador es el de proporcionalidad, el cual es controvertido en su escrito por el recurrente, quien manifiesta que con la multa impuesta a su representado se infringió este principio al no ejercer de manera adecuada la dosimetría sancionatoria y no tener en cuenta los antecedentes y atenuantes de la conducta.

A éste respecto, debemos mencionar que el Código Contencioso Administrativo en el artículo 36 señala en relación al principio al cual alude el recurrente, que *"en la medida que una decisión de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa"*.

En este sentido ha expresado la jurisprudencia que *"el principio de proporcionalidad que debe existir entre los hechos acreditados y la decisión que con base en ellos se adopta, debe ser adecuado a los fines perseguidos por el legislador, es decir, que en lo posible, no se presenten excesos en los medios empleado"*.³³

En el caso que nos ocupa, esta Entidad para establecer el monto de la sanción a imponer a cada una de las estaciones de servicio investigadas, tuvo en cuenta de un lado, los fines que el legislador pretende con la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, entre los que se encuentra *"que en el mercado exista variedad de precios..."*,³⁴ y de otro, el porcentaje aproximado de los ingresos operacionales que los sancionados generaron por la práctica de la conducta, así como los costos directos en que incurrió la Superintendencia en el desarrollo de la investigación.

Puede observarse entonces que existe relación directa entre la infracción cometida por los sancionados y la sanción impuesta, de modo que la Entidad cumplió a cabalidad con el principio de proporcionalidad.

³¹ De acuerdo con el artículo 44 del decreto 2153 de 1992, *"La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante"*. Artículo 44, decreto 2153 de 1992.

En este sentido, los numerales 15 y 16 del artículo 44 del decreto 2153 de 1992, facultan expresamente al Superintendente de Industria y Comercio para sancionar a las personas que infrinjan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

³² Sentencia C-597 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³³ Sentencia T-015 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁴ Decreto 2153 de 1992; artículo 2, número 1

Por la cual se resuelven unos recursos

En todo caso, no puede perderse de vista que el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra facultado para imponer multas hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, que equivalen a \$618.000.000.00.³⁵ Siendo así, tendríamos entonces que la sanción máxima que fuera impuesta a través de la resolución 08027 de 2002, esto es, \$9.000.000.00, no corresponde ni siquiera al 2% de la multa máxima legal que se puede imponer, circunstancia que denota a las claras una proporcionalidad en la sanción impuesta.

De igual modo, debe recordarse que en el punto 5 de la citada resolución 08027, se definieron expresamente los criterios que se tuvieron en mente al momento de fijar las correspondientes sanciones a las empresas infractoras. Fue así como se señaló que el objeto de la sanción sería únicamente el acuerdo sobre gasolina extra, pues respecto a los demás combustibles (corriente y ACPM.) no se estableció la existencia de un acuerdo.

Así mismo y como podrá constatarse con la simple lectura del punto referido, también se tuvieron en cuenta como criterios para la tasación de las multas impuestas, el efecto real que produjo el acuerdo sobre el mercado y la incidencia que tiene la gasolina en la economía general de la región.

Igualmente, se puso de presente la amplia capacidad de afectación que tenía el acuerdo advertido sobre la población, todo lo cual nos lleva a concluir que verdaderamente existió una motivación acerca del monto de las respectivas multas, en cuanto estuvieron soportadas en aspectos eminentemente objetivos.

En virtud de lo expuesto anteriormente, éste Despacho encuentra proporcional la sanción impuesta a Terpel Occidente, razón por la cual decide no acceder a la petición subsidiaria formulada por su apoderado, y en consecuencia decide ratificar el valor de la multa impuesta.

Con fundamento en las anteriores consideraciones este Despacho,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 08027 de 2002.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los doctores Carlos E. Guaqueta G., en su condición de apoderado sustituto de Silvia Tello Vélez, propietaria del establecimiento de comercio Servicentro La Sultana; Carlos Eduardo Quintero Arizala, propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicio Texaco 10 Start Mar; Isabel Cristina Isaza Valencia, propietaria del establecimiento de comercio estación Texaco No.5; Dagoberto Castaño Henao, propietario del establecimiento de comercio Estación de servicio Belalcázar; Mónica Lozano Escobar, propietaria del establecimiento de comercio Estación Texaco Imbanaco No. 17; Guillermo Franco Hleap, representante legal de Autocentro Capri Ltda y Luis Eduardo Gordon Atehortua, representante legal de Globollantas Ltda., y al doctor Luis Ferney

³⁵ Véase Decreto 2153 de 1992, artículo 4, número 15.

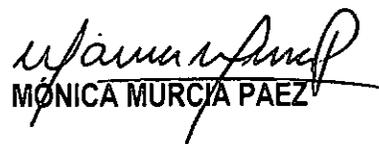
Por la cual se resuelven unos recursos

Moreno, en su condición apoderado especial de la sociedad Terpel Occidente S.A. y del señor Alfonso Cuartas Vélez.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los **15** MAYO 2002

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PAEZ

Por la cual se resuelven unos recursos

Notificaciones:

Doctor

CARLOS E. GUAQUETA

C. C. No 19.136.505 de Bogotá

Apoderado

SILVIA TELLO VÉLEZ (Propietaria del establecimiento de comercio Servicentro La Sultana) → \$8'500.000 CC 38941329

CARLOS EDUARDO QUINTERO ARIZALA (Propietario del establecimiento de comercio Estación de Servicio Texaco 10 Start Mar) \$9' → CC 14878789

ISABEL CRISTINA ISAZA VALENCIA (Propietaria del establecimiento de comercio estación Texaco No.5) \$8'300.000 → CC 31956920

DAGOBERTO CASTAÑO HENAO (Propietario del establecimiento de comercio Estación de servicio Belalcázar) \$1'000.000 CC 2732682

MÓNICA LOZANO ESCOBAR (Propietaria del establecimiento de comercio Estación Texaco Imbanaco No. 17) → \$8' → CC 41927276

GUILLERMO FRANCO HLEAP → 18' CC 16650332

AUTOCENTRO CAPRI LTDA → 9' → NIT 805008909

LUIS EDUARDO GORDON ATEHORTUA → 17' - CC 16820926

GLOBOLLANTAS LTDA → \$8'700. NIT 805000253

Carrera 18 No 78 - 40 Oficina 402

Bogotá D.C.

Doctor

LUIS FERNEY MORENO

C. C. No 14.244.185 de Ibagué

Apoderado

TERPEL OCCIDENTE S.A. → \$9'000.000 → NIT 800029543

ALFONSO CUARTAS VELEZ → 18' → CC 10086794

Carrera 3 A No 63 - 04

Bogotá D.C.

Pretelet de LA VEGA MANUEL - CC 17.080.904
\$7'400.000

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 14540 de fecha 15/05/2002
fue notificada mediante edicto número 11950
fijado el 30/05/2002 y desfijado el 14/06/2002

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a

19 JUN. 2002

Notifiqué personalmente al Dr. CARLOS GOAQUERIN

El contenido de la anterior providencia quien
solicitó firma

C.C. 19.136.505 F.P. 44.026

X 