

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015).

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

REF: Expediente núm. 2012-00374-01.
Recurso de apelación contra la sentencia de 31 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Actora: FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 31 de julio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se deniegan las súplicas de la demanda y se condena en costas a la parte accionante.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- La FEDERACIÓN NACIONAL DE DISTRIBUIDORES DE DERIVADOS DEL PETRÓLEO -FENDIPETROLEO-, SECCIONAL

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

BOYACÁ Y CASANARE, actuando a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se declarara la nulidad de las Resoluciones núms. 71794 de 12 de diciembre de 2011, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio y 11651 de 29 de febrero de 2012, por medio de la cual el Superintendente de Industria y Comercio (E) resuelve un recurso de reposición interpuesto contra aquella.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita, a título de restablecimiento del derecho, que se le exonere de cualquier pago que tenga relación con los hechos a que se refieren los actos acusados; se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio abstenerse de cobrar las sanciones impuestas; se le indemnice por daño emergente y lucro cesante debidamente indexados, y se condene en costas a la entidad demandada.

I.2- Los hechos de la demanda.

La Sala resume a continuación los fundamentos fácticos relacionados por la parte actora en su demanda, así:

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Resolución núm. 33970 de 30 de junio de 2010, efectuó la apertura de una investigación en contra de una pluralidad de agentes del mercado de distribución minorista de combustibles y también en su contra, por la posible infracción de las normas de protección de la competencia, en especial, los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 48, numeral 2, del Decreto 2153 de 1992.

Que la misma entidad, a través de la Resolución acusada núm. 71794 de 12 de diciembre de 2011, impuso sanción económica a una pluralidad de agentes del mercado de distribución minorista de combustibles fundamentándose en la infracción de las normas de protección de la competencia, en especial, por la infracción de los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 48, numeral 2, del Decreto 2153 de 1992; que interpuso el recurso de reposición y, en respuesta, mediante la Resolución acusada núm. 11651 de 29 de febrero de 2012, pese a que se disminuyó la multa impuesta, se confirmó su imposición con base en la misma mencionada infracción.

Que el 9 de agosto de 2012, la Procuraduría Sexta Judicial Administrativa, levantó Acta en la cual quedó establecido que la

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Superintendencia de Industria y Comercio no acepta ni presenta ninguna fórmula de arreglo, por lo que declara fallida la diligencia de conciliación.

I.3- Consideró la parte actora que con la expedición de los actos administrativos acusados se violaron los artículos 29 y 90 de la Constitución Política; 84 y 93 del C.P.A.C.A.; 736 y 737 del Estatuto Tributario.

Precisó la actora el alcance del concepto de la violación, con 25 argumentos repetitivos, que la Sala concreta en los siguientes términos:

- Inexistencia de la conducta antijurídica.

Que la Superintendencia de Industria y Comercio partió de una premisa equivocada para deducir que existe paralelismo en los precios de la gasolina y por ende acuerdo de precios en desmedro del consumidor final; que la entidad interpretó erróneamente el mercado de venta y distribución de hidrocarburos y combustibles, bajo un régimen de libertad vigilada y regulada, lo cual conllevó a una falsa motivación.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Señaló que como marco legal del mercado minorista de combustibles existe el artículo 5º, numeral 19, del Decreto 070 de 2001, que estableció que correspondía al Ministerio de Minas y Energía fijar los precios de los productos derivados del petróleo a lo largo de toda la cadena de producción y distribución, con excepción del gas licuado.

Que, por su parte, el Decreto 4130 de 2011 reasignó parcialmente dicha función a la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG a través de su artículo 3º, numeral 2, función que debe sujetarse a las Resoluciones núms. 181047 de 2011 y 180112 de 2012 sobre estructura de fijación de precios para la gasolina corriente motor y ACPM.

Adujo que, por tanto, desde el año de 1998, por medio de las Resoluciones núms. 82438 y 82439 de 1998, se adoptó por parte de la autoridad competente una estructura para la determinación de los precios de la gasolina corriente motor y ACPM, que daba cabida a dos regímenes para la distribución minorista a través de estaciones de servicio; por un lado, el régimen de libertad vigilada, que era aplicable a las estaciones de servicio que se encontraran ubicadas en las capitales o ciudades importantes de Departamentos

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

para garantizar una sana y libre competencia y, por el otro, el régimen de libertad regulada, que era aplicable a las estaciones de servicio que se encontraban en Municipios donde la competencia no era un hecho ostensible y, por tanto, requerían de la intervención del Estado para determinar el precio final al consumidor a través del margen de comercialización o distribución minorista.

Anotó que hasta el 30 de julio de 2012 existía un régimen de libertad regulada, fecha en la cual el Ministerio de Minas y Energía expidió la Resolución núm. 181254, por medio de la cual en ciudades capitales y otras, en total 25 ciudades del País, se pasó nuevamente a un régimen de libertad vigilada, situación en la que se excluyó al Municipio de Duitama, es decir, para el caso concreto de la Seccional Boyacá y Casanare, nunca se ha aplicado ni se aplica un régimen de libertad vigilada, contrario sensu, a dicho Municipio siempre se le ha aplicado un régimen de libertad regulada.

Que entonces el supuesto acuerdo de precios que le fue endilgado por los actos acusados parte de una causalidad equivocada, pues en el régimen de venta de combustibles es el Estado quien da ciertas limitantes en el precio de los combustibles; que la

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

causalidad adecuada, para tal vez deducir que existe un acuerdo de precios en el régimen minorista de combustibles, no es el eventual acuerdo de precios, pues existiendo asociaciones y gremios en el mismo sector económico con fundamento en la libertad de asociación se deben seguir los mismos lineamientos económicos o de regulación que enmarca el Estado; que por tanto, es imposible que en estos regímenes no exista similitud en los precios observando leves diferencias entre cada distribuidor, basadas en su estructura de costos y gastos o en la ubicación de las estaciones de servicio; insiste en que en ningún momento existió paralelismo en los precios de la gasolina ni práctica comercial en desmedro del consumidor final, pues basta con analizar la normatividad existente para darse cuenta de que es el mismo régimen de libertad vigilada y regulada el que ocasiona la similitud.

Consideró que las Resoluciones acusadas vulneran el derecho de asociación y de agremiación, pues en ellas se siguen parámetros legales en lo económico y político, pero además se imputa un eventual paralelismo en los precios y una eventual práctica anticompetitiva que no existe, ya que la similitud en los precios es generada, primero, por el límite máximo establecido en el precio de los combustibles por medio de Resolución, y segundo, por el poco

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

margen de costo y utilidad que tienen de por sí todas las estaciones de servicio en la misma región, en este caso, el Municipio de Duitama.

Estimó que la Superintendencia de Industria y Comercio solamente acoge las pruebas que le conviene para imponer la sanción, pero deja de lado la existencia de libre asociación y agremiación en que se tratan temas sobre precios y existencia de régimen de libertad vigilada y regulada; que existen defectos procedimentales y falsa motivación en los actos acusados.

Explicó lo anterior, señalando que el mercado geográfico está determinado por el Municipio de Duitama, complementado por el mercado producto que se circunscribe a la gasolina motor corriente y ACPM (combustibles líquidos derivados del petróleo) distribuido a nivel minorista; que en este mercado el comportamiento de los agentes está siempre determinado de acuerdo con la Resolución que expide el Ministerio de Minas y Energía, que establece los mecanismos para fijar los precios, de manera que así se esté en un mercado geográfico donde rija la libertad vigilada, es decir, en un ambiente de libertad, en la realidad los agentes siempre se encuentran en un muy escaso margen de maniobra teniendo en

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

cuenta que desde que el producto es suministrado por el distribuidor mayorista ya viene con un costo exacto para todos los competidores; el transporte por carro tiene una variabilidad mínima teniendo en cuenta que se trata de la misma zona geográfica; los consumidores conocen la Resolución del Ministerio de Minas y Energía y, por lo tanto, castigan fuertemente al distribuidor minorista que se aparta de los precios, obligándolo a permanecer en un precio muy cercano al que establece la Resolución; que por lo mismo, mucho menos existe libre juego de oferta y demanda en el caso de la libertad regulada, como es el caso del Municipio de Duitama, por cuanto existe un precio máximo establecido y unos escasos márgenes de comercialización y distribución minorista.

Que de lo anterior se deduce que la similitud de los precios para la gasolina motor corriente y ACPM de las estaciones de servicio ubicadas en el Municipio de Duitama no son efecto ni consecuencia de un acuerdo de precios constituido a través de un cartel o de prácticas conscientemente paralelas para efectuar prácticas anticompetitivas, sino que obedece a un régimen de precios determinado por el Gobierno Nacional, en donde el distribuidor minorista se encuentra entre dos límites estrechos que tienden a acercarse a un mismo punto, por sus costos operativos y el margen

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

de comercialización máximo determinado por acto administrativo; que es una realidad que los distribuidores minoristas resultan afectados por las políticas de estructuras de precios fijados por el Gobierno Nacional, sumado a ello la Superintendencia de Industria y Comercio hace una indebida interpretación, al sancionar a un agente que busca subsistir en la cadena productiva, procurando un margen de comercialización y distribución minorista acorde con la justicia retributiva, retorno de la inversión y utilidad proporcional de acuerdo con los costos operativos para poner en marcha la actividad comercial.

Que entonces el precio final de los combustibles líquidos de gasolina motor corriente y ACPM no son producto de la influencia que pueda tener sobre las estaciones de servicio, pues depende del elevado precio de su compra, dejando solo un estrecho marco de utilidad; que los elevados costos dependen de una agresiva política impositiva por parte del Estado y del alto costo pagado al productor, pues el 32% del 100% del precio de la gasolina corresponde al impuesto global, IVA y sobretasa y el 53% al ingreso del productor, dejando escasos márgenes para la utilidad de los distribuidores, quienes dentro de dichos márgenes podrán

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

variar el precio de los combustibles, sin que se afecte significativamente su costo.

Consideró que la existencia de un paralelismo de precios no necesariamente implica una práctica colusoria entre los agentes que presentan dicho comportamiento, a menos que esa sea la única explicación, luego se puede concluir que la conducta de las estaciones de servicio de la ciudad de Duitama no se traduce como causa real adecuada o nexo causal directo de las presuntas conductas de paralelismo, dada la existencia de un motivo racional, por cuanto, repite, cuentan con un estrecho margen de utilidad, por lo que las variaciones en los precios son estrechas, lo que resulta en precios similares en razón de la sensibilidad del mercado.

Que el estudio ITANSUCA ordenado y contratado por el Ministerio de Minas y Energía evidencia y trae como resultado que de ninguna manera en la realidad hay existencia de un alto margen de ganancia para los comercializadores o distribuidores minoristas (estaciones de servicios), no solo para las ubicadas en Duitama, sino para ninguna de las estaciones de servicio del País, y que por el contrario, es el agente más afectado y golpeado por un margen

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

indebido que no es suficiente en la mayoría de las ocasiones ni siquiera para cubrir los costos operativos.

