

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN PRIMERA**

**Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014).**

**CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.**

**REF: Expediente núm. 2013-00254-01.**

**Recurso de apelación contra la sentencia de 28 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.**

**Actores: ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DE RÍO LTDA. Y OTROS.**

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio de la cual se deniegan las súplicas de la demanda, se condena en costas a la parte accionante y se fijan agencias en derecho.

**I.- ANTECEDENTES.**

**I.1.-** La sociedad **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RÍO LTDA., y los ciudadanos NORA ELISA VELANDIA y ORLANDO BECERRA BARRERA**, 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 Boyacá, tendiente a que mediante sentencia, se declarara la nulidad de la Resolución núm. 71794 del 12 de diciembre de 2011, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio; y la nulidad de la Resolución núm. 11651 de 29 de febrero de 2012, por medio de la cual el Superintendente de Industria y Comercio resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución antes mencionada.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitan, a título de restablecimiento del derecho que se exonere a los demandantes de cualquier pago que tenga relación con los hechos a que se refieren los actos acusados, así como que se le ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio abstenerse de cobrar las sanciones impuestas.

## **I.2-** Los hechos de la demanda.

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

Que el 1o. de abril de 2007, el señor **JORGE ELIÉCER SÁNCHEZ ARCHILA** presentó ante la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la SIC o la Superintendencia), una solicitud de investigación contra todas las estaciones de servicio del Municipio de Duitama (Boyacá), manifestando que *“todas las estaciones de servicio de DUITAMA, de las diferentes marcas comercializadoras venden la gasolina al mismo precio. No constituye este hecho un ACUERDO CONTRARIO A LA LIBRE COMPETENCIA en detrimento de los derechos de los consumidores? Favor investigar”*.

Que el 31 de enero de 2008, la Superintendencia solicitó a la señora **NORA ELISA VELANDIA DE VELANDIA**, información contable y lista de precios de venta al público, de combustibles, de la **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RIO LTDA.,**

correspondiente al período comprendido entre enero y julio de 2007.

Que el 31 de enero de 2008, la Superintendencia solicitó al señor **ORLANDO BECERRA BARRERA**, información contable y lista de precios de venta al público, de combustibles, de la **ESTACIÓN DE SERVICIO LA DORADA**, correspondiente al período comprendido entre enero y julio de 2007.

Que mediante memorando radicado con el núm. 07-027597-37 de 16 de abril de 2008, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, solicitó iniciar indagación preliminar encaminada a determinar la necesidad de abrir investigación por presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia en contra de los distribuidores minoristas de combustible (gasolineras) de Duitama (Boyacá).

Que a través de la Resolución núm. 33970 de 30 de junio de 2010, se ordenó abrir investigación por presuntas infracciones al régimen sobre protección de la competencia a la **ESTACIÓN DE SERVICIO**

**VILLA DEL RIO LTDA., a NORA ELISA VELANDIA** y a **ORLANDO BECERRA BARRERA**, entre otras personas naturales y jurídicas.

Manifiestan que una vez notificada la Resolución núm. 33970 de 2010, se procedió a la solicitud, decreto y práctica de pruebas, de conformidad con lo estipulado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos.

Aseguran que, de acuerdo con las pruebas recaudadas, se logró establecer que para el Municipio de Duitama impera el régimen de la "LIBERTAD REGULADA" en materia de precios de combustible, según el cual, 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. Adicionan que en esos municipios los Comités Municipales de Precios definen los costos de transporte que se aplican para establecer el precio máximo al público de la gasolina corriente motor en sus respectivas localidades.

Indican que el Ministerio de Minas y Energía ha señalado expresamente que *“desafortunadamente dichos Comités no están actuando y, en este orden de ideas, cada una de las estaciones de servicio automotriz establecen bajo su propio criterio dichos precios, dando lugar a una estructura de precios que pueden ser diferentes entre las estaciones de servicio a las que les aplican el régimen de libertad regulada”*.

Precisan que mediante Resolución núm. 71794 de 12 de diciembre de 2011, el señor Superintendente de Industria y Comercio decidió declarar:

- Que la **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RIO LTDA.**, infringió lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el numeral 1 del artículo 47 del mismo estatuto.
- Que el señor **ORLANDO BECERRA BARRERA**, como administrador de la **ESTACIÓN DE SERVICIO LA DORADA**, ejecutó las conductas de que trata el artículo 1º de la Resolución acusada, incurriendo en la responsabilidad

prevista en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992.

- Que la señora **NORA ELISA VELANDIA**, en su condición de Representante Legal de la **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RIO LTDA.**, ejecutó las conductas de que trata el artículo 1º de la Resolución acusada, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992.

