



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 34397 DE 2001
(25 OCT. 2001)

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)
en uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Como resultado de una averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el número 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia mediante resolución número 27388 de 2000, abrió investigación contra Inversiones Vidal Urrea S. en C.S.; Leonor Espinosa de Sosa propietaria del Hotel Calypso Beach; Lord Pierre Hotel Ltda; Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A.; Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A. y Sociedad Hotel Tiuna Ltda.

En el mismo sentido se ordenó investigar a las personas que ejercen o ejercieron la representación legal de las entidades mencionadas anteriormente, para determinar si autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a la libre competencia, de conformidad con los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo del 16 de abril de 2001, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO: Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 99035734-80002 del 29 de junio de 2001, fue trasladado el informe motivado a todos los involucrados en la investigación para que manifestaran sus opiniones.

Estando dentro del término legal para ello expresaron:

"Con el objeto de descorrer el traslado del informe presentado sobre el asunto en referencia y de cuyas conclusiones se tiene por recomendar a ese despacho sancionar a los investigados por la conducta descrita en los numerales 15 y 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, atentamente presentamos al señor Superintendente las siguientes consideraciones de hecho derecho (sic), a fin de que sean tenidas en cuenta al momento de tomar la decisión correspondiente.

"LA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR

"Por solicitud de un tercero -ANATO-, se iniciaron por parte del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, averiguaciones preliminares sobre supuestas infracciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas señaladas

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

en el numeral 10° del artículo 4° del decreto, 2153 de 1992, que remite a las establecidas por la Ley 155 de 1959.

"En esa oportunidad, la Superintendencia ordenó archivar el expediente respectivo por cuanto no encontró mérito para abrir la investigación en los términos del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, al considerar que para que se presente una violación del numeral 2° del artículo 47 del mencionado decreto y del numeral 2° del artículo 50 ibídem, los participantes involucrados en la discriminación debían presentar condiciones análogas, circunstancia que la entidad competente no encontró en los hechos y pruebas aportadas por el denunciante.

"Ante la insistencia de ANATO se abrió formalmente la investigación, empero consideramos que subsisten las mismas circunstancias de hecho y de derecho que motivaron la primera decisión allí tomada por la Delegada cuando no encontró méritos, tal y como pasamos a explicar en los acápites siguientes.

"En relación con este tipo de situaciones el Honorable Consejo de Estado, en providencia reciente¹ indicó:

"En concordancia con lo expuesto, y por adecuarse plenamente al asunto sub examine, se transcriben a continuación algunos apartes de lo expresado por esta Sección en la referida sentencia de 20 de febrero de 1997, los cuales también se acogen y reiteran en esta oportunidad como fundamento para denegar la prosperidad del cargo que se analiza:

"Si la Superintendencia llegó a la conclusión de que las conductas denunciadas como contrarias a la libre competencia o constitutivas de abuso de la posición dominante, no se adecuaban a tales tipos contravencionales, es decir, que no eran típicas, fue como consecuencia de haber adelantado la indagación preliminar que le permitió determinar a través de sus resultados, la no necesidad de realizar la investigación. Atendió así, lo que dispone el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 en los siguientes términos:

"Artículo 52.- Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas a la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una investigación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación ..." (las negrillas no son del texto).

"En cumplimiento de esta disposición el ente demandado inició la investigación preliminar y previas las consideraciones, expuestas en el acto administrativo acusado, llegó a la determinación en él consignada, esto es, no abrir investigación administrativa por la presunta violación de las disposiciones legales sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, a las que se refirió el actor en la queja por él presentada. Por consiguiente, considera la Sala que lo obligatorio para la Superintendencia de Industria y Comercio era el atender la queja, iniciando la averiguación preliminar correspondiente, cuestión que sin lugar a dudas realizó.

"La Sala no comparte la afirmación de que la averiguación preliminar fue 'incompleta, insuficiente y verdaderamente parcializada', y que ello sea causal de falsa motivación, pues, a contrario de lo que afirma el actor, en dicha indagación se tuvo en cuenta no sólo los informes de algunas de las empresas comprometidas en el Convenio, sino análisis detallados realizados por distintos funcionarios de la entidad acerca del Convenio y de sus consecuencias (anexo 7), por lo cual cabe

¹ Consejo De Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 23 de julio de 1998, Consejero Ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Radicación número: 4198, Actor. Apollo Química Industrial Ltda.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

sostener que actuó bien la entidad demandada, en tanto que no estaba obligada a abrir una investigación para lo cual no halló mérito.

"Se reitera que la Administración sólo está obligada a tramitar la averiguación preliminar, en tanto que la apertura de la correspondiente investigación, queda sujeta a lo que se presume es el sano juicio que se forme sobre los elementos de hecho recogidos en la averiguación preliminar".

"Es decir, las conductas denunciadas como contrarias a la libre competencia por parte de ANATO, no se adecuaban a tales tipos contravencionales, es decir, que no eran típicas, resultado que se produjo como consecuencia de haber adelantado la indagación preliminar que le permitió determinar a través de sus resultados, la no necesidad de realizar la investigación.

"ANÁLISIS DEL INFORME Y DE LA PRUEBA

"Como normas infringidas se han establecido por la Entidad investigadora, las siguientes disposiciones:

"i. El artículo 1° de la Ley 155 de 1959 en cuanto estipula que 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 mantener o determinar precios inequitativos.

"ii. El numeral 2° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que dispone que se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta discriminatorias para con terceros.

"iii. Y el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, al preceptuar que se impondrá -sic- a los directores, administradores, representantes legales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el citado decreto.

"Para la adecuación de los hechos a la descripción legal de las normas, la Superintendencia investigó principalmente dos aspectos:

"a. Si los administrados acordaron determinar condiciones de venta contrarias a la libre competencia en la prestación del servicio hotelero, al suscribir el acta por medio de la cual se determinaba que el pago debería efectuarse con la modalidad de 'prepago', y

"b. Si los representantes legales de las empresas mencionadas autorizaron, ejecutaron o toleraron dicha conducta.

"De lo anterior, como resultado, la Delegada presunta y supuestamente encontró probados los elementos constitutivos de la conducta investigada y recomendó al Superintendente sancionar por la conducta descrita en los términos de los numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992.

"Es necesario llamar la atención, sobre la forma en que está concebido y redactado el informe, habida consideración que la Superintendente Delegada va más allá de lo estatuido en el procedimiento regulado por el artículo 52 del decreto en mención, cuando textualmente preceptúa:

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

"Artículo 52. PROCEDIMIENTO. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

"Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer.

"Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

"Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.

"Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

"En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo. (Negrillas y subrayas nuestras)

"Como se aprecia en el informe indicado, no solamente contiene una motivación respecto de si ha habido una infracción, sino que de una vez, recomienda o propone las condignas sanciones, rebasando con ello, el mandato legal transcrito, que le impone el deber de presentar el informe motivado, y objetivamente, si hubo infracción o no.

"Tal proceder es abiertamente contrario a la norma, pues no guarda la intención que tiene de presentar un informe objetivo, esto es, desprovisto de recomendación alguna, que de suyo, entraña un flagrante pre juzgamiento, por parte de quien por mandato legal, no es llamado a imponer la sanción, por que (sic) de lo contrario, esa facultad también estaría radicada en la Delegada para la Promoción de la Competencia que instruyó, más no inmedió en este asunto.

"Así las cosas, el traslado que estamos recorriendo devendría en inane, dado que el Superintendente Delegado únicamente estaría cumpliendo con la mera formalidad legal de 'correrle' traslado al investigado, para que 'expresé su opiniones', bajo aparente fórmula de defensa, que ningún sentido tendría, pues la 'recomendación' ya lo condenó.

"ADECUACIÓN TÍPICA

"La delegada encontró en términos del numeral 2º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que entre los miembros de ASHOTEL se llegó a un acuerdo contrario a la libre competencia, en cuanto tuvo por objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

"Al respecto bástenos con hacer el siguiente razonamiento para el correcto entendimiento de la preceptiva:

"1.- La norma establece claramente dos modalidades de realización de la conducta contraria a la libre competencia, a saber:

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

"a.-) Acuerdos que tengan por objeto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros, y ,

"b.-) Acuerdos que tengan como efecto, determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

"Ello implica diferenciar las dos modalidades: 'determinar condiciones' y 'efecto de determinar condiciones', ora para venta o para comercialización.

"La Delegada, estudiando el punto de la adecuación normativa, encuentra que:

"Retomando lo expuesto en el punto 3.3.2, debe recordarse que el número 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 contiene dos preceptos, donde el primero prohíbe aquellos acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta, en tanto que el segundo hace lo propio respecto a aquellos que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de comercialización discriminatoria para con terceros.

"Por tanto el presupuesto de 'discriminación' resulta aplicable y por lo mismo indispensable para la configuración de aquellos acuerdos que recaigan sobre las condiciones de comercialización, pero no para la conformación del precepto relativo a las condiciones de venta, pues como se ha dicho, el simple acuerdo de voluntades orientado ha -sic- establecer las particularidades de la venta, ya de por sí resulta reprochable.

"La composición gramatical de la misma norma obliga a que sea esa lectura que debe dársele. Nótese que en su redacción establece como contrarios a la libre competencia los acuerdos '... que tengan por objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros (el subrayado no hace parte del texto original).

"De suerte pues que, se trata de dos preceptos diferentes integrados en una misma norma, donde cada uno tiene vida propia. La 'o' dispuesta entre los términos 'venta' y 'comercialización' es disyuntiva y no copulativa, por lo que está haciendo referencia a dos supuestos distintos. Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al referirse al término 'ó', presenta la siguiente definición: 'conj. disyunt. que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Antonio o Francisco; blanco o negro; vencer o morir. (...)' (el subrayado no hace parte del texto original).

