



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 21821 DE 2004

(01 SET. 2004)

"Por la cual se impone una sanción y se prohíbe la ejecución de una conducta"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

en ejercicio de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución 28589 del 30 de septiembre de 2003, el Superintendente Delegado para Promoción de la Competencia abrió investigación en contra de las empresas: Cooperativa de Transportadores de Zipaquirá; Cooperativa Colombiana de Transportadores Ltda. -COOPECOL-; Transportes Rápido Nietos Ltda.; Cristalería Peldar S.A., en adelante PELDAR, y Vidriería el Rubí Ltda., tras encontrar indicios respecto a la posible violación del numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo sentido, se ordenó investigar a las personas que ejercen la representación legal de las empresas mencionadas, para determinar si autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a las normas sobre promoción de la competencia, de conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: Que atendiendo el procedimiento establecido para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de la investigación y corrido el traslado de ley, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la actuación adelantada.

TERCERO: Que conforme a lo ordenado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficios números 03033005-10031-10032-10033-10034-10035 del 23 de abril de 2004, fue trasladado el informe motivado a los involucrados en la investigación, quienes expresaron sus opiniones frente al mismo, las cuales podemos resumir de la siguiente manera:

- o *Observaciones al informe motivado presentadas por el Presidente de Cristalería Peldar S.A.*

Manifiesta en su escrito que PELDAR, en su calidad de fabricante y comercializador de vidrio plano para la construcción, asistió a una reunión celebrada entre los transportadores y distribuidores de dicho producto, con el fin de pactar los fletes de transporte. Agrega que con ocasión de la citada reunión, surgieron unos acuerdos entre los transportadores y distribuidores.

Afirma que PELDAR siempre creyó estar obrando dentro de la ley, sin tener intención de crear restricciones o diferenciaciones entre sus distribuidores. Adicionalmente, su papel en el asunto fue el de colaborar en la organización de la reunión propuesta por transportadores y distribuidores de vidrio plano.

Aduce que a través de su participación en la reunión, solamente buscaba favorecer al

consumidor, al lograr precios más equitativos para los usuarios del servicio de transporte, lo que se refleja en el costo final del vidrio. Manifiesta que su empresa no se ve beneficiada por el acuerdo, ya que no paga los fletes por el transporte, ni tampoco los cobra, por lo que lo único que busca es lograr precios más competitivos, a través de la reducción de costos.

Cita apartes del concepto 0182559 emitido por la Oficina Jurídica de esta Entidad, en el cual se establece que en los acuerdos de reparto de mercado verticales no siempre opera la ilegalidad *per se*, por cuanto las empresas no se hayan en posición de competencia y, por ende, no hay lugar a la restricción de la misma. Agregando que si lo que se busca por los intervinientes de la cadena es optimizar la eficiencia de una operación, como resultado de lo cual pueden resultar beneficios para los consumidores, al obtener mejores productos o precios, el acuerdo no es anticompetitivo. En el caso de que el acuerdo tenga como finalidad, establecer condiciones restrictivas al mercado y no su optimización, éste devendría en anticompetitivo.

El anterior escrito fue adicionado por el oficio 03033005 -10038, en el que el apoderado de PELDAR expuso lo siguiente:

Considera que de no haberse realizado el acuerdo, los fletes se habrían incrementado entre el grupo de distribuidores y las empresas transportadoras, pero posiblemente no en un nivel similar para todos los distribuidores que participaron en el acuerdo, sino más altos a los alcanzados con el acuerdo.

Así mismo, señala que las partes del acuerdo fueron las empresas transportadoras del vidrio de PELDAR y algunos distribuidores. Respecto a estos últimos, afirma que no todos firmaron el acuerdo, a pesar de que fueron invitados a participar, y agrega que a las reuniones se invita a todos los distribuidores, quienes finalmente deciden si asisten o no, sin que haya retaliación alguna para quienes deciden no concurrir. En este sentido, aduce que el único efecto que se desprende para los distribuidores que no asisten, es que tendrán que pactar el flete con cada transportador.

Respecto de los transportadores de vidrio plano, señala que existen condiciones especiales para el transporte del vidrio, por lo que son pocos los que se especializan en el transporte del mismo. Tal condición ha generado que éstos tengan una "*posición fuerte al momento de entrar a negociar los fletes que se impondrán a los clientes*".

Continúa el apoderado de PELDAR manifestando que si se deja que cada distribuidor de vidrio plano negocie por aparte, quedarán en una posición débil de negociación con los transportadores, quienes le fijarán los precios que estimen, y dada la *restricción natural de oferta del servicio*, el distribuidor deberá aceptar las condiciones del transportador.

Señala que PELDAR tiene el máximo interés en que su producto llegue al consumidor final con el mejor precio, y siendo el flete un componente importante del mismo, al lograr menores costos, ese beneficio se traslada al consumidor final y en tal sentido se logra poner en el mercado un producto más *competitivo*. Desde el punto de vista del mercado, según dice, PELDAR cuenta con una participación en ventas del 45.7% de las ventas del 2003. Si se tiene en cuenta que el competidor de esta empresa produce 20.000 toneladas anuales de vidrio, la participación en ventas de PELDAR se reduce al 39%, por lo que al existir una competencia tan grande, es de su mayor interés ofrecer a su consumidor final un producto a precios muy competitivos.

Señala que el acuerdo realizado no es anticompetitivo, argumentado:

- De no existir acuerdo se habría incrementado los fletes, seguramente en un porcentaje superior.
- Quienes no suscribieron el acuerdo no quedan excluidos del servicio de transporte.
- El acuerdo produjo una optimización del ciclo productivo ya que *regula* el incremento del costo externo de las partes, dando certeza de la estructura del precio al comerciante, por un período definido.
- No hay partes afectadas con el acuerdo, el mercado no se restringe y el consumidor se beneficia.

Entra posteriormente a señalar que no hay perjuicio con la realización del acuerdo, aduciendo:

Frente a los transportadores, manifiesta que ninguno de ellos se ha quejado y por el contrario libremente pactaron con los clientes los costos del servicio. Esto, sumado a que la fijación de fletes, no está sometido al libre juego de la oferta y la demanda, ya que existe, por parte del gobierno, una regulación de los fletes que restringen la competencia, pero que esta Entidad los considera lícitos. En esa medida no se puede hablar de mercados regidos por las leyes del mercado.

Respecto de los distribuidores que suscriben el acuerdo, son directamente beneficiados del mismo, dado que logran tener los costos determinados para su actividad por un período fijo de tiempo. Los que no suscribieron el acuerdo tiene que negociar con cada transportador directamente.

Afirma el apoderado que si la Resolución 3000 los cobijara, no tendrían que ir obligatoriamente a pactar los fletes con quienes les prestan el servicio. Si lo hacen individualmente, como de hecho lo pueden hacer, tendrían que buscar el mejor precio posiblemente en condiciones más difíciles. Por lo que se decide negociar en grupo para buscar mejores condiciones.

Respecto de los transportadores que no suscribieron el acuerdo, señala que no existe de manera organizada ninguna empresa que preste este servicio, diferentes a las transportadoras investigadas. Frente a los consumidores, éstos se ven beneficiados con el acuerdo suscrito, ya que los fletes son más bajos.

- ***Observaciones al informe motivado presentadas por el apoderado de las empresas Cooperativa de Transportadores Zipaquirá, Transportes Rápido Nietos Ltda y Cooperativa Colombiana de Transportadores Ltda.***

De acuerdo con el apoderado, esta Superintendencia ha venido sosteniendo el criterio de la ilegalidad *per se* frente al tema de acuerdos restrictivos, según la cual basta que exista un acuerdo que tenga por objeto o como efecto la fijación de precios, para que esta conducta sea sancionada, sin que se requiera realizar un análisis de las conductas, de la intención de las partes, o de los efectos de la misma en el mercado. Agrega que contrario a este sistema de análisis, se encuentra la regla de la razón, mediante la cual se analiza la conducta restrictiva a partir de la óptica de los beneficios y ventajas que la misma puede arrojar al mercado y a los consumidores.

