

PRACTICA CONSCIENTE PARALELA – La coincidencia de precios para determinado producto y durante cierto lapso, son prueba suficiente de la existencia del acuerdo entre empresas

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 puede 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 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. Sobre el particular, vale la pena aclarar que la coincidencia de que las ocho estaciones de servicio investigadas, geográficamente próximas, que tienen diferentes comportamientos y variables, hayan fijado e incrementado el precio de la gasolina extra (un mismo producto sometido a la libre competencia), simultáneamente o coincidentemente en tiempo (abril y mayo de 1999) y valor, de manera idéntica, es una prueba indiciaria de que incurrieron en un acuerdo contrario a la libre competencia, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, dado que no resulta lógico que dichas estaciones de servicio diferentes hayan tenido un comportamiento conjunto, concomitante y mancomunado, sin saber o conocer cada una de ellas la forma como la otra u otras estaban operando, es decir, sin que mediara un comportamiento consciente. Ahora, en lo concerniente al argumento de los recurrentes, en el sentido de que para que se de una práctica conscientemente paralela es menester que se presente y se pruebe una sucesión fáctica de acontecimientos y no que se agote en el simple acto, advierte la Sala que si bien ello es cierto, también lo es que en el sub lite ello sí se demostró, dado que la identidad de precios fue constante, teniendo en cuenta que los precios de las ocho estaciones investigadas coincidieron durante todos los días de los meses investigados de abril y mayo de 1999, vale decir, se observó una identidad de precios, en un período de tiempo igual, además de que se probó un incremento simultáneo y coincidente de los precios, en un mismo porcentaje, al presentarse el mismo en las ocho estaciones el mismo día: 1º de mayo de 1999. Fluye de lo precedente y resulta acreditado en el caso sub examine la existencia del acuerdo, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, así como también el efecto de fijación directa de precios de dicho acuerdo, habida cuenta de que se demostró fehacientemente que durante el período investigado se mantuvo un precio igual para la venta de gasolina extra por parte de las ocho estaciones de servicio. Efecto indirecto que se registró desde el momento en que ellas ofrecieron dicho producto a un mismo precio.

FUENTE FORMAL: LEY 155 DE 1959 – ARTICULO 1 / DECRETO 2153 DE 1992 – ARTICULO 47 NUMERAL 1 / DECRETO 2153 DE 1992 – ARTICULO 45 NUMERAL 1

NOTA DE RELATORIA: Acuerdos contrarios a la libre competencia, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 23 de enero de 2003, Rad. 2000-00665-01 (7909), MP. Manuel Santiago Urueta Ayola; sentencia de 30 de noviembre de 2006, Rad. 2002-00678-01, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00909-01 (Acum.)

Actor: SILVIA TELLO VELEZ Y OTROS

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 2 de septiembre de 2010, proferida por la Sección Primera- Subsección “B”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda, en los procesos acumulados de la referencia.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- PROCESO NÚM. 2002-00936-01.

I.1.1.- SILVIA TELLO VÉLEZ, como propietaria del establecimiento de comercio ESSO LA SULTANA, **CARLOS EDUARDO QUINTERO ARIZALA**, como expropietario del establecimiento de comercio TEXACO núm. 10 START MART, **ISABEL CRISTINA ISAZA VALENCIA**, como propietaria del establecimiento de comercio TEXACO núm. 5, **DAGOBERTO CASTAÑO HENAO**, como propietario del establecimiento de comercio ESTACIÓN DE SERVICIO BELALCAZAR, **MÓNICA LOZANO ESCOBAR**, como propietaria del establecimiento de comercio TEXACO IMBANACO núm. 17, **GUILLERMO FRANCO HLEAP**, **AUTOCENTRO CAPRI LTDA.**, **LUIS EDUARDO GORDON ATEHORTUA** y **GLOBALLANTAS LTDA.**, , por

medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) La **Resolución núm. 08027 de 18 de marzo de 2002**, expedida por la Superintendente de Industria y Comercio, mediante la cual se impusieron sanciones pecuniarias, por la supuesta violación de las normas de libre competencia, a las siguientes personas y por las siguientes cuantías, que se detallan así:

- “. Ocho millones seiscientos mil pesos (\$8´600.000) moneda legal a Silvia Tello Vélez como propietaria del establecimiento SERVICENTRO LA SULTANA.
- . Nueve millones de pesos (\$9´000.000) moneda legal a Carlos Eduardo Quintero Arizala, propietario del establecimiento TEXACO No. 10 START MART.
- . Ocho millones trescientos mil pesos (\$8´300.000) moneda legal a Isabel Cristina Isaza Valencia, propietaria del establecimiento TEXACO No. 5.
- . Ocho millones, cien mil pesos (\$8´100.000) moneda legal, a Dagoberto Castaño Henao, como propietario del establecimiento ESTACIÓN DE SERVICIOS BELALCÁZAR.
- . Ocho millones de pesos (\$8´000.000) moneda legal a Mónica Lozano Escobar, propietaria del establecimiento TEXACO IMBANACO No.17.
- . Nueve millones de pesos (\$9´000.000) moneda legal a AUTOCENTRO CAPRI LTDA.
- . Ocho millones setecientos mil pesos (\$8´700.000), moneda legal a GLOBALANTAS LTDA.
- . Un millón ochocientos mil pesos (\$1´800.000) moneda legal, al señor Guillermo Franco Hleap.
- . Un millón setecientos mil pesos (\$1´700.000) moneda legal, al Luis Eduardo Gordón Atehortua.”

b) La **Resolución núm. 14540 de 15 de mayo de 2002**, expedida por la mencionada funcionaria, mediante la cual resolvió el recurso de reposición, en el sentido de confirmar la antes citada Resolución.

2ª. Que como consecuencia de la anterior declaración, los demandantes no están obligados a pagar las sumas impuestas como sanción. En el evento de que alguno de los sancionados hubieren cancelado alguna suma, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá reembolsarla junto con los intereses e indexación.

3ª. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia que puso fin al proceso, dentro de los términos y condiciones señalados por los artículos 176 y siguientes del C.C.A.

I.2.- PROCESO NÚM. 2002-00909-01.