"En esta misma línea, conviene hacer claridad en cuanto a que la redacción de la norma está dispuesta en singular, así alude a 'discriminatoria', refiriéndose a las condiciones de comercialización. Si el presupuesto de discriminación fuera aplicable tanto a las condiciones de venta como a las de comercialización, entonces la norma habría sido redactada en plural y por lo tanto diría: '...que tengan por objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatorias para con terceros; para referirse a ambas condiciones como un elemento esencial para su configuración, pero no quedó así.

"Es con fundamento en lo anterior que este Despacho concluye, que no es necesario que las condiciones tenga lugar. Basta simplemente con que dichas condiciones hayan sido objeto de acuerdo para que la conducta per-se resulte restrictiva.

"Entorno a estas conclusiones y refiriéndonos al primero supuesto de adecuación típica del tipo contravencional, la Delegada concluyó que no es necesario que las condiciones de venta acordadas deban ser discriminatorias para que el primer supuesto de la norma, tenga lugar. Para

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

ella, basta simplemente con que dichas condiciones hayan sido objeto de acuerdo, para que la conducta per-se resulte restrictiva.

"Para ello analizó la redacción de la norma y dijo que la 'o' dispuesta entre los términos 'venta' y 'comercialización' es disyuntiva y no copulativa, por lo que está haciendo referencia a dos supuestos distintos.

"Consideramos que no es posible tal interpretación, es decir, hacer una disgregación del precepto, por cuanto en primer lugar, no es posible sancionar una conducta subjetiva que es una mera manifestación de voluntad, como lo pretende la interpretación de la Delegada, sino que para la realización de todo tipo contravencional, debe mediar la lesión y el menoscabo ocurrido en los bienes jurídicos, producto del comienzo de la ejecución de un comportamiento valioso. Y en segundo lugar, por que (sic) como quedó demostrado en el informativo, el acuerdo objeto de investigación nunca y jamás se llevó a efecto.

"De abrirse campo la tesis de la Delegada se llegaría a resultados absurdos, en el sentido de que las investigaciones de este tipo que se enmarca dentro del llamado derecho administrativo contravencional, tienen poscrita la responsabilidad objetiva.

"El señor Superintendente deberá tener en cuenta que está prohibida toda forma de responsabilidad objetiva. La actividad de control y vigilancia que ejerce la Superintendencia corresponde precisamente al desarrollo de claros mandatos constitucionales, luego la ley en virtud de la cual se hace efectivo tal mandato, está dirigida tanto a las personas jurídicas como a las personas naturales y en la decisión de los conflictos que surjan por infracción a la misma ley, es igualmente válido el debate sobre la responsabilidad objetiva por contravenciones administrativas, ya definido por parte de la jurisprudencia y la doctrina.

"El debate sobre la aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionatorio debe ser revisado atendiendo entre otros los pronunciamientos de la Corte Constitucional que involucran nuevos criterios de interpretación atendiendo los principios de favorabilidad, presunción de inocencia y otros de similar naturaleza no aplicables a las personas jurídicas, pero sí respecto de personas naturales.

CONCLUSIONES

"¿Se produjeron actos o acuerdos contrarios a la libre competencia?"

"En manera alguna. Los afiliados a ASHOTEL llegaron a un acuerdo perfectamente legal y válido (sic), ya que no se aparta ni de las disposiciones generales del código civil ni del de comercio ni de las prácticas consuetudinarias del servicio hotelero del País.

"En efecto, si bien la Ley 300 de 1996 en su artículo 79 define el contrato de hospedaje como una especie del de arrendamiento, de lo cual, se concluye que es de consensual, oneroso y de tracto sucesivo, en cuanto que el pago del precio se hace día a día.

"Esto implica que, por no ser normas de orden público, pueden las partes pactar en contrario el pago del precio de manera anticipada. O si no, como de otra forma podría entenderse que la reglamentación de esta ley, autorice depósitos para reservas.

"El objetivo del acuerdo suscrito por los miembros de ASHOTEL, estaba básicamente dirigido, tanto a obtener la recuperación de la cartera, como a defender la estabilidad económica del sector, que como quedó probado, ascendía aproximadamente a la suma de cinco mil millones de pesos,

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

situación insostenible para una economía absolutamente frágil como la del Departamento Archipiélago.

"En todo caso, quedó demostrado que el susodicho acuerdo no tuvo operancia o mejor, no se hizo exigible la modalidad del prepago, por cuanto de un lado, las decisiones de Ashotel no son obligatorias para sus miembros y del otro, cada Hotel definió su propia política en relación con su cartera morosa. Se probó que los créditos nunca se suspendieron y en todo caso, la morosidad subsiste.

"Si las empresas siguieron otorgando el crédito a la agencias afiliadas o no a ANATO, podríamos afirmar que el ¿el mero acuerdo produjo una restricción a la libre competencia? ¿Se afectó en términos del artículo 46 del decreto 2153 de 1992 la libre competencia de los mercados?

"Para la Delegada, en su razonamiento, la libre competencia se limitó al firmar los Hoteles el acta, porque se formó un verdadero 'cartel', obrando de manera conjunta absteniéndose de concurrir al mercado con otras alternativas de pago, como créditos o plazos, con el efecto natural y obvio que ello implica para quienes ven en tales prerrogativas un criterio determinante de elección.

"Nada más acomodado a un criterio ya expresado de pre juzgamiento y acomodo de responsabilidad objetiva, en cuanto que, conforme este razonamiento, no son validos (sic) los pactos en contrario, sobre normas dispositivas contractuales, autorizados tanto por los códigos Civil y de Comercio, en donde, los hemos repetido hasta la saciedad, ninguna norma, obliga a trabajar al fiado o a crédito. Esto es lo excepcional, lo natural, conforme la lógica del negocio jurídico es que contratado el servicio, el pago es inmediato. La modalidad del plazo, como forma de obligarse, no conviene con el tipo de negocio que es la prestación de servicios hoteleros, así la ley 300 de 1996 se refiera a un arriendo día a día.

"De allí que si varios acreedores se unen para manifestar a sus deudores que en adelante el servicio debe hacerse prepago, esto es, al momento de contratarse, implica por demás, una conducta legítima y en modo alguno atentatoria del bien jurídico tutelado por las normas sobre promoción de la competencia y de las prácticas comerciales restrictivas.

"La denuncia presentada por el Dr. Oscar Rueda García, se queda en presunta, pues como se vio no se ha tipificado contravención ninguna, pues si bien los miembros de ASHOTEL establecieron unas condiciones de venta o de comercialización, en modo alguno discriminaron a terceros, de la manera que regula el numeral 2º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, pues no hay terceros que sufran con este legítimo proceder.

"El proceder de ASHOTEL estuvo básicamente dirigido tanto a obtener la recuperación de la cartera, como a defender la estabilidad económica de sus miembros en el sector básico de la producción de servicios hoteleros, que son, con el comercio del decaído puerto libre, la base de la economía insular. La conducta de ASHOTEL y de sus miembros en modo alguno podía ni pretendía capacidad para, por ejemplo, determinar precios.

"La intención de los hoteleros está dada en el mismo comunicado objeto de censura por ANATO por ante el señor Rueda García:

"La posición asumida por Ashotel busca preservar las inversiones hoteleras de la Isla, las Agencias de Viajes, las Aerolíneas y proteger al Turista.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

"Esperamos la posición asumida reciba el respaldo de todos ustedes, cuya única finalidad, es conservar el destino turístico por excelencia de los Colombianos: San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

"Corroborar este aserto, un análisis integral de las declaraciones e interrogatorios rendidos ante la Delegada en este asunto, análisis que difiere del efectuado en el informe que glosamos, por cuanto el Ente investigador solo tuvo en cuenta y en forma sesgada apartes de las declaraciones, que aparentemente y a su juicio, avalan sus conclusiones, olvidando las reglas probatorias que indican que la confesión es indivisible, en tanto que las declaraciones o testimonios son divisibles.

"En este entorno debemos nosotros llamar la atención del Señor Superintendente para que aprecie es su conjunto y bajo esas reglas, dichas pruebas, por que (sic) de hacerlo así, encontrará demostrado que:

- *Que el acuerdo no se llevó a efecto en la práctica*
- *Que era voluntario su cumplimiento.*
- *Que el crédito no suspendió tanto a los afiliados y no afiliados a ANATO.*
- *Que no se exigió prepago a ninguna agencia de viajes.*
- *Que no hubo discriminación para ninguna agencia de viajes.*

"Para concluir y puesto que ha quedado demostrado que no se violaron las dos primeras disposiciones analizadas, bástenos afirmar, que en relación con el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, que por sustracción de materia, si no se tipificaron las dos primeras, mal podría afirmarse que los representantes legales las toleraron, ejecutaron o celebraron.

"PETICIÓN

"PRINCIPAL.- Se servirá el señor Superintendente, desatender la recomendación de su delegada en el sentido de sancionar a quienes represento por la conducta, en cuanto que la ley únicamente le faculta para opinar si hubo o no infracción, pero no para recomendar sanciones como se ha hecho.

"Además, por que (sic), como se ha demostrado en este alegato, no ha existido contravención legal alguna y que si la conducta endilgada sucedió jamás se puso en práctica y no produjo resultado dañino o antijurídico alguno.

"SUBSIDIARIA.- Nuevamente, pedimos que se adopte el equivalente que se le da al infractor, - aun cuando mis mandantes no lo son- de brindar garantías suficientes de que suspenderán o modificarán la conducta por la cual se les investiga, en el sentido que se ordene la CLAUSURA DE LA INVESTIGACIÓN en contra de mis mandantes".