Añaden que, como la consecuencia de la anterior declaratoria de responsabilidad, se impuso sanción económica por valor de \$1.071'200.000 m/l a la **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RIO LTDA.**, de \$160'680.000 m/l al señor **ORLANDO BECERRA BARRERA** y de \$160'680.000 m/l a la señora **NORA ELISA VELANDIA**.

Señalan que, dentro de la oportunidad legal, la Resolución núm. 71794 de 2011 fue recurrida en reposición, lo que se resolvió con la expedición de la Resolución núm. 11651 de 29 de febrero de 2012,

por medio de la cual el Superintendente de Industria y Comercio dispuso, entre otras cosas, modificar los siguientes artículos:

- El artículo octavo de la Resolución núm. 71794 de 12 de diciembre de 2011, rebajando la sanción económica impuesta a la **ESTACIÓN DE SERVICIOS VILLA DEL RIO LTDA.**, a la suma de Trescientos Treinta y Siete Millones Cuatrocientos Veintiocho Mil Pesos moneda legal (\$337'428.000 m/l).
- El artículo vigésimo tercero de la Resolución mencionada, rebajando la sanción impuesta a la señora **NORA ELISA VELANDIA**, en su calidad de Representante Legal de la **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RIO LTDA.**, a la suma de Cincuenta Millones Seiscientos Catorce Mil Doscientos Pesos moneda legal (\$50'614.200 m/l).
- El artículo vigésimo séptimo de la Resolución en comento, rebajando la sanción impuesta al señor **ORLANDO BECERRA BARRERA**, en su condición de Representante Legal de la **ESTACIÓN DE SERVICIO LA DORADA**, a la suma de

Cincuenta Millones Seiscientos Catorce Mil Doscientos Pesos moneda legal (\$50'614.200 m/l).

Expresan que el 26 de julio de 2012 se llevó a cabo la audiencia de conciliación ante la Procuraduría 134 Judicial II Administrativa de Bogotá bajo el radicado núm. C-134-2012-0109, y ante la falta de ánimo conciliatorio se dio por terminada dicha etapa, quedando agotado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 161 del C.P.A.C.A.

**I.3-** Considera la parte actora que con la expedición de los actos administrativos acusados se violaron las siguientes normas:

- Constitución Política de Colombia, artículos 29 y 33.
- Código Contencioso Administrativo, artículo 38.
- Decreto 2153 de 1992, (no señala artículos).

Precisaron los actores el alcance del concepto de la violación, así:

Que la violación del artículo 29 de la Constitución Política se evidencia en el quebrantamiento del derecho fundamenta al debido

proceso, como consecuencia de la caducidad de la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer las sanciones de que tratan las Resoluciones demandadas.

Destacan que la norma vigente para la época de las Resoluciones enjuiciadas, en materia de caducidad de la sanción administrativa, era el artículo 38 del C.C.A., que rezaba: *“Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”*.

Establecen que la investigación se inició por la Superintendencia con base en una queja presentada el 1º de abril de 2007, por hechos ocurridos antes de la formulación de la queja; que el 30 de junio de 2010 se abrió investigación formal y mediante Resolución núm. 71794 de 12 de diciembre de 2011, decidió sancionar a los investigados.

Aseguran que dichas circunstancias les permite colegir que la facultad sancionatoria de la Superintendencia se cumplió, ya que a

la fecha de la notificación de la Resolución núm. 11651 de 29 de febrero de 2012, habían transcurrido más de los tres (3) años de que habla la norma antes citada, pues desde la fecha de la ocurrencia de los hechos, es decir, antes del 1o. de abril de 2007, al 29 de febrero de 2012, el término de caducidad de la facultad sancionatoria transcurrió.

Señalan que la violación del artículo 29 constitucional por parte de la Superintendencia consiste, también, en que los hechos denunciados por el señor **JORGE ELIÉCER SÁNCHEZ ARCHILA**, fueron anteriores a la fecha de la queja (1o. de abril de 2007), lo que significa que si se transgredió por los aquí demandantes el orden legal sobre competencia comercial, debían juzgarse aplicando las normas vigentes en el año 2007.

Resaltan que la Superintendencia decidió aplicar los Decretos 3523 de 2009, 1687 de 2010 y 4886 de 2011, normas éstas que se expidieron con posterioridad a la fecha de los hechos investigados, razón que impide su aplicación retroactiva.

Advierten que todos los interrogatorios realizados en el proceso que culminó con las Resoluciones demandadas, transgredieron los derechos consagrados en los artículos 29 y 33 de la Constitución Política, al punto que, olvidándose de que las personas naturales investigadas no estaban obligadas a declarar contra sí mismas, se les exigió, bajo la gravedad de juramento, contestar preguntas auto incriminatorias.

Exponen que al inculpado le asiste la opción de no exteriorizar su voluntad auto incriminatoria en forma que nadie pueda obligarlo a confesarse culpable, en contrariedad con el derecho a la presunción de inocencia.

Expresan que la SIC, de manera arbitraria, sin ninguna justificación y con violación del derecho de defensa de los investigados, decidió investigar hechos ocurridos entre los meses de Enero y Junio de 2007, ampliando su investigación, posteriormente, a hechos ocurridos entre Enero de 2007 y Diciembre de 2009, lo que implica que la Superintendencia investigó, no solo los hechos denunciados, sino que se extendió en el tiempo, investigando hechos sucedidos

con posterioridad a las fechas en que ocurrieron los que se denunciaron, generando ambigüedad y confusión en la persona de los investigados, vulnerando, de contera, su derecho de defensa.

Argumentan que existe una indebida aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, ya que la SIC, al proferir los actos demandados, vulnera el Decreto 2153 de 1992, puesto que interpreta el numeral 1 del artículo 47.

A su juicio, el régimen sancionatorio de manera excepcional se hace efectivo bajo un régimen objetivo de responsabilidad, en el que se prescinde totalmente del elemento de la culpabilidad para efectos de la aplicación de la sanción, razón por la cual, ante la ocurrencia del hecho que puede constituir infracción, procede la aplicación de la sanción.

En su opinión, no es del presente caso, ni lo puede ser el régimen sancionatorio relativo al incumplimiento de las normas sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, pues de serlo, se transgredirían los principios de culpabilidad,

presunción de inocencia, de buena fe y se limitaría el derecho de defensa de los particulares.

Concluyen los demandantes señalando que la conducta sancionada no debe ser vista bajo la óptica de la responsabilidad objetiva, sino desde el fin perseguido con la misma. A la Superintendencia sólo le bastó para sancionar, la demostración de la existencia de una similitud de precios, que resulta ser indicio, pero no tuvo en cuenta su objeto y mucho menos sus defectos, es decir, si efectivamente existió o no limitación de la competencia, o si los precios acordados eran inequitativos.

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

Que adelantada la indagación preliminar del caso, mediante Resolución núm. 33970 de 30 de junio de 2010, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó abrir investigación para determinar, entre otros sujetos investigados, si

la Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo contravinieron lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

Que al término de dicha investigación se determinó que las empresas investigadas, incluyendo la accionante **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RÍO LTDA.**, desarrollaron uno de aquellos acuerdos constitutivos de prácticas y procedimientos o sistemas “tendientes” a limitar la libre competencia.

Asegura que el vocablo “tendientes” contenido en el anterior párrafo indica que la norma no castiga exclusivamente el efecto, sino que el desarrollo de la práctica tenga como fin limitar la libre competencia así como mantener o determinar precios inequitativos.

Considera que se trata de una prohibición correlativa con aquella 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.

Que bajo tal marco se determinó, entre otras cosas, que los accionantes incurrieron en una conducta paralela y consciente en cuanto a los precios que se ofrecían en las estaciones de servicio sancionadas. En efecto, fue posible evidenciar que existieron coincidencias que si bien podían tener como referente el precio que el Gobierno nacional determinaba dentro de un esquema de libertad regulada, fueron mucho más cercanas a los parámetros dados por la Seccional Boyacá y Casanare, con lo que se estructura la existencia de una práctica conscientemente paralela, conducta encaminada además a afectar la libre competencia.

Manifiesta que frente a la naturaleza de los hechos que fueron materia de investigación refirió que al interior de los actos administrativos se efectúa un análisis y exposición juiciosa de la naturaleza, trámite y clase de actuación administrativa y, en tal sentido, denota con claridad absoluta la observancia y seguimiento de los parámetros legales que rigen la materia.

Precisa que dentro del trámite adelantado por la Superintendencia se pusieron de presente las competencias y facultades propias de su función, de conformidad con las normas y disposiciones vigentes

a la fecha de realización de los hechos y a la expedición de los actos administrativos demandados.

Establece que de conformidad con el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el 45 del mismo Estatuto, resulta reprochable frente al régimen de protección de la competencia, cualquier tipo de acuerdo que tenga como objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Resalta que corresponde al Superintendente de Industria y Comercio, al tenor del numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, a que alude el Decreto mencionado. Esto reviste tal importancia, si se tiene en cuenta que la norma citada no establece que las personas que ejercen dichas responsabilidades, ejecuten en forma directa el acuerdo o acto anticompetitivo.

A su juicio, resulta evidente y hay pruebas que dan fe de que el acuerdo de precios y de repartición de mercados se enmarcó dentro de lo que la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina han reconocido como conducta continuada, esto, por cuanto la misma se desarrolló a lo largo del período investigado.

De conformidad con lo anterior colige que cuando quiera que se trate de conductas continuadas, como en el caso concreto, la caducidad inicia en la fecha en que cesa la conducta y no en la de su iniciación, es decir, que la caducidad no se contaría desde el 1º de abril de 2007, fecha en la que se recibió la queja de la entidad, sino desde el 1º de enero de 2010, día inmediatamente siguiente a la fecha en la que cesó la conducta anticompetitiva.

Así las cosas, concluye, la fecha sobre la cual debía iniciarse el conteo de la caducidad no es el 1o. de abril de 2007 (fecha del hecho denunciado), como erradamente señalan los accionantes, sino la fecha en la que cesó la conducta.

Sin embargo, precisa que, para el 1o. de enero de 2010, ya estaba

en vigencia la Ley 1340 de 2009, la cual, en su artículo 27 consagró un término especial de caducidad de cinco (5) años para sancionar, cuando quiera que se trate de infracciones al régimen de protección de la competencia.

## **II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA.**

El Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión núm. 5, mediante la sentencia impugnada denegó las súplicas de la demanda; condenó en costas a la parte actora y fijó agencias en derecho para la **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RÍO LTDA.**, en la suma de \$6'748.560.00; para el señor **ORLANDO BARRERA BECERRA** en la suma de \$1'012.284.00; y para la señora **NORA ELISA VELANDIA** en la suma de \$1'012.284,00, que corresponde al dos por ciento (2%) de la estimación de la cuantía indicada en la demanda. En resumen, consideró el *a-quo*:  
Que según lo apreciado en el expediente, el acuerdo de precios se mantuvo y se ejecutó por las distribuidoras de combustible sancionadas hasta el mes de diciembre del año 2009, situación que permite catalogar la conducta como de ejecución permanente o

continuada, pues su ejercicio se mantuvo en el tiempo por un período de casi tres (3) años, no siendo de recibo el argumento de defensa expuesto por el apoderado de los demandantes en el escrito de alegatos al indicar que no se puede hablar de actos de ejecución continuada, pues en su sentir, al existir variaciones en los precios frente a las otras estaciones de servicio en algunos meses, se interrumpió la permanencia o continuidad de la conducta.

Precisa que, a pesar de los intervalos que se observan en ciertos meses, como mayo y junio de 2009 para la **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RÍO**, en la fijación del precio, la variación es leve, sólo es de dos (2) centavos respecto de las otras estaciones expendedoras de combustible, sin embargo, en la mayor parte del tiempo investigado esa conducta se mantuvo, fue permanente, situación que conlleva a calificarla como de ejecución continuada, en lo que la caducidad comienza a correr a partir de la realización del último acto de ejecución de la misma.

Respecto del término de caducidad de la facultad sancionatoria, el *a-quo* advierte que como la investigación se originó por hechos

sucedidos en el año 2007, podría pensarse que el término de caducidad sería de tres (3) años aplicando la ley vigente en ese momento, es decir, el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, pero por ser una conducta de ejecución continuada, como quiera que a la entrada en vigencia de la nueva normatividad se seguía realizando esa conducta, corresponde definir la situación a la luz de los parámetros de la Ley 1340 de 2009, de manera que el término de caducidad de la potestad sancionatoria del Estado en esta materia es de cinco (5) años.

Indica que dentro del trámite adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio se garantizaron los derechos fundamentales al debido proceso, pues se notificaron en debida forma las decisiones de apertura de investigación y cada una de las etapas adelantadas en ese trámite, de tal forma que las partes tuvieron la posibilidad de interponer los recursos procedentes en contra de las decisiones adoptadas. De ahí que no se encuentra ningún reparo de tipo procesal en el desarrollo de la sanción por acuerdos contrarios a la libre competencia, pues, contrario a lo afirmado por los demandantes, hubo publicidad de las decisiones

garantizando el derecho de interponer los recursos procedentes.

Respecto del régimen probatorio, manifestó el *a-quo* que el procedimiento por infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, se encuentra regulado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009, que dispone que en lo no previsto en ellas se aplicará el Código Contencioso Administrativo, Estatuto que remite, a su vez, en el tema de pruebas, al Código de Procedimiento Civil.

Asegura que, en el anterior contexto, la práctica de la inspección judicial prevista en los artículos 245 y subsiguientes del C. de P. C., determina que quien pida ese medio probatorio expresará con claridad y precisión los puntos sobre los cuales ha de versar, lo que en principio significaría bajo una interpretación restrictiva que la diligencia sólo puede supeditarse a lo solicitado. No obstante, como la finalidad de las pruebas es dar certeza de la ocurrencia de los hechos, la Doctrina ha considerado que en el evento en que el Juez de oficio lo disponga se puede solicitar la ampliación del objeto de

la prueba, de ahí que no encuentra reparo alguno en que se haya dirigido la inspección sobre aspectos no señalados en el auto que decretó las pruebas; sin embargo, si alguna objeción tenían los demandantes frente a la misma, han debido oportunamente refutarla dentro del trámite administrativo.

Respecto del tipo de responsabilidad generada con la conducta sancionada, señala que el Consejo de Estado no ha precisado el tipo de responsabilidad imputable por incurrir en conductas configurativas de acuerdos contrarios a la libre competencia, pues ha establecido, de una parte, que para imponer la sanción no basta la sola demostración de la existencia de acuerdos de precios y, de otra, tampoco es menester probar la intención que tienen las sociedades infractoras al momento de su celebración para que procedan las sanciones de rigor. De ahí que lo relevante, además de la existencia del acuerdo, es que éste tuviera por objeto o por defecto la fijación directa e indirecta de precios, componente claramente subjetivo en la actuación.

Añade que de ello se deriva que, existen componentes de tipo

objetivo y subjetivo al momento de evaluar la conducta, de un lado respecto de la configuración de la realización de una práctica restrictiva –acuerdo de precios- y de otro, que el objeto o efecto de ese acuerdo limite el desarrollo normal de las condiciones del mercado.

Concluye que las disposiciones en materia de prácticas restrictivas tienen como función principal la protección a la libre competencia económica en su dimensión objetiva, como interés general, donde los términos “por objeto” y “como efecto”, más que permitir identificar el componente subjetivo que motivó a las partes a coordinar sus precios, permite analizar la manera como el acuerdo incide sobre el buen funcionamiento del mercado y el interés de los consumidores.

Advierte, por tanto, que no es solo la configuración de la conducta lo que indefectiblemente conlleva la imposición de una sanción, sino la consecuencia causada en detrimento de la actividad que regula la labor comercial. De manera que el acuerdo realizado por las estaciones de servicio del Municipio de Duitama, entre las que se

encuentra la **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RÍO LTDA.**, afectó el normal desenvolvimiento del mercado limitando a los usuarios la libertad de exigencia, pues las empresas prestadoras de ese servicio fijaron precios estándares en sus productos, razón por la que es dable afirmar que se configuró una práctica comercial restrictiva de la competencia.

Respecto de las costas y agencias en derecho, considera que atendiendo lo contemplado en los artículos 188 del C.P.A.C.A., y 365 del Código general del Proceso (C.G.P.), decidió imponer condenar en costas a la **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RÍO LTDA.**, a **NORA ELISA VELANDIA** y a **ORLANDO BARRERA BECERRA**, extremo procesal vencido en el proceso.

Agrega que tomando en consideración el artículo en comento, decide igualmente fijar las agencias en derecho que se hayan causado dentro del presente litigio, para lo cual se acude al Acuerdo núm. 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, que en su artículo 3.1.2., fija como tarifa para los procesos ordinarios de primera instancia con cuantía en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, hasta en un veinte por

ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia. En ese sentido, fija en un dos por ciento (2%) de la estimación de la cuantía establecida en la demanda, por concepto de agencias en derecho.

### **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, en tres (3) puntos:

- EN RELACIÓN CON LA CADUCIDAD Y LA LEY APLICABLE PARA DETERMINAR LA CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA.

Manifiestan los apelantes que en el presente asunto no puede hablarse de conducta permanente o continuada de los accionantes sancionados, puesto que, amén de que no existió el acuerdo de precios que se les endilga, sus actuaciones se interrumpieron en el tiempo y en múltiples ocasiones, como quedó demostrado en el

proceso con *“la prueba obrante en las hojas 59, 60, 61, 68, 69 y 70”* de la Resolución núm. 71794 de 12 de diciembre de 2011, demandada, consistente en tablas que relacionan los precios de la gasolina corriente y ACPM, fijados entre los meses de enero de 2007 y diciembre de 2009, por las estaciones de servicio investigadas y contrastadas con los precios que a juicio de la SIC fueron “sugeridos” durante esa misma época por FENDIPETROLEO.

Consideran que está suficientemente demostrado en el proceso no solo que no existió el acuerdo de precios que se les atribuye, sino que la interrupción en el tiempo de las conductas de las estaciones de servicio permite concluir que las conductas de los actores en este proceso, no pueden calificarse de permanentes o continuadas.

Resaltan que, ya que quedó demostrado que la conducta de los demandantes no fue continuada o permanente, el término de caducidad debe contarse desde que la Superintendencia conoció la ocurrencia del acto constitutivo de la falta, es decir, desde el 1º de abril de 2007, fecha en la que el señor **JORGE ELIÉCER SÁNCHEZ** solicitó a la SIC la apertura de la investigación.

Agregan que teniendo conocimiento de los hechos el 1o. de abril de 2007, la Superintendencia de Industria y Comercio jamás debió abrir investigación, puesto que el 30 de junio de 2010, cuando dictó la Resolución de Apertura de Investigación núm. 33970, ya habían pasado más de tres (3) años y, en consecuencia, habían perdido su facultad sancionatoria por caducidad.