Bajo la regla *per se*, el informe motivado señaló la efectiva realización de un *acuerdo anticompetitivo* y recomendó la sanción tanto de las personas naturales como de las jurídicas, investigadas.

De igual manera, el apoderado afirma que esta Entidad omitió probar o determinar el supuesto objeto o el efecto anticompetitivo del acuerdo y por tanto la conducta de las partes, es decir se omitió probar que la conducta era anticompetitiva. Para el apoderado, la regla *per se* no exime a esta Superintendencia del deber de probar el objeto o el efecto anticompetitivo, ya que tal método de interpretación significaría un desconocimiento de los principios del derecho administrativo sancionador, entre ellos el de la carga de la prueba.

En su criterio, a lo largo de la investigación se probó la utilidad y razón del acuerdo investigado, adicionalmente considera que el acuerdo no restringía, ni limitaba, ni eliminaba la competencia, dentro del sector del mercado, ya que no existen barreras de acceso al mismo, por lo que cualquiera puede ingresar a éste, los diferentes oferentes del servicio compiten entre sí y los consumidores gozan de diferentes alternativas a la hora de adquirir o comercializar el vidrio, ya que pueden contratar la empresa de transporte que estimen idónea o asumir directamente el transporte de la mercancía.

Considera que si el transporte de vidrio plano no es especial, *"no es lógico penar a sólo tres (3) empresas, y a sus directivos, que detentan una porción mínima en el mercado de transporte."* Afirma que no solo no existió restricción de la competencia, sino que así hubiera existido, no se demostró su origen, ni causa o que la misma resultara imputable a los investigados.

Agrega que con la realización de la conducta por parte de las empresas, la Superintendencia defiere en cabeza de los representantes legales de las empresas investigadas, por presunción legal extensiva de lo dispuesto en los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, las conductas de autorización, ejecución y tolerancia respecto del acuerdo celebrado.

De otra parte, afirma que los argumentos de la defensa no fueron considerados por parte de esta Entidad, así:

En primer lugar, la industria del transporte es una actividad reglada y considerada como servicio público. Manifiesta que en tratándose de tarifas, todos los fletes sin importar la modalidad de transporte se encuentran regladas por la autoridad competente. Sin embargo, existen ciertas mercancías que por sus características son consideradas como especiales y peligrosas.

A pesar de que el transporte de vidrio plano no ha sido considerado por las normas que reglamentan la materia como carga especial o peligrosa, algunas autoridades del sector han reconocido que por sus particulares condiciones, el transportador debe asumir medidas especiales para su transporte, lo cual quedó probado a lo largo de la investigación, a través de conceptos y testimonios.

Afirma que de acuerdo con la opinión expresada por un funcionario de la Superintendencia de Puertos y Transporte, *"si bien es cierto que el transporte de vidrio no se considera dentro del transporte de carga como una mercancía peligrosa y menos aún se encuentra jurídicamente designado como delicado, su transporte y embalaje tiene algunos elementos esenciales, situación que lo aparta de la aplicación de la tabla de fletes oficial"*.

Menciona que al no haber una tabla de fletes aplicable para el transporte de vidrio plano, resulta necesario que las partes determinen algún mecanismo que les sirva de criterio objetivo para establecer los costos de este tipo de actividades. Por lo que el acuerdo en comento, más que ser un acuerdo restrictivo de la competencia, es un mecanismo que permite reglar una actividad que es calificada como de servicio público, entre contratantes, allí donde la autoridad competente ha previsto la desregulación por virtud de la complejidad de este tipo de operación de transporte.

Cita una parte de la doctrina que ha reconocido que “[l]as normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas resultan aplicables a todo aquel que desarrolle una actividad económica, siempre que dicha actividad no esté sometida a un régimen especial de libre competencia.” A este respecto, manifiesta el apoderado que para el caso en comento es aplicable tal afirmación ya que el transporte es una actividad reglada y cuenta con una calificación de servicio público, lo que la hace subsumirse en un régimen especial de competencia, por lo que no sería muy claro poder imputar la práctica restrictiva de competencia a quienes obran en consecuencia con lo dispuesto o regulado por la autoridad de la materia.

Señala que el acuerdo en estudio no tiene por objeto ni como efecto restringir la competencia, conclusión diferente a la de esta Entidad. Adicionalmente señala que en el informe motivado no se determina con claridad si el acuerdo tiene como objeto o como efecto restringir la competencia, circunstancia ésta que no se podría probar, ya que esta Superintendencia no cuenta siquiera con un indicio que le permita concluir que con dicho acuerdo se limita el acceso al mercado o se elimina la competencia entre los diferentes agentes transportadores.

De otra parte, alega el apoderado que no es posible la aplicación de una responsabilidad de naturaleza objetiva, como lo ha venido haciendo esta Entidad. Hace referencia a la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en la cual se expresó que una aplicación exegética de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153, sin considerar la intención de las partes o los efectos anticompetitivos del acuerdo, daría lugar a una responsabilidad objetiva, la cual se encuentra proscrita de la jurisprudencia del derecho administrativo sancionador. Adicionalmente, que las normas sobre prácticas comerciales restrictivas imponen a esta Superintendencia, la obligación de demostrar que la conducta investigada, restringe, limita o afecta la competencia.

Finalmente, afirma que la Superintendencia no probó que el acuerdo en estudio fuera restrictivo de la competencia o que éste hubiera generado distorsiones dentro del mercado, o que su aplicación haya afectado a los consumidores.

• **Vidriería El Rubí Ltda**

Se deja constancia de que transcurrido el término concedido para la presentación de las observaciones al informe motivado, el apoderado de Vidriería El Rubí Ltda. y de su representante legal, no presentó escrito alguno.

CUARTO: Que habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

1

1 Adecuación normativa

De acuerdo con el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Así, la configuración de esta conducta puede presentarse en cualquiera de los siguientes sentidos:

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

Es importante señalar que los sentidos aludidos resultan independientes y susceptibles de aplicación propia, con lo que la presencia de cualquiera de ellos, dará lugar a la infracción del precepto normativo a que estamos haciendo referencia. En esta perspectiva tenemos:

a. **La existencia de un acuerdo que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios**

La ley ha definido el término "acuerdo" como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.¹ De esta forma, las fuentes del acuerdo tienen su esencia en cualquiera de estas figuras, que presentan como rasgo común, una voluntad exterior de la cual se colige un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos.

Por su parte, el "objeto" de la conducta está relacionado con aquellos comportamientos que en razón a su propia naturaleza, se revelan potencialmente idóneos o capaces de ocasionar un daño en el mercado o de causar un agravio a las finalidades pretendidas en un esquema de libre competencia, y que para el caso específico, guardan relación con la aspiración de que exista variedad de precios.²

Así, entonces, el ingrediente normativo de este supuesto recae sobre el carácter ilegal y la imposibilidad que tienen las empresas para fijar de manera concertada los precios de sus productos. Esta fijación, valga agregar, puede consistir en un precio determinado o determinable, ya sea de compra o de venta, e incluso sobre precios diferentes; rangos o umbrales de fijación (piso y techo); determinación de componentes (descuentos, intereses, márgenes de rentabilidad) y, en general, cualquier fórmula que substraiga de la esfera

¹ Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 1°.

² De acuerdo con el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio "[v]elar la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios". (Subrayado nuestro).

individual de los competidores la asignación de los precios de sus productos, para dar paso a un comportamiento coordinado, capaz de anular este factor de competición.

Ahora bien, de cara al caso que ocupa nuestra atención, debemos señalar que las probanzas realizadas a lo largo de la investigación, ponen de presente la existencia de un acuerdo entre la empresa Peldar y sus transportadores, orientado a fijar los fletes del transporte del vidrio plano, desde la planta de producción ubicada en Cogua, hacia los distintos lugares de destino.

En efecto, se ha podido establecer que, por convocatoria de los tres únicos transportadores de vidrio plano a nivel nacional,³ el 12 de febrero de 2003 tuvo lugar una reunión en la sede de la Cooperativa Colombiana de Transportadores Ltda., ubicada en la ciudad de Bogotá, a la cual asistieron representantes de la Cooperativa de Transportadores de Zipaquirá; Cooperativa Colombiana de Transportadores Ltda., - COOPECOL-; Transportes Nietos Ltda., Cristalería Peldar S.A. y de Vidriería El Rubí Ltda, en la que fueron acordados los fletes que regirían para el transporte de vidrio plano durante el año 2003, para cada una de las rutas de destino del producto.