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

1 Tiempo y hechos investigados

Los hechos que se probaron durante la investigación y serán objeto de pronunciamiento pueden resumirse de la siguiente manera:

Inversiones Vidal Urrea S. en C.S.; Hotel Calypso Beach; Lord Pierre Hotel Ltda; Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A.; Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A. y la Sociedad Hotel Tiuna Ltda, como miembros de la Asociación de hoteles de San Andrés y Providencia-ASHOTEL, se reunieron y firmaron los documentos de fecha 4 de mayo y 2

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

de junio de 1999, en los que imponían condiciones de venta al servicio hotelero, al establecer y ratificar la exigencia del prepago para todas las agencias de viajes del país, de la siguiente manera:

- Mediante el "ACTA No 4" correspondiente a la reunión extraordinaria de fecha 4 de mayo de 1999, se consignó: " ...Después de una amplia deliberación y de escuchar propuestas, se convino redactar un comunicado para Agencias y Aerolíneas informando que todos los hoteles del Gremio van a utilizar el sistema de prepago.

" (...).

"Se deja constancia que por unanimidad se solicita expulsar de la Asociación aquellos hoteles que despise de habere firmed est compromise no lo sostengan...."²

De iguana forma, en El "COMMUNICATE" firmed esse miasma día por los hoteles investigados, se informaba en el punto 2 que: "A partir del 16 de junio de 1999, toda venta que se efectuó del destino San Andrés con los hoteles afiliados, deberá efectuarse con la modalidad de <PREPAGO>".

- La anterior determinación se ratifica mediante la circular de fecha 2 de junio, anexa al "COMUNICADO DE INTERES PUBLICO", en el que se informó:

" (...). 3.-Con base en lo anterior, la Asamblea ratifica el sistema de prepago para las Agencias a partir del día 16 de junio de 1999. Con esta medida, se busca preservar el destino de San Andrés, los hoteles, las Aerolíneas, las Agencias de Viajes y el Turista en especial".

" (...)."

" A partir del día 16 de junio de 1999, toda venta que se efectuó del destino San Andrés con los hoteles afiliados, deberá efectuarse con la modalidad de PREPAGO."

2 Adecuación normativa

De acuerdo con el contenido del número 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, son restrictivos los acuerdos entre dos o más empresas que tengan como objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

Así pues, la configuración de la conducta descrita puede presentarse en cualquiera de los siguientes sentidos:

- a. La existencia de un acuerdo.
- b. Que tenga por objeto o tenga como efecto determinar condiciones de venta.
- c. Que tenga por objeto o tenga como efecto determinar condiciones de comercialización discriminatoria para con terceros.

De manera pues que, la norma referida contiene dos supuestos de hecho, donde el primero prohíbe aquellos acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta, en tanto que el segundo hace lo propio respecto a aquellos que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de comercialización discriminatoria para con terceros.

² Ver documento obrante a folio 488 del cuaderno 1 del expediente.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

En este sentido, el presupuesto de "discriminación" resulta aplicable y por lo mismo indispensable para la configuración de aquellos acuerdos que recaigan sobre las condiciones de comercialización,³ pero no para la conformación del precepto relativo a las condiciones de venta,⁴ como quiera que el simple acuerdo de voluntades orientado a establecer las particularidades de la venta, ya de por sí resulta reprochable, pues no se olvide que una economía de mercado como la recogida en el artículo 333 de nuestra Carta, se busca capturar para los colombianos los beneficios de la rivalidad empresarial, para lo cual legalmente se ha tipificado como conducta anticompetitiva, entre otros, los acuerdos sobre condiciones de venta.

Para el caso concreto, la venta supone el recibir el pago del precio estipulado a cambio de la prestación del servicio hotelero,⁵ lo cual difiere de la comercialización pues dicho término denota una serie de actividades tendientes a facilitar precisamente la venta, tales como: mercadeo, publicidad, promoción, canales de distribución, administración comercial del producto o servicio ofrecido, con el fin de que sea adquirido por el consumidor final.

De manera que, aun cuando los conceptos de venta y comercialización pueden suponer cierto grado de aproximación, y por qué no de confusión, lo cierto es que involucran actividades propias y específicas, donde la comercialización resulta mas compleja y extensa, llegando en ocasiones a comprender la fase previa y posterior a la venta misma. Es por ello que ambas actividades, o si se quiere "fases operativas", no pueden entenderse como si fueran una misma y tratarse indistintamente.

En armonía con lo expuesto se observa la redacción de la norma en comento, cuya composición gramatical hace referencia precisamente y por separado, a las condiciones de venta y comercialización. Nótese que en su redacción establece como contrarios a la libre competencia los acuerdos "...que tengan por objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros (el subrayado no hace parte del texto original).

De esta forma, se trata de dos preceptos diferentes integrados en una misma norma, donde cada uno tiene vida propia. La "o" dispuesta entre los términos "venta" y "comercialización" es disyuntiva y no copulativa, por lo que está haciendo referencia a dos supuestos distintos. Al respecto, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al referirse al término "o", presenta la siguiente definición: "conj. disyunt. que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Antonio o Francisco; blanco o negro; vencer o morir.(...)" (el subrayado no hace parte del texto original).⁶

En esta misma línea, conviene hacer énfasis en que la redacción de la norma está dispuesta en singular, así alude a "discriminatoria", refiriéndose a las condiciones de comercialización. Si el presupuesto de discriminación fuera aplicable tanto a las condiciones de venta como a las de

³ El término "Comercialización" integra, de acuerdo con la definición dada por el diccionario Espasa de Economía y Negocios; todas las "Actividades o técnicas destinadas a facilitar la venta de los productos. Inclusive la investigación de mercados, distribución, promoción, administración comercial, etc".

⁴ El término "Venta" significa de acuerdo con la definición dada por el diccionario Espasa de Economía y Negocios, la "...operación mediante la cual una persona transmite la propiedad que tiene sobre un bien o derecho a otra a cambio de un precio determinado".

⁵ El artículo 79 de la Ley 300 de 1996 define el contrato de hospedaje así: "El Contrato de hospedaje en un contrato de arrendamiento, de carácter comercial y de adhesión, que una empresa dedicada a ésta actividad celebra con el propósito principal de prestar alojamiento a otra persona denominada huésped, mediante el pago del precio respectivo día a día, por un plazo inferior a 30 días". (el subrayado no hace parte del texto original)

⁶ Ver Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Décimo Novena Edición, 1970, pág. 930.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

comercialización, entonces la norma habría sido redactada en plural y por lo tanto diría: "...que tengan por objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria(s) para con terceros", para referirse a ambas condiciones como un elemento esencial para su configuración, pero no quedó así.

Es con fundamento en lo anterior que esta Superintendencia concluye que, no es necesario que las condiciones de venta acordadas deban ser discriminatorias para que el primer supuesto de la norma tenga lugar. Basta simplemente con que dichas condiciones hayan sido objeto de acuerdo para que la conducta *per-se* resulte restrictiva.

Bajo este contexto, tenemos que, la presente investigación se orientó a establecer si la norma se configuraba en cualquiera de los sentidos indicados, ya por el acuerdo de condiciones de venta, bien por la fijación de condiciones de comercialización discriminatorias; lo cual de conformidad con el material probatorio recaudado nos permitió concluir que el primero de los supuestos efectivamente concurre al haberse establecido el prepago como condición de venta del servicio hotelero.

Efectivamente, en el presente caso logró demostrarse la existencia de un acuerdo entre los investigados, orientado a fijar las condiciones de venta del servicio hotelero en el archipiélago de San Andrés Islas, al establecer la fijación del prepago, como a continuación entra a exponerse:

2.1 Existencia de un acuerdo

Por acuerdo se entiende todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela.⁷ Así, las fuentes del acuerdo están conformadas por cualquiera de estas figuras, las cuales deben contener la voluntad exterior que permita coagular un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifiquen entre sí, es decir una actuación conjunta.

En el caso que nos ocupa, Inversiones Vidal Urrea S. en C.S.; Hotel Calypso Beach; Lord Pierre Hotel Ltda; Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A.; Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A. y la Sociedad Hotel Tiuna Ltda, como miembros de la Asociación de hoteles de San Andrés y Providencia-ASHOTEL, se reunieron y firmaron los documentos de fecha 4 de mayo y 2 de junio de 1999 respectivamente, en los que se exigía el prepago para todas las agencias de viajes del país.⁸

⁷ Decreto 2153 de 1992, artículo 45 número 1.

⁸ Sobre el punto expresaron los respectivos representantes:

- Declaración de la señora Gladys Vidal Urrea, gerente de Inversiones Vidal Urrea SCS- Urival, de fecha 26 de abril de 2001, obrante a folios 401 a 405 del expediente, manifestó:

"PREGUNTA 12: Sabe usted si en alguna de las reuniones de Ashotel ha sido abordado el tema de la comercialización del servicio de los distintos hoteles con las agencias de viajes, específicamente en cuanto hace referencia a la forma de pago que se cobrará a las agencias.

RESPUESTA: Si, ante el desespero de las deudas que teníamos, las deudas que tenían las agencias con los hoteles abordamos este tema".

"PREGUNTA 13: Recuerda alguna decisión que haya sido adoptada por Ashotel y sus miembros en relación al punto establecido en la pregunta anterior.

RESPUESTA: Si se tomó una decisión pero nunca se llevó a ningún fin".

"PREGUNTA 14: Qué decisión se tomó por Ashotel y sus miembros.

RESPUESTA: De que fuera prepago todas las agencias en general pero no se llevó a cabo tal fin".

"PREGUNTA 15: Usted recuerda la época en que Ashotel y sus miembros decidió establecer el prepago que usted menciona para las agencias de viajes.