A su juicio, es evidente que los hechos denunciados por el señor **JORGE ELIÉCER SÁNCHEZ**, fueron anteriores a la fecha de la queja, esto es, 1o. de abril de 2007, lo que significa que si se transgredió por los demandantes el orden legal sobre competencia comercial, debían juzgarse aplicando normas vigentes en el año 2007.

Señalan que la Superintendencia de Industria y Comercio, decidió aplicar la Ley 1340 de 2009 y los Decretos 3523 de 2009, 1687 de 2010 y 4886 de 2011, normas éstas que se expidieron con posterioridad a la fecha de los hechos investigados, razón que impide su aplicación retroactiva.

Sostienen que el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público, ya que las personas tienen la confianza y esperanza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos.

- EN RELACIÓN CON LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

Consideran los apelantes que todos los interrogatorios realizados en el proceso que culminó con las Resoluciones demandadas transgredieron los derechos consagrados en los artículos 29 y 33 de la Constitución Política, al punto que olvidándose de que las personas naturales investigadas no estaban obligadas a declarar contra sí mismas, se les exigió, bajo la gravedad del juramento, contestar preguntas auto-incriminatorias.

Aseguran que las Resoluciones acusadas muestran que a las personas naturales sancionadas, esto es, **ORLANDO BECERRA**

**BARRERA** y **NORA ELISA VELANDIA**, se les castiga con base en sus propios dichos, que son la única prueba que los incrimina.

Manifiestan que el derecho a no declarar contra sí mismo entra en el núcleo de derechos integrantes de la legítima defensa del inculcado. Esta facultad la tiene tanto el comprometido en una situación de carácter penal, como el que se ve incurso en una contravención administrativa.

Destacan que al inculcado le asiste la opción de no exteriorizar su voluntad auto incriminatoria en forma que nadie puede obligarlo a confesarse culpable, en contrariedad con el derecho a la presunción de inocencia.

Aducen que tiene así mismo este postulado (derecho a no declarar contra sí mismo), una dirección definida de proscribir el juramento del encartado a decir la verdad y privarle de poder invocar a su favor la exención del deber de declarar cuando se refiera a hechos que puedan perjudicarlo.

Indican que el derecho a la presunción de inocencia implica, en primer lugar, la necesidad de que toda sanción, sea penal o administrativa, tenga sustento serio en la actividad probatoria desplegada en el respectivo expediente, y en forma que se torna lesión a dicha presunción cuando la condena no se fundamenta en estas pruebas.

A su juicio, los medios de prueba arrojados a la actuación administrativa desplegada por la Superintendencia adolecen de graves irregularidades, debido, entre otras cosas, a que a los investigados se les tomó juramento y se les constriñó a responder todas las preguntas bajo ese apremio y a que en la inspección practicada por la SIC no se determinaron los puntos objeto de examen.

- EN CUANTO A LA APLICACIÓN INDEBIDA DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

Consideran los apelantes que el problema jurídico a resolver se reduce a determinar si con las decisiones adoptadas por las

empresas investigadas y particularmente por **NORA ELISA VELANDIA, ORLANDO BECERRA BARRERA** y la **ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DEL RÍO LTDA.**, se incurrió en conductas calificadas como restrictivas de la competencia, a la luz de lo normado por el Decreto 2153 de 1992.

Indican que a la Superintendencia solo le bastó para sancionar, la demostración de la existencia de una similitud de precios, que resulta ser un indicio, pero no tuvo en cuenta su objeto y mucho menos sus efectos, es decir, si efectivamente existió o no limitación de la competencia, o si los precios acordados eran inequitativos.

Sostienen, con fundamento en las Resoluciones demandadas, que la Superintendencia supone que solo basta con que tenga lugar el acuerdo directo o indirecto de fijación de precios, para considerar que se contraría la libre competencia.

Concluyen afirmando que 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.

#### **IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

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

#### **V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

En orden a estudiar el asunto que ocupa la atención de la Sala se analizarán los siguientes puntos: 1). La caducidad y la Ley aplicable para determinar la caducidad de la facultad sancionatoria; 2). La vulneración del derecho a la no auto incriminación y a la presunción

de inocencia; y, 3). La aplicación indebida de la responsabilidad objetiva.

**. La caducidad y la Ley aplicable para determinar la caducidad de la facultad sancionatoria.**

Sea lo primero señalar que la Constitución Política de 1991, en su artículo 333, estableció, como pilar fundamental de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro del bien común y que *“la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*.

En ese orden de ideas, la Ley 155 de 1959, modificada por el Decreto 3307 de 1963, define y prohíbe 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, a establecer monopolios y prácticas de competencia desleal.