- Violación al principio de legalidad - deficiencia, mala y falsa apreciación del acervo probatorio – inconducencia e impertinencia de las pruebas.

Expresa que la Superintendencia impuso una sanción de multa con base en conductas que no se encuentran prohibidas por la ley, como son las relacionadas con las discusiones que se llevan al interior de las asociaciones gremiales, porque nunca se suscribieron acuerdos respecto de la fijación del precio final de la gasolina corriente y del ACPM.

Que la entidad para afirmar que del acervo probatorio se establece responsabilidad por la influencia ejercida por FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE durante los años 2007 y 2009, toma como prueba una grabación magnetofónica de su Asamblea Ordinaria llevada a cabo el 14 de junio de 2008, a la cual se invitó como asistente al entonces Presidente Ejecutivo de FENDIPETRÓLEO Nacional, quien intervino como expositor, de cuya

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

intervención la entidad toma frases sin analizar su integralidad para tergiversar lo expresado.

Que la entidad incluye dentro de su material probatorio las Actas 241 de 28 y 29 de noviembre de 2008 y 245 de 3 de agosto de 2009, de la Junta Directiva de la Federación Nacional, y nuevamente saca de contexto ideas, frases y opiniones expresadas por miembros independientes que no conforman la voluntad de este ente, para concluir que existe infracción al artículo 48.2 del Decreto 2153 de 1992, vía intuición por sumatoria de indicios.

Que, además, se suma al acervo probatorio una carta remitida por el nuevo Presidente Ejecutivo de FENDIPETRÓLEO NACIONAL a la organización TERPEL S.A., posterior a los hechos investigados.

Que con esa argumentación la demandada concluye que *"es la misma cabeza de la FEDERACIÓN quien plantea como criticable que algunos de los asociados hayan decidido reducir los precios de los combustibles y además recomienda un incremento común en aras de no luchar entre competidores"*.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Que la Superintendencia parte de premisas falsas –indicios-, lo cual no resulta apropiado a las reglas de la sana crítica.

- Vulneración del derecho de asociación.

Que las Resoluciones acusadas son irregulares, pues imponen una sanción por ejecutar una práctica anticompetitiva e infringir una norma jurídica por unos actos derivados del ejercicio del derecho fundamental de asociación consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política.

Adujo que la conducta ejecutada por el entonces Presidente Ejecutivo de Fendipetróleo Nacional, quien intervino exponiendo su opinión como invitado a una Asamblea Ordinaria de la Seccional, reunión de carácter privado que se surte a nivel gremial para tratar temas relacionados con el sector de la economía, como calidades, competencia y precios (no a nivel competitivo), no se puede tomar como prueba, porque entonces en dichas reuniones los asistentes deben abstenerse de pronunciarse sobre temas relevantes para el sector económico, luego las reuniones quedarían limitadas a una congregación de personas para debatir asuntos diferentes al objeto para el cual fueron conformadas.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Que lo único que hace la Asociación es publicitar los valores y precios fijados por el Ministerio y mantener informados a los afiliados sobre decisiones adoptadas, luego la Superintendencia de Industria y Comercio valoró de manera errada unas apreciaciones e intervenciones que se efectuaron en algunas reuniones gremiales que se suscitaron al interior de la Asamblea y Junta Directiva, que no guardan ninguna relación con los precios fijados para la gasolina motor corriente y ACPM y los mecanismos para su determinación por parte del Ministerio de Minas y Energía y actualmente la CREG.

Consideró que no le asiste razón a la Superintendencia de Industria y Comercio porque la uniformidad de los precios se debe a los factores del mercado, como son: la uniformidad de los costos operativos, la determinación de los precios por parte del Ministerio de Minas y Energía o de la CREG, independientemente de si se trata de un régimen de libertad vigilada o regulada.

Que tampoco le asiste razón a la demandada cuando afirma que existe un alto margen de ganancia como resultado del acuerdo entre los agentes del mercado, porque nunca lo hubo y porque dicha afirmación no es cierta.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

- Nunca influyó en la voluntad de los agentes del mercado.

Aduce la actora que el interés de la Asociación por buscar que algunos agentes económicos vendan el producto al consumidor final de acuerdo con el margen de comercialización establecido por el Gobierno y que no vendan por debajo de la estructura de costos (precios predatorios) no se traduce en un acto ilegal ni antijurídico, sino simplemente en una conducta que busca la aplicación de los precios fijados por el Gobierno y a no desmejorar las condiciones del gremio, lo que en todo caso es el objeto de la agremiación.

Que, precisamente, una de las funciones más importantes y relevantes de Fendipetróleo Nacional y Seccional Boyacá y Casanare frente a sus agremiados es representarlos y ejercer presión política, para conseguir a nivel nacional márgenes de comercialización y distribución minorista más altos y que sean suficientes para soportar los gastos operativos y obtener una utilidad razonable, pues los fines y objetivos de los gremios, son precisamente mejorar las condiciones de su sector económico y propender por que no se desmejoren como consecuencia de actos ejecutados dentro y fuera del sector; luego aconsejar mantener una utilidad que le permita subsistir a través de un razonable margen

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

de comercialización y distribución minorista no se sale de la órbita de su gestión ni transgrede el interés social ni mucho menos el del mercado.

Estimó que la intervención de un Presidente Ejecutivo de una Seccional no se puede tomar como la voluntad de la Seccional, puesto que para ello se requiere de la deliberación y decisión mediante votación aprobada de acuerdo con los estatutos, luego no se puede tomar como un elemento coactivo.

Que casi todas las estaciones de servicio ubicadas en el Municipio de Duitama mantienen similitud de precios finales de venta al público, salvo algunas, como es el caso concreto de la estación de servicio denominada EDS INPRO que cuenta con el 22% de participación en el mercado, luego la similitud obedece a actos deliberados, puramente individuales y espontáneos de cada uno de los agentes.

- No hay proporcionalidad en la sanción.

Para imponer la sanción la entidad no tuvo en cuenta la persistencia de la conducta, el grado de participación del implicado, el

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

aprovechamiento económico, los antecedentes del investigado, el impacto de sus actuaciones en el mercado, el patrimonio del sujeto a sancionar y la afectación a los consumidores; que, por lo tanto, no hay proporcionalidad en la sanción ni en el análisis requerido y se afectan los principios de razonabilidad, favorabilidad y gradualidad de la multa.

Insistió en que el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 prohíbe cualquier práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia o a determinar o mantener precios inequitativos, concepto éste que no está definido.

Que, además, se dio una doble imputación de pena por los mismos hechos, porque se atribuye la infracción del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 a Fendipetróleo Nacional y a la Seccional Boyacá y Casanare, así como del artículo 48, numeral 2, del Decreto 2153 de 1992; pero a su vez, y a título de sujeto responsable se impone una sanción al representante legal Presidente Ejecutivo de Fendipetróleo; resalta, que en el caso de existir dolo o culpa grave por parte del representante legal, no podía imputársele responsabilidad al órgano gremial.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

- Desviación de poder.

Para la imposición de la sanción de multa no se comprobó que hubiera existido un incumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia, pues las pruebas que se valoraron no llevaban al pleno convencimiento de la ocurrencia de la infracción.

I.4- La demanda fue oportunamente contestada por el apoderado judicial de la entidad demandada, quien en su escrito señaló, en síntesis, lo siguiente:

. En primer lugar, propuso la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa porque la demanda incluye argumentos y hechos nuevos que la actora no alegó en esa oportunidad y por lo tanto no fueron objeto de pronunciamiento.

. Señaló que las Resoluciones cuya nulidad se demanda, se ajustan en todo al ordenamiento jurídico y a las normas procedimentales aplicables, sin violación al debido proceso ni a las que gobiernan la caducidad de la facultad sancionatoria.

Una vez señala las normas pertinentes, estima que no existe duda

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

de la competencia funcional que tiene para haber investigado y sancionado las conductas anticompetitivas, ejecutadas, toleradas, autorizadas y/o facilitadas por FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACA Y CASANARE, durante los años 2007 a 2009 y sus agremiadas por participar en acuerdos de fijación de precios y de repartición de mercado de comercialización de combustibles en la ciudad de Duitama – Boyacá, lo cual fue probado a lo largo de la investigación.

Que el artículo 48, numeral 2, del Decreto 2153 de 1992, dispone que es un acto contrario a la competencia *“influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios”*; que para que una conducta sea considerada como contraria a la libre competencia es necesario que concurren los elementos subjetivo y objetivo; el primero, se refiere a que debe existir un sujeto activo y uno pasivo en la influenciación, es decir que tiene que haber un agente económico que la ejerce y otros agentes económicos que permiten que la actuación del sujeto activo incida en sus decisiones sobre precios; el elemento objetivo, es la influencia ejercida que requiere cierto grado de constreñimiento o presión; advierte que en este tipo de conductas no se requiere la

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

demostración de un efecto, sino que tan solo es suficiente que se haya tenido como objeto la intención de influenciar.

Que se probó, sin asomo de duda, que se ejerció constreñimiento indebido a algunos agentes del mercado de comercialización de combustibles de Duitama, para impedirles bajar sus precios, so pretexto de mantener los márgenes de utilidad lo más alto posible; que no solo es evidente la intención de influenciar, sino que se estableció que se concretó en forma efectiva entre los años 2007 a 2009, que derivó en la conformación de un cartel de precios en el mercado de comercialización de ACPM y gasolina corriente, al menos en los mencionados años.

. Que el acuerdo sobre la fijación de precios se materializó bajo la modalidad denominada “conducta conscientemente paralela”, según lo previsto en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, que abre la posibilidad de que sin existir documento que plasme explícitamente un acuerdo anticompetitivo entre agentes de un determinado mercado, sea posible declarar por parte de la autoridad la existencia de una ilicitud; que en la determinación de este tipo de infracción es necesario encontrar medios de prueba adicionales a la mera simultaneidad en los precios y sus tendencias.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Observó que en el paralelismo no se requiere una similitud o exactitud en los precios, sino que basta con que existan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo respecto de las cantidades y precios ofrecidos; pero además, para que la conducta se considere paralela se requiere del elemento “consciente”, esto es, la existencia de factores que demuestren el desarrollo de una conducta coordinada que tenga el alcance de evitar una competencia efectiva en un determinado mercado.

. Consideró que si bien existe un reconocimiento constitucional a la libre asociación, esta no es ilimitada y encuentra como una de sus fronteras la protección al interés general, lo cual también consagra la Constitución Política, luego la comisión de una conducta anticompetitiva no puede estar justificada en actividades gremiales o en el derecho de asociación.