RESPUESTA: No recuerdo la fecha exacta creo que fue en el año 99".

- Declaración de la señora Nancy Janeth Gutierrez Gonzalez, en su calidad de gerente del Hotel Lord Pierre Ltda, de

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

fecha 27 de abril de 2001, obrante a folios 406 a 411 del expediente, manifestó:

**PREGUNTA 5: Dentro de las políticas comerciales que se adoptan por parte de Ashotel y sus miembros se ha establecido o determinado la forma de pago con que debe cancelarse el servicio que prestan los hoteleros.*

RESPUESTA: "(...) En el momento que se firmó ese convenio teníamos unas deudas entre todos los hoteleros en más o menos 5 mil millones de pesos, y muchos hoteleros nos hemos quedado con esas deudas porque no hay a quien reclamarle ni cobrarle, incluso una deuda de una agencia de viajes, un grupo de hoteleros tuvimos que recibirle una casa en forma de pago aquí en Bogotá para no perder ese dinero, de los cuales en esa fecha a Lord Pierre nos adeudaban 45 millones de pesos, esa sola agencia. Por este motivo nos reunimos buscando el bienestar porque creo que ninguna empresa trabaja para que deje sus ingresos en cartera".

**PREGUNTA 6: Teniendo en cuenta su respuesta anterior manifieste al despacho a qué convenio hace referencia.*

RESPUESTA: Fue una comunicación interna en la cual nos comprometíamos a que las agencias de viajes que estuvieran en mora con los otros colegas nos ayudáramos todos para agilizar el pago, porque seguían enviando a otros hoteles donde les abrían crédito y no pagaban a donde ya tenían deuda y previniendo un cierre de dichas agencias y quedarnos todos con las cuentas por cobrar pendientes".

- Declaración del señor Bernardo Gustavo Velásquez Santos, como representante legal de Inversiones Campo Isleño S.A. y gerente general de los Hoteles Sol caribe, de fecha 27 de abril de 2001, obrante a folios 418 a 422 del expediente, manifestó:

**PREGUNTA 20: Manifieste al despacho de conformidad con algunas de las respuestas obtenidas anteriormente en esta diligencia en las cuales se hace relación a la decisión tomada por Ashotel, quién participó en representación de la sociedad Inversiones Campo Isleño S.A.*

RESPUESTA: Se que participó en la reunión el señor Pedro Mesa quien era empleado nuestro, pero también sé que legalmente no nos representaba, ni podía comprometer a la institución en ningún acuerdo, desconozco si el señor Yepes asistió".

**PREGUNTA 21: Explique si usted tiene conocimiento sobre el punto relacionado con prepagos y en caso afirmativo en qué consiste.*

RESPUESTA: Sí, conozco el sistema de prepago y consiste en la exigencia de los hoteles en solicitar un anticipo que garantice la reserva de la noche hotelera y que esta práctica es aceptada por la ley 300 que es la ley marco de turismo, también incluye en el prepago la cancelación total de la cuenta del pasajero antes que éste se retire de las instalaciones".

- Declaración de la señora Leonor Espinosa de Sosa como representante del hotel Calypso Beach, de fecha 27 de abril de 2001, obrante a folios 423 a 426 del expediente, manifestó:

**PREGUNTA 4: Indique al despacho qué cargo ocupa dentro de la estructura del hotel.*

RESPUESTA: Yo soy la propietaria y gerente general pero quien dirige toda la parte administrativa y comercial es mi hijo Benito Sosa".

**PREGUNTA 7: Indique al despacho si usted tiene conocimiento sobre alguna decisión tomada por Ashotel y sus miembros relacionada con la comercialización de los servicios hoteleros para con las agencias de viajes.*

RESPUESTA: Sí, los hoteleros tenemos muchas deudas pendientes que son deudas que antes se hacían de 15 o 20 días y hoy en día se pasan hasta de 2 o 3 meses".

**PREGUNTA 8: Indique al despacho de conformidad con su respuesta anterior, en qué consistía la decisión de Ashotel.*

RESPUESTA: No sé, porque esa parte siempre la atiende Benito".

- Testimonio del señor Benito Sosa, como gerente administrativo del Hotel Calypso Beach de propiedad de la señora Leonor Espinosa de Sosa, de fecha 3 de mayo de 2001, obrante a folios 436 a 440 del expediente, manifestó:

**PREGUNTA 3: Desde hace cuánto tiempo se desempeña como gerente administrativo del hotel Calypso.*

RESPUESTA: Más de 9 años".

**PREGUNTA 5: Tiene conocimiento de si Ashotel adoptó alguna determinación destinada a establecer condiciones de pago a las agencias de viajes con las que sus miembros mantienen relaciones comerciales.*

RESPUESTA: Sí, por el alto índice de la cartera en cuanto a los hoteles en la Isla de la asociación, cartera de más de 90 días en mora, siendo las agencias tanto de Anato como también que no son de Anato. Se decidió en un momento dado revisar dicha cartera a nivel de todos los hoteles mirando que en la sumatoria de esta cartera era más de 5 mil millones de pesos en ese momento".

**PREGUNTA 6: Recuerda la época en que se llevó a cabo la reunión que usted menciona en su respuesta anterior.*

RESPUESTA: En este momento no estoy casi seguro, pero tendría que ser entre los meses de abril a mayo, no recuerdo el año".

**PREGUNTA 7: Manifieste al despacho si usted ha ocupado algún cargo en Ashotel, en caso afirmativo cuál.*

RESPUESTA: Tuve cargos en la junta directiva como presidente, vicepresidente y vocal".

**PREGUNTA 12: De conformidad con sus respuestas anteriores aclare al despacho el punto relacionado con la decisión tomada por Ashotel respecto a la forma de pago por la prestación del servicio hotelero tomada por sus miembros.*

RESPUESTA: En el mercado nacional para que una persona llegue a San Andrés por intermedio de una agencia de viajes, esta persona tiene que haber cancelado a la agencia de viajes antes de llegar a San Andrés para prestar los servicios. Aclaro, no es que el hotel esté obligando a la agencia a tomar esta decisión sino que en la práctica las agencias no mandan los pasajeros si los pasajeros

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Así pues, analizado el material probatorio recaudado durante la investigación resulta comprobada la existencia de la manifestación de voluntad expresa por parte de los hoteles investigados que contiene el objeto del acuerdo, que para el caso se tipifica en la fijación del prepago como condición para la prestación del servicio.

2.2 Entre empresas

La noción de empresa contenida en el artículo 25 del estatuto mercantil, contempla dos acepciones: la primera, define a la empresa como una actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración y custodia de bienes. La segunda, concibe a la empresa como la actividad económica organizada para la prestación de servicios.⁹

no pagan en su totalidad el paquete para llegar a cualquier hotel ya sea nacional e internacional. A nivel internacional estas agencias tienen que haber pagado mínimo 30 días antes los servicios a los hoteles, para que los hoteles presten dichos servicios, sin embargo, en San Andrés se están demorando hasta 90 días para cancelar unos servicios que ya la persona o el "turista" ha pagado antes de viajar".

**PREGUNTA 13: Manifieste al despacho qué efectos perseguía Ashotel al tomar la decisión ya comentada en el transcurso de esta diligencia.*

RESPUESTA: Ashotel en ese momento buscaba era recuperar la cartera morosa que se encontraba con las agencias y cada hotel tenía la disponibilidad de poder negociar o llegar a un acuerdo de su cartera con la agencia que le estuviera debiendo. No se estaba buscando en ningún momento afectar el mercado porque las tarifas están dadas anualmente. Vuelvo y repito solo era un mecanismo de poder recuperar la cartera morosa que tenían dichas agencias".

- Declaración del señor Fernando Correa Echeverri, como representante legal del Hotel Sunrise Beach, de fecha 11 de junio de 2001, obrante a folios 1247 a 1251, manifestó:

**PREGUNTA 4: De conformidad con su respuesta anterior, indique a este despacho si usted tiene conocimiento sobre la decisión tomada por Ashotel en el mes de mayo de 1999 en las cuales se trató el tema del prepago*

RESPUESTA: Sí, si tuve conocimiento fue un punto muy sensible en todo el gremio hotelero de San Andrés, sean asociados o no a Ashotel, pues la problemática de la crisis hotelera está ligada a los sistemas de contratación que de tiempo atrás se han manejado fundamentalmente con la intermediación, que la hacen las denominadas agencias mayoristas y las agremiadas a Anato yo en esa época no era representante legal, pero tuve conocimiento porque ya tenía la asesoría jurídica de la sociedad. Supe que los hoteles ante la enorme cartera morosa a cargo de las agencias intermediarias con más de 90 días de vencidas habían adoptado la posición, para poder mantener rentables sus empresas por exigir que el servicio se prepagara en las condiciones que la ley de turismo general permite y en efecto una decisión de tipo gremial informaron a los agentes que el servicio debía ser pagado al momento de ser contratado.(...)"

- Declaración del señor Isaac Besalel Kahmi, como gerente general del Hotel Tiuna, en relación con las preguntas formuladas por este Despacho manifestó:

**PREGUNTA 8: Podría indicar a éste despacho si en algunas de las reuniones de los miembros de Ashotel se ha hecho referencia a las condiciones de comercialización del servicio hotelero*

RESPUESTA: Tengo conocimiento que se firmó un acuerdo sobre esta materia, pero no es obligatorio el cumplimiento".

**PREGUNTA 9: Indique al despacho el contenido del acuerdo o los acuerdos a que usted hace referencia en su respuesta anterior.*

RESPUESTA: El acuerdo fue suscrito entre los miembros de la asociación para que las ventas se hicieran con pago de contado, pero esto nunca se llevó a cabo, ya que los créditos han continuado".