Posteriormente, mediante la expedición del Decreto 2153 de 1992, se definió la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, y se asignó dentro de sus funciones la de tramitar las quejas formuladas por los particulares sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia, norma que fue derogada por el Decreto 3523 de 2009, y está última, a su vez, modificada, por el Decreto 1687 de 2010, manteniendo la función de conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales.

Finalmente, mediante la expedición de la Ley 1340 de 2009, se actualizó la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones de los mercados actuales, con el fin de optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.

Corresponde a la Sala, en primer término, determinar si la conducta desarrollada por los demandantes, que dio lugar al inicio de la actuación administrativa desarrollada por la Superintendencia y que culminó con la expedición de las Resoluciones enjuiciadas, se cataloga como "Instantánea", es decir, cuya ejecución se establece en un solo momento, o si, por el contrario, es de carácter "Continuado o Permanente", lo que significa que el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el acuerdo de precios se produjo y se conservó por las distribuidoras de combustibles relacionadas en las Resoluciones acusadas hasta el mes de diciembre de 2009, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos de las Tablas núms. 6, 7, 8, 9 y 10, así como en la Gráfica núm. 5, visibles en el anverso y reverso de los folios 146 y 147 del cuaderno de Anexos de la demanda, lo que le permite concluir a la Sala que la conducta cometida por los demandantes

catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada.

Ahora bien, siendo la conducta continuada por parte de los demandantes (aspecto este que se analizará más ampliamente en el último punto), para la Sala no existe el menor asomo de duda de que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico.

Se observa que para el momento en que se inició la investigación, esto es, el año 2007, se encontraba en vigencia el otrora Decreto 2153 de 1992, que en su artículo 52 establecía el procedimiento para determinar si existía una infracción a las normas de promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas a la libre competencia reglando en su último inciso que *“en lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo”*, lo que significaba, por antonomasia, que la facultad sancionatoria del Estado en esta materia caduca en el término de tres (3) años previsto en el artículo 38 de dicha Codificación.

Sin embargo, observa la Sala que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 1340 (*"Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"*), esto es, el 24 de julio de 2009<sup>1</sup>, los distribuidores de combustibles relacionados en las Resoluciones demandadas continuaban desarrollando las conductas constitutivas como infractoras a las normas de promoción de competencia y práctica comercial restrictiva, extendiéndolas hasta el mes de diciembre de ese mismo año, sometiéndose, en consecuencia, a la legislación vigente por esa fecha, esto es, la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 27 reza:

*"Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria.- La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado" (Resalta la Sala).*

Se advierte, en conclusión, que desde la última fecha de ejecución de la conducta contraria a las normas de promoción de la

---

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial núm. 47.420 de julio 24 de 2009.

competencia, esto es, diciembre de 2009, hasta la fecha de notificación de las Resoluciones núms. 71794 del 12 de diciembre de 2011 y 11651 de 29 de febrero de 2012, es decir, los días 16 de diciembre de 2011<sup>2</sup> y 13 de marzo de 2012<sup>3</sup>, respectivamente, no había transcurrido el término de cinco (5) años, a que se refiere el artículo 27 antes citado a efectos de que se produjera el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado.

Es por ello que, para la Sala, no tiene vocación de prosperidad el cargo propuesto por los actores, reiterado en su recurso de apelación.

**. Vulneración del derecho a la no auto incriminación y a la presunción de inocencia.**

En este punto, manifiesta la parte apelante que todos los interrogatorios rendidos en el proceso que culminó con las Resoluciones demandadas, transgredieron los derechos consagrados en las normas constitucionales citadas en su demanda, al punto que, *“olvidándose de que las personas investigadas, no*

---

<sup>2</sup> Visible en el reverso del folio 179 del cuaderno de Anexos de la demanda.

<sup>3</sup> Visible en el reverso del folio 253 del cuaderno de Anexos de la demanda.

*estaban obligadas a declarar contra sí mismas, se les exigió, bajo la gravedad de juramento, contestar preguntas auto incriminatorias”.*

Sea lo primero señalar que el principio de la no auto incriminación encuentra respaldo, en nuestro ordenamiento constitucional, en el artículo 33 superior que establece que “**nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo** o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (Destaca la Sala fuera de texto).