. Que FENDIPETRÓLEO Seccional Boyacá Casanare ejerció una influencia sobre varias de las estaciones de servicio de Duitama, que estuvo direccionada a intervenir en la formación de los precios al público, de la gasolina corriente y el ACPM, lo cual quedó demostrado con unas circulares informativas con tarifas sugeridas a sus afiliados y con las reuniones de asamblea general y junta

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

directiva, por lo que se presentó una extralimitación de las actividades propias de una agremiación.

Que al interior de la sociedad se manejaban precios zonales para las diferentes estaciones de servicio y se remitía un documento denominado "circular" que se distribuía no solamente entre los afiliados sino que también fueron enviadas a las estaciones de servicio agremiadas, en la que se sugería el precio de la gasolina corriente y del ACPM.

Que mediante visita administrativa se obtuvo copia de las listas de precios sugeridos por la Seccional desde diciembre de 2007 a diciembre de 2009, y se estableció que la conducta fue continuada en el tiempo.

Que se logró establecer que las circulares no eran exclusivamente de carácter interno, sino que fueron enviadas a las estaciones de servicio agremiadas, lo cual tiene soporte en diferentes declaraciones de administradores y representantes legales de diferentes estaciones de servicio, entre ellas la del Director Ejecutivo de la Seccional durante los años de 1996 hasta 2007.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Que además se revisaron grabaciones magnetofónicas y correos electrónicos, que dan prueba del objetivo de las circulares.

Anota que los precios sugeridos por la Seccional siempre estuvieron por encima de los previstos por el Ministerio de Minas y Energía, lo que se plasmó mes a mes, tanto en el informe motivado, como en los actos demandados, cuya fuente fueron las circulares que sugerían tarifas.

Que a lo anterior se suma lo expuesto en las reuniones de asamblea y junta directiva que se llevaron a cabo en la Seccional, en tanto se refieren a los márgenes de comercialización e incrementos, que cubren los años 2007 a 2009, de las cuales, además, no queda duda de que la actora conocía perfectamente las consecuencias de sus actividades y pese a ello no tenía intención de modificarlas; que existe una comunicación de la representante legal de una estación de servicio en la cual reclama el incumplimiento de un acuerdo por parte de la Seccional.

. Explicó que el numeral 1 del artículo 3º del Decreto Ley 2119 de 1992, prevé que al Ministerio de Minas y Energía le corresponde adoptar la política nacional en materia de distribución de

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

hidrocarburos así como establecer y aplicar la política de precios del petróleo y sus derivados, y conforme a lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 5º del Decreto 070 de 2001, le compete fijar los precios de los productos derivados del petróleo a lo largo de toda la cadena de producción y distribución, con excepción del gas licuado de petróleo.

Que, adicionalmente, mediante las Resoluciones núms. 82438 y 82439 de 1998, el Gobierno nacional adoptó una nueva estructura para la fijación de precios de la gasolina corriente motor y ACPM y se implementaron los regímenes de libertad vigilada y libertad regulada.

Que en el régimen de libertad vigilada los precios de venta al público por galón son fijados libremente por cada distribuidor minorista y se permite que determinen el margen de distribución de acuerdo con sus costos de operación y el retorno esperado sobre el capital invertido, y se aplica en aquellas zonas en donde exista un número adecuado de actores en el mercado que garantice la libre competencia entre los distintos oferentes; este régimen de libertad vigilada existía en la mayoría de las ciudades capitales de Departamento, puesto que en éstas se concentra el 70% del total

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

de la demanda tanto en gasolina corriente como en ACPM.

Explicó que, por su parte, en el régimen de libertad regulada los precios máximos de venta al público por galón de gasolina corriente motor son fijados por el Gobierno Nacional a través del margen máximo de comercialización permitido a los distribuidores de la cadena, con lo cual se busca ponerle un límite al margen de los minoristas para evitar alzas excesivas en los precios del combustible en zonas en donde no hay competencia y/o sobrecostos en transporte; es el Ministerio de Minas y Energía el que establece el régimen que se aplica según las condiciones económicas propias de cada lugar.

Advierte que la Ciudad de Duitama, en donde se dieron los hechos y conductas reprochadas, se encontraba bajo el régimen de libertad regulada, lo que no era una barrera para competir en ese mercado, por cuanto se fija un precio máximo, que es de referencia y que permite, sin lugar a dudas, la competencia.

Señaló que en ambos casos, se está sujeto a la competencia, de tal suerte que puedan existir precios menores a los de referencia de acuerdo con las condiciones de prestación del servicio; cada agente

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

escoge su propuesta de valor frente a sus usuarios, considerando varios factores como la calidad del producto, el servicio prestado y los servicios agregados ofrecidos, entre otros, lo que incentiva la competencia y conduce a tener mejores precios en los combustibles.

. Que si bien es cierto que el Decreto 4130 de 2011 reasignó a la CREG, entre otras, las funciones atribuidas por el Decreto 70 de 2001 al Ministerio de Minas y Energía, en lo relativo a la determinación de los parámetros y la metodología para calcular el precio de los combustibles, teniendo en cuenta el margen de comercialización, el porcentaje de evaporación, pérdida o cualquier otro concepto que afecte el volumen de los mismos, también lo es que la norma es posterior al período objeto de investigación, por lo cual no es pertinente su referencia, y no impide que la Superintendencia intervenga en los temas de libre competencia; por las mismas razones tampoco resulta acertada la referencia a las Resoluciones núms. 181047 y 180112 de 2012.

. En cuanto a las pruebas, señaló que una vez analizados los volúmenes vendidos en cada una de las estaciones de servicio y la diferencia entre el precio de venta de éstas y el precio fijado, se

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

pudo concluir que los consumidores de la ciudad de Duitama asumieron un sobrecosto de \$998'509.761.00 en gasolina corriente y \$2.542'413.224.00 en ACPM, a raíz de la falta de competencia o paralelismo en precios entre las estaciones de servicio investigadas para el período 2007 a 2009; que en caso de hacer esta misma comparación frente a los precios de venta de la Estación de Servicio Tundama, los montos obtenidos son del orden de \$478'340.199.00 en gasolina corriente, y de \$1.283'275.010.00 en ACPM.

Concluyó que aspectos tales como el tipo de estación, costos de transporte y su ubicación, entre otros, permitían observar que la conducta de las investigadas no fue racional sino consecuencia de un acuerdo.

. Preciso que para la materialización del acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela el Legislador no consagró que de dicho acuerdo se derive alguna utilidad, ya que se limitó a enunciar que se debe contar con el elemento de conciencia, que se pruebe un paralelismo y que tenga como objeto la fijación directa o indirecta de precios.

. De acuerdo con el Decreto 2876 de 1984 la facultad de adicionar

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

los precios por razón de fletes por concepto de transporte compete a los Comités Municipales de Precios, los cuales serán creados por los Gobernadores, pero no están funcionando, por lo cual cada una de las estaciones de servicio estaría estableciendo los precios propios; que los costos asociados al transporte de combustibles pueden variar teniendo en cuenta las variables tales como economías de escala y volúmenes transportados, por lo cual resulta claro que la similitud de los precios del 78% de los agentes del mercado de gasolina corriente, y del 92% del mercado de ACPM no encontró justificación alguna, a la luz de las reglas de la economía.

Que no es cierto que como consecuencia de las políticas sectoriales adoptadas por el Gobierno nacional, los agentes del mercado no alcancen con el ejercicio de su actividad económica a soportar los costos operativos que demanda el negocio, por cuanto la entidad sustentó que la variable correspondiente al margen del distribuidor minorista que busca la remuneración por las inversiones, costos, gastos y utilidad asociada a la operación, permite la existencia de precios menores a los de referencia dependiendo de las características de cada estación de servicio; explica que es precisamente por la diversidad de costos operacionales de las estaciones de servicio, aunado a la posibilidad de que en el régimen

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

de libertad regulada existan mejores precios de los combustibles para el consumidor final, que el escenario no debió ser el de la coincidencia de precios, sino más bien la existencia de variedad.

. Respecto al cargo de inexistencia de antijuridicidad de la conducta, es claro que las conductas reprochadas a la sociedad actora se encuentran consagradas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que hace referencia al abuso de la posición dominante pero, en este caso, no se indicó en la investigación administrativa que existiera un agente dominante, sino que se censura el hecho de la existencia de acuerdos restrictivos de la competencia, conducta reglamentada por los artículos 47 y 48 *ídem*, dentro de lo cual se adecuó la conducta tanto de la actora, como de Fendipetróleo Nacional y de las estaciones de servicio agremiadas.

Precisó que de conformidad con lo expuesto, ni la Resolución núm. 33970 de 2010, mediante la cual se abrió la investigación administrativa, ni los actos acusados, formularon cargos por abuso de posición dominante, sino por concurrir a actos y acuerdos anticompetitivos.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

. Aclaró, en cuanto al cuestionamiento atinente a la violación de la libertad de asociación, que las asociaciones deben abstenerse de intervenir en la formación de los precios en los mercados donde participan sus agremiadas; que como eje de la libre competencia se encuentra la determinación independiente de los precios por los diferentes competidores, por ello cualquier tipo de influencia, sugerencia o recomendación sobre dichas decisiones individuales puede generar distorsiones artificiales que conllevan restricciones anticompetitivas y, por tanto, configuran una conducta legalmente reprochable.

Que por lo tanto, FENDIPETRÓLEO Seccional Boyacá y Casanare abusó de la finalidad atribuida constitucionalmente al derecho de libre asociación mediante la generación de espacios y difusión de variada documentación, con lo cual puso en evidencia la intención de mantener precios lo más alto posible en aras de no sacrificar los márgenes de utilidad, lo cual constituye una transgresión a lo dispuesto en los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 48, numeral 2 del Decreto 2153 de 1992.