PREGUNTA 10: En este estado de la diligencia, el despacho procede a exhibir al interrogado los documentos obrantes a folios 170 y 196 a 200 del expediente, a efectos que nos diga si reconoce su contenido.

RESPUESTA: Con relación al folio 169 si lo he leído, pero la carta remisoría de folio 170 no la conozco por que no pertenecía a la Junta Directiva y tan poco estuve presente en la reunión; en cuanto al comunicado obrante a folio 200 no lo conozco pero si estaba enterado de su contenido; y respecto al folio 199 comunicado de interés público lo mismo.

**PREGUNTA 24: En qué momento y bajo qué circunstancias se entero de la determinación adoptada en el sentido de establecer el pago de contado al que se ha venido aludiendo en la presente declaración.*

RESPUESTA: Me enteré posterior a la reunión ya que fui informado por mi hijo que asistió y firmó dicho acuerdo".

⁹ Al respecto, la doctrina de Madriñan de la Torre señala lo siguiente: "La consideración de la empresa como modalidad del acto de comercio, se ha venido abriendo paso en la doctrina como la manifestación más caracterizada de la actividad mercantil moderna, hasta tal punto, que se la considera como fundamental en el derecho mercantil contemporáneo". Principios del Derecho Comercial, Edición 2, página 92.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Para el caso que nos ocupa, Inversiones Vidal Urrea S. en C.S.; Hotel Calypso Beach; Lord Pierre Hotel Ltda; Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A.; Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A. y la Sociedad Hotel Tiuna Ltda prestan servicios de manera organizada bajo la modalidad de actividad económica, de la cual dan fe los diversos certificados de Cámara de Comercio del archipiélago de San Andrés y Providencia que reposan como parte del expediente.¹⁰

2.3 Objeto de la Conducta

El artículo 334 de la Constitución Política confía al Estado la dirección general de la economía y le ordena intervenir en las distintas etapas del proceso económico, a fin de racionalizarlo y conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades, así como para promover la productividad y la competitividad, entre otros propósitos.

En este sentido, existe un consenso general sobre el objetivo principal de la política de competencia, en cuanto a que ésta propende por el mantenimiento de un sistema de libre mercado, es decir la protección y promoción de la competencia efectiva.¹¹ Lo anterior implica el ejercicio de atribuciones de carácter policivo que se ejercen justamente, a través de la inspección, vigilancia y el control sobre el mercado y sus intervinientes, tendiendo fundamentalmente a prevenir o corregir restricciones que traten de imponer agentes económicos en el desarrollo de sus actividades y que afectan de manera significativa la libre competencia.

Debido a que las normas sobre promoción de la competencia tienen impreso un marcado carácter preventivo, de incurrir en la conducta descrita considerada anticompetitiva, la intervención de esta Superintendencia resulta procedente con el objeto de evitar la expansión o repetición del efecto nocivo en el mercado, de lo cual se desprende que, el obrar de esta Entidad no está supeditado a que el mercado se haya visto efectivamente lesionado con el obrar anticompetitivo, dado que es justamente eso lo que se pretende evitar con estas normas.

En este contexto, se advierte que, la norma analizada proscribiera tanto el objeto como el efecto de la conducta. Para esta Entidad el *objeto* debe ser entendido como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se produzca.

Efectivamente, del material probatorio recaudado como parte de la investigación se desprende que los investigados suscribieron un documento en el que acordaban condiciones de venta al servicio hotelero, toda vez que fijaban el prepago como forma única de cancelación del servicio. Por lo tanto, no sólo se acordaba el pago de contado sino además previo al disfrute del servicio por parte del turista.

Por ello, la fijación conjunta y uniforme de las condiciones en que habría de venderse el servicio hotelero, es suficiente para considerar que el objeto que la norma prohíbe se presentó, independientemente a si la medida fue o no aplicada por los correspondientes hoteles.

2.4 Prepago como condición de venta

Para esta Superintendencia el prepago constituye en si mismo una condición de venta al servicio hotelero, en la medida en que supedita la forma en que habrá de extinguirse la obligación a cargo

¹⁰ Véase: certificados de existencia y representación legal, obrantes a folios 1 a 163 del expediente.

¹¹ Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico. La competencia en derecho comparado, Claudia Orozco. Planeación y Desarrollo volumen XXIV No.2 Mayo-Agosto de 1993, página 100.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

de las agencias de viajes; en ese sentido, exige el pago anticipado a la prestación del servicio, impidiendo la concesión de créditos o la posibilidad de posponer su cancelación a una oportunidad ulterior a la utilización del servicio.¹²

De esta manera, el condicionamiento recae sobre el momento o la forma en que ha de cancelarse la respectiva venta, sin que la agencia de viajes que contrata el servicio disponga de otra alternativa diferente, ya que fueron todos los miembros de Ashotel quienes en forma conjunta adoptaron la determinación y de manera general, esto es, para todas las agencias de viajes.

En este contexto, la decisión conjunta de los investigados de exigir el referido prepago representa una limitación indebida a la capacidad de sus contratantes de elegir entre varias opciones la modalidad de pago que más se ajuste a sus necesidades y preferencias. A este respecto cabe recordar que, uno de los criterios que tiene en cuenta el consumidor de un bien o el adquirente de

¹² Sobre el punto manifestaron los representantes de Anato:

- Testimonio del doctor Rafael Eduardo Abella, como presidente encargado de Anato, de fecha 4 de mayo de 2001, obrante a folios 469 a 465 del expediente, afirmó:

"PREGUNTA 11: Existe alguna diferencia entre la cancelación del paquete turístico y el término prepago, en caso afirmativo explíquela en forma concreta.

RESPUESTA: Si existe un diferencia, el prepago es compra anticipada, es decir, yo puedo comprar anticipadamente sillas de avión, o puedo comprar anticipadamente camas de hotel, eso quiere decir que la agencia tendría que tener un capital de trabajo muy grande para invertir y tener esas sillas o alojamientos previamente pagados y promocionados para con el tiempo irlos vendiendo, o sea la aerolínea o el hotel reciben ese dinero independientemente de que las camas o las sillas se vendan o no".

"PREGUNTA 21: Manifieste al despacho de acuerdo con su experiencia, si la decisión tomada por Ashotel de exigir el prepago afectaba el acceso al turista en relación con los servicios hoteleros prestados por los hoteles de San Andrés.

RESPUESTA: De todas maneras se le estaba limitando al turista en alternativas de pago, y como dije al principio y más en ese momento coyuntural difícil para San Andrés el turista se le debía motivar con alternativas de pago y no limitárselas".

"PREGUNTA 22: Podría aclarar el sentido de su respuesta anterior, cuando afirma que "al turista se le estaban limitando las oportunidades de pago".

RESPUESTA: Si porque la única alternativa que tenía el turista era hacer el pago de contado, porque si el agente había comprado habitaciones y las había pagado previamente haciendo una inversión alta no tenía más alternativa que utilizar también la venta de contado".

- Testimonio del doctor Oscar Rueda, en su calidad de presidente de Anato durante de la época de los hechos con base en los cuales se adelanta la presente investigación, de fecha 15 de junio de 2001, obrante a folios 1188 a 1192 del expediente, afirmó en su declaración:

"PREGUNTA 7: Aparte de los factores indicados en su respuesta anterior, manifieste si las condiciones de venta del servicio hotelero, especialmente en cuanto hace a la forma de pago, tienen alguna incidencia respecto a la decisión de la agencia de viajes o del turista en cuanto a la escogencia del hotel.

RESPUESTA: Evidentemente que si, si el hotel exige prepago que es el caso de la decisión de los hoteles afiliados a Ashotel la agencia, o el turista que acude a los servicios de la agencia deberá disponer con suficiente anticipación del dinero, en cambio si las condiciones acordadas son pago al utilizar los servicios o incluso con posterioridad a su utilización, marca una diferencia importante. Hoy y ante la decisión de los hoteles de San Andrés, un cliente que acuda a los servicios de la agencia deberá prepagar, en cambio si acude directamente al hotel podrá pagar al momento de utilizar los servicios y esto marca también una diferencia entre utilizar o no los servicios de la agencia de viajes".

"PREGUNTA 8: Qué entiende usted por prepago.

RESPUESTA: Pagar con anticipación el bien o servicio que se va a recibir a cambio del pago. En el lenguaje turístico se puede aplicar a varias modalidades: se habla por ejemplo de habitaciones prepagadas para referirse a una compra en volumen de determinado número de habitaciones, pero también se utiliza, y este es el sentido de la decisión de Ashotel, simplemente para indicar que no se confirmará reservación alguna para una utilización futura del hotel si previamente no se ha efectuado el pago".

"PREGUNTA 9: Diferente a la modalidad de prepago señalada en su respuesta anterior, existen otras formas de cancelar el servicio hotelero.

RESPUESTA: Si y así lo mencioné a la respuesta de la pregunta número 4. Dependiendo de la relación comercial y contractual entre la agencia de viajes y el hotel, entre el cliente y la agencia de viajes y dependiendo del negocio mismo, operan diferentes modalidades de pago: crédito, pago al momento de utilizar el servicio, prepago, pago en determinado plazo después de utilizar el servicio. La costumbre en general en las relaciones entre los hoteles y las agencias de viajes señala un pago a 30 días después de utilizado el servicio".

un servicio, al momento de elegir entre las diferentes alternativas que el mercado le ofrece, es precisamente la forma de pago, donde el crédito o el plazo resultan determinantes al lado de otros factores como el precio o la calidad del producto o servicio ofrecido.

Se limita de esta forma la libre competencia, en tanto los hoteles firmantes del acta se constituyen en un verdadero cartel obrando de manera conjunta, absteniéndose de concurrir al mercado con otras alternativas de pago como créditos o plazos, con el efecto limitativo que implica para quienes ven en tales prerrogativas un criterio determinante de consumo.