Sin embargo, respecto de este principio la Corte Constitucional, mediante sentencia C-258 de 2011<sup>4</sup>, precisó que:

*“Sobre el ámbito de aplicación de la garantía de no autoincriminación, la jurisprudencia de la Corte, inicialmente, había señalado que su contenido “solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía”, pero con posterioridad puntualizó que tal principio, en los términos textuales de la regla Constitucional, reviste una amplitud mayor, pues ésta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos, por lo que cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas, ya*

---

<sup>4</sup> Expediente D-8244, Magistrado ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*que se orienta a proteger a las personas frente a la actividad sancionatoria del Estado. En esa medida siendo el derecho disciplinario una expresión del ius puniendi del Estado, la garantía del artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas”.*

En el mismo fallo, dicha Corte agregó que:

*“Si bien la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio y a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas, pues dicha garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral, consagrándose en ese contexto un derecho a guardar silencio, del cual, a su vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no pueda tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad”.(Subrayas fuera de texto)*

Dentro del trámite del proceso de investigación por infracción a las normas sobre promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas a la misma, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009, establece que en lo no previsto en dichas disposiciones se aplican las normas del

Código Contencioso Administrativo. Pues bien, en materia probatoria, el artículo 168 *ibídem* consagra la admisibilidad del régimen de pruebas previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Dentro de este contexto normativo, el Código de Procedimiento Civil establece la posibilidad de practicar inspecciones judiciales así como interrogatorios de parte, entre otros medios de prueba, con el propósito de obtener la verdad y certeza de los hechos sometidos a examen judicial.

Respecto del interrogatorio de parte, la Corte Constitucional ha sostenido, en Sentencia C-559 de 2009<sup>5</sup>, que:

*“El interrogatorio o declaración de parte tiene por objeto obtener de los demandantes o demandados la versión sobre los hechos relacionados con el proceso, toda vez que suministra certeza al Juez sobre la verdad de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda o de las excepciones, y con él se busca formar el convencimiento judicial respecto de la realización de determinados hechos que interesan al proceso, pues constituyen el sustento de las peticiones presentadas por las partes dentro del mismo. Puede llegar a configurar una confesión, siempre y cuando recaiga sobre hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria y se cumplan los demás*

---

<sup>5</sup> Expediente D-7592, Magistrado ponente: Nilson Pinilla P.

*requisitos señalados por el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil”.*

Significa lo precedente que bien puede el citado a interrogatorio de parte guardar silencio frente a lo que él considere que lo auto incrimina, sin que pueda ser tenido dicho silencio como indicio en su contra.

Respecto de la inspección judicial, establece el artículo 245 y siguientes del C. de P. C., que quien pida la práctica de esa prueba “*expresará con claridad y precisión los puntos sobre los cuales ha de versar...*”, sin embargo, se admite la posibilidad de que el Juez, oficiosamente, pueda buscar la ampliación del objeto de la prueba, siempre con el ánimo de obtener la verdad procesal. Así, sostuvo, la Corte Constitucional, en sentencia T-731 de 2013<sup>6</sup>:

*“Resulta importante precisar que si bien el actor no obró diligentemente en el proceso reivindicatorio en mención, en la medida en que no dispuso de lo necesario para la práctica de la inspección judicial del predio ‘Monterrey’ - aspecto que explicará la Sala en el siguiente numeral-, ello no exime al juzgador de su deber de hacer lo posible para determinar la verdad judicial en los procesos que decide. Sobre este aspecto, la Corte, en la*

---

<sup>6</sup> Expediente T-3884027, Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

*sentencia T-264 de 2009, señaló que una manifestación del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia es el deber de quienes administran justicia de "buscar que las sentencias se basen en una verdad judicial que se acerque lo más posible a la verdad real" bajo el entendido de que "los procedimientos judiciales son medios para alcanzar la efectividad del derecho y no fines en sí mismos". Específicamente, con relación a la verdad judicial, la Corte sostuvo que en el marco de la Constitución Política "arribar a la verdad es algo posible y necesario" y que la solución justa a los conflictos, como finalidad de la administración de justicia, supone la adopción de las decisiones judiciales sobre una consideración de los hechos que pueda considerarse verdadera".*

En este orden de ideas, y revisado el trámite de la actuación administrativa adelantada contra los demandantes por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, no observa la Sala violación al derecho constitucional fundamental al debido proceso alegado por los apelantes en la práctica de las diligencias probatorias desarrolladas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por tal motivo, la Sala no encuentra vocación de prosperidad al cargo expuesto en la demanda y reiterado en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

**. En cuanto a la aplicación indebida de la responsabilidad objetiva.**

Se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio expidió las Resoluciones acusadas, como resultado de la investigación administrativa adelantada contra los actores, 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.

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...”. (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.”**(Negrillas fuera de texto.)

Además, es del caso citar el artículo 45, numeral 1, del antes citado Decreto, que 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**”. (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**". (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.**" (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 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 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" (Resalta 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.*

Por estos motivos, para la Sala tampoco tiene vocación de prosperidad la inconformidad expresada por los demandantes en su recurso de apelación, por lo que confirmará, en todas sus partes, la sentencia impugnada.

**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 13 de noviembre de 2014.



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

**GUILLERMO VARGAS AYALA**  
Presidente

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**