. Que en los actos acusados está debidamente explicado que la sanción de multa obedeció a que se comprobó que las empresas

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

distribuidoras de combustibles El Sol S.A. – Dicosol S.A., Estación de Servicio La Isla Ltda., Cooperativa de Transportes Rápido Chicamocha - Cootrachica, Comercializadora de Combustibles y Transportes Ltda. – Coometrans Ltda, transgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 47, numeral 1 del Decreto 2153 de 1992, por el hecho de haber realizado un acuerdo para la fijación de los precios de la gasolina corriente y ACPM en la Ciudad de Duitama, bajo la modalidad de práctica consciente paralela, determinación en la que influyó la actora a través de la divulgación de sugerencias de precios, mediante circulares y en reuniones de asamblea y junta directiva; que ninguno de los sancionados acreditó que su comportamiento en el mercado se encontrara amparado por justificación económica alguna, ni ello se evidenció del análisis que hizo de los hechos y las pruebas. Concluyó entonces que no hubo ausencia de gradualidad, proporcionalidad, dosimetría y motivación, como lo afirma la actora; que tuvo en cuenta los máximos y los mínimos fijados por el Legislador en la Ley 1340 de 2009, artículos 25 y 26, el grado de participación de las investigadas y por ello Fendipetróleo Nacional frente al Seccional tuvo una sanción menor, y además, en el acto que resolvió el recurso de reposición en la vía gubernativa redujo la sanción considerablemente.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

. En cuanto al cargo de posible doble imputación por los mismos hechos, advirtió que FENDIPETRÓLEO Seccional Boyacá y Casanare no son la misma persona ni se deben confundir para efectos de la investigación administrativa; que a la agremiación se le reprochó la violación de la prohibición general consagrada en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y por la ejecución y materialización de actos contrarios a la libre competencia, mientras que al representante legal le fue impuesta la sanción por el hecho de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas que la complementen o modifiquen; que en este caso resulta irrelevante la existencia de dolo o culpa grave del representante legal, dado que la responsabilidad en estos casos es objetiva.

. En cuanto al supuesto abuso de poder, manifiesta que la parte actora no expuso ningún argumento que sustente tal causal de nulidad.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera,

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Subsección "B", mediante la sentencia impugnada denegó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Resumió en cinco el número de cargos, sobre los cuales consideró que no prosperaban, por las siguientes razones:

1. Sobre los cargos de inexistencia de antijuricidad de la conducta, no influencia en la voluntad de los agentes del mercado, violación del principio de legalidad e inconducencia de las pruebas valoradas, estimó que según la investigación administrativa se determinó que existía paralelismo en los precios de la gasolina corriente motor y ACPM que se ofrecían en el Municipio de Duitama, durante los años 2007 a 2009, que obedeció a una "práctica conscientemente paralela".

Que se encuentra debidamente soportado que hubo una intervención indebida en el proceso de formación de precios de la gasolina y del ACPM en dicho Municipio, mediante circulares informativas distribuidas por la actora entre los agremiados con el fin de que se abstuvieran de bajar los precios de los combustibles, y mantenerlos a un costo elevado contraviniendo los lineamientos y directrices que sobre el particular emitió el Ministerio de Minas y

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Energía, lo que constituye una práctica anticompetitiva dentro del mercado de comercialización de combustibles.

Señaló que en los actos administrativos se relacionan varias declaraciones de administradores de estaciones de servicio de la ciudad de Duitama y del Director Ejecutivo de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare durante los años de 1996 a 2007, así como grabaciones magnetofónicas y correos electrónicos, de cuya lectura se concluye que se inducía a las estaciones de servicio a realizar un alza en el precio de los mencionados combustibles con el fin de que “no se deterioraran los márgenes” según los parámetros suministrados por el Gobierno Nacional.

Que también se valoró como prueba el contenido de varias reuniones de asambleas y juntas directivas de la actora, en las que se informaba acerca de temas de importancia para el sector y también se indicaban los precios que se debían fijar para la venta de la gasolina corriente y del ACPM; que fue especialmente relevante el Acta núm. 102 de la asamblea ordinaria de 14 de junio de 2008, en la cual el Presidente Ejecutivo expresó que ha venido informando sobre el alza de los combustibles sugiriendo los precios para obtener un poco más del margen establecido por el Gobierno y

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

sin embargo, algunos colegas han bajado los precios en vez de acatar las sugerencias.

Que tales conductas resultan anticompetitivas porque se pretendía un aumento de los precios y de esta manera generar una uniformidad no justificada ni autorizada en la fijación de los precios por parte de las estaciones de servicio que acogieron la sugerencia de la actora, circunstancia que resulta contraria a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, ***"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas"***, por cuanto los consumidores no tenían una libertad de escogencia respecto de los citados bienes y servicios; que se comprobó una diferencia entre \$114.00 y \$209.00 respecto del precio sugerido por el Ministerio de Minas y Energía.

Que de igual manera se violaron los artículos 47, numeral 1, del Decreto 2153 de 1992, que considera contrarios a la competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios, y 48, numeral 2, *ídem*, que considera como acto contrario a la libre competencia influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de bajar precios.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

2. Sobre el cargo de vulneración del derecho de asociación, estimó que no se restringió este derecho, porque no es absoluto y encuentra límites en la prevalencia del interés general, además de los expresamente consagrados en el numeral 1 del artículo 95 de la Constitución Política, conforme al cual es deber de todas las personas (naturales o jurídicas) respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; que el artículo 333 *ídem* dispone, por una parte, que la actividad económica y la iniciativa privada son libres pero dentro de los límites del bien común, y por otra, que la libre competencia económica es un derecho de todos que al mismo tiempo impone responsabilidades.

3. Sobre el cargo de ausencia de gradualidad, proporcionalidad y dosimetría de la sanción de multa, anotó que la Superintendencia actuó dentro de los parámetros que le fija el artículo 4º, numeral 15, del Decreto 2153 de 1992, que indica que puede imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a 2.000 smmlv por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a las que se refiere el Decreto.

Que de conformidad con lo anterior, la sanción impuesta a la actora

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

por valor de \$1.071'200.000.00 correspondió al máximo permitido por la Ley, suma que se determinó teniendo en cuenta el impacto negativo que tuvo la conducta ejercida, en tanto que incidió de manera indirecta en la formación de los precios de los combustibles gasolina corriente y ACPM en el Municipio de Duitama, circunstancia que quebrantó de manera ostensible las normas que regulan la libertad de competencia, luego no se sobrepasó el tope máximo determinado por la Ley.

Que, sin embargo, mediante la Resolución núm. 11651 de 29 de febrero de 2012, que resolvió el recurso de reposición, se redujo el monto anterior, a la suma de \$674'856.000.00, para lo cual se tuvo en cuenta que las conductas sancionadas no traspasaron el ámbito local ni se amenazó la libre y transparente competencia de precios en el mercado nacional, aunado al hecho de que los temas relacionados con la unificación de los márgenes de los distribuidores minoristas de combustibles, llevados a cabo por la actora precisamente se dieron al interior de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, esto es, no fueron propiciados por Fendipetróleo Nacional.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

4. Doble imputación por los mismos hechos:

Considera que no le asiste razón a la parte actora, toda vez que la sanción de multa impuesta al Presidente de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare fue en su condición de persona natural por el hecho de haber autorizado, ejecutado o tolerado el comportamiento que generó la concreción de los actos contrarios a la libertad de competencia, tal como lo dispone el artículo 4º, numeral 16, del Decreto 2153 de 1992, en tanto que la multa impuesta a la actora tuvo como fundamento la actuación que afectó la libre formación de precios de combustibles pero teniendo en cuenta su personalidad jurídica, condiciones que no se contraponen, tal como lo establece la ley, pues cada una tiene sus propios deberes, derechos y responsabilidades, sin lugar a que se subsuman o confundan todos en los de una sola persona.

5. Desviación de poder.

Explica que es la parte que alega la desviación de poder a la que le corresponde probar de manera idónea, clara, fehaciente y determinante la existencia de móviles distintos de la Administración, aportando las pruebas que llevan a la certeza de

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

que los motivos que tuvo la autoridad administrativa para expedir el acto tuvieron un fin distinto al bien jurídico tutelado por la ley y del establecido legalmente a la autoridad a quien le fue atribuida la respectiva competencia, y en este contexto la actora no logró demostrar la alegada configuración de esta causal de nulidad.

Finalmente, el a quo consideró que el testimonio del señor Rodrigo Valencia Concha, recepcionado en el trámite de la segunda instancia, en su condición de expresidente de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, no ofrecía credibilidad, toda vez que existen serios motivos que afectan de modo sustancial la espontaneidad, objetividad e imparcialidad, por tener un interés directo en deslegitimar o poner en entredicho la legalidad de los actos administrativos que se discuten en este proceso, por el hecho de que él mismo fue igualmente sancionado con tales actos en su condición de Presidente Ejecutivo y, por tanto, representante legal de Fendipetróleo Nacional por los mismos hechos de que trata este proceso; lo anterior, sumado a las inconsistencias y contradicciones contenidas en la declaración que rindió; y dado que rindió su testimonio bajo juramento, ordenó la expedición de copias de la actuación procesal con destino a la Fiscalía General de la Nación para que en ejercicio de sus competencias estime la viabilidad de

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

indagación de tal conducta, por la posible comisión de un hecho punible.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante, dentro del término procesal correspondiente, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con base en los argumentos que a continuación se resumen, relacionados con cada uno de los cinco cargos que consideró el a quo para tomar su decisión de negar las pretensiones de la demanda.

1. En relación con la indebida y falsa apreciación de las pruebas y de los hechos y la interpretación errónea de los mismos (defecto fáctico y error de derecho).

Considera la apelante que resulta errado imputarle la voluntad o despliegue de actos de terceros, que pueden o no ser miembros de algún órgano social de la entidad.

Que el a quo motiva su decisión trayendo los mismos argumentos expuestos por la Superintendencia de Industria y Comercio en la vía gubernativa y no se detiene en cada uno de los argumentos de

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

la demanda para hacer un raciocinio detallado, minucioso y motivado de cada circunstancia alegada; que se presenta entonces error de derecho, porque no se tuvieron en cuenta las pruebas que obran en el expediente presentadas por la parte demandante y solo dio valor a la única prueba presentada por la parte demandada, consistente en el expediente de la vía gubernativa.

2. En relación con el derecho de asociación, el Juez de Primera instancia interpretó de manera errónea los argumentos esgrimidos por la parte demandante en relación con el derecho de asociación, pues siempre ha hecho referencia es a que la legislación permite los debates y expresiones orales de los miembros o personas que ejecutan el derecho de asociación, en este caso, los órganos sociales de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, dentro de los cuales se encuentran miembros o personas naturales que los conforman, pero cada uno de ellos individualmente considerados y en ejecución de sus propios actos, no puede confundirse con actos de la entidad gremial.

Que la vulneración al derecho de asociación que se alega, tiene que ver con el hecho de que la entidad administrativa no ha permitido a los miembros ejercer debates que guarden relación con temas

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

económicos o de precios, puesto que esos debates o expresiones verbales individuales los equipara con actos y voluntades de la entidad gremial y automáticamente los denomina como actos de influencia sobre los afiliados; que se debe distinguir cuáles son los actos del ente gremial y cuáles los de cada uno de sus miembros, pues se trata de personas distintas.