En el expediente obra la respectiva copia del acta de la reunión, suscrita por los representantes legales de las empresas Cooperativa de Transportadores de Zipaquirá, Cooperativa Colombiana de Transportadores Ltda., - COOPECOL -, Transportes Nietos Ltda., en el cual se dejó constancia de lo siguiente:

"EN REUNION CELEBRADA EN LA SEDE DE LA COOPERATIVA COLOMBIANA DE TRANSPORTADORES LTDA 'COOPECOL' EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C., EL DIA 12 DE FEBRERO DEL AÑO 2003, SE PACTARON LOS FLETES QUE SE REALACIONAN A CONTINUACIÓN CON UN INCREMENTO DEL 6.5% A PARTIR DEL DIA 13 DE FEBRERO DEL AÑO 2003, CON UNA VIGENCIA A 31 DE DICIEMBRE DEL MISMO AÑO, ENTRE LAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS Y COMERCIANTES DE VIDRIO PLANO Y CRISTALERIA PELDAR S.A. (Subrayado nuestro)

TARIFA FLETE VIDRIO PLANO URBANO AÑO 2003

ORIGEN: PLANTA COGUA

DESTINO	PORCENTAJE	VALOR FLETE
---------	------------	-------------

³ En la denuncia presentada por el Señor Eugenio Barajas Anaya, gerente propietario de Mayoristas Asociado, manifiesta: "[l]as empresas transportadoras son:

- Cooperativa Transportadores Zipaquirá
- Cooperativa Colombiana de Transportadores Ltda. (COOPECOL)
- Transportadores Rápido Nietos Ltda.

Se hizo una reunión en Bogotá por parte de dichas transportadoras a la cual fui invitado y por razones de fuerza mayor no pude asistir". Folios 53 a 55 del expediente 03033005.

En el mismo sentido, el Señor Gustavo Grimaldos en interrogatorio rendido el 15 de abril de 2004, manifestó: "Pregunta 10: Sabe usted con base a qué criterios se fija el valor del transporte del vidrio plano. Respuesta: Generalmente las empresas transportadoras nos citan a reuniones anualmente para pactar el flete, este convenio siempre se hace por un año. Ellos invitan a todos los distribuidores del país y urbanos a dichas reuniones, pero son pocos los que asisten". Folios 242 a 248 del expediente.

1

CHIA	6.5%	12.889
CHIQUEQUIRA	6.5%	37.567
DUITAMA	6.5%	40.015
IBAGUE	6.5%	44.572
NEIVA	6.5%	56.279
BOGOTA PRIMER SECTOR	6.5%	17.881
BOGOTA SEGUNDO SECTOR	6.5%	21.211
BOGOTA TERCER SECTOR	6.5%	23.118
VILLAVICENCIO	6.5%	45.793
ZIPAQUIRA	6.5%	12.997
GIRARDOT	6.5%	40.965
FUSAGASUGA	6.5%	37.567

"EN REUNION CELEBRADA EN LA SEDE DE LA COOPERATIVA COLOMBIANA DE TRANSPORTADORES LTDA - COOPECOL - EN LA CIUDAD DE BOGOTA D.C., EL DIA 12 DE FEBRERO DEL AÑO 2003, SE PACTARON LOS FLETES QUE SE RELACIONAN A CONTINUACION CON UN INCREMENTO DEL 7%, A PARTIR DEL 13 DE FEBRERO DE 2003, CON VIGENCIA A DICIEMBRE 31 DEL MISMO AÑO ENTRE LAS EMPRESAS TRANSPORTADORAS Y COMERCIANTES DE VIDRIO PLANO Y CRISTALERIA PELDAR" (Subrayado nuestro)

TARIFA DE FLETE VIDRIO PLANO NACIONAL AÑO 2003

ORIGEN: PLANTA COGUA

DESTINO	VALOR FLETE
ARMENIA	\$63.813
BARRANCABERMEJA	\$75.064
BARRANQUILLA	\$85.144
BUCARAMANGA	\$58.850
CARTAGO	\$66.091
CALI	\$66.091
CARTAGENA	\$90.169
CUCUTA	\$79.976
ENVIGADO	\$64.663
MALAGA	\$77.312
MANIZALEZ	\$63.813
MEDELLIN	\$64.663
MONTERIA	\$93.727
OCAÑA	\$94.775
PASTO	\$100.828
PEREIRA	\$63.813
POPAYAN	\$75.271
RIOACHA	\$94.484
SANTA MARTA	\$88.355
SINCELEJO	\$93.797
VALLEDUPAR	\$87.989

En el mismo sentido, se logró establecer que la reunión del 12 de febrero del año 2003, no fue la única en que la empresa Peldar y sus transportadores definían de común acuerdo el valor de los fletes por el servicio del transporte de vidrio plano.⁴

⁴ Declaración rendida por el señor Gustavo Grimaldos Duarte, representante legal de Vidriería El Rubí Ltda., folios 242 a 248 del cuaderno 1 del expediente 03033005.

"Pregunta 28: Indique al Despacho, si con posterioridad a la reunión de febrero de 2003 ha habido otras reuniones para discutir el tema de fijación de fletes?

Respuesta: Pues creo que la próxima reunión fue la del 2004, a la cual no fui invitado, por lo tanto no asistí. Pero los fletes ya fueron incrementados como en un 8% y estamos pagando esos precios desde marzo.

En todo caso, es importante resaltar que tanto las reuniones sostenidas, como el objeto de las mismas, son circunstancias que en ningún momento han sido desconocidas por los investigados. Más bien se tiene lo contrario, y es que todos coinciden en que las reuniones se llevaron a cabo y que en ellas se acordaron los fletes del transporte de vidrio plano, desde la planta de Peldar, ubicada en el municipio de Cogua, hasta los diferentes puntos de distribución.⁵

⁵ El señor Jesús Waldo Hernández Ardila, en su calidad de gerente de Cooperativa de Transportadores de Zipaquirá, manifestó:

"Pregunta 5: Indique al Despacho quién fija el valor del flete para el transporte de vidrio plano en la empresa que usted representa?"

Respuesta: El valor del flete para el transporte del vidrio plano se fija entre Peldar, los distribuidores de vidrio plano y las empresas de transporte de carga del vidrio, mediante una reunión que se hace anualmente y se toma como parámetro la tabla de fletes establecida por el Ministerio de Transporte, en este caso basados en la Resolución N° 03000 del 19 de mayo de 2003. Siempre se ha hecho así. No somos sino tres empresas las que transportamos vidrio plano."

- De igual manera, el señor Víctor Manuel Nieto Bernal, en su calidad de gerente de Transportes Rápido Nietos Ltda., reconoció lo siguiente:

"Pregunta 11: Indique al Despacho, si tiene usted conocimiento de si ha habido reuniones entre empresas transportadoras de vidrio, los generadores de la carga y los comercializadores de vidrio plano, en caso afirmativo, indique cuál ha sido el propósito de esas reuniones?"

Respuesta: Sí ha habido reuniones para fijar el flete, partiendo siempre de la Resolución N° 3000, en la cual se fijan unos fletes mínimos para el transporte.

"(...)"

"Pregunta 13: Indique al Despacho, si lo recuerda. Quiénes asisten a las reuniones a las que se refirió en respuestas anteriores?"

Respuesta: Asisten representantes de Cristalería Peldar S.A., los representantes de las tres empresas transportadoras que retiran el vidrio de Peldar y algunos destinatarios, en este caso comerciantes.

"(...)"

"Pregunta 15: Indique al Despacho, si los fletes fijados en las reuniones a que hace referencia están contenidos en alguna tabla o documento?"

Respuesta: Están contenidos en el documento el cual reposa en la Superintendencia."