Sobre el punto, es preciso recordar que, dentro de las principales finalidades porque se propende con la efectiva aplicación de las normas sobre libre competencia, está: "...que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios". Sin duda el acuerdo suscrito por los investigados representa un atentado contra esa finalidad. En tanto restringe la capacidad de elección de las agencias de viajes que sirven de intermediarios entre el turista y el hotel.

Lo hasta aquí expuesto guarda absoluta concordancia con el artículo 1 de la ley 155 de 1959, a cuyo tenor reza: "quedan prohibidos todos 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". (subrayado no hace parte del texto original).

Así las cosas, es claro entonces que el acuerdo suscrito por los investigados se torna en restrictivo de la competencia, como quiera que tiene la potencialidad suficiente para limitar el servicio hotelero, al eliminar de plano la posibilidad de conceder otras formas de pago distintas a la del denominando prepago, así como por fijar un proceder uniforme de parte de los competidores frente a la comercialización del servicio.

De esta forma y acorde con la finalidad pretendida por la preceptiva legal sobre competencia, en cuanto a que sea cada empresa quien determine en forma autónoma e independiente las condiciones de venta de sus propios bienes y servicios y, que como resultado de ello disponga el consumidor o contratante de un abanico de posibilidades de elección entre las que pueda tomar determinaciones según sus necesidades y prioridades, considera este Despacho que el simple acuerdo sobre tales condiciones resulta *per-se* restrictivo de un sistema de libre mercado como el que se protege.

Lo hasta aquí expuesto, cobra fuerza si se tiene en cuenta que la determinación adoptada tenía por destinatarios a todas las agencias de viajes y no sólo a las que presentarían incumplimiento o mora en la cancelación de los servicios hoteleros.¹³

¹³ En lo que respecta a este tema el vocal de Ashotel manifestó lo siguiente:

-Testimonio del señor Benito Sosa, como gerente administrativo del Hotel Calypso Beach de propiedad de la señora Leonor Espinosa de Sosa y vocal de Ashotel, de fecha 3 de mayo de 2001, obrante a folios 436 a 440 del expediente

"PREGUNTA 14: Indíquenos si la decisión tomada por Ashotel afectaba únicamente a algunas agencias de viajes o a todas ellas en general.

RESPUESTA: La decisión fue a nivel general tanto a agencias de Anato como agencias que no pertenecen a Anato".

- Declaración del señor Fernando Correa Echeverri, como representante legal del Hotel Sunrise Beach, de fecha 11 de junio de 2001, obrante a folios 1247 a 1251, manifestó

"PREGUNTA 11: En forma concreta explique a este despacho si la decisión del prepago estaba dirigida a todas las agencias de viajes o solo a algunas de ellas.

RESPUESTA: Estaba dirigida al mercado de agencias de viajes a nivel general".

Por consiguiente, la decisión del prepago entraña un peligro para el mercado en general, en la medida en que establece un consenso o comportamiento unánime frente a la forma en que habrían de cancelarse los servicios turísticos, y además, por suponer un efecto directo sobre el cliente final, quien pierde la prerrogativa de utilizar el crédito o de convenir un plazo para la cancelación del servicio, ya que el destinatario de la medida, esto es la agencia de viajes, consecuentemente traslada el efecto al turista.

3 Respecto a las consideraciones de los investigados

3.1 Validez del acto y autonomía privada de la voluntad

Es importante señalar que, la Superintendencia no se está pronunciando sobre la legalidad del acta y la circular suscrita por los miembros de Ashotel. Lo que se investigó y ahora sanciona es el acuerdo realizado que resulta restrictivo de la competencia.

En cuanto hace a la legalidad del acuerdo y su objetivo principal, es importante recordar que el ejercicio del derecho a la libre competencia desde la Constitución de 1991 ha sido mejor entendido dentro de la filosofía social orientadora del Estado Social de Derecho, en el cual sigue siendo lícita la búsqueda de satisfacción del interés individual a través de las libertades de empresa, contratación y libre competencia económica, siempre y cuando en el ejercicio de dicha libertad se respeten los límites provenientes de la función social que le es inherente.

De otro lado, debe tenerse presente que si bien la autonomía privada es una potestad que el Estado concede a sus administrados con el fin de que atiendan de mejor manera sus intereses específicos, tal prerrogativa no es absoluta y en esa medida se encuentra atemperada, pues en cuanto supone el ejercicio de una función que el legislador ha delegado, los particulares deberán observar los requisitos exigidos a éste y que obedecen a motivos relacionados con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.

Es así como el ejercicio desarrollo de la autonomía privada de la voluntad debe encontrarse en armonía y subordinación plena con el sistema jurídico y social, con lo cual el orden público emerge también como límite de la consabida libertad. En este sentido, se ha dicho que *"si la iniciativa particular no se limita adecuadamente, en forma tal que opere siempre con la debida subordinación con el orden público, deja de ser benéfica para la satisfacción de las necesidades individuales y para el progreso de la sociedad; y pasa entonces a constituir grave amenaza para los asociados y para esta"*.¹⁴

En tal virtud, los particulares que acuden al tráfico negocial en procura de fórmulas precisas que atiendan de mejor manera sus expectativas, deben en todo momento observar y acatar las disposiciones legales, entre las que naturalmente figura el decreto ley 2153 de 1992. Es por ello que *so pretexto* de estar amparado bajo el manto de la autonomía privada de la voluntad, no puede desconocerse las normas relativas a la libre competencia que por ser de orden público, resultan de imperativo cumplimiento para todos los habitantes del territorio nacional.

No existe reparo en que los miembros del sector hotelero busquen la protección de sus propios intereses. Sin embargo, cuando el mecanismo empleado para tal propósito es un acuerdo a través del cual se obra de manera conjunta la conducta se convierte en restrictiva de la competencia, en tanto impone artificialmente unas condiciones a la venta del servicio e impide que sea el mismo mercado y el interés de los hoteles por mantener o atraer a una clientela, quienes fijen tales particularidades.

¹⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. "Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos", Tercera Edición, TEMIS, 1987, pág. 15.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

No pretende esta Superintendencia imponer a los partícipes del mercado la forma en que deben vender o prestar sus servicios, por cuanto esa es una potestad de la órbita de cada quien. Ningún reparo existe en que se decida conceder un crédito o exigir el pago de contado en tanto esa decisión sea el resultado de un sentir y obrar unilateral y, no de una concertación de voluntades que de al traste con la libre concurrencia al mercado y con la capacidad electiva del consumidor, pues es ahí justamente donde empiezan los senderos de lo restrictivo y arbitrario.

La protección de los intereses propios debe guardar armonía con los derechos ajenos como es precisamente el que le asiste a todo usuario del servicio turístico de encontrar variedad de ofertas o posibilidades al momento de efectuar el correspondiente pago. Suponer lo contrario conllevaría a la formación de tantos carteles como sectores económicos existan, que *so-pretexo* de estar defendiendo los intereses de la agremiación, coarten o restrinjan los derechos de los consumidores o adquirentes del servicio.

En todo caso, llama la tensión que a la decisión del prepago pretendió imprimírsele un carácter vinculante al haber establecido, que *"...por unanimidad se solicita expulsar de la asociación a aquellos hoteles que después de haber firmado este compromiso no lo sostengan"*,¹⁵ con lo que se pretendía perpetuar el acuerdo suscrito a través de una cláusula coercitiva, dejando de lado su carácter voluntario.

En el caso particular, el acuerdo sobre el Prepago no justifica ni permite que se violen normas de interés colectivo y por sobre todo de orden público que obligan a la comunidad.

3.2 Independencia del juzgador

El procedimiento para investigaciones por prácticas comerciales restrictivas comprende dos grandes actuaciones, una primera de investigación propiamente dicha o instrucción, a cargo del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, que precede a la decisión final que corresponde directamente al Superintendente de Industria y Comercio.

En este contexto se advierte que, en el procedimiento para determinar si existe infracción a las normas de la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas se distingue el principio de la separación del investigador y del juzgador que proporciona mayor transparencia a la actuación, al permitir que un funcionario ajeno a la instrucción entre de manera imparcial y objetiva a considerar lo expuesto, tanto por el Delegado en el informe motivado, como por los investigados en sus alegatos de conclusión. Es por ello que la mente del fallador entra desprovista de sesgos que impidan o coarten su libre valoración y capacidad de discernimiento.

Frente a los argumentos relacionados con este punto y sostenidos por el apoderado de los investigados, es claro que la decisión final corresponde al Superintendente, quien puede apartarse del informe motivado, lo cual reafirma de manera absoluta la independencia de las dos etapas procesales, sin que pueda pensarse que la valoración probatoria y la conclusión que plasma el Superintendente Delegado en el informe motivado constituye un prejuzgamiento. Todo lo contrario, la separación de la fase investigativa de aquella en que se adopta la decisión final es una garantía más al debido proceso, en tanto es el Superintendente quien tiene a su cargo la decisión final, sin estar vinculado a las consideraciones o apreciaciones de la Delegatura para la Promoción de la Competencia.

¹⁵ Ver Acta No. 4 de la Asamblea Extraordinaria de Ashotel, del 4 de mayo de 1999, obrante a folios 486-488.

3.3 La conducta analizada no exige un resultado restrictivo

Debe recordarse lo expuesto en el punto 2.3 del presente escrito, en cuanto que las normas sobre competencia revelan un marcado interés preventivo, por lo que su operancia tiende a evitar justamente un menoscabo al mercado, siendo así como se proscribe el objeto de la conducta independientemente a si registró o no un resultado distorsivo, pues el simple acuerdo de voluntades con el objeto descrito en la norma, ya da lugar a su tipificación.

En esta perspectiva, resultaría contradictorio tener que esperar a que el resultado nocivo se haya ocasionado para que las normas sobre competencia empiecen a tener vigencia, cuando lo pretendido es precisamente salvaguardar al mercado de toda afectación

De ahí que esta Superintendencia, considere que no es preciso esperar un resultado y menos un detrimento o perjuicio para entender que existió una conducta anticompetitiva,¹⁶ y que la misma debe sancionarse.

3.4 La averiguación preliminar

La etapa de averiguación preliminar en materia de prácticas comerciales restrictivas está diseñada por el legislador con el fin de establecer, si los hechos informados por el denunciante encuadran dentro de las conductas específicas que el ordenamiento prevé como contrarias a las normas sobre promoción de la competencia.

Es en esta etapa previa a la investigación, donde el funcionario, con base en los hechos relacionados, y las pruebas aportadas con la denuncia, realiza un análisis en torno a la tipicidad de la conducta, para establecer si existe el mérito suficiente para la apertura de una investigación, o si por el contrario, los hechos descritos no implican conductas contrarias a las prácticas comerciales por no amoldarse a los supuestos fácticos previstos en las diferentes normas.

Ahora bien, la actual investigación inició con fundamento en los documentos evaluados durante la averiguación preliminar, que tenían como base los escritos radicados bajo los números 99035734 del 19 de agosto de 1999, 99035734 del 4 de mayo de 2000 y 99035734 del 31 de agosto de 2000, presentados por el presidente de la Asociación Colombiana de Agencias de Viaje y Turismo ANATO, los cuales aportaron los elementos necesarios para que esta Entidad adoptara la determinación de abrir la correspondiente investigación.

No puede perderse de vista que, la etapa de averiguación preliminar se encuentra sujeta a los elementos que de oficio o por intermedio del quejoso sean aportados, lo cual no impide que posteriormente pueden ser adicionados con el fin de dar mayor claridad al investigador y así tener los suficientes elementos para determinar si existe mérito para decretar la apertura de la investigación, tal como sucedió en el presente caso, argumento que se encuentra esbozado en la sentencia descrita por el apoderado de los investigados, al afirmar: "*Se reitera que la Administración sólo está obligada a tramitar la averiguación preliminar, en tanto que la apertura de la correspondiente investigación, queda sujeta a lo que se presume es el sano juicio que se que se forme sobre los elementos de hecho recogidos en la averiguación preliminar*".¹⁷

¹⁶ Respecto a los tipos de "conducta" afirmó el doctor Alfonso Reyes Echandía, que son "...aquellos que describen como punible el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias, ... sin que se requiera que tal actitud ocasione determinadas consecuencias", en contraposición a los tipos de resultado a los cuales definió como "... aquellos en los que se exige expresa o tácitamente que la conducta descrita produzca determinado efecto; adviértase que el concepto de resultado o efecto- llamado "evento" por los italianos- ha de entenderse en sentido naturalísimo y no jurídico, vale decir como una modificación del mundo exterior". (Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, 1994, página 115).

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. 23 de julio de 1998, Consejero

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

3.5 Apreciación de las pruebas

Esta Superintendencia, en sujeción al artículo 187 del código de procedimiento civil, siguió los parámetros legales de valoración de las pruebas decretadas y practicadas dentro de la presente actuación, analizándolas y sopesándolas en su conjunto para determinar si tuvo lugar alguna infracción.

Es importante resaltar el punto tendiente a la indivisibilidad de la confesión y la divisibilidad de la declaración de parte,¹⁸ ya que al plasmar algunos fragmentos de las declaraciones de los representantes de los hoteles investigados, no significa que hayan sido desconocidos los diferentes argumentos esbozados en sus relatos. Cosa distinta es que las explicaciones realizadas y los argumentos esgrimidos no desvirtúan el carácter restrictivo del acuerdo celebrado, ni eximen de responsabilidad a quienes los realizaron, pues basta simplemente demostrar su objeto o la realización efectiva de las condiciones de venta, efecto, independientemente del aspecto volitivo que se hubiere podido tener.

Así, y en cuanto hace a la supuesta falta de intención de los sancionados de causar una indebida limitación a la competencia, que en criterio del apoderado impiden la tipificación de la conducta, debemos señalar que de acuerdo con lo expresado anteriormente, resulta irrelevante para el caso concreto el propósito que precedió o motivó el convenio celebrado.

Por tanto, no es que esta Entidad haya dividido la confesión al no tener en cuenta las explicaciones y aclaraciones de los interrogados, es simplemente que lo aducido por ellos no es de recibo para este Despacho por las razones señaladas en los párrafos precedentes.

4 En cuanto al ofrecimiento de garantías

Conforme con lo previsto en el número 12 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá decidir, sobre la terminación anticipada de investigaciones por violaciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.¹⁹

Sin embargo, las normas señaladas delimitan en el tiempo la facultad del Superintendente de Industria y Comercio para aceptar garantías, al establecer que se ofrecerán durante el curso de la investigación, la cual dicho sea de paso, culmina con la presentación del informe motivado que hace el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia.

En este orden de ideas, si se tiene en cuenta que la etapa de la investigación adelantada por la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia culmina una vez haya sido presentado el informe motivado y, que el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 exige que la presentación de garantías por el presunto infractor se realice durante el curso de la investigación, se concluye que éstas no pueden ser presentadas en una oportunidad diferente a la señalada.

Ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Radicación número: 4198, Actor. Apollo Química Industrial Ltda.

¹⁸ Artículo 200 del código de procedimiento civil: *"Indivisibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte. La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe.*

"Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquéllos se apreciarán separadamente".

¹⁹ En el mismo sentido se encuentra el inciso 4 del artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Por lo anterior, este Despacho no acepta las garantías ofrecidas por el apoderado de las sociedades Inversiones Vidal Urrea S. en C.S.; Leonor Espinosa de Sosa propietaria del Hotel Calypso Beach; Lord Pierre Hotel Ltda; Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A.; Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A. y Sociedad Hotel Tiuna Ltda, por cuanto las mismas fueron ofrecidas después de que la Delegada para Promoción de la Competencia rindió el informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio, es decir, luego de agotada la etapa de la investigación, y por tal motivo, el ofrecimiento realizado se entiende extemporáneo.

5. Autorización, ejecución y tolerancia

En la medida en que se configura la violación al número 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y al artículo 1° de la ley 155 de 1959, se hace patente la responsabilidad por parte de los representantes legales que autorizaron, toleraron o ejecutaron tales conductas.

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

En este punto es necesario definir los verbos rectores de la conducta que se proscribe, así:

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por autorizar, "*dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa*",²⁰ así mismo, el término ejecutar es definido como "*poner por obra una cosa*",²¹ en tanto que el verbo tolerar aparece definido como: "*disimular algunas cosas que no son lícitas, sin consentirlas expresamente*".²²

Así pues, respecto de cada uno de los representantes legales investigados, es necesario establecer si los mismos incurrieron en alguna de las conductas que atrás se mencionan, con el fin de determinar si tienen algún grado de responsabilidad, veamos:

- Gladys Vidal Urrea

De conformidad con el certificado anexo a la diligencia de interrogatorio obrante a folios 398 a 400 del expediente, se encuentra probada la representación legal de la sociedad Inversiones Vidal Urrea, S. en C. S. en cabeza de la señora Gladys Vidal Urrea, quien reconoció en su declaración, haber participado en las reuniones programadas por Ashotel en las cuales se fijo el prepago, así como haber firmado el documento que contenía dicho acuerdo.²³

²⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Décimo Octava Edición, página 147.

²¹ Ibidem, página 509.

²² Ibidem, 1269.

²³ Declaración de la señora Gladys Vidal Urrea, gerente de Inversiones Vidal Urrea SCS- Urival, de fecha 26 de abril de 2001, obrante a folios 401 a 405 del expediente, manifestó:

**PREGUNTA 15: Usted recuerda la época en que Ashotel y sus miembros decidió establecer el prepago que usted menciona para las agencias de viajes.*

RESPUESTA: No recuerdo la fecha exacta creo que fue en el año 99.*

PREGUNTA 16: En este estado de la diligencia el despacho procede a exhibir a la declarante los documentos obrantes en el expediente a folios 169 a 170 y 196 a 200, a efectos de que manifieste si reconoce su contenido.

RESPUESTA: En cuanto al documento contenido en el folio 170, 169 si los conozco, nos pusimos de acuerdo para poner en consideración que las agencias nos pagaran ya que nos debían a varios hoteles más de 5 mil millones de pesos, estuve de acuerdo y lo firmé. Referente a la circular asunto comunicado de San Andrés Isla junio 2 del 99 folio 200 lo conozco, referente al comunicado de

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Con fundamento en lo anterior, queda demostrado que Gladys Vidal Urrea autorizó la conducta que ahora se sanciona.

◦ Nancy Janeth Gutierrez Gonzalez

Hacen parte del expediente los documentos que prueban la calidad de representante legal de la señora Nancy Janeth Gutierrez Gonzalez del Hotel Lord Pierre Ltda, así mismo en su declaración manifestó su participación en la reunión de Ashotel en la cual se fijó el prepago,²⁴ lo cual se reafirma al observar los documentos contentivos del acuerdo, obrantes a folios 476 a 488 del expediente.

◦ Leonor Espinosa de Sosa

En su declaración²⁵ manifestó que quien atiende los asuntos directos del hotel es su hijo Benito Sosa, quien a su vez es el administrador del mismo,²⁶ aspecto éste que pudo corroborarse con los documentos y demás pruebas obrantes en el expediente.

En este caso se tiene que el representante legal al haber delegado en su administrador la participación en la reunión en que se adoptó el prepago, habría permitido que se comprometiera la responsabilidad de la empresa que representa, toda vez que no ejerció ningún tipo de control previo, tolerando con ello la conducta que ahora se reprocha y creando así su responsabilidad frente a tales hechos.

◦ Isaac Besalel Kamhi

Pese a establecer que el señor Besalel Kamhi ostenta la representación legal del hotel Tiuna Ltda., se encontró que fue su hijo quien asistió a la reunión de Ashotel en que se adoptara la decisión del prepago, tal y como consta en los documentos obrantes a folios 476 a 488 del expediente y en la correspondiente declaración.²⁷

interés público que obra a folio 199 también lo conozco y en el folio 198 está mi firma".

"PREGUNTA 17: Participó usted en las reuniones en que se estableció por parte de Ashotel y sus miembros el prepago para las agencias de viajes.

RESPUESTA: Si yo asistí porque me debían bastante plata en mi cartera".

²⁴ Declaración de la señora Nancy Janeth Gutierrez Gonzalez, en su calidad de gerente del Hotel Lord Pierre Ltda, de fecha 27 de abril de 2001, obrante a folios 406 a 411 del expediente, manifestó:

"PREGUNTA 13: Indique al despacho si usted participó directamente en las reuniones programadas por Ashotel, para tomar la decisión que usted nos ha venido relacionando que hace relación al prepago.

RESPUESTA: Si, asistí el día de la firma".

²⁵ Declaración de la señora Leonor Espinosa de Sosa como representante del hotel Calypso Beach, de fecha 27 de abril de 2001, obrante a folios 423 a 426 del expediente, manifestó:

"PREGUNTA 7: Indique al despacho si usted tiene conocimiento sobre alguna decisión tomada por Ashotel y sus miembros relacionada con la comercialización de los servicios hoteleros para con las agencias de viajes.

RESPUESTA: Si, los hoteleros tenemos muchas deudas pendientes que son deudas que antes se hacían de 15 o 20 días y hoy en día se pasan hasta de 2 o 3 meses".

"PREGUNTA 8: Indique al despacho de conformidad con su respuesta anterior, en qué consistía la decisión de Ashotel.

"RESPUESTA: No sé, porque esa parte siempre la atiende Benito".

²⁶ El artículo 22 de la ley 222 de 1995 señala que son administradores, "el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quien de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones".

²⁷ Declaración del señor Isaac Besalel Kamhi, como gerente general del Hotel Tiuna, en relación con las preguntas formuladas por este Despacho manifestó:

"PREGUNTA 24: En qué momento y bajo qué circunstancias se enteró de la determinación adoptada en el sentido de establecer el pago de contado al que se ha venido aludiendo en la presente declaración.

RESPUESTA: Me enteré posterior a la reunión ya que fui informado por mi hijo que asistió y firmó dicho acuerdo".

En este sentido, resultan aplicables los mismos argumentos esgrimido en relación con la responsabilidad del representante legal del hotel Calypso Beach, en cuanto el haber tolerado la comisión del acuerdo anteriormente enunciado.

- Bernardo Gustavo Velásquez Santos

Para la época en que sucedieron los hechos materia de investigación no estaba vinculado a la sociedad Inversiones Campo San Luis S.A., por consiguiente, no pudo haber autorizado, tolerado o ejecutado el acuerdo en mención, y en esa medida, no tiene responsabilidad como persona natural por tales hechos.

- Fernando Correa Echeverri

Dentro de la presente actuación administrativa se encuentra probado que el señor Fernando Correa Echeverri ejerce actualmente el cargo de representante legal del Hotel Sunrise Beach, pese a ello no logró demostrarse que haya participado en las reuniones en las cuales se estableció la decisión del prepago, ni tampoco que hubiera delegado a alguien para tal propósito.

- Nicolas Fernando Serna Navarro

Aunque se probó la calidad del señor Nicolas Navarro como representante legal del Hotel Caribe Campo San Luis, no se logró demostrar su vinculación directa como partícipe en representación del hotel Caribe Campo San Luis en las reuniones en las cuales se fijó el prepago, ni tampoco que hubiera delegado a alguien para tal propósito.

6. Monto de la Sanción

De acuerdo con el número 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

Ahora bien, para el caso concreto es preciso tener en cuenta que la conducta que ahora se sanciona no tuvo efectos reales sobre el mercado, toda vez que los hoteles investigados no dieron cumplimiento a lo acordado en el Acta No. 04 de Ashotel, según lo manifestara su apoderado, y aún cuando tal circunstancia no elimina ni hace desaparecer el carácter restrictivo del acuerdo, si debe considerarse al momento de determinar el valor pecuniario de la multa a imponer.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho considera que una multa por valor de \$8.000.000.00, para cada una de las investigadas, resulta proporcional con la conducta realizada, a la vez que reprime el objeto del acuerdo en que se impide la libre escogencia de las condiciones de pago bajo las cuales deseaban adquirir el servicio hotelero.

7 Instrucción

De conformidad con el número 21 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra facultado para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplir las disposiciones en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, fijando criterios que faciliten su cumplimiento.

En ejercicio de la atribución señalada, este Despacho determina que las sociedades Inversiones Vidal Urrea S. en C.S., Leonor Espinosa de Sosa propietaria del Hotel Calypso Beach, Lord Pierre

**PREGUNTA 25: Indique por favor el nombre completo de su hijo que señala en la respuesta anterior.*

RESPUESTA: Mauricio Besatel Link.*

Hotel Ltda, Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A., Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A. y Sociedad Hotel Tiuna Ltda. Deberán:

1. Allegar a esta Entidad en forma semestral dentro los primeros quince (15) días del año y los primeros quince (15) días de junio y durante dos (2) años, a partir del 2002, certificaciones suscritas por el representante legal y el revisor fiscal del respectivo hotel, en las que se deje constancia que la forma y modalidad de pago que están concediendo a las agencias de viajes han sido adoptadas en forma unilateral por cada uno de ellos.
2. Abstenerse de deliberar, discutir o decidir entre sí las condiciones de pago del servicio hotelero, y en general, cualquier condición inherente o relativa a la venta del mismo que pretendan adoptar de común acuerdo, so pena de las consecuencias a que se hacen acreedores los destinatarios de esta instrucción por su incumplimiento.

QUINTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, el 25 de octubre de 2001 se escuchó al Consejo Asesor.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por Inversiones Vidal Urrea S. en C.S., Lord Pierre Hotel Ltda; Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A.; Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A.; la Sociedad Hotel Tiuna Ltda, Leonor Espinosa de Sosa propietaria del Hotel Calypso Beach, como miembros de la Asociación de hoteles de San Andrés y Providencia-ASHOTEL, es ilegal por contravenir lo previsto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y en el número 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar probada la responsabilidad personal de Gladys Gisela Vidal Vda. de Uribe, Nancy Janeth Gutiérrez González e Isaac Besalel Kamhi, según lo tipificado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de ocho millones de pesos (\$ 8.000.000.00) moneda legal, a cada una de las siguientes personas: Inversiones Vidal Urrea S. en C.S., Lord Pierre Hotel Ltda; Inversiones Campo Isleño S.A.; Hotel Caribe Campo San Luis S.A.; Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A.; la Sociedad Hotel Tiuna Ltda. y Leonor Espinosa de Sosa como propietaria del Hotel Calypso Beach.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00024-9 código rentístico 5005 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 CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de dos millones de pesos (\$ 2.000.000.00) moneda legal, a cada una de las siguientes personas: Gisela Vidal Vda. de Uribe, Nancy Janeth Gutiérrez González e Isaac Besalel Kamhi.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00024-9 código rentístico 5005 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

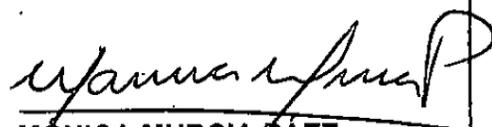
Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Inversiones Vidal Urrea S. en C.S.; Lord Pierre Hotel Ltda; Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A., Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A.; la Sociedad Hotel Tiuna Ltda y Leonor Espinosa de Sosa como propietaria del Hotel Calypso Beach, deberán dar fiel cumplimiento a las instrucciones contenidas en el punto 7 del presente proveído.

ARTÍCULO SEXTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los doctor Fernando Correa Echeverry en su calidad de apoderado de Inversiones Vidal Urrea S. en C.S.; Lord Pierre Hotel Ltda., Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A., Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A.; la Sociedad Hotel Tiuna Ltda y Leonor Espinosa de Sosa propietaria del Hotel Calypso Beach, 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 D.C., a los **25 OCT. 2001**

El Superintendente de Industria y Comercio (E),


MONICA MURCIA PAEZ

Notificaciones:

Doctor
FERNANDO CORREA ECHEVERRI
Representante legal y Apoderado
HOTEL INTERNACIONAL SUNRISE BEACH DE SAN ANDRES S.A.
LEONOR ESPINOSA DE SOSA.
HOTEL TIUNA LTDA
INVERSIONES VIDAL URREA S.C.S.
LORD PIERRE HOTEL LTDA.
INVERSIONES CAMPO ISLEÑO S.A.
HOTEL CARIBE CAMPO SAN LUIS S.A.
Fax. (9811) 28660
Avenida Francisco A. Newball, Carrera 1a No 4B-08 of. 105
Edificio Bahía Fragata.
San Andrés Isla, Colombia

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL AD-HOC
CERTIFICA

Que fue remitido despacho comisorio No. 4335
Dirigido a la alcaldia municipal de San Andres-Islas

El día _____
Con el fin de notificar el contenido de la presente
Resolucion conforme a lo dispuesto en el caso
ante el uso administrativo.