3. Que es un yerro del fallo apelado manifestar que la entidad demandada aplicó debidamente en la imposición de las sanciones los principios de gradualidad, dosimetría, dosificación y tasación de la sanción o pena, pues en respuesta al recurso de reposición en la vía gubernativa se reduce la sanción a la mitad, lo que debió hacer desde la primera Resolución que decidió la investigación administrativa; que se observa que nunca se hizo un análisis para determinar su capacidad económica, pues de otra manera podría convertirse en una confiscación, lo cual está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, pues no cuenta con un patrimonio suficientemente fuerte para asumir la sanción y su flujo y capacidad económica no le permitiría pagar ese tipo de multa en un plazo razonable y lógico, por lo que le resultaría más lógico liquidar la entidad gremial y que la SIC se una a la lista de acreedores y

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

acatar el orden de graduación de los créditos para la liquidación de este tipo de personas jurídicas.

Que el a quo se limita a manifestar que en virtud de una disminución de la multa ya existe un juicio y análisis de proporcionalidad de la sanción.

4. Considera que existe error grave en el fallo de primera instancia, porque no evaluó a fondo o de manera detallada la vulneración al principio general del derecho que proscribe la doble imputación, porque se debe distinguir entre los actos que son puramente individuales de las personas naturales que pueden o no ser miembros de los órganos sociales y administrativos de una persona jurídica, en este caso una entidad gremial, de los actos que resultan siendo parte de la formación de la voluntad de la persona jurídica.

Que para distinguir dichos actos se debe hacer un análisis y estudio del acto concreto y de la formación de la voluntad o consentimiento de la persona jurídica conforme a sus estatutos; que no puede juzgarse de manera idéntica, un contrato suscrito por el representante legal de una persona jurídica en dicha calidad, de un contrato suscrito por éste en su calidad de persona natural por su

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

cuenta propia y en su propio nombre, ni puede juzgarse de manera idéntica una expresión verbal o discurso de una persona natural individualmente considerada en el desarrollo del orden del día de una reunión gremial en donde cada uno expresa su opinión de manera libre y espontánea, que un voto de una persona en el momento de decidir sobre una política a ejecutar en el seno de una persona jurídica.

Que para el caso concreto, la SIC a la hora de analizar las pruebas decide tener como actos de la persona jurídica y darle valor a manifestaciones de la voluntad de personas naturales que siendo miembros de los órganos sociales o no, nunca trascienden a ser la voluntad de la persona jurídica; que lo que discute es que el Juzgador debe analizar y estudiar a fondo si el acto desplegado es un acto meramente individual de la persona natural, o por el contrario, es un acto desplegado por la persona jurídica, en este caso la entidad gremial, lo cual se contrapone y uno excluye al otro, pues para que la misma persona actúe en dos calidades al mismo tiempo, debe manifestarse así de manera concreta y expresa.

Insiste en que resulta claro que, si el representante legal de una persona jurídica ejecuta actos en dicha calidad, mal podría

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

imputársele a la corporación la responsabilidad por dichos actos salvo que se levante el velo corporativo.

Que no puede ser sancionado por el mismo acto una persona jurídica y su representante legal que actuó manifestando la voluntad de la persona jurídica sin que se vulnere el principio general del non bis in ídem, por lo que el a quo parece desconocer la “excepción de inconstitucionalidad”, pues según lo expuesto no cabe duda de que la norma que ordena imputar sanción al representante legal de una persona jurídica que tolere o permita ciertos actos de la misma, va contra el mencionado principio.

Considera que si el raciocinio es que son personas distintas la persona jurídica y su representante legal, entonces no existen actos que puedan ser imputados al representante individualmente considerado como persona natural, puesto que nunca actuó desplegando su propia voluntad, lo cual se requiere en el derecho vigente para que un acto sea atribuido como propio, y ni en la vía gubernativa ni en el fallo de primera instancia se observó una evaluación o análisis al respecto.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

5. Que el a quo no tuvo en cuenta que la entidad administrativa parte de premisas falsas, pues si no hay acuerdo de precios, no se puede afirmar que hubo influencia por parte de un agente concreto; que el a quo debe efectuar un análisis respecto de cada uno de los cargos imputados.

Que el origen de la investigación es por una supuesta conducta paralela entre la estaciones de servicio de Duitama, y por ende supone una influencia por parte del ente gremial que los agrupa, pero no se estudió a fondo por parte del a quo si en realidad existió un acuerdo de precios o conducta conscientemente paralela, pues de no existir ésta, no podría imputarse ninguna influencia.

Que lo cierto es que el acuerdo de precios o conducta paralela no existió, y basta con estudiar a fondo los argumentos de la demanda y las pruebas y los argumentos de la Administración para imputar los cargos, pues se basó en débiles indicios; siendo así las cosas, debe reevaluarse la imputación efectuada a los que supuestamente influyeron en tal actuación, lo cual nunca fue analizado en el fallo apelado.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Agencia del Ministerio Público, en la oportunidad procesal correspondiente, guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo – Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, pretende la Declaración de nulidad de la Resolución núm. 71794 de 12 de diciembre de 2011, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, a través de la cual se impuso una sanción en cuantía de \$1'071.200.000.00 por el hecho de haber trasgredido los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 48, numeral 2, del Decreto 2153 de 1992, al realizar actos de influencia a unas estaciones de servicio ubicadas en el Municipio de Duitama – Boyacá, para que incrementaran los precios de la gasolina corriente y del ACPM, así como para que desistieran de su intención de rebajar los precios.

De igual manera, solicita que se declare la nulidad de la Resolución núm. 11651 de 29 de febrero de 2012, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio (E) por la cual en

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

respuesta al recurso de reposición contra el acto anterior, modificó el monto de la sanción a la suma de \$674'856.000.oo.

La Superintendencia de Industria y Comercio expidió las Resoluciones acusadas, como resultado de la investigación administrativa adelantada contra la actora y algunas estaciones de servicio, al comprobar que incurrieron en un acuerdo contrario a la libre competencia, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, al fijar o acordar precios durante un período prolongado de tiempo que se extiende desde el mes de enero del año 2007 hasta el mes de diciembre de 2009.

Las normas que según los actos acusados transgredió la actora, disponen:

. Ley 155 de 24 de diciembre de 1959, **“Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”**.

“ARTÍCULO 1º. (Modificado por el artículo 1º del Decreto 3307 de 1963). **Quedan prohibidos los acuerdos** o convenios **que directa o indirectamente tengan por objeto** limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

tendientes a **limitar la libre competencia** y a mantener o determinar precios inequitativos...". (Negrillas fuera de texto).

. Decreto núm. 2153 de 30 de diciembre de 1992, ***"Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones"***.

"ARTÍCULO 48. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

... .

2. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios."(Negrillas fuera de texto.)

Además, es del caso transcribir el texto de los artículos 45, numeral 1 y 47, numeral 1, del antes citado Decreto, que guardan relación con la misma materia. Estos preceptos establecen:

"ARTÍCULO 45. DEFINICIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, **práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas"**. (Negrillas y subrayas fuera de texto.)

"ARTÍCULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

... .

2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.”(Negrillas fuera de texto.)

Frente a este caso, es necesario tener en cuenta el precedente Jurisprudencial contenido en la sentencia de 13 de noviembre de 2014 (Expediente núm. 2013-00254-01, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), por medio de la cual se confirmó la sentencia de 28 de marzo de 2014, que denegó las pretensiones de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión núm. 5.

En aquella oportunidad se solicitó la nulidad de las mismas Resoluciones que se acusan en este proceso, esto es, las núms. 71794 de 12 de diciembre de 2011 y 11651 de 29 de febrero de 2012, razón por la cual, en aras del respeto al principio de igualdad y de la seguridad jurídica, habrá de observarse lo dispuesto en dicha providencia.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que el valor vinculante de ciertas decisiones judiciales para la solución de nuevos casos *"significa que la regla de decisión de algunas*

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

sentencias debe ser aplicada por los jueces y tribunales competentes a los casos posteriores que se apoyen en los mismos supuestos fácticos y jurídicos. En tal sentido, el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica,”¹.

En la referida providencia se tuvo en cuenta que mediante la Resolución núm. 71794 de 12 de diciembre de 2011, se declaró que FENDIPETRÓLEO Nacional y FENDIPETRÓLEO Seccional Boyacá y Casanare contravinieron lo dispuesto en los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 48, numeral 2, del Decreto 2153 de 1992, de la misma manera se declaró que varias estaciones de servicio y un administrador, vulneraron lo señalado en el artículo 47, numeral 1, del Decreto 2153 de 1992, y se les sancionó pecuniariamente, y que otras personas naturales incurrieron en la responsabilidad prevista en el artículo 4º *ídem*.

Y que una estación de servicio y dos ciudadanos fueron sancionados, entre otros, mediante las mismas Resoluciones que ahora son objeto de impugnación por Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, por haber realizado un acuerdo para la fijación

¹ Sentencia C-816 de 2011, Magistrado ponente doctor Mauricio González Cuervo.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

de los precios de la gasolina corriente y ACPM en la Ciudad de Duitama, en la modalidad de práctica conscientemente paralela, prohibición correlativa con la del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, conforme a la cual están prohibidos los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios, solicitaron la nulidad de las Resoluciones, lo cual les fue negado, entre otras razones, porque se comprobó que sí existió tal conducta.

La Sala en la sentencia de 13 de noviembre de 2014, una vez trajo a colación y prohió sentencias que se han referido explícitamente a acuerdos contrarios a la libre competencia y su prueba², señaló:

“De conformidad con los precedentes jurisprudenciales antes señalados, que obviamente reitera la Sala, la fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto.

Dichas coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado de tiempo, por dos o más empresas, no pueden ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el combustible en este caso, depende de factores variables, como son: los costos de producción, de transporte, de operación de cada estación de servicio, del nivel de eficiencia, las

² Sentencias de la Sección Primera de 23 de enero de 2003, expediente núm. 2000-0665-01 (7909), Consejero ponente doctor Manuel Santiago Urueta Ayola y de 30 de noviembre de 2006, expediente núm. 2002-00678-01, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta)

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, los cuales varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trate de un mismo producto.

En virtud de lo anterior, para la Sala carece de fundamento el argumento de los recurrentes, según el cual *“los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia, previstos en los artículos 47 y 8 del Decreto 2153 de 1992, no pueden considerarse como una responsabilidad objetiva; los eventos allí consignados se asemejan a una presunción de ilegalidad, la cual puede desvirtuarse demostrando que en el mercado existe libertad de entrada, libertad de escogencia, variedad de precios y servicios, así como una eficiencia en el aparato productivo. Es decir, que no basta con acreditar la existencia de un acuerdo de precios para establecer que se trata de un medio torcido o desleal, pues se requiere también demostrar que ese acuerdo de voluntades tuvo por objeto impedir, restringir o falsear a la competencia”* (Resaltó la Sala), **pues se evidenció una voluntad exterior que permitió colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada, esto es, quedó plenamente demostrada la ocurrencia de un acuerdo entre los actores, en virtud del cual, se fijó el precio del galón de gasolina en una sincronización y coincidencia notable”**.