- Así mismo, el señor Noe Baquero Benavides en su calidad de gerente de Cooperativa Colombiana de Transportadores -Coopecol -, manifestó lo siguiente:

"Pregunta 9: Informe al Despacho, si tiene conocimiento, de la reunión realizada el 12 de febrero de 2003 en la ciudad de Bogotá, en caso afirmativo indique los términos en que se desarrolló la reunión, quienes participaron en dicha reunión y cuál fue el propósito de la reunión?"

Respuesta: En esta reunión asistieron funcionarios de Peldar que es el generador de la carga, gerentes de las tres únicas empresas transportadoras de vidrio plano en el país, Rápido Nieto, La Zipaquireña y el suscrito y algunos comerciantes de vidrio. El motivo de la reunión fue acordar, como anoté antes, los fletes para este vidrio, el Ministerio no los tiene fijados. La tabla no se cumple por distintos factores: (i) escasez de vehículos en los puertos y el flete supera la tabla (ii) por que hay que movilizar la carga a sitios denominados zona roja (iii) paro de transportes.

"Respuesta: Si lo conozco, allí se encuentra mi firma.

- En este mismo sentido, aparecen las declaraciones del señor Gustavo Grimaldos, representante legal de la Vidriería El Rubí Ltda., quien sobre el punto expresó:

"Pregunta 11: Quién fija el valor del flete para el transporte del vidrio plano desde la planta de Peldar hasta el distribuidor?"

Pero no solo coinciden las declaraciones entre sí, sino que éstas guardan plena relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que quedaron consignadas en las diferentes actas y demás documentos que reposan en el expediente. Todo lo cual lleva a este Despacho a concluir que entre Peldar y las empresas de transporte investigadas se han realizado acuerdos con el objeto de fijar el flete del transporte del vidrio plano.

Ahora bien, aún cuando los apoderados de las investigadas han aducido que la fijación de dichos fletes se hizo con ocasión de lo ordenado por la Resolución 3000 de 19 de mayo de 2003 del Ministerio de Transporte, tal argumento no resulta de recibo por las siguientes razones:

- El acuerdo que hoy se investiga se gestó en la reunión del 12 de febrero de 2003. Como quiera que la Resolución 3000 fue expedida el 19 de mayo de 2003, mal podría aceptarse que la fijación de los precios se hizo con ocasión de un acto administrativo que no existía para el momento del acuerdo.

Respuesta: Eso siempre se ha hecho de común acuerdo con Cristalería Peldar, como mediador, las empresas transportadoras y nosotros que lo compramos. Ese transporte es un poco más costoso que la carga normal porque es una carga delicada y los carros tienen que ser adaptados con sus respectivos caballetes para poderlo cargar. Estos caballetes impiden un poco la carga de retorno, pues ellos tienen que entregarlo en la planta y para mi manera de pensar, esa es la razón por la cual es más costosa.

"Pregunta 12: En respuesta a la pregunta N° 10 usted manifestó que anualmente son convocados por los transportadores a reuniones donde se pactan los fletes de transporte del vidrio plano. Indique al Despacho, si a la reunión de febrero de 2003 usted asistió, en representación de su empresa.

Respuesta: Yo si asistí a esa reunión y a todas las anteriores, pues desde que esas reuniones se hacen yo siempre asisto.

"Pregunta 13: Manifiesta usted en la respuesta anterior que usted asistió a la reunión celebrada en febrero de 2003. Indique al Despacho, por qué motivo no está firmada el acta de dicha reunión por usted como asistente de la misma.

Respuesta: En ningún momento los asistentes como distribuidores firmamos dicha acta. Esa acta la firman, creo que solamente los transportadores, no se si Cristalería Peldar, que son los mediadores firmaran. Por lo tanto ni la de febrero de 2003 ni las anteriores, nunca las he firmado pero si he asistido. Los transportadores nos entregan a los distribuidores asistentes una lista de los precios pactados a cada ciudad.

"Pregunta 14: Indique al Despacho quién los cito a dicha reunión y a través de qué medio?

Respuesta: Como lo dije anteriormente, son citaciones que hacen las empresas transportadoras por intermedio de una carta a todos los distribuidores y la envían por fax o por correo.

"(...).

"Pregunta 18: Indique al Despacho, si lo sabe, quiénes asistieron a dicha reunión?

Respuesta: A esa reunión asistieron algunos distribuidores de Bogotá, cuyos nombres se me escapan, pero no fueron más de cinco. Me acuerdo que había uno de una Cooperativa de Zipaquirá, los demás los conozco pero se me olvidan los nombres. En cuanto al nacional, si mal no estoy, me parece que yo estaba sólo como distribuidor de fuera de Bogotá. También asistieron los representantes de las 3 empresas transportadoras y 2 de Cristalería Peldar.

"(...)

"Pregunta 20: En la mencionada reunión se llegó a un acuerdo en cuanto a la fijación de los fletes del vidrio plano desde la planta hasta la ciudad de Bucaramanga.

Respuesta: Si se llegó a un acuerdo, desde la planta de Cogua hasta Bucaramanga y a cualquier ciudad del país.

- Analizando el contenido de la Resolución 3000,⁶ se tiene la tabla de fletes a que se refiere, está dada para regular las relaciones económicas entre las empresas transportadoras de vehículos y los dueños de los vehículos o los conductores de los mismos. Pero en lo correspondiente a las relaciones entre las empresas de transporte y los usuarios de este servicio no existe ninguna regulación, motivo por el cual existe plena libertad para que cada usuario elija la empresa de transporte con que desea contratar, como para que negocie los fletes correspondientes a la operación,⁷ pues en ninguna parte de la aludida resolución se establece que las empresas de transporte de carga especial, peligrosa o extradimensionada, deban reunirse junto con el productor de la mercancía y con los distribuidores de la misma, para fijar el valor del flete para el transporte de la misma, en este caso el vidrio plano.

Atendiendo a lo anterior y con el ánimo de clarificar el punto, este Despacho procedió a requerir al Ministerio de Transporte y a la Superintendencia de Puertos y Transporte, con el fin de que certificaran si el transporte de vidrio plano era considerado como peligroso o especial, a lo que respondieron de la siguiente manera:

En comunicación radicada bajo el número 03033005 -10019, el Director de Transporte y Tránsito del Ministerio de Transporte manifestó que "[e]l vidrio plano no se considera como carga peligrosa, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1609 del 31 de julio de 2002, 'Por el cual se reglamenta el manejo y transporte terrestre automotor de mercancías peligrosas por carretera'. No existen condiciones especiales establecidas por el Ministerio de Transporte para la movilización del vidrio plano." (El resaltado es nuestro)

⁶ Resolución 3000 de 2003. "Artículo Primero.- TABLA DE FLETES. Las relaciones económicas entre las empresas de transporte autorizadas y el propietario y/o conductor del vehículo de carga, se regirán por la tabla contenida en el Anexo 1 de la presente resolución, en la que se establece el valor por tonelada transportada, de acuerdo con el origen y el destino de la carga.

"PARAGARAFITO PRIMERO. Por la complejidad del transporte y por sus características especiales, para los siguientes casos no se aplicará el anexo de fletes:

- a) Transporte especializado, que implique la movilización de mercancías peligrosas, carga especial, extradimensionada o extrapesada. En estos casos se debe tener en cuenta los costos adicionales que esta actividad implica. En consecuencia, el valor del flete debe ser igual o superior a lo establecido en el Anexo 1 de la presente resolución.
- b) Cuando se efectúe un transporte de carga por volumen que no ocupa la capacidad total de peso, pero si la capacidad volumétrica del vehículo. En estos casos el valor del flete se liquidará por viaje completo. (...)"

⁷ Declaración rendida por el señor Gustavo Grimaldos Duarte, representante legal de Vidriería El Rubí Ltda., folios 242 a 248 del cuaderno 1 del expediente 03033005.

"Pregunta 9: Indique al Despacho quién asume los fletes por transporte del vidrio plano desde la planta de Peldar hasta su empresa?

Respuesta: Peldar nos vende las mercancías puesta en la fábrica de ellos, una vez cargada en cualquiera de las 3 empresa, ya el transporte corre por cuenta nuestra."