I.2.1- La sociedad **TERPEL DE OCCIDENTE S.A.**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Se declare la nulidad de las **Resoluciones núms. 08027 de 18 de marzo de 2002 y 14540 de 15 de mayo de 2002**, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cuales, en su orden, se impuso a **TERPEL DE OCCIDENTE S.A.** una sanción pecuniaria por la suma de nueve millones de pesos (\$9'000.000.00); se confirmó dicha sanción y se le prohibió ejecutar unas conductas, al hallarla responsable de prácticas anticompetitivas, definidas como **PRÁCTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA**, en las dos Resoluciones acusadas.

2ª. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título del restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada a pagar el valor de la sanción impuesta, por la suma de \$9'000.000.00, junto con los intereses comerciales de mora, desde el momento en que se canceló la multa impuesta por los actos acusados y hasta la fecha cuando se realice el reintegro de dicho dinero a la actora.

3ª. Así mismo, como reparación del daño e indemnización de perjuicios, se ordene pagar a la actora, los siguientes valores:

a) La suma de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales más altos vigentes, por concepto de la disminución en las ventas a consecuencia de la sanción impuesta, o los perjuicios que por este concepto se acrediten en el plenario.

b) La suma de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales más altos vigentes, o cuatro mil gramos (4.000.00 gms) de oro puro u oro fino, por concepto de daño al buen nombre, la imagen y el know how de la sociedad actora.

4ª. Que las sumas referidas en las anteriores pretensiones, deberán ser reajustadas y actualizadas a la fecha de la sentencia, de acuerdo con el índice de precios al consumidor o a los indicadores económicos correspondientes, que garantice la corrección monetaria y el mantenimiento del poder adquisitivo del dinero.

5ª. Que se ordene la ejecución de la sentencia, de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A., so pena de que vencidos los términos de ley, se tengan que pagar los intereses comerciales moratorios a partir de entonces y hasta cuando efectivamente se pague, de acuerdo con la certificación que expida la Superintendencia Bancaria para tal efecto.

6ª. Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

I.3.- En apoyo de sus pretensiones los actores en los procesos acumulados señalaron, en síntesis, los siguientes hechos comunes:

1º. Mediante escrito de 7 de julio de 1999, el Asesor del Viceministro de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía presentó un informe del mes de mayo de 1999 sobre la evolución de los precios de la gasolina motor y ACPM y pruebas sobre la calidad.

Dicho informe señaló, con respecto a la gasolina corriente, que la Ciudad de Cali reportó un mismo precio en las 13 estaciones visitadas y, en cuanto a la gasolina extra, mencionó que en las principales ciudades en orden por magnitud de diferencia de precios entre estaciones visitadas están Cali- Medellín- Barranquilla- Bogotá.

Y que en el mes de mayo en Cali y Medellín se mantuvieron estables los precios en cada estación.

2º. Mediante escrito de 14 de julio de 1999, la Viceministra de Hidrocarburos del señalado Ministerio también presentó un informe, en el que advirtió el hecho de que en 13 ciudades diferentes se mantuvo el mismo precio para la gasolina corriente motor y ACPM.

3º. El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio recomendó al Superintendente de Industria y Comercio sancionar a los investigados por “PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA”, por la presunta existencia de acuerdos anticompetitivos que tuvieron como objeto y efecto la fijación directa e indirecta de los precios de los combustibles.

4º. Cada uno de los investigados presentó las correspondientes explicaciones y solicitaron la práctica de las pruebas que consideraron útiles para el efecto.

5º. La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la **Resolución núm. 08027 de 18 de marzo de 2002** declaró que la conducta objeto de investigación contravino los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 47, numeral 1, del Decreto núm. 2153 de 1992 y, como consecuencia de ello, dispuso la imposición de sanciones pecuniarias a los investigados.

6º. Contra la anterior decisión, cada uno de los sancionados, interpuso el recurso de reposición, el cual les fue resuelto a través de la **Resolución núm. 14540 de 15 de mayo de 2002**, en forma conjunta para todos ellos, mediante la cual se confirmó la citada Resolución núm. 08027.

7º. La referida **Resolución núm. 14540** fue notificada por edicto núm. 11950, fijado el 30 de mayo de 2002 y desfijado el 14 de junio del mismo año, quedando así agotada la vía gubernativa.

I.4.- A juicio de los actores se violaron los artículos 2º, 4º, 13, 29, 33, 53, incisos 1º y 2º, 83, 122, 123, 209 y 333 de la Constitución Política; 28 y 769 del Código de Comercio; 1º y 47, numeral 1, del Decreto núm. 2153 de 1992; 1º de la Ley 155 de 1959; 2º, 3º y 35 del C.C.A.; 174, 175, 176, 177, 178, 187, 194, 195, 241, 243, 248, 294 y 250 del C de P.C.

Explicaron el alcance de los conceptos de violación, en síntesis, así:

CARGOS DE NULIDAD COMUNES EN LOS PROCESOS NÚMS. 2002-00936-01 y 2002-00909-01.

PRIMER CARGO: VIOLACIÓN DE NORMAS SUPERIORES Y DE LA LIBRE COMPETENCIA.

Señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio violó el ordenamiento jurídico por el hecho de sancionar unas conductas que no existieron y que al no existir, jamás podrían haber sido probadas.

Que las conductas que aparentemente se configuraron por las estaciones de servicio investigadas fueron tipificadas como prácticas comerciales restrictivas de la competencia, pero en los actos administrativos acusados, no existe soporte probatorio que determine que las sociedades sancionadas incurrieron en tales conductas anticompetitivas.

En cuanto al fundamento para la expedición de las Resoluciones demandadas, adujeron que la entidad demandada se concentró en mostrar un mismo precio para la gasolina extra en los meses de abril y mayo de 1999, pero desconoció que ese hidrocarburo proviene del mismo productor, con igualdad de calidades y una estructura de costos en un 95% casi exacta para todas las estaciones, razón por la cual lo que se produjo fue una coincidencia de precios, pero no una fijación de precios como resultado de un acuerdo, ya que en este caso, lo que interesa determinar es si hubo fijación de precios del mercado.