En efecto, dicha voluntad exterior que encaja en el concepto de paralelismo, se refleja en las tablas incluidas en las Resoluciones acusadas, en las cuales se observa que, durante el período comprendido entre enero de 2007 y junio de 2009, el precio tanto de la gasolina corriente como del ACPM, en las diferentes estaciones de servicio de Duitama sancionadas por los mismos actos acusados en este proceso, varió en una sincronización y coincidencia notable, pese a que sus condiciones no eran homogéneas; en aspectos tales como el tipo de estación, tamaño,

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

costos de la actividad como el transporte, ubicación, inversiones en infraestructura, mantenimiento, cuantía de ventas, se comprobó que existen diferencias entre ellas, que son variables que afectan el precio final de venta al público, de lo cual se dedujo que la conducta reprochada no era racional, lo que hacía imposible que su comportamiento fuera inconsciente; en otras palabras, se generó, por parte de las estaciones de servicio sancionadas, una uniformidad en los precios que no estaba justificada ni autorizada.

Probado como está que ocurrió un acuerdo de precios o práctica conscientemente paralela, entra la Sala a analizar la responsabilidad que tiene la actora en dicha conducta.

Los actos acusados sancionaron a la demandante en este proceso, como ya se dijo, por adelantar también prácticas tendientes a limitar la libre competencia, porque ejerció influencia indebida sobre la formación de los precios de gasolina corriente y ACPM en el Municipio de Duitama, lo que provocó que hubiera una práctica conscientemente paralela entre las distintas estaciones de servicio que fueron sancionadas, lo cual constituye una limitación a la competencia, según el artículo 1º de la Ley 155 de 1959.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

No era necesario que se demostrara un efecto en las conductas, siendo suficiente que el objeto fuera “influnciar”, para que se considere como contraria a la libre competencia. Así lo expresó esta Sección mediante sentencia de 19 de noviembre de 2009 (Expediente núm. 2001-01261-01, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), cuando adujo que el elemento objetivo *“no es otro, que el ejercicio de la actividad económica desplegada por una empresa, en la que sus actos vayan encaminados a alterar el libre albedrío de otra empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los productos y servicios que ofrece”*.

La conducta de influenciar está tipificada, como reprochable, de conformidad con el artículo 48, numeral 2, del Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992, antes transcrito.

Visto lo anterior, la Sala se refiere a las inconformidades que la actora presentó contra el fallo de primera instancia.

1. Indebida y falsa apreciación de las pruebas y de los hechos e interpretación errónea de los mismos.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

La Superintendencia de Industria y Comercio para demostrar la influencia que FENDIPETRÓLEO Seccional Boyacá y Casanare ejerció sobre las estaciones de servicio sancionadas para que en efecto incrementaran los precios y no los rebajaran, se basó en pruebas constituidas por las diferentes circulares, grabaciones y actas de asambleas y juntas directivas de las agremiaciones involucradas.

Específicamente, sobre la conducta de la actora, los actos acusados relacionaron los elementos probatorios, señalando textualmente en lo pertinente su contenido, los cuales demostraron a la entidad demandada, que efectivamente hubo una influencia por parte de la Seccional sobre varias estaciones de servicio de Duitama, direccionada a intervenir en la formación de los precios al público de la gasolina corriente y el ACPM.³

Dichos elementos de prueba, relacionados en los actos administrativos acusados, cuya existencia y contenido no fue objetado por la actora, son los siguientes:

³ A folio 596 del cuaderno núm. 2, reposan tres CD's que contienen el expediente administrativo.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

. Circulares informativas.

A través de ellas, previo requerimiento de información a diferentes estaciones de servicio, la Seccional remitía un documento denominado "Circular", por medio del cual se sugería el precio de la gasolina corriente y el ACPM; como parte de dicho documento se incluía el siguiente mensaje:

"NOTA: ESPERAMOS QUE TENGAN EN CUENTA LOS PRECIOS SUGERIDOS PARA EVITAR QUE EL MARGEN DE COMERCIALIZACIÓN AUTORIZADO POR EL GOBIERNO SE DETERIORE, TENIENDO EN CUENTA QUE LOS FLETES, PEAJES, SALARIOS, COMBUSTIBLE, SOBRE TASA Y OTROS GASTOS MÁS SE INCREMENTARON A PARTIR DEL 01 DE ENERO DE 2007 CONSIDERABLEMENTE".

Al indagarse sobre la razón por la cual existían dichas circulares, la Directora Jurídica de FENDIPETROLEO respondió:

"2.1. Aclaro que Fendipetróleo no sugiere precios, junto con la estructura emitida por ECOPETROL, mes a mes nosotros sacamos un listado con los precios que se manejan por zonas, éstos son tomados de los precios publicados por los Distribuidores Minoristas en sus EDS⁴, lo hacemos a título informativo no impositivo.

... .

2.4. Nosotros no sugerimos precios. Las circulares informativas sólo circulan entre las EDS afiliadas y nuevamente recuerdo que se hace a nivel informativo".

⁴ Estaciones de Servicio.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

. Visita de inspección.

El 11 de febrero de 2010 la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una visita de inspección en la sede de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, y obtuvo copia de las listas de precios sugeridos por ésta desde diciembre de 2007 hasta diciembre de 2009, con lo cual la entidad demostró que la conducta fue continuada en el tiempo. En esta diligencia la Directora Ejecutiva de la Asociación solicitó incluir la siguiente constancia:

“Ante el particular quiero decir que si bien en cada mes de las citadas carpetas se encontró copia de los folios denominados algunos como circulares y otros como precios zonas, quiero recalcar que dicho documento no es enviado a los Distribuidores afiliados a la seccional, este ejercicio se hacía para conocimiento de la Seccional, era simplemente un mecanismo para tener precios de referencia de cada zona ...”

. Declaraciones.

El señor Orlando Becerra Barrera, Administrador de la Estación de Servicio La Dorada, manifestó:

“Pregunta 19. Diga cómo es cierto sí o no que como administrador de la estación de servicio La Dorada, conoció las circulares dirigidas a los distribuidores minoristas en las que la Seccional Boyacá y Casanare sugirió el precio de la gasolina corriente y ACPM.
Respondió: Ah sí, si claro, si yo conocí las circulares porque a mi me mandan todas las circulares, me están mandando todas las circulares.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Pregunta 20. Y Fendipetróleo sugería los precios que debían cobrar por el combustible.
Respondió: Si, ellos sugerían un precio”.

La señora Martha Patricia Rojas Rincón, representante legal de la Estación de Servicio La Isla Ltda., expresó:

“Pregunta 34. A través de qué medio la Seccional sugería los precios que debería colocarse en el surtidor
Respondió: e-mails o circulares.

Pregunta 35. Y puede ampliar por favor de manera detallada cómo sugería esto ?
Respondió: Ellos al igual que lo que te comento, al igual que la mayorista o el Ministerio de Minas y Energía le manda a uno la circular todos los meses donde te está informado cuál es el alza que tuvo el combustible, entonces ellos hacían un precio sugerido lo mismo que esas circulares donde le informaban a uno de cuánto subió el combustible”.

Declaración del señor Hernando Colmenares Salamanca, representante legal de COOFLOTAX desde abril de 2002 hasta mayo de 2008.

“Pregunta 32. Decía usted en una respuesta anterior que la Seccional o Fendipetróleo Nacional sugería los precios de la gasolina, de los combustibles gasolina corriente y ACPM ¿Puede usted indicarle al despacho en qué fecha y a través de qué medio Fendipetróleo sugería esos precios?
Respondió: A veces llegaban notas a la oficina de recepción e información de la cooperativa, o por fax

Pregunta 34. Por favor indíqueme al despacho que contenían esas comunicaciones.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Respondió: Ellos normalmente traían la resolución de la estructura de costos del Estado, que el Estado expedía y la sugerencia de precios para ACPM y gasolina por sectores regionales”.

Declaración del señor Carlos Enrique Castillo Arcos, representante legal de COOTRACHICA.

“Pregunta 47. ¿Diga cómo es cierto sí o no que como miembro de la junta directiva y como representante legal de COOTRACHICA conoció las circulares que la seccional dirigió a los distribuidores minoristas en la que sugirió el precio de la gasolina corriente y ACPM, de acuerdo con su respuesta anterior?

Respondió: Pues si ...

Pregunta 49. ¿Se conocieron?

Respondió: Sí claro, nosotros conocimos algunos informes que llegaban”.

Declaración del señor Alberto Barón Fernández, Director Ejecutivo de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare durante los años 1996 hasta 2007.

“Pregunta 21. Sabe usted si Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare envía o ha enviado listas de precios a los distribuidores minoristas de combustibles líquidos (gasolina corriente y ACPM) en la ciudad de Duitama?

Respondió: Mire hace varios años yo me acuerdo tanto, que de acuerdo a las estructuras de precios entonces decían se sugieren los precios a los combustibles así, lo que yo le decía 50 pesos; entonces todo lo que tenía 50 pesos lo suban; que 80 pesos lo suban,, que es lo que sugiere para que no se deterioren los márgenes ..”.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

. Grabaciones magnetofónicas y correos electrónicos.

"... Augusto mira, a mi paso y te digo para mí, algo que siempre tengo en Fendipetróleo es el fax primero, o sea independiente de todo el fax primero ... y es mas tengo gente de las estaciones de alrededor mío que me llamaban a decirme "ya le llegó el fax", pero si a unos no nos llega quedamos como unos locos como unas veletas"

"... Mire la hojita que dice únicamente los precios de Tunja ... Paipa, Duitama ... esa hojita sin toda la resolución, esa es la que nosotros leemos, entiéndame que esa es la que uno en la estación mira".

"pero lo que nos interesa, vuelvo y te digo una cosa Augusto, es el ejemplo de que hay gente que ni siquiera sabe manejar el internet, tenemos gente que ignora eso, entonces hay gente que ni se pone a leer la resolución sino uno mira es Duitama tanto"

Bueno a mi me parece muy bueno y muy interesante para concluir, por experiencia propia y por lo que me pasa con mis compañeros de al lado, que lo que te digo, a mi lo de Petrobras y esas estaciones me dicen "cuando fue que subió" es que no me ha llegado el fax de fendipetróleo. ...

Y uno mira la resolución, a veces los que somos quisquillosos y en este momento por lo que yo ya firmé contrato entonces yo miro cuál es la utilidad del mayorista ... pero realmente a mi me interesa es la hojita para mirar el precio, yo le doy al administrador y le digo tome".