En comunicación suscrita por el representante legal de Mayoristas Asociados de Santander Ltda., radicada bajo el número 03033005-10017, obrante a folio 179 haciendo referencia a Peldar, expresa "[e]llos nos entregan la mercancía en la puerta de su bodega en Zipaquirá y de ahí en adelante nosotros por intermedio de las empresas transportadoras somos responsables de dicha mercancía."

En igual sentido se pronunció la Superintendencia de Puertos y Transporte, al señalar mediante oficio radicado bajo el número 03033005 -10023, que "[e]l transporte de vidrio no se considera dentro del transporte de carga como una mercancía peligrosa y menos aún se encuentra jurídicamente designado como delicado, sin embargo su transporte y embalaje tiene algunos elementos esenciales situación que lo aparta de la aplicación de la Resolución 3000 de 2000 (tabla de fletes)". (El subrayado es nuestro)

Sobre este mismo punto coincidió el señor Víctor Julio Montoya, coordinador del Grupo de Investigación y Desarrollo en Transporte del Ministerio de Transporte, en el testimonio recepcionado por este Despacho, al señalar que el vidrio plano no constituye una carga peligrosa y que entre el usuario del servicio de transporte y la empresa de transporte existe plena libertad para la fijación del flete.⁸

⁸ Sobre el punto específico, expresó el señor Víctor Julio Montoya, coordinador del Grupo de Investigación y Desarrollo en Transporte del Ministerio de Transporte, lo siguiente:

"Pregunta 7: De acuerdo con su experiencia, considera usted, que el transporte de vidrio plano se encuentra dentro de alguna de las especies que mencionó en su respuesta anterior?

Respuesta: No. Porque ni está clasificada en los 9 grupos de mercancía peligrosa y a no ser que por su peso, la cantidad de producto que lleve en un viaje sobrepase los límites establecidos. No es una práctica usual porque requeriría de permisos especiales del Instituto Nacional de vías, el mismo caso para cargas extradimensionadas.

"Pregunta 8: Indique al Despacho, si tiene conocimiento de si existe alguna reglamentación por parte del Ministerio de Transporte para fijación de fletes de transporte de carga?

Respuesta: Si, existe la resolución N° 3000 del 19 de mayo del 2003. Esta resolución fija las relaciones económicas entre los propietarios de vehículos y las empresas de transporte. En caso de que la empresa sea la propietaria del vehículo no se aplica la figura, porque el propietario del vehículo y la empresa son los mismos. (El subrayado es nuestro)

"Pregunta 9: Indique al Despacho, si dentro de la resolución N° 3000 se fija alguna tabla de fletes para el transporte de carga?

Respuesta: Se fijan las relaciones económicas entre empresas de transporte y propietarios de vehículos. Se ven reflejadas a través de un valor por tonelada transportada entre un origen y un destino determinado en la tabla anexa.

"(...)

"Pregunta 12: Existe alguna reglamentación establecida para fijar el valor del transporte de la carga entre el productor de la mercancía y el comprador de la misma?

Respuesta: Entre el usuario del servicio y la empresa de transporte no hay ninguna regulación en materia de valores del servicio. Generalmente cuando se debe hablar de usuarios del servicio y empresas prestadores del servicio de transporte, quienes son en últimas los que hacen el contrato de transporte. (El subrayado es nuestro)

"Pregunta 13: Tiene usted conocimiento de si existe alguna reglamentación para fijar el valor del transporte por tonelada de producto, entre usuarios del servicio y empresas de transporte?

Respuesta: No existe una reglamentación al respecto.

"Pregunta 14: Quiere decir con su respuesta anterior, que entre usuarios del servicio y empresas de transporte hay plena libertad para fijar el valor del transporte por tonelada de producto?"

Respuesta: Si.

b. La existencia de un acuerdo que tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Según se anticipara, las normas sobre competencia reprimen tanto el objeto, como el efecto de las conductas anticompetitivas, debiendo agregar que el segundo de los supuestos está dado por la puesta en práctica del acuerdo que la norma considera anticompetitivo. En otras palabras, el efecto de la conducta tiene lugar desde el instante mismo en que los acordantes empiezan a ejecutar el acuerdo, dando cumplimiento a las estipulaciones definidas (fijación de precios, reparto de mercados, asignación de cuotas de producción, etc.).

En este contexto, podemos decir que el acuerdo sobre los fletes al que hicéramos referencia en el punto anterior se ha visto materializado, pues según reconocieran los investigados, el flete que se cobra y paga para cada ruta, coincide con el valor asignado en la reunión del 12 de febrero de 2003.⁹ Adicionalmente, existe coordinación en la vigencia

⁹ En testimonio rendido por el señor Jesús Waldo Hernández en su calidad de gerente de Cooperativa de Transportes de Zipaquirá, manifestó lo siguiente:

Pregunta 7: Indique al Despacho si las empresas transportadoras de vidrio plano aplican el flete fijado en las reuniones a que ha hecho referencia en respuestas anteriores?

Respuesta: Sí. Una vez se lleva a cabo la reunión se da la orden, en el caso de mi empresa, a la oficina de Despachos para que empiece a aplicar o facturar con los nuevos fletes y a su vez Peldar también los refleja (fletes) en la remisión o lista de empaque con la cual se despacha el vidrio al cliente.

- De igual manera, el señor Víctor Manuel Nieto Bernal en su calidad de gerente de Transportes Rápido Nietos Ltda., manifestó lo siguiente:

Pregunta 12: Con base a las respuestas anteriores, indique al Despacho, cuál valor de flete aplica Rápido Nietos para el transporte de vidrio plano?

Respuesta: Se aplica el flete que se toma en las reuniones que anteriormente se hizo mención

Pregunta 16: Indique al Despacho, si tiene conocimiento, si las empresas transportadoras de vidrio plano aplican los fletes fijados en las reuniones a que ha hecho referencia?

Respuesta: Para el caso de la empresa Rápido Nietos, en este momento se aplican los fletes fijados en la reunión.

- Así mismo, el señor Noe Baquero Benavides, gerente de Cooperativa Colombiana de Transportadores - COOPECOL-, declaró lo siguiente:

Pregunta 10: Indique al Despacho, si la tabla de fletes acordada el 12 de febrero, contenida en el documento antes expuesto, se aplica en la actualidad.

Respuesta: Se esta aplicando.

Pregunta 11: Indique al Despacho si las tres empresas transportadoras que participaron en la citada reunión aplican los fletes acordados?

Respuesta: En lo que respecta a mi empresa se están aplicando.

- Igualmente, en interrogatorio rendido por el señor Gustavo Grimaldos, representante legal de Vidriería El Rubí Ltda., se manifestó lo siguiente:

"Pregunta 26: Tiene usted conocimiento de si las empresas transportadoras de vidrio plano aplican los valores acordados en las reuniones anuales a las que se ha venido haciendo referencia.

Respuesta: Lógico, por eso se hace una lista de precios para el transporte urbano y nacional. Cuando llega la mercancía uno revisa los precios pactados antes de pagar."

de las tarifas (entrada a regir y fecha de duración), así como sobre los porcentajes de aumento para cada ruta.

Fundado en lo anterior, concluye este Despacho que los fletes asignados para el transporte del vidrio plano, en cada una de las rutas, corresponden a los mismos que Peldar y sus transportistas acordaran en la reunión del 12 de febrero de 2003, dándose por tanto, el efecto anticompetitivo que la norma proscribe.

2 La competencia satisface de mejor manera los intereses del mercado

Afirma Peldar que su participación en el aludido acuerdo, se redujo a nivelar la posición en que se encontraban los distribuidores de su red, frente a los transportistas de la misma. Adicionalmente señala que la empresa actuó de buena fe, tratando de evitar abusos del poder negocial de las empresas de transporte (derivado de ser las únicas que desarrollan esta actividad), que se viera reflejado en la imposición de tarifas excesivas, con el consecuente incremento de precios del vidrio plano para el consumidor final.

Sobre este aspecto, debemos mencionar que el poder de mercado que actualmente detentan los transportistas, es una circunstancia que se deriva, justamente, de la existencia misma del acuerdo que tienen entre ellos y Peldar, por cuanto si los distribuidores de la red pudieran negociar con cada transportador los fletes para su respectiva ruta, el predominio que tienen estos últimos se vería neutralizado, e incluso, podría llegarse a revertir, pero no es así; por cuanto los transportadores a través del acuerdo realizado inclinaron la balanza negocial a su favor.