Que es evidente que no existe prueba de una fijación de precios de manera directa o indirecta, pero sí aparece comprobado que los investigados fijaron los precios del producto, teniendo en cuenta la estructura de costos, el estudio del entorno, margen de rentabilidad, etc. de cada una de las empresas.

Expresaron que no existe libertad absoluta para determinar los precios de la gasolina extra, pues aunque el Ministerio de Minas y Energía dispuso, a través de la Resolución núm. 80278 de 29 de febrero de 1996, que los minoristas pueden fijar

libremente los precios de venta de la gasolina extra, aclaró que en dicho valor quedará incluido lo correspondiente a los rubros de pérdida por evaporación, manejo y transporte del hidrocarburo, por lo que la sanción impuesta por parte de la Superintendencia demandada a las sociedades demandantes no corresponde a la figura de una práctica conscientemente paralela.

Indicaron que en toda la actuación administrativa la Superintendencia de Industria y Comercio hizo énfasis en una serie de indicios que probaban la ocurrencia de las prácticas restrictivas de la competencia, sin hacer identificación alguna de tales indicios, lo que hace presumir un completo desconocimiento de los hechos y las valoraciones que se utilizaron como fundamento de la sanción impuesta.

Que la entidad demandada desconoció las mismas normas por ella señaladas como sustento de su decisión y además las que invocó como fundamento de la valoración de las pruebas, especialmente los artículos 250 y 187 del C.de P.C.

SEGUNDO CARGO: VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA

Manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio, en la actuación administrativa vulneró el derecho del debido proceso por el hecho de rechazar y desatender la solicitud de pruebas que se presentó en la oportunidad legal para ello, para poder determinar que la fijación de precios iguales en la gasolina extra es producto de leyes y fenómenos propios del mercado, distinguido por la inelasticidad de precios, el bajo o mínimo margen de utilidad, y que no obedecía a acuerdos anticompetitivos suscritos por parte de los investigados.

Sostuvieron que se recepcionaron como pruebas las declaraciones bajo la gravedad del juramento de los propietarios de cada una de las estaciones investigadas, con lo cual se violó el artículo 33 de la Constitución Política.

Que se desatendió el contenido de los dictámenes periciales rendidos por los funcionarios del Ministerio de Minas y Energía, que mostraban la naturaleza de los precios de la gasolina como precios inflexibles, quebrantando así el contenido de los artículos 241 y 243 del C. de P.C.

Que se efectuó el análisis de precios desde la competencia entre los establecimientos, es decir, entre las estaciones de servicio, mas no por producto, sin tener en cuenta el comportamiento del mercado y los efectos en los consumidores, con la ilógica conclusión de tomarlos como indicios graves.

Que con la expedición de los actos administrativos acusados sobre moldes o modelos preelaborados sin la correcta verificación fáctica de cada una de las circunstancias que motivaron a la entidad administrativa, y al haber dado inicio a la investigación por la presunta vulneración de la libre competencia, se violaron los artículos 2º y 3º del C.C.A., 187 del C.de P.C., así como los artículos 1º, 2º, 29 y 209 de la Constitución Política, ya que no existía razón o fundamento jurídico que le permitiera a la entidad demandada declarar responsable a las sociedades demandantes.

Señalaron que la Superintendencia demandada no garantizó la presunción de inocencia, ni el principio de buena fe, que gobierna toda actuación, por cuanto no valoró las pruebas de carácter económico que tenía en la actuación administrativa, con el fin de realizar un estudio económico de cada una de las estaciones de servicio investigadas para comprobar efectivamente la configuración de un acuerdo anticompetitivo entre éstas, en la modalidad de prácticas conscientemente paralelas.

Que se limitó el derecho de defensa por el hecho de haber practicado las pruebas solicitadas en la ciudad de Bogotá, cuando los investigados estaban domiciliados en una ciudad apartada de la capital del país, como lo es Cali.

CARGOS ADICIONALES EN EL EXPEDIENTE NÚM. 2002-00909

PRIMER CARGO: VIOLACIÓN DE LAS NORMAS QUE PROTEGEN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Adujo que con la expedición de los actos demandados, la Superintendencia de Industria y Comercio abusó de las facultades que el legislador le ha otorgado e interpretó erróneamente las funciones que le han sido conferidas.

SEGUNDO CARGO: FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, ABUSO DE FUNCIONES PÚBLICAS Y ABUSO DE PODER.

Señaló que los actos administrativos acusados adolecen de falsa motivación, ya que con la expedición de las Resoluciones demandadas, la Superintendencia demandada interpretó erróneamente las normas que desarrollan la figura jurídica de la libre competencia, pues tratándose de acuerdos anticompetitivos, aquella sólo se basó en una simple igualdad de precios de la gasolina extra al público, sin entrar a desvirtuar o demostrar la efectiva ocurrencia de un acuerdo entre los investigados en la modalidad de prácticas conscientemente paralelas.

Que en las Resoluciones acusadas, la entidad demandada afirmó que no se requiere en este asunto demostrar el acuerdo o consenso entre los investigados, ni se necesita indagar por los efectos dañinos en los consumidores, ni averiguar si la igualdad de precios puede obedecer a factores diferentes al consenso, ni la voluntad de causar daños por parte del investigado.

Que con las mismas pruebas que la Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentó para sancionar un supuesto acuerdo en la fijación de precios para la gasolina extra, señaló que no servían para demostrar el acuerdo que exige la norma para la gasolina corriente y el A.C.P.M.

Que dicha entidad demandada afirmó que hubo una reiterada fijación unánime de precios como resultado de una verificación diaria que realizó durante dos meses, cuando en realidad se trató de una fijación por mes, de conformidad con lo establecido por el Ministerio de Minas y Energía, a través de las Resoluciones núms. 075 y 0101, por medio de las cuales se fijaron los precios para las estaciones reguladas: “precios que, como es natural, se mantuvieron inmutables hasta la emisión de la nueva resolución variando precios por parte del Ministerio de Minas y Energía”.

Que se desconoció abiertamente el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, en el sentido de no demostrar la configuración de un acuerdo anticompetitivo, como prueba fundamental para poder imponer sanciones por la violación de las normas de competencia, cuando dicha norma expresamente afirma que no se requiere demostrar acuerdo alguno.

Y sustentó el abuso de poder en la actuación que desplegó la entidad estatal con la emisión de los actos administrativos demandados por el hecho de mostrar sin fundamento jurídico consecuente, una voluntad de castigar por castigar, lo cual se deduce fácilmente de la aludida falsa motivación que presentan las Resoluciones atacadas, como quiera que no se verificó la existencia de cada uno de los elementos que concurren en la configuración de un acuerdo violatorio de las normas de competencia desleal.

TERCER CARGO: PRINCIPIO DE BUENA FE

Alegó que el principio de buena fe es el que rige las actuaciones, tanto de los particulares, como de las autoridades públicas, y, en ese orden de ideas, toda actuación que aquellas desplieguen ante éstas últimas, se presume de buena fe.

Que con la expedición de las Resoluciones demandadas se vulneró el debido proceso, por el hecho de asumir que se debía sancionar, desatendiéndose las normas que rigen la materia y las funciones que la gobiernan como autoridad estatal, mostrando con ello “una marcada mala fe”.

CUARTO CARGO: PRINCIPIO DE LEGALIDAD E IGUALDAD

Adujo que la entidad demandada vulneró los principios de legalidad e igualdad, por el hecho de desatender las normas que rigen la libre competencia y sobreponer la legalidad a una falsa concepción de reprimir y erradicar con ello el principio del debido proceso.

QUINTO CARGO: “DECISIONES ADMINISTRATIVAS”

Expresó que las actuaciones de todos los funcionarios del Estado deben ser imparciales, cumplir con los cometidos estatales, respondiendo a objetivos legítimos y jurídicos, circunstancia que no se evidencia claramente en la actuación administrativa, objeto de estudio, ya que las Resoluciones demandadas carecen de motivación.

I.5.- CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS.

La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante apoderado, contestó cada una de las demandas y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Que en Colombia la libertad económica está consagrada en la Constitución Política como un derecho de todos los ciudadanos y con los límites que la ley ha establecido para ello, es decir, que como todo derecho, no es absoluto y se encuentra limitado por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general.

Que en ese sentido, el legislador parte del supuesto de que los agentes económicos no se encuentran legitimados para actuar de forma arbitraria en el mercado, sino que deben respetar las reglas que éste haya establecido en aras de proteger la libre competencia.

Que, en ese orden de ideas, es del resorte de la ley prohibir conductas que tengan por efecto impedir, restringir, obstaculizar la libre competencia en cualquier mercado de bienes o servicios.

Que a través de la Resolución núm. 80278 de 29 de febrero de 1996, el Ministerio de Minas y Energía estableció que los distribuidores minoristas podrían fijar libremente los precios de la gasolina extra.

Que de acuerdo con lo anterior, lo argumentado por la parte actora no es cierto, pues en el presente asunto no se pudo presentar una coincidencia de precios por el libre juego del mercado, por cuanto la identidad de los precios de las estaciones investigadas durante los meses de abril y mayo de 1999, aunado al incremento o variación de los mismos en forma sincronizada y en porcentajes idénticos hace evidente que dicho resultado no fue fruto del azar o de una simple coincidencia,

máxime cuando la citada Resolución no establecía una libertad absoluta en esa materia.

Reiteró lo expresado en la **Resolución núm. 08027 de 2002 acusada**, en el sentido de señalar que la mayoría de los investigados aceptaron tener en cuenta los precios de sus competidores para fijar los propios y en que pudo demostrarse que los precios de unos y otros son del todo idénticos.

Que desde esa óptica, la entidad demandada pudo demostrar plenamente que la identidad de los precios que se mantuvo durante 30 días, en 8 estaciones de servicio de la Ciudad de Cali, no se atribuyó al azar o a una imposición legal, como pretenden mostrar los demandantes, ya que existen costos que deben variar entre uno y otro agente del mercado.

Que durante la investigación administrativa realizada, la Superintendencia de Industria y Comercio pudo establecer que las estaciones investigadas sabían y conocían de la coincidencia de los precios existentes entre ellos y que tal circunstancia se había establecido en un mismo período de tiempo.

Que con base en lo anterior, la entidad demandada valoró las pruebas recaudadas como indicios de un paralelismo consciente en la fijación de los precios del mercado.

En lo concerniente al cargo por la presunta violación del debido proceso y del derecho de defensa, advirtió que los demandantes hicieron uso de cada una de las garantías procesales que la Ley les otorga, tales como el derecho a ser oído, la publicidad de la actuación, el derecho a hacerse representar por medio de apoderado, el derecho a aportar y solicitar pruebas y el ejercicio del derecho de contradicción, por lo que no se encuentra acreditada tal vulneración de derechos.

En lo atinente a la inspección judicial solicitada como prueba, señaló que si bien ésta no se practicó, la entidad demandada ordenó que la información que se pretendía constatar, a través de la inspección, fuera allegada directamente por las empresas y por todas las estaciones, para su correspondiente valoración, conforme a lo preceptuado en el artículo 187 del C. de P.C.

En la contestación de la demanda correspondiente al **PROCESO NÚM. 2002-00909**, la parte demandada agregó lo siguiente:

Adujo que los actos administrativos demandados se encuentran debidamente motivados, dado que son el resultado de una actuación administrativa ceñida estrictamente a la normativa vigente, en materia de prácticas restrictivas de la competencia.

Con respecto a la presunta violación por una indebida interpretación normativa, consideró que, contrario a lo alegado por los actores, los actos administrativos acusados son el resultado de una interpretación armónica, tanto de las leyes que gobiernan el derecho de la competencia, como de las normas constitucionales aplicables al caso concreto.

Que no es preciso esperar un resultado y menos un detrimento o perjuicio para entender que se incurrió en una conducta restrictiva de la competencia, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 4^o, numerales 15 y 16, del Decreto núm. 2153 de 1992 y la Ley 155 de 1959.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

Mediante la sentencia de 2 de septiembre de 2010, la Sección Primera -Subsección "B"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las pretensiones de la demanda, con base en los razonamientos, que pueden resumirse así:

Con relación al **primer cargo** de la violación de las normas superiores y de la libre competencia, señaló que según los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto núm. 2153 de 1992, es sancionable a la luz de la protección del derecho de la libre competencia, toda conducta que limite directa o indirectamente el libre comportamiento del mercado.

Que "no es necesario que exista un acuerdo para que se configure una práctica restrictiva a la competencia, sino que, tales prácticas se manifiestan mediante acuerdos o actos que, entre otras cosas, tiendan a limitar el ingreso de los agentes económicos al mercado o a manipular la elección para los consumidores."

Que quedó plenamente demostrada la ocurrencia de un acuerdo entre las 8 estaciones de servicio investigadas, en virtud del cual se fijó el precio del galón de gasolina extra e incrementos en una sincronización y coincidencia notable.

Que la igualdad en la fijación de los precios de gasolina extra, para el período entre el 1º de abril y el 31 de mayo de 1999, en las 8 estaciones de servicio investigadas, quedó plenamente demostrada en el expediente correspondiente a la investigación administrativa, tramitada por la entidad demandada contra las referidas estaciones, en los datos que se extraen de la tabla consignada en la Resolución núm. 08027 de 18 de marzo de 2002 acusada, cuyo contenido, aparte de presumirse cierto, no ha sido siquiera controvertido por la actora.

Que, así las cosas, no resulta lógica la coincidencia que pretenden hacer valer las demandantes para desvirtuar la ocurrencia de un acuerdo en la fijación de precios

para la gasolina extra y menos si se tiene en cuenta que, para ese producto, el Legislador no previó una libertad absoluta, sino regulada, es decir, estableció un precio máximo o tope, razón por la cual el valor que cada agente económico establezca no depende únicamente del libre juego del mercado, sino que está directamente relacionado con factores variables, como lo son: el transporte, los costos de operación y la circunstancia económica en que se encuentre cada establecimiento de comercio, que no puede resultar idéntica para las 8 estaciones de servicio, en un mismo período de tiempo, así se trate de un mismo producto.

Que tal coincidencia en valor y tiempo en las 8 estaciones de servicio, prueba la ocurrencia de un acuerdo que tuvo como efecto la fijación de precios de la gasolina extra, razón por la cual este cargo no está llamado a prosperar.

Con respecto al **segundo cargo** de la violación del debido proceso y del derecho de defensa, afirmó que en cuanto al rechazo de la inspección solicitada, para acreditar los precios fijados por otras estaciones de servicio y así desvirtuar el supuesto acuerdo anticompetitivo suscrito entre los investigados, la Superintendencia demandada no la rechazó, sino que optó por obtener la información a través de oficio, el cual consideró suficientemente idóneo y pertinente para tal cometido.

Que los testimonios rendidos por los propietarios de las estaciones de servicio investigadas no podían ser considerados como pruebas válidas en la actuación, porque en esas declaraciones no se les advirtió de la garantía constitucional, consagrada en el artículo 33 de la Constitución Política, que consiste en que nadie está obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes, además de que no se puede ser parte y testigo en una misma investigación, razón por la cual el a quo omitió valorarlas, por encontrar que fueron ilegalmente practicadas.

Sin embargo, consideró que aún cuando carecen de toda validez jurídica las referidas declaraciones, dicha circunstancia no tiene entidad, ni alcance de cambiar la decisión adoptada en los actos administrativos acusados, ya que las demás pruebas legalmente decretadas y practicadas por parte de la Superintendencia demandada tienen el valor y efecto de demostrar la conducta reprochada.

Con respecto a la desatención de los dictámenes rendidos por los funcionarios del Ministerio de Minas y Energía, puso de presente que de la lectura y revisión de los documentos que conforman el expediente de la investigación y de la posterior actuación administrativa, no existe prueba alguna que demuestre que en efecto la decisión adoptada por la entidad demandada se haya dado por fuera de los supuestos de hecho comprobados por ella misma, además de que no se observó violación de los artículos 241 y 243 del C.de P.C.

Que como quiera que no fue recurrido el auto de pruebas, que dictó en sede administrativa, consideró el Tribunal que la entidad demandada decretó y practicó las pruebas que estimó útiles, pertinentes y conducentes para el caso en cuestión, por lo que su decisión se basó efectivamente en un análisis objetivo de todos y cada uno de los razonamientos que se presentaron en la investigación.

Que no es cierto el argumento de los demandantes, de que se requiera un análisis del mercado o de la naturaleza del producto para entrar a determinar la ocurrencia o no de una práctica restrictiva de la competencia, los cuales, por el contrario, sí podrían ser determinantes en un estudio acerca de la infracción al régimen de competencia desleal, como puede ser una concentración del mercado o el uso de publicidad engañosa para captar un mayor número de consumidores.

Trajo a colación la sentencia de 28 de enero de 2010 de la Sección Primera del Consejo de Estado (Expediente núm. 2001-00364, Magistrada ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), en la que señaló que lo que importa, a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, es además de la existencia del acuerdo, que éste tenga por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de los precios.

Manifestó que la entidad demandada acudió correctamente a la normativa aplicable al asunto, esto es, a las normas pertinentes a la libre competencia, y no a la competencia desleal, conforme lo adujeron equivocadamente las actoras, respetando en cada etapa adelantada los postulados de los derechos del debido proceso y de defensa, sin tener como fundamento de su decisión las declaraciones rendidas por los propietarios y representantes de las 8 estaciones de servicio investigadas, contrarias a pleno derecho.

En cuanto al argumento de que la demandada para expedir los actos demandados actuó sobre “moldes preelaborados” y que no realizó una correcta verificación fáctica de cada una de las circunstancias que originaron la investigación, estimó que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una valoración fáctica, basándose en las pruebas que consideró útiles, pertinentes y conducentes para el caso en cuestión, por lo cual su decisión se basó en un análisis objetivo de todos y cada uno de los razonamientos que se presentaron en la investigación.

Que los principios de la buena fe y de la presunción de inocencia fueron debidamente garantizados por parte de la demandada, entre otras cosas, con la oportunidad de descargos en la apertura de la investigación preliminar, al solicitar pruebas, contradecir las practicadas e impugnar la decisión.

Que no tiene incidencia en la decisión adoptada por la Superintendencia demandada el hecho de haberse practicado las pruebas en la ciudad de Bogotá y no en Cali, donde se dieron los hechos investigados, pues las estaciones investigadas pudieron ejercer su derecho de defensa cuando se les otorgó la oportunidad de presentar descargos y de solicitar pruebas, cuando se les notificó la apertura de la investigación y tuvieron la oportunidad de recurrir administrativamente la sanción impuesta.

Concluyó que este cargo no tiene vocación de prosperidad, por cuanto no existe violación del debido proceso, ni del derecho de defensa, como tampoco del principio de buena fe en la expedición de los actos acusados, ya que la demandada fundamentó su decisión en el procedimiento legalmente aplicable al asunto y con apego en los supuestos fácticos verificados en la investigación administrativa.

CARGOS ADICIONALES DEL EXPEDIENTE NÚM. 2002- 00909

En lo que respecta al **primer cargo** de violación de las normas que protegen la función administrativa, el a quo sostuvo que de acuerdo con la función de la Superintendencia demandada de imponer las sanciones pertinentes por la violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, consagrada en el artículo 2º del Decreto núm. 2153 de 1992 y teniendo en cuenta todo el procedimiento adelantado por la misma, no existe prueba alguna que permita inferir que dicha entidad se haya extralimitado, o desatendido, o interpretado erróneamente las funciones que el Legislador le confirió, razón por la cual este cargo no tiene vocación de prosperidad.

En lo concerniente al **segundo cargo** de falsa motivación del acto administrativo, abuso de funciones públicas y abuso de poder, expresó que debía ser desestimado, puesto que se encuentra debidamente acreditado en el expediente que la entidad

demandada motivó en debida forma su decisión, con base en la aplicación de las normas que regulan todo lo pertinente a la libre competencia y con arreglo a la prueba debidamente allegada al proceso, con excepción de la prueba testimonial.

Con relación al **tercer cargo** de desatención al principio de buena fe, manifestó que no tenía vocación de prosperidad, como quiera que la presunción de buena fe, que gobierna toda actuación, como la adelantada por parte de la entidad demandada, no pudo ser desvirtuada con los argumentos sustento de este cargo; y además de que la vulneración a dicho principio se encuentra íntimamente relacionada con la garantía del debido proceso y en los anteriores cargos, previamente analizados, no se encontró prueba alguna que demostrara vulneración a éste último.

Sobre el **cuarto cargo** de desatención de los principios de legalidad e igualdad, señaló que dichos principios fueron debidamente respetados y aplicados, al tenor de las normas que los consagran y al ser desarrollados junto con la correcta aplicación del derecho del debido proceso, que fue objeto de análisis del cargo, mediante el cual se adujo una presunta violación de dicho derecho, el cual además no tuvo vocación de prosperidad, por cuanto no se encontró probada tal violación normativa en la expedición de los actos administrativos demandadas, razón por la cual también desestimó este cargo.

Y en cuanto al **quinto cargo** de Decisiones Administrativas, indicó que éste también debe ser desestimado, dado que se sustentó directamente en la falsa motivación, en que presuntamente incurrió la entidad demandada con la expedición de las Resoluciones acusadas, y no obra en el expediente prueba alguna que permita inferir que la entidad demandada desatendió la normativa aplicable al caso concreto.

En consideración a lo anterior, el fallador de primera instancia consideró que la conducta endilgada a las ocho estaciones de servicio demandantes sí se realizó, toda vez que se evidenció la configuración de un acuerdo anticompetitivo contrario a la libre competencia, en virtud del cual hubo una fijación unánime del precio del galón de gasolina extra para los meses de abril y mayo de 1999 y, por ende, un comportamiento sancionable, de acuerdo con el Decreto núm. 2153 de 1992.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

La actora fincó su inconformidad, en esencia, así:

Señaló que la sentencia de primera instancia insiste en la identidad de precios, como hecho suficientemente probado y marginalmente habla de otras pruebas, sin individualizarlas.

Estimó que el hecho de que los precios hayan sido idénticos o iguales no conlleva el efecto consagrado en la norma, esto es, la fijación de precios en el mercado.

Adujo que para que la “práctica conscientemente paralela” tenga lugar es menester que se presente y se pruebe una sucesión fáctica de acontecimientos y no que se agote en el simple acto de establecer un precio idéntico respecto a otros agentes.

Explicó que para que se configure la infracción tienen que aparecer probados plenamente una serie de hechos, como son: las estrategias, los modelos publicitarios, los horarios de servicio, la estructura de costos, etc., para determinar si son iguales y si se permite que otros lo copien o unos y otros se imiten.

Concluyó que para que se tipifique una conducta contraria a la libre competencia, se hace necesario que aparezca demostrada la existencia de un acuerdo (una práctica conscientemente paralela) y que ese acuerdo arroje, con relación de causalidad, una fijación de precios en el mercado, como objeto o como efecto.

Que en el caso, objeto de estudio, aparece demostrado que los precios fueron iguales en el período, pero no aparece la demostración del acuerdo, es decir, el conjunto de hechos que contienen una voluntad exterior, que permita deducir un comportamiento de agrupación de objetivos y finalidades que se identifiquen entre sí.

Que de haberse probado plenamente la existencia del acuerdo, la igualdad de precios arrojada en las planillas y cuadros de la investigación, se hubiera convertido en fijación de precios en el mercado, pero en caso contrario, esa igualdad puede resultar producto del azar o de la estructura rígida de costos que comporta este producto.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En esta etapa procesal, la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las **Resoluciones núms. núm. 08027 de 18 de marzo de 2002 y 14540 de 15 de mayo de 2002**, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de las cuales, en ese orden, se impusieron a los actores unas sanciones pecuniarias y se prohibió el uso de una conducta ilegal, y se confirmó la anterior decisión, al decidir el recurso de reposición interpuesto por los investigados.

Se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio expidió las **Resoluciones acusadas**, como resultado de la investigación administrativa adelantada contra los actores, por la violación de los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 47, numeral 1, del Decreto núm. 2153 de 1992, al comprobar que las Estaciones de Servicio ESSO LA SULTANA, TERPEL DE OCCIDENTE S.A., TEXACO núm. 10 START MART, TEXACO núm. 5, ESTACIÓN DE SERVICIO BELALCAZAR, TEXACO IMBANACO núm. 17, AUTOCENTRO CAPRI LTDA., y GLOBALLANTAS LTDA., de que son propietarios en la Ciudad de Cali, incurrieron en un acuerdo contrario a la libre competencia, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, al fijar precios idénticos para la gasolina extra durante los meses de abril y mayo de 1999 e incrementarlos de manera sincronizada y en porcentajes iguales.