En correo electrónico de 4 de enero de 2010, enviado por la Directora Ejecutiva de la Seccional Boyacá y Casanare, a la señora Martha Rojas, se lee:

"Buenos días Marthica:

En el archivo adjunto te envío la totalidad de las resoluciones y precios sugeridos del 2009, nosotros aunque dejamos de publicar precios sugeridos para los distribuidores igual el ejercicio sí se hacía internamente en Fendipetróleo para estudiar la variación de precios mes a mes según resolución; quedé preocupada en la última junta

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

directiva pues veo que los precios actuales en surtidor no coinciden con los sugeridos del mes de diciembre que según las cuentas de Fendipetróleo se ajusta al incremento de \$100 de dicho mes, no entiendo si el error es de Fendipetróleo pero no lo creo porque acá se atendió las variaciones del precio exacto mes por mes o quizá fueron ustedes los que no obedecieron a ellas, sin embargo, la diferencia entre nuestros sugeridos y sus precios actuales es de \$100 por ello no te envió sugeridos para el mes de enero porque la diferencia es muy alta y hasta que no determinemos en donde está el error no podemos sugerir precios para las zonas.

Por tal motivo te pido el favor que revises las estructuras y precios sugeridos de todo el año para que me ayudes a determinar en dónde está el error y así poder discutir este tema y tomar alguna decisión en la próxima junta directiva de 29 de enero en Yopal”.

. Reuniones de Asamblea General y Junta Directiva llevadas a cabo por la Seccional Boyacá y Casanare.

“- Acta de Asamblea Ordinaria N°. 085 de 6 de mayo de 2006:

5. INFORME DEL PRESIDENTE SECCIONAL SEÑOR AUGUSTO VARGAS SÁENZ.

... .

Se ha enviado mensualmente a todos los Distribuidores Minoristas de combustibles, copias de las resoluciones de las estructuras de precios emitidas por el Ministerio de Minas y Energía y de igual forma hemos insistido en que se mantengan los márgenes de comercialización establecidos por el Gobierno”

- Acta de Asamblea Ordinaria N° 092 de 10 de marzo de 2007.

9. MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN, SR ALBERTO BARÓN FERNÁNDEZ (Director Ejecutivo de la Seccional para esa época)

... .

Teniendo en cuenta el régimen de libertad vigilada y el régimen de libertad regulada y el incremento de los gastos operacionales de administración, de ventas y no operacionales, el señor Barón dejó la inquietud a los señores Asambleístas para no seguir deteriorando estos márgenes y la Asamblea General por unanimidad delegó al Presidente y a la Junta Directiva Seccional para hacer las gestiones del caso ante los Distribuidores Minoristas para analizar la situación y tomar las determinaciones del caso”.

- Acta de Junta Directiva N° 093 de 4 de mayo de 2007.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

5. PRESENTACIÓN ESTUDIO DE MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN, SR ALBERTO BARÓN FERNÁNDEZ (Director Ejecutivo de la Seccional para esa época)

... .

También presentó los precios de abril de 2007 de los combustibles en Colombia donde opera el Régimen de Libertad Vigilada ... concluyendo que el negocio "NO ESTÁ EN LOS VOLÚMENES VENDIDOS, SINO EN LOS MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN"

- Acta de Junta Directiva N° 103 de 22 de agosto de 2008.

5. INFORME DE LA DIRECTORA EJECUTIVA, Dra ANDREA FAJARDO.

8. Se plantea nuevamente qué hacer con los precios, a lo que la Junta responde seguir manejando los precios sugeridos por zonas e incrementar en lo que queda del año \$20 en alzas mensuales de \$5. PROPOSICIONES Y VARIOS

e) La señora MARTHA ROJAS (Vicepresidente de la Seccional para la fecha en que fue realizada la Junta Directiva) propone enviar un comunicado a los distribuidores minoristas en donde se les recuerde que este negocio no es de volúmenes sino de ganancia en márgenes.

- Grabación Junta Directiva Ordinaria N° 103 de 22 de agosto de 2008.

Finalmente una sugerencia para la cartica que se manda al usuario para recomendar el precio, organicémoslo por provincias, capital de provincia y se les hace una que tenga en cuenta la lejanía a su ciudad más cercana y referenciarla o al municipio más cercano referenciarlo.

Pero que quede en firme lo que se propuso que fuera que de acá a diciembre 20 pesitos sugeridos.

Sabe que se me hace importante que a la carta del siguiente mes le escribamos un recorderis, lo que tu decías, recuerde señor afiliado hoy en día no es tanto, el mercado no es de volúmenes sino de rentabilidad en su negocio

Pero es importante como que a uno le recuerden eso para que uno como que coja conciencia de esa parte. Por lo menos mantener los márgenes.

- Grabación Asamblea Ordinaria N° 107 de 25 de abril de 2009.

INFORME DEL PRESIDENTE SECCIONAL SR AUGUSTO VARGAS SÁENZ

Sin embargo, algunas personas me dijeron que no se había que seguir emitiendo estos comentarios a través de telefonía o de fax o del sistema electrónico. Pues es una sugerencia que nosotros habríamos de (sic) a los precios que ponen ustedes porque la mayoría de nosotros nos surtimos de Bogotá, los otros se surten de Bucaramanga pues tienen otro precio especial.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Pero sin embargo lo que hemos querido es no distorsionar los precios a nivel de la seccional ni en Casanare ni en el departamento de Boyacá, pues porque realmente no se justifica que nosotros tengamos esa problemática de que estaciones de servicio con cien y doscientos pesos por debajo del precio real del combustible.

Y nosotros no queremos saber de dónde viene ese combustible, pero entonces le pedimos el favor pues muy especial de que no traten de bajar el precio.

Ahora en este momento es cuando debíamos considerar que a partir del primero de mayo va a bajar la gasolina en 400 pesos por qué no nos ponemos todos de acuerdo y tenemos los precios que realmente deben regir. No entiendo por qué algunos distribuidores minoristas tienen diferencias de precios de hasta, vuelvo y le repito, de cien y doscientos pesos.

Yo no estoy diciendo que todos tengamos el precio igual pero por lo menos tratemos de que los precios sean mas o menos parecidos.

- Grabación de la Asamblea ordinaria N° 107 de 25 de abril de 2009.

El Presidente de la Seccional, Augusto Sáenz señaló:

Mensualmente se notifica vía correo electrónico, fax y telefónicamente a todos los distribuidores minoristas el alza de combustibles, cuando ha habido. Además se envía resoluciones en la estructura de precios remitida por el Ministerio de Minas y Energía y el comparativo de márgenes, sobretasa y evaporación. Igualmente se notifica por los mismos medios y mediante circulares cada una de los pronunciamientos emitidos por el Ministerio de Minas y Energía que se suscita en cuanto a los distribuidores minoristas. Yo realmente quiero decirles lo siguiente, nosotros hemos pensado no volver a emitir estos datos, porque en la Seccional de Pasto por andar diciendo cuáles eran los precios que debíamos de poner, nos metieron una multa de cerca de 90 millones de pesos y entonces eso está prohibido

- Grabación de la reunión ordinaria de Junta Directiva N° 109 llevada a cabo el 21 de septiembre de 2009⁵.

El cuento viene de que las inversiones son muy altas para el margen, ya sería en las próximas oportunidades que suba el combustible si no hay un acuerdo sería que nosotros mismos de a 10 pesos de a 20 pesos más que los otros.

⁵ Asistieron a dicha reunión, Augusto Vargas Saenz (Presidente de la Seccional), Martha Patricia Rojas Rincón (principal), Carlos Alberto Cifuentes Cepeda (Principal) Eduardo González Guevara (suplente), Hernán Mauricio Bueno (suplente), Yuri Andrea Fajardo Moreno (Directora Ejecutiva) y Marleny Rojas Reyes (Contadora Seccional).

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Y es que está prohibido sugerir precios? ... perdóname, pero es la única forma como de pronto uno le pasan esa hojita de sugerencias, uno se basa en ese precio punto, eso es importante seguir

Marthica, ahí si yo salvo un poquito mi responsabilidad porque fue a mí a quien le abrieron investigación y en este momento estoy ante la Superintendencia de Industria y Comercio acusada por estar sugiriendo precios.

Y quien te demando? La nacional dice que fue Yunes el de Fedispetrol, contra mi es que cursa eso y además la federación se hace acreedora de una sanción.

Pero venga entonces hágame un favor y hace la sugerencia pero no diga que fue Fendipetróleo. (subraya la Sala)

Pero don Augusto es eso lo que estamos haciendo, nosotros siempre lo hicimos

Pero se puede establecer una logística habría que pensarla se me ocurre en este momento por ejemplo en cada ciudad una persona que esté pendiente de un e-mail, yo estoy esperando mi e-mail que me llega acá y entonces qué va a pasar?, que el fax, que la gente espera el fax.

O sería crear otro correo electrónico y desde aquí sacar

También, esa es, esa es ...

... Tu no puede sugerir precios ... cómo que no?

Fendipetróleo no puede, porque se trata de algo que lo está colocando el Gobierno.

Están prohibidas son las prácticas de monopolio, entonces el hecho de sugerir un precio por una agremiación se estaría estableciendo como un monopolio, entonces la Federación no puede implantar un precio porque no lo estaría implantando aunque diga precio sugerido ... entonces qué es lo que se trata, sacar a la federación de ese camello ... y seguir haciéndolo.

Cómo hay que hacerlo, por e-mail. Ponle cuidado si tu ya tienes gente que tienes identificada que no mira el e-mail que eso es lo mas normal entonces simplemente ... llevar y le dice mire me lo hace llegar a Duitama ... y él lo manda por fax.

Yo les puedo quitar el problema ... si a nosotros nos llega Duitama ... a quienes es que hay que enviarles que son los que no mitran eso ... allá lo mando, yo lo mando.

Yo también no tengo problema

Le pongo precio sugerido, le pongo mi nombre y firma,

No le pueden decir absolutamente nada ni a mi ni a ella, nosotros somos totalmente independientes ...

Si yo dejo de enviárselo es lo mismo que el monopolio en precio todos estamos de acuerdo con el precio pero hay uno que se bajó en 10 pesos ya no es monopolio, un peso ... ya no es monopolio ... pero si todos estamos exactamente igual, si hay monopolio ahí si están de acuerdo.

Entonces a mi me parece que lo que están sugiriendo es que cuando se suba y vamos a hacer una cosa, podemos hacer reuniones

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

entre nosotros, vamos los dos a Duitama, a Sogamoso, a Paipa a Chiquinquirá, a decirles bueno a partir de la fecha vamos a subirle al combustible 20 pesitos mensuales hasta llegar a

... Miren yo he pensado, Martha y Eduardo, yo he pensado lo siguiente importante que ahora en la sugerencia nos agarremos del flete, precio de Bogotá 7500 flete a Tunja 200 queda 7700, flete a Duitama 7800, un ejemplo, flete a Sogamoso 7850 y nos agarramos del flete, es más lo podemos hacer bpor intermedio de Fendipetróleo

Mire, el flete acordado es ahora así: Tunja, Duitama, Sogamoso y ya lo otro se manda la resolución común y corriente, entonces usted se sube de acuerdo al flete".