En línea con lo manifestado, debemos señalar que la forma más eficaz para evitar el poder excesivo de mercado, es permitiendo que la competencia fluya libremente. En esa medida, si existiera un verdadero escenario de rivalidad económica entre los transportadores del vidrio, difícilmente podría haber alguno con la capacidad suficiente para imponer fletes excesivos, cuando hay dos transportadores de la misma red dispuestos a mantener el nivel de los fletes, e incluso bajarlos, alentados por la posibilidad de aumentar su participación y utilidades; adicionalmente, quien pretenda fijar fletes excesivos correría el riesgo de que entren a este mercado otras empresas de transporte, por cuanto la existencia de un mercado ineficiente sería el terreno más abonado, el mejor incentivo, para potenciales entrantes quienes perciben una clientela insatisfecha con el servicio actual.¹⁰

No debe olvidarse que la rivalidad económica genera una presión hacia abajo de los precios, derivado del interés constante que tienen las empresas por maximizar sus ventas. Efectivamente, en bienes de uso normal o consumo masivo, el precio constituye un factor determinante en las políticas de elección del consumidor. Conscientes de esta realidad y en su afán de captar y mantener clientela, las empresas tratarán de asignar a sus

¹⁰ Frente a este punto, se ha dicho que "[u]n factor externo que incide en las decisiones de fijación de precios de la compañía son los precios de la competencia y sus posibles reacciones a las estrategias de la firma. Los consumidores evalúan el precio y el valor de un producto en comparación con los precios y valores de productos equiparables. Asimismo, la estrategia de fijación de precios de la compañía puede afectar la naturaleza de la competencia a la cual se enfrenta: una estrategia de precio alto y margen elevado puede atraer a la competencia, mientras que una estrategia de precio bajo y margen bajo puede desalentar a los competidores o sacarlos del mercado". (KOTLER, Philip. Mercadotecnia. Tercera Edición, Prentice Hall Hispanoamericana, S.A., pág. 366.

productos precios atractivos, y de ser posible, por debajo de los de sus competidores. Esa necesidad constante de mantenerse en el mercado, y de ser posible, aumentar la participación, es la que suscita la competencia y trae aparejados precios más bajos para el mercado.

En ese contexto, resulta claro que la libre competencia lejos de traducirse en precios altos para el mercado, asigna de mejor manera los recursos de la economía y genera el ambiente más propicio para que exista variedad y mejores precios para el consumidor, siendo esta justamente, una de las finalidades porque propende nuestro ordenamiento.¹¹

Lo que no puede permitirse, es que so *pretexto* de evitar un supuesto poder de negociación, del que hipotéticamente podrían derivarse precios excesivos para el consumidor final, se incurra en la realización de conductas anticompetitivas, como acuerdos de fijación de precios. De ser así, habría entonces, tantos acuerdos anticompetitivos, como empresas preocupadas por los precios al consumidor final, con lo cual terminaría siendo peor el remedio que la enfermedad. Definitivamente, la forma de prevenir una supuesta conducta contraria a los intereses del mercado, no puede consistir en la realización de acuerdos anticompetitivos, como quiera que la ley ha dispuesto mecanismos y autoridades específicas que buscan prevenir, y cuando sea del caso reprimir, los comportamientos que impliquen una distorsión artificial de las fuerzas del mercado.

Bajo estas consideraciones, no resultan de recibo las explicaciones aducidas por Peldar y los transportistas de vidrio plano, en torno a que el acuerdo realizado haya buscado prevenir los excesos de un supuesto poder de mercado de los transportistas, pues está visto que la consecución de este cometido no puede lograrse a partir de la realización de un acuerdo anticompetitivo. Tampoco resultan admisibles los argumentos esgrimidos por Peldar, en el sentido que su participación en el mencionado acuerdo fue como simple colaborador y que no participó del mismo, pues aunque ciertamente no cobra ni paga fletes, sí tiene interés en participar en el acuerdo, pues como la misma empresa reconociera, el valor del flete es un componente importante en la determinación del precio final de su vidrio.

3 El tipo de acuerdo realizado

Coinciden los investigados en señalar que el acuerdo realizado habría sido de tipo vertical, con lo cual agregan que no es restrictivo *per se*, sino que se debe entrar a analizar si trae eficiencias para el mercado en general.

A este respecto resulta oportuno una precisión inicial, y es que la norma cuya transgresión se imputa, esto es, el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se refiere de manera general a los acuerdos de precios, sin hacer distinción entre acuerdos horizontales o verticales, motivo por el cual la clasificación pretendida por los investigados no corresponde al texto de la norma.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la alta cuota de participación que posee Peldar en el mercado del vidrio plano (que la misma empresa ha reconocido en un porcentaje superior al 40%), permite considerar que se trata de un mercado en el que la competencia intermarca no es muy fuerte, razón por la cual todo acuerdo tendiente a

¹¹ Ver Decreto 2153 de 1992; artículo 2°, numeral 1°.

adoptar un precio único en cualquiera de los eslabones de la cadena del vidrio plano de Peldar, tendrá una incidencia negativa respecto al consumidor final.¹² Por ello, a pesar de que la conducta realizada corresponda a un acuerdo de tipo vertical, encierra una restricción para la competencia, especialmente en aquellas zonas en que Peldar es líder y ostenta además un poder de mercado.

Finalmente, es importante señalar que las eficiencias pretendidas por una red de distribución, no pueden traducirse en una disminución efectiva de la competencia, pues ello conllevaría a que el consumidor termine asumiendo los costos que generan las supuestas "eficiencias".

4 La configuración del precepto analizado

Manifiesta el apoderado de las empresas transportadoras, fundándose en una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que esta Entidad al haber endilgado responsabilidad a los investigados, sin haber probado el efecto restrictivo del acuerdo en el mercado, estaría aplicando una responsabilidad objetiva, la cual, según el apoderado, se encuentra proscrita por la jurisprudencia nacional.

Sobre el particular debe tenerse presente, que la sentencia del Tribunal en que sustentan los investigados sus afirmaciones, a la fecha no se encuentra en firme, pues está pendiente que el Consejo de Estado desate el recurso de apelación que contra la misma fuera interpuesto.

Lo que si está en firme, es un pronunciamiento del Consejo de Estado¹³ en el cual refiriéndose a una sanción impuesta por esta Superintendencia, señaló que siendo la comisión de conductas constitutivas de prácticas restrictivas de la competencia faltas administrativas, "**no [es] conducente realizar valoraciones de tipo subjetivo respecto de la conducta sancionada, como la de si la conducta se realizó de buena fe o no, para efectos de determinar la responsabilidad administrativa**", por lo cual resulta desacertado establecer como exigencia para determinar la incursión de una falta de este tipo, que se pruebe la mala fe del investigado en los procesos por prácticas restrictivas de la competencia, pues como reconociera la máxima autoridad de la jurisdicción contenciosa, las infracciones al régimen de prácticas restrictivas constituyen faltas administrativas, en las que "*la responsabilidad surge con la sola ocurrencia de la violación de la norma pertinente, exceptuando las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito*", por lo cual "**no [es] conducente entrar a valoraciones de tipo subjetivo respecto de la conducta sancionada... para efectos de determinar la responsabilidad administrativa**".¹⁴

¹² "La mayoría de las restricciones verticales sólo plantean problemas de competencia si la competencia entre marcas resulta insuficiente (la llamada «competencia intermarcas»), es decir, si el proveedor, el comprador o ambos tienen cierto poder de mercado.(...). En ausencia de suficiente competencia intermarca, las restricciones intramarca pueden limitar considerablemente las posibilidades de elección de los consumidores." La política de competencia en Europa: Normas de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y de distribución. Comisión Europea. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2002. Página 17.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Magistrado Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola. Actor: Agencia de Viajes Aviatour y otros. Expediente 7261. Bogotá. D.C. 25 de abril de 2002.

¹⁴ *Ibidem*.

El anterior planeamiento fue ratificado mas tarde por el propio Consejo de Estado, al revocar una sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, en la que se había establecido:

"A diferencia de lo expuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio, la Sala no comparte la exclusión absoluta de la voluntad como elemento determinante de la practica anómala y restrictiva de la competencia imputada a la sociedad lechera demandante. (...).

"La eliminación absoluta de la voluntad, como elemento decisorio de la conducta irregular, llevaría a transitar por los senderos de la responsabilidad objetiva que actualmente está proscrita en nuestro ordenamiento no sólo en el derecho penal sino en el derecho sancionador".

Respecto a lo anterior, el Consejo de Estado expresó:¹⁵

*"Ante esas condiciones objetivas de toda actividad económica -refiriéndose a la diferenciación que debe existir entre los costos y el margen de utilidad de una empresa a otra-, 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, (...). **Tanta coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo como efecto la fijación indirecta de precios del producto ya especificado.***

"Así las cosas, la Sala estima que la conducta jurídicamente endilgada a la actora se realizó, toda vez que la situación descrita pone en evidencia una práctica paralela y consciente por parte de ella frente o con relación a la empresa DERILAC S.A. y cuyo efecto fue la fijación directa de precios de esta última, lo cual constituye un acuerdo contrario a la libre competencia, y como tal un comportamiento sancionable según la norma examinada, que por lo demás desarrolla la especial protección de la Constitución Política (...).

***"Por consiguiente no hubo violación al debido proceso en lo concerniente a la adecuación jurídica de la conducta investigada, de donde la sentencia se revocará en cuanto declara la nulidad del acto enjuiciado al estimar que no se configuró tal infracción"**.*

Según se desprende del anterior texto, el Consejo de Estado, instancia superior del Tribunal, considera que tuvo lugar una violación del numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, basado en la existencia de un acuerdo entre empresas competidoras que tuvo como efecto la fijación directa de sus precios. Se observa, entonces, que en el proceso de adecuación normativa construido por el Consejo de Estado, no estuvo presente el elemento subjetivo de la conducta, y que además dicha instancia tuvo a bien revocar la determinación del *ad quo*.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Magistrado Ponente Dr. Manuel Urueta Ayola, Actor Cooperativa Lechera Colanta Ltda. Expediente núm 7909, 23 de enero de 2003.

Creemos, como lo ha dispuesto el Consejo de Estado en sus precedentes jurisprudenciales, que la adecuación del precepto analizado está circunscrita a la existencia de un acuerdo con el objeto o el efecto de fijar precios, siendo estos los únicos elementos necesarios para su estructuración. Por tal razón, nos atenemos a la jurisprudencia que ha decantado esta Corporación, respecto a que la adecuación del numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no exige demostrar un perjuicio o daño objetivo para el mercado.

Así las cosas, corresponde a los investigados probar que el acuerdo que se imputa no tuvo lugar, o que existieron circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que confluyeron en su realización, para exonerarse de responsabilidad. Más no corresponde a esta Entidad, entrar a calificar si el mismo fue realizado con el propósito o la intención de causar un daño para el mercado, pues la norma cuya infracción se imputa no exige el dolo ni la culpa como presupuestos para su configuración.

Por las anteriores consideraciones, este Despacho se aparta de la argumentación esgrimida por los investigados, ratificando lo dicho, en el sentido que el comportamiento analizado se subsume en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, configurándose la responsabilidad de Peldar y los transportistas investigados.

5 La ausencia de responsabilidad de Vidriería El Rubí Ltda

Sorprende a este Despacho que a la reunión programada para el día 12 de febrero de 2003, de todos los distribuidores convocados, únicamente haya concurrido Vidriería el Rubí Ltda., pues siendo que en dicha reunión, como afirma Peldar, se iban a establecer de común acuerdo los fletes para cada una de las rutas, entre el productor, los transportistas y los distribuidores, lo lógico es que los distribuidores de vidrio plano se hubieran hecho presentes en gran número, habida consideración de que eran los directamente afectados por la determinación que sería adoptada en la correspondiente reunión. Sin embargo, la ausencia de prácticamente todos los distribuidores en la citada reunión, con la excepción única del Rubí, constituye un comportamiento que no es propio de quien tiene la expectativa de negociar y obtener un beneficio de esa situación. Esta circunstancia deja entrever que los distribuidores no percibían que fueran a negociar los fletes para sus destinos, pues de ser así, sencillamente habrían asistido a la citada reunión alentados por la idea de percibir un beneficio propio.

Lo manifestado cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que el Rubí, quien fue el único distribuidor que concurrió a la reunión, no tuvo ninguna ingerencia en las las determinaciones que se adoptaron, y solamente le fue concedido mantenerle el precio anterior del flete durante 45 días, como compensación por los gastos de desplazamiento en que incurrió para asistir a la mencionada reunión.¹⁶

¹⁶ Declaración rendida por el señor Gustavo Grimaldos Duarte, representante legal de Vidriería El Rubí Ltda., folios 242 a 248 del cuaderno 1 del expediente 03033005.

"Pregunta 25: Después de dicha reunión, ha pactado usted con algún transportador un flete diferente?"

Respuesta: Siempre como asistente buscaba la manera de defender a mi pueblo que es Bucaramanga y siempre nos daban un estímulo pequeño por la asistencia mía, pero este año los transportadores manifestaron que no podían darle a Bucaramanga dicho estímulo. Entonces yo les dije que para la Vidriería El Rubí hicieran una rebaja sobre el flete, manifestando que la asistencia a la reunión me acarrea gastos en tiempo y dinero. Entonces ellos me ofrecieron transportarme por 45 días, si mal no estoy, al precio anterior, lo cual es lógico yo les acepté."

En esa medida, considera este Despacho, que con relación a Vidriería El Rubí Ltda y su representante legal, se debe cerrar la investigación, pues no existen elementos que permitan inferir que haya participado en las determinaciones adoptadas respecto a los fletes del vidrio plano, máxime cuando fueron adoptados no solo los fletes de la ciudad de Bucaramanga, sino los de los restantes destinos de Peldar, en los que el Rubí no tiene ninguna participación.

6 La responsabilidad de los representantes legales

Según el contenido del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio imponer sanciones hasta por 300 SMLMV a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto.

Así, para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen. De tal suerte que, la responsabilidad de la empresa presupone la responsabilidad de los administradores.

Sobre el particular, y una vez comprobada la existencia del acuerdo celebrado entre Cristalería Peldar S.A. y Cooperativa de Transportadores de Zipaquirá; Cooperativa Colombiana de Transportadores Ltda. -COOPECOL-; y Transportes Rápido Nietos Ltda., este Despacho encuentra motivos suficientes para considerar que los señores Jesús Waldo Hernández Ardila, Víctor Manuel Nieto Bernal y Noé Baquero Benavides en su calidad de representantes legales de COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE ZIPAQUIRA, TRANSPORTES RAPIDO NIETOS LTDA y COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES LTDA, respectivamente, habrían autorizado, ejecutado o cuando menos tolerado la ejecución de dicha conducta.

Al respecto, es preciso mencionar que su participación en las respectivas reuniones es una circunstancia que se puede constatar con las respectivas actas y en sus declaraciones, en las que nunca han negado tal situación.¹⁷

¹⁷ El señor Noe Baquero Benavides en su calidad de gerente de Cooperativa Colombiana de Transportadores - Coopecol -, manifestó lo siguiente:

"Pregunta 9: Informe al Despacho, si tiene conocimiento, de la reunión realizada el 12 de febrero de 2003 en la ciudad de Bogotá, en caso afirmativo indique los términos en que se desarrolló la reunión, quienes participaron en dicha reunión y cuál fue el propósito de la reunión?"

Respuesta: En esta reunión asistieron funcionarios de Peldar que es el generador de la carga, gerentes de las tres únicas empresas transportadoras de vidrio plano en el país, Rápido Nieto, La Zipaquireña y el suscrito y algunos comerciantes de vidrio. El motivo de la reunión fue acordar, como anoté antes, los fletes para este vidrio, el Ministerio no los tiene fijados. La tabla no se cumple por distintos factores: (i) escasez de vehículos en los puertos y el flete supera la tabla (ii) por que hay que movilizar la carga a sitios denominados zona roja (iii) paro de transportes.

"Respuesta: Si lo conozco, allí se encuentra mi firma.

- Así mismo, el señor Víctor Manuel Nieto Bernal en su calidad de gerente de Transportes Rápido Nietos Ltda., manifestó que:

En relación al representante legal de Cristalería Peldar S.A., se deja la constancia que en la resolución de apertura de investigación se vinculó al señor Víctor Raúl Gutiérrez, el cual probó a este Despacho, que era el apoderado general de la empresa y no su representante legal, motivo por el cual se excluye de la sanción a que hace referencia el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

7 El monto de la sanción

7.1 Para las empresas infractoras

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

Ahora bien, según se ha establecido, las empresas de transporte investigadas, en compañía de Cristalería Peldar, trasgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al haber realizado un acuerdo para la fijación de los fletes de vidrio plano, producto en el que Peldar ostenta una cuota considerable de mercado. Así mismo, constituyen factores a tener en cuenta al momento de la tasación de la sanción, el tipo de acuerdo realizado, su duración y cobertura.

Basado en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra la necesidad de imponer a las empresas de transporte de vidrio plano (Cooperativa Transportadora de Zipaquirá, Cooperativa Colombiana de Transportadores Ltda., -COOPECOL-, y Transportes Rapido Nietos Ltda.), responsables de la realización y ejecución del acuerdo, y quienes habrían resultado favorecidas de cualquier ganancia extracompetitiva derivada de su puesta en práctica, multas por valor de veinte millones de pesos MCT (\$20.000.000.00), a cada una.

Para la empresa Cristalería Peldar S.A. quien participó en la realización del acuerdo, este estima Despacho razonable una multa por valor de treinta millones MCT (\$30.000.000.00).

7.2 Para los representantes legales

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para 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, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

"Pregunta 13: Indique al Despacho, si lo recuerda, quiénes asisten a las reuniones a las que se refirió en respuestas anteriores.

Respuesta: Asisten representantes legales de Cristalería Peldar S.A., los representantes de las tres empresas transportadoras que retiran vidrios de Peldar y algunos destinatarios, en este caso comerciantes."

En consecuencia, tras haber establecido que los señores Jesús Waldo Hernández Ardila, representante legal de Cooperativa Transportadora de Zipaquirá; Víctor Manuel Nieto Bernal, representante legal de Transportes Rapido Nietos Ltda.; y Noé Baquero Benavides, representante legal de Cooperativa Colombiana de Transportadores Ltda., -COOPECOL-, autorizaron y ejecutaron la conducta anticompetitiva a que se ha hecho referencia, encuentra este Despacho procedente la imposición de una multa de tres millones de pesos MCT (\$3.000.000.00) para cada uno de ellos.

QUINTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, el 1° de septiembre de 2004 se escuchó al Consejo Asesor.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta realizada por COOPERATIVA TRANSPORTADORA DE ZIPAQUIRA; COOPERATIVA COLOMBIANA DE TRANSPORTADORES LTDA., -COOPECOL-; TRANSPORTES RAPIDO NIETOS LTDA. y CRISTALERÍA PELDAR S.A., es ilegal por contravenir lo previsto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer a COOPERATIVA TRANSPORTADORA DE ZIPAQUIRA; COOPERATIVA COLOMBIANA DE TRANSPORTADORES LTDA. -COOPECOL- y TRANSPORTES RAPIDO NIETOS LTDA, multas por valor de veinte millones de pesos MCT. (\$20.000.000.00), a cada una, y a CRISTALERÍA PELDAR S.A. una multa por valor de treinta millones de pesos MCT. (\$30.000.000.00), como consecuencia del artículo anterior.

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en la cuenta N° 050-00110-6 del Banco Popular D.T.N. Superindustria y Comercio, Código Rentístico 03 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la Pagaduría de esta Superintendencia, mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que JESÚS WALDO HERNÁNDEZ ARDILA, VÍCTOR MANUEL NIETO BERNAL y NOÉ BAQUERO BENAVIDES, actuando como representantes legales de sus respectivas empresas, autorizaron y ejecutaron la conducta establecida en el artículo primero de la presente resolución, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer a JESÚS WALDO HERNÁNDEZ ARDILA, VÍCTOR MANUEL NIETO BERNAL y NOÉ BAQUERO BENAVIDES multas por valor de tres millones de pesos MCT (\$3.000.000.00), a cada uno, como consecuencia del artículo anterior.

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en la cuenta N° 050-00110-6 del Banco Popular D.T.N. Superindustria y Comercio, Código Rentístico 03 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del

Banco Popular en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la Pagaduría de esta Superintendencia, mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Ordenar a las empresas y personas naturales incluidas en los artículos primero y tercero de la presente resolución, la suspensión de la conducta objeto de reproche, así como abstenerse en el futuro de repetirla.

ARTÍCULO SEXTO: Cerrar la presente investigación respecto de la empresa VIDRIERÍA EL RUBÍ LTDA., sin que haya lugar a imponer sanción por la infracción al numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

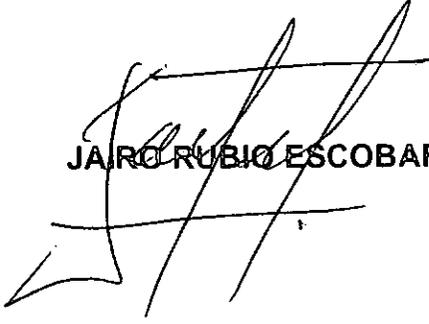
ARTÍCULO SEPTIMO: Cerrar la presente investigación respecto a los señores GUSTAVO GRIMALDOS DUARTE y VÍCTOR RAÚL GUTIÉRREZ, sin que haya lugar a imponer sanción por la infracción al numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO OCTAVO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor PABLO ANDRÉS CÓRDOBA ACOSTA, apoderado de las empresas COOPERATIVA TRANSPORTADORA DE ZIPAQUIRA, COOPERATIVA COLOMBIANA DE TRANSPORTADORES LTDA., -COOPECOL-, y TRANSPORTES RAPIDO NIETOS LTDA., así como de los señores JESÚS WALDO HERNÁNDEZ ARDILA, VÍCTOR MANUEL NIETO BERNAL y NOÉ BAQUERO BENAVIDES, o quien haga sus veces; al doctor MAURICIO ORTEGA JARAMILLO, apoderado de la empresa CRISTALERÍA PELDAR S.A., o a quien haga sus veces; y al doctor CÉSAR ALBERTO GUALDRÓN NIETO, apoderado de VIDRIERÍA EL RUBI LTDA. y de su representante legal, o a quien haga sus veces, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los 01 SET. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación:

Doctor

PABLO ANDRES CORDOBA ACOSTA

C.C.: 79.432.759

Apoderado

COOPERATIVA TRANSPORTADORA DE ZIPAQUIRA

NIT: 860048617-1

JESUS WALDO HERNANDEZ ARDILA

C.C.: 19.409.542

TRANSPORTES RAPIDO NIETOS LTDA

NIT: 800239220-3

VICTOR MANUEL NIETO BERNAL

C.C.: 79.351.184

COOPERATIVA COLOMBIANA DE TRANSPORTADORES LTDA – COOPECOL –

NIT: 860021912-2

NOE BAQUERO BENAVIDES

C.C.: 2.938.166

Calle 98 No 22 – 64, oficina 703

Ciudad

Doctor

MAURICIO ORTEGA JARAMILLO

C.C.: 15.347.431

Apoderado

CRISTALERIA PELDAR S.A.

NIT: 890900118-1

Calle 39 Sur No 48 – 180

Envigado – Antioquia

Doctor

CESAR ALBERTO GUALDRON NIETO

CC.: 91.239.919

Apoderado

VIDRIERIA EL RUBI LTDA

NIT: 890208598-6

GUSTAVO GRIMALDOS DUARTE

C.C.: 5.538.153

Carrera 29 No 45 – 94, Oficina 402 Centro Empresarial Seguros Atlas

Bucaramanga - Santander