Sobre el particular, el apoderado de los demandantes señaló en el recurso de apelación que para que se tipifique la conducta reprochada, contraria a la libre competencia, es necesario que aparezca demostrado en primer lugar, un acuerdo y, en segundo lugar, que “ese acuerdo arroje con relación de causalidad una fijación de precios en el mercado, como objeto o como efecto”.

Adujo que en la sentencia de primera instancia se encuentra demostrado que los precios fueron iguales en el período de abril a mayo de 1999, pero no aparece demostrado el acuerdo, es decir, el conjunto de hechos que contienen una voluntad exterior, que permita deducir un comportamiento de agrupación de objetivos y finalidades que se identifique entre sí.

Que al no probar estos hechos, no puede haber fijación de precios en un mercado, que es el objeto o el efecto de dicho acuerdo.

Ahora bien, las disposiciones que se consideraron violadas por las Resoluciones demandadas, son del siguiente tenor:

El artículo 1º de la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959, “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”, dispone:

“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 tendientes a **limitar la libre competencia** y a mantener o determinar precios inequitativos....”
(Las negrillas fuera de texto)

El artículo 47, numeral 1, del 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”, prevé:

“ARTÍCULO 47. 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:

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

Además, es del caso citar el **artículo 45, numeral 1,** del antes citado Decreto, que aún cuando no lo mencionan los actos administrativos acusados, guarda relación con la misma materia. Este precepto establece:

“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.”(Las negrillas y subrayas fuera de texto.)

En relación con los acuerdos contrarios a la libre competencia y su prueba, es preciso traer a colación la sentencia de 23 de enero de 2003 de esta Sección (Expediente núm. 25000-23-24-000-2000-0665-01 (7909), Actor: Cooperativa Lechera COLANTA LTDA, Consejero ponente doctor Manuel Santiago Urueta Ayola), en la cual se dijo:

*“... Artículo 47. **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:*

1. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;”*

“Se establece así que hay violación de la libre competencia cuando se dan acuerdos cuyo objeto o efecto sea la fijación directa o indirecta de precios.

La apreciación sistemática de la norma permite establecer que la locución **acuerdos** a que se refiere la norma ha de tomarse en el sentido que se define en el artículo 45, numeral 1, del mismo decreto en el cual se señalan varias definiciones “*Para el cumplimiento de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas previstas en la Ley 155 de 1959*”.

Al respecto se dice: “1. **Acuerdo:** Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

De esas varias hipótesis posibles de dicho concepto, **los hechos del sub lite se encuadraron en la última, esto es, en la de “práctica conscientemente paralela entre dos o más empresas”**.”

La Sala observa que la advertida igualdad en los precios en comento permite inferir esa conducta puesto que la simetría que se dio entre ellos en un período tan prolongado no es posible que hubiere sido casual atendiendo la complejidad de las variables que afectan todas las actividades relativas a la leche hasta ponerla en manos del consumidor final.

“(...)”

“Habida cuenta de que el precio de dicho producto está determinado por factores como los costos de producción - que a su vez dependen del precio de los insumos y del nivel de eficiencia de

cada empresa así como de las condiciones socioeconómicas del lugar en que se produce-, **por las expectativas de utilidad del productor, los costos de distribución, el margen de utilidad del distribuidor, el posicionamiento o acreditación del producto y la calidad del mismo, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto, es poco probable que dos empresas coincidan en todos esos factores...**

Ante esas condiciones objetivas de toda actividad económica, más cuando se desarrolla dentro de una libre competencia, esto es, cuando no se realiza en forma monopólica o con sujeción a precios regulados por el Estado, **no es admisible, por razones prácticas, que como resultado de tales condiciones o factores dos empresas diferentes lleguen a fijar precios idénticos para un mismo producto, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción... De modo que tanta coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo como efecto la fijación indirecta de precios del producto ya especificado.**

(Las negrillas y subrayas fuera de texto)

En el mismo sentido, en sentencia de 30 de noviembre de 2006 (Expediente núm. 25000-23-24-000-2002-00678-01, Actor: Rafael Ortiz Mantilla, Estación de Servicio La Pedregosa, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta), la Sección Primera se refirió acerca de la prueba de los acuerdos contrarios a la libre competencia:

“... Como bien lo advierte el a quo y la entidad demandada, tanta coincidencia no puede resultar de la casualidad, menos cuando el precio de dicho producto no está determinado por la ley, ya que está sometido a libre competencia, por lo tanto depende de factores variables como los costos de transporte, de los costos de operación de cada estación y, por ende, del nivel de eficiencia de ellas, así como de las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto. En esas condiciones es poco probable que 4 empresas coincidan en todos esos factores. **De modo que esa coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo indirecto que tuvo como efecto la fijación de precios del producto gasolina extra.**” (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

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 puede 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 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 en la sentencia de primera instancia sólo se encuentra probado que los precios fueron iguales en el período de abril a mayo de 1999, pero no aparece demostrado el acuerdo, pues lo cierto es que el a quo sí lo demostró, en la sentencia apelada, análisis y perspectiva jurídica que se comparte en esta instancia. En efecto, se dijo en el fallo recurrido:

“... En el caso concreto, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a las estaciones de servicio que conforman las partes demandantes, por el hecho de encontrar configurados los elementos que integran una *“práctica conscientemente paralela”* (fl. 64 cdno. ppal. Expediente No. 2002-00936), dado que en relación con la fijación de precios para la venta de gasolina extra, ***se evidenció “una voluntad exterior que permitió colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifiquen entre sí, es decir, un actuación conjunta y mancomunada”*** (fl. 63 *ibídem*), esto es, **quedó plenamente demostrada la ocurrencia de un**

acuerdo¹ entre las ocho estaciones de servicio investigadas, en virtud del cual, se fijó el precio del galón de gasolina extra e incrementos, en una sincronización y coincidencia notable.

En ese orden de ideas, el argumento presentado por las partes actoras de los procesos como fundamento de este primer cargo de nulidad no es de recibo, por cuanto **la igualdad en la fijación de los precios de la gasolina extra que se presentó quedó plenamente demostrada en el expediente correspondiente a la investigación administrativa tramitada por la Superintendencia de Industria y Comercio contra las estaciones de servicio: Servicentro la Sultana, Terpel de Occidente S.A., Texaco No. 10 Star Mart, Texaco No. 5, Estación de servicio Belalcazar, Texaco Imbanaco No. 17, Autocentro Capri Ltda. y Globallantas Ltda., entre el 1º de abril y el 31 de mayo de 1999, datos que se extraen de la tabla consignada en la resolución número 08027 de 18 de marzo de 2002, visible a folio 56 del cuaderno principal del expediente número 2002-00909, cuyo contenido, aparte de presumirse cierto, no ha sido siquiera controvertido por la actora, y en el que figura un precio idéntico fijado para dicho periodo en las 8 estaciones investigadas y previamente anotadas, esto es, \$2.630 para abril de 1999 y \$2.850 para mayo de 1999.**

Así las cosas, **la Sala advierte que no resulta lógica la coincidencia que pretenden hacer valer las demandantes para desvirtuar la ocurrencia de un acuerdo en la fijación de precios para la gasolina extra**, y menos, si se tiene que para ese producto el legislador no previó una libertad absoluta sino una libertad regulada, es decir, estableció un precio máximo o tope, razón por la cual, **el valor que cada agente económico establezca no depende únicamente del libre juego del mercado, sino que está directamente relacionado con factores variables**, en tanto que dependen de otras empresas, como lo son: el transporte, los costos de operación y la circunstancia económica en que se encuentre cada establecimiento de comercio, **que no puede resultar idéntica para 8 estaciones de servicio en un mismo periodo de tiempo, así se trate de un mismo producto.**

En consideración a lo anterior, tal coincidencia en valor y tiempo en ocho estaciones de servicio, prueba la ocurrencia de un acuerdo que tuvo como efecto al fijación de precios de la gasolina extra... (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Y, posteriormente, al resolver el segundo cargo, reiteró:

¹ En cuanto a las definiciones sobre la materia, el artículo 45 del decreto 2153 de 1992 dispone lo siguiente: "Para el cumplimiento de las funciones que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes funciones:

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

“... como ya se explicó en el análisis del primer cargo, **con la mera coincidencia en valor y tiempo en las mencionadas ocho estaciones de servicio investigadas, se estableció la ocurrencia de un acuerdo que tuvo como efecto la fijación de los precios de la gasolina extra para los meses de abril y mayo de 1999**, todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas deben partir de los hechos y medios de prueba que se hayan puesto en su conocimiento.”

Sobre el particular, vale la pena aclarar que la coincidencia de que las ocho estaciones de servicio investigadas, geográficamente próximas, que tienen diferentes comportamientos y variables, hayan fijado e incrementado el precio de la gasolina extra (un mismo producto sometido a la libre competencia), simultáneamente o coincidentemente en tiempo (abril y mayo de 1999) y valor, de manera idéntica, es **una prueba indiciaria** de que incurrieron en un **acuerdo contrario a la libre competencia, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela**, dado que no resulta lógico que dichas estaciones de servicio diferentes hayan tenido un comportamiento conjunto, concomitante y mancomunado, sin saber o conocer cada una de ellas la forma como la otra u otras estaban operando, es decir, sin que mediara un comportamiento consciente.

Ahora, en lo concerniente al argumento de los recurrentes, en el sentido de que para que se de una práctica conscientemente paralela es menester que se presente y se pruebe una sucesión fáctica de acontecimientos y no se que se agote en el simple acto, advierte la Sala que si bien ello es cierto, también lo es que en el sub lite ello sí se demostró, dado que la identidad de precios fue constante, teniendo en cuenta que los precios de las ocho estaciones investigadas coincidieron durante todos los días de los meses investigados de abril y mayo de 1999, vale decir, se observó una identidad de precios, en un período de tiempo igual, además de que se probó un incremento simultáneo y coincidente de los precios, en un mismo porcentaje, al

presentarse el mismo en las ocho estaciones el mismo día: 1º de mayo de 1999, conforme aparece en los cuadros visibles a folios 65 a 68 del cuaderno principal.

De otra parte, en el recurso se afirma que para que se configure la infracción tienen que aparecer probados plenamente una serie de hechos, como son: las estrategias, los modelos publicitarios, los horarios de servicio, la estructura de costos, para determinar si son iguales y si se permite que otros los copien o unos y otros se imiten.

Para la Sala esta afirmación resulta desacertada, dado que para que se configure la violación de los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 47, numeral 1, del Decreto núm. 2153 de 1992, vale decir, un *acuerdo contrario a la libre competencia, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela*, lo que se requiere es que se pruebe la existencia de un acuerdo, que tenga por *objeto* o tenga como *efecto la fijación directa o indirecta de precios*, haciendo claridad de que dicha conducta puede estructurarse bien sea a partir de su objeto o por virtud de su efecto.

Fluye de lo precedente y resulta acreditado en el caso sub examine la existencia del *acuerdo*, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, así como también el *efecto de fijación directa de precios* de dicho acuerdo, habida cuenta de que se demostró fehacientemente que durante el período investigado se mantuvo un precio igual para la venta de gasolina extra por parte de las ocho estaciones de servicio. Efecto indirecto que se registró desde el momento en que ellas ofrecieron dicho producto a un mismo precio.

En este orden de ideas, estima la Sala, a manera de conclusión, que quedó plenamente establecido en el proceso que los actores incurrieron en una conducta reprochable, constitutiva de un acuerdo contrario a la libre competencia, conforme a

los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 47, numeral 1, del Decreto núm. 2153 de 1992, digna y merecedora de sanción, como en efecto se dispuso en los actos administrativos acusados.

Por lo anteriormente reseñado, debe mantenerse incólume la presunción de legalidad, que ampara a los actos administrativos demandados, y confirmarse la sentencia apelada.

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.

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 21 de agosto de 2014.

GUILLERMO VARGAS AYALA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente con permiso