La Resolución acusada núm. 71794 de 12 de diciembre de 2011, también se refiere a la influencia ejercida por la actora sobre otros distribuidores que fijaban un margen inferior de precios, para que desistieran de hacerlo y así buscar unanimidad en todos los competidores – estaciones de servicio del Departamento; pero además hacen referencia a competidores que no siguen sus lineamientos y mantenían niveles de precios más bajos; para demostrarlo la entidad transcribió extractos de diferentes reuniones de la Junta Directiva de la Seccional, a saber:

- Acta de Junta Directiva N° 084 de 22 de febrero de 2006.

4. INFORME DEL PRESIDENTE SECCIONAL, SR. AUGUSTO VARGAS SAENZ.

... .

Se adelantó reunión con el señor WILLIAM CAMACHO, propietario de la Estación de Servicio Tundama de Duitama, para tratar el tema de mantener los márgenes de comercialización establecidos por el gobierno.

5. INFORME DEL DIRECTOR EJECUTIVO, SR ALBERTO BARÓN FERNÁNDEZ.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Se gestionaron reuniones con los distribuidores minoristas de combustibles de Transportes Tundama y Terpel Ciudad Duitama de Duitama, La Playa y La Concepción de Cómbita, con la finalidad de no deteriorar los márgenes de comercialización de los combustibles establecidos por el Ministerio de Minas y Energía.

- Acta de Junta Directiva N° 093 de 4 de mayo de 2007.

5. PRESENTACIÓN ESTUDIO DE MÁRGENES DE COMERCIALIZACIÓN, SR ALBERTO BARÓN FERNÁNDEZ (Director Ejecutivo de la Seccional).

...

Luego el señor AUGUSTO VARGAS SÁENZ, solicitó la autorización para desarrollar reuniones dentro del departamento de Boyacá, comenzando con Paipa, Duitama, Sogamoso y alrededores, con la finalidad de presentarles este estudio y conseguir el mejoramiento de los márgenes de comercialización, pero el señor EDUARDO GONZÁLEZ GUEVARA solicitó que primero se desarrolle una reunión con el Presidente Ejecutivo de Fendipetróleo Nacional Capitán RODRIGO VALENCIA CONCHA y los Distribuidores Minoristas señores ALVARO GONZÁLEZ GUEVARA y MARIANO REY, propuesta aprobada por unanimidad.

- Grabación de Junta Directiva ordinaria de 21 de septiembre de 2009.

Mire ese problema de margen, hablo del corredor industrial de Tunja-Sogamoso, yo creo que lo tenemos plenamente identificado quienes son los que no van, quienes somos los que vamos.

Eso está plenamente identificado. Nosotros sabemos que el señor Castro, Raúl castro con nombre propio, es uno de los primeros que al ver un poquito más de margen, entonces para captar clientes con ese mejor margen ...

El problema en Duitama en quien radica con nombre propio, es don Wilman Camacho, su estación para él y a él le importa un carajo quien le vaya o no ...

El otro problema que es poquito pero es problema, es el señor Mariano Rey de ... porque él siempre permanece, ahora está 38 pesos por debajo ... pero llegó hasta los 70 pesos ... pero nosotros le subimos los sesenta y el otro le subió, nosotros estábamos en 7290, él está en 62, algo así, son 28, 30 pesos por debajo. En eso es en lo único que radica el problema. Los otros llega uno les dice tanto es el precio, si o no ... o sea que propiamente es el señor Castro, Rey y Wilmar los tres ... pero con don Wilmar nosotros hemos hablado Usted cree que a don Wilmar Camacho le interesa lo más mínimo ... y con él hemos hablado ... fuimos con don Augusto a visitarlo para que le subiera y no. Nosotros conversamos con él, y a él le importa cinco porque él no le vende a casi nadie más ... es de uro corrompido de hacer eso.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

La situación anterior es descrita por el señor Jesús Alberto Barón Fernández, quien manifiesta que junto con el Presidente y el Director Ejecutivo se reunieron con el señor Alvaro González, dueño de una estación de servicio a quien le decían que hiciera cuentas y no se perjudicara.

- Comunicación enviada por la señora María Eugenia Castro, representante legal de COMBUSTIBLES LA PLAYA LTDA.

Le queremos recordar al señor presidente de FENDIPETRÓLEO Boyacá- Casanare, que en la reunión que se hizo en el Club del Comercio de Tunja, con los señores ALVARO GONZÁLEZ, SAÚL GONZÁLEZ, RAÚL ARMANDO CASTRO y AUGUSTO VARGAS- Presidente de FENDIPETRÓLEO, se acordó que se cobraría un peso, por cada kilómetro de distancia Bogotá, Sogamoso, lo cual no se ha cumplido.

Del acervo probatorio recaudado por la entidad demandada, la Sala establece, sin lugar a dudas, que en efecto, existe responsabilidad de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, por ejercer influencia durante los años 2007 a 2009 para la determinación de los precios de gasolina corriente y ACPM por parte de algunas estaciones de servicio ubicadas en el Municipio de Duitama, que incurrieron en un acuerdo anticompetitivo en la modalidad de práctica conscientemente paralela.

En efecto, del material probatorio acopiado por la Superintendencia de Industria y Comercio, se puede inferir que está demostrado que

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

efectivamente la actora trató de influenciar, con el objeto de intervenir en la formación de los precios al público de la gasolina corriente y el ACPM, y lo hizo sobre varias estaciones de servicio del Municipio de Duitama, a través de las circulares, que según testimonios, se distribuían mes a mes, por medio de las cuales se sugería el precio y se alentaba para no reducirlo, lo cual se realizó de manera continuada en el tiempo y también se utilizó el correo electrónico. Además, existen grabaciones magnetofónicas que así lo corroboran; no se advierte, que tuvieran una función meramente informativa, como lo aduce la actora.

Lo anterior es corroborado por las actuaciones de los entes de la administración, como son la Asamblea General y la Junta Directiva, desde el año 2006, en cuyas reuniones los márgenes de comercialización eran temas prioritarios e incluso, se delegó a uno de sus miembros para que se lograran consensos entre las estaciones de servicios para incrementar de manera coordinada los precios de venta.

A lo anterior se suma el hecho de que se tenía conocimiento acerca de las prohibiciones legales relacionadas con los monopolios, y se sabía de una sanción anterior que por los mismos hechos fue

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

impuesta a otra Seccional, por lo cual, además se propuso hacer la sugerencia de precios sin que se dijera que fue Fendipetróleo; de manera que pese a conocer las consecuencias de su actuación no hubo intención de modificarla, sino más bien de cambiar la estrategia para que la Asociación no se viera involucrada.

Y como ya se observó, Fendipetróleo a través de sus Directivas trató de influenciar a otros distribuidores nuevos y no agremiados para que desistieran de fijar un margen inferior.

Lo anterior representa una alteración a las normales condiciones del mercado y, por lo tanto, una afectación a la libre competencia que debe primar en el mismo.

2. Violación al derecho de asociación.

Para la Sala si bien es cierto que existe una protección de rango constitucional al derecho de crear asociaciones profesionales, lo cual si bien es un derecho fundamental, ello no es absoluto, en tanto no puede ser utilizado para fines contrarios a la Ley, por lo que cualquier actuación irregular acarrea responsabilidades. En efecto, la misma Constitución Política en su artículo 333 dispone:

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

“ARTICULO 333. 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”.

Como bien lo explicó el a quo, el derecho de asociación encuentra sus límites en la prevalencia del interés general sobre el particular, además de los límites expresamente consagrados en el numeral 1 del artículo 95 constitucional, conforme el cual es deber superior de toda persona (natural o jurídica) respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

3. Ausencia de gradualidad, proporcionalidad y dosimetría de la sanción.

Respecto a la graduación de las sanciones de multa, el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, Por el cual se

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, consagra:

“ARTÍCULO 4o. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

... .

15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente Decreto,

Así mismo, imponer las sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos sectores mientras la Ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.” (resalta la Sala)

Resulta importante aclarar que en respuesta al recurso de reposición interpuesto por la actora en la vía gubernativa, la Superintendencia rebajó la multa a la mitad, teniendo en cuenta que la conducta asumida por FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ - CASANARE, se concretó en el Municipio de Duitama, no traspasó el ámbito local ni amenazó la libre y transparente competencia en el mercado nacional, los beneficios obtenidos por las estaciones de servicio sancionadas fueron marginales y que la actuación procesal fue correctamente adelantada.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

Precisamente, el objeto del recurso de reposición es que la entidad revise su propio acto y si razonadamente así lo considera, como en este caso, modifique su decisión; sobre la sanción finalmente impuesta por la entidad demandada, la Sala encuentra que las pruebas sí demostraron fehacientemente la conducta continuada de la actora durante tres años, no solo de tratar de ejercer influencia sobre los precios de los combustibles en el Municipio de Duitama, sino de haberlo logrado. Tan así es que algunas estaciones de servicio fueron sancionadas; que, además, conocía la prohibición y pretendió ocultar que la Asociación tuviera que ver en el asunto, amén de que, como ya se dijo, trató de influir también en estaciones de servicios no agremiadas. Por ello, no es de recibo alegar la buena fe en busca de una rebaja del monto de la sanción impuesta.

4. Vulneración al principio general del derecho que proscribe la doble imputación.

Estima la Sala que está claro que FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACA Y CASANARE y su representante legal, son dos sujetos diferentes, es decir, no son la misma persona ni se confunden para efectos de la investigación administrativa, conforme quedó

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

evidenciado en los actos que se demandan. Cada uno tiene sus propios deberes, derechos y responsabilidades.

En este proceso lo que se analiza es la conducta de la corporación gremial, que como quedó probado, incurrió en prácticas anticompetitivas, y no es del caso analizar la conducta del representante legal, que como persona natural fue vinculado al proceso administrativo y sancionado a través de las mismas Resoluciones que aquí se cuestionan.

5. Que el a quo no tiene en cuenta que la entidad administrativa parte de premisas falsas, pues si no hay acuerdo de precios, no se puede afirmar que hubo influencia por parte de un agente concreto.

Como ya se observó en párrafos precedentes, sí hubo acuerdo de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial contenido en la mencionada sentencia de 13 de noviembre de 2014, en la cual se comprobó la existencia de dicha conducta.

Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia impugnada, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

REF.: Expediente núm. 2012-00374-01. Actora: FENDIPETRÓLEO BOYACÁ Y CASANARE.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

TIÉNESE a la doctora **NATALIA FERNÁNDEZ LÓPEZ**, como apoderada de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, de conformidad con el poder y los documentos anexos obrantes a folios 114 a 117 del cuaderno núm. 3.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 16 de julio de 2015.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA