

REPÚBLICA DE COLOMBIA



No. ~~102~~
~~10~~
106

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
RESOLUCIÓN NÚMERO 20229 DE 2001
(22 JUN. 2001)

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en ejercicio de sus facultades legales en especial la prevista en el número 24 del artículo 4 del
decreto 2153 de 1992 y 50 del código contencioso administrativo, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Mediante escrito radicado bajo el número 99040922-0002006, la doctora María Clara Lozano Ortiz de Zárate, en su condición de apoderada especial de La sociedad Sucesores de José Jesús Restrepo & Cía. S.A. (Casa Luker), William Ospina Zuñiga y Angela María Muñoz Jaramillo, presentó en tiempo y con el lleno de los requisitos de ley, recurso de reposición en contra de la decisión contenida en la resolución 08231 de 2001, por medio de la cual se impone una sanción a la sociedad recurrente y otras personas. El objeto del recurso es que se revoque la decisión y en su lugar se termine la investigación, liberando de responsabilidades a los investigados y se fundamentó en los siguientes términos:

"...Capítulo II

Motivos de Inconformidad

"1. Violación del principio de legalidad y del debido proceso:

"La Superintendencia extiende indebidamente el alcance de una prohibición legal y como consecuencia de ello incurre en (i) infracción a las normas en que debería fundarse. y (ii) falsa motivación en el acto sancionatorio.

"Dice la Corte Constitucional que en virtud del principio de legalidad *'corresponde al legislador determinar las conductas o comportamientos que por atentar contra bienes jurídicos merecedores de protección son reprochables, y por lo tanto objeto de sanciones. (...) el principio de tipicidad exige ... que exista una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de los efectos que se derivan de estos, o sea las sanciones.'* (subrayas fuera del texto)

"La definición clara y precisa de la conducta reprochable (a que hace referencia la sentencia citada), sin oscuridad de ningún tipo, existe en el artículo 48 número 2 del Decreto 2153 de 1992, norma presuntamente violada por mis representados según lo establece el artículo primero de la resolución impugnada.

"Establece el artículo 48.2 que se considera un acto contrario a la libre competencia:

¹Cfr. Sentencia C-769/98 de la Corte Constitucional M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

107.
105

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

'2. *Influenciar a una empresa para que incremente los precios o desista de su intención de rebajarlos.*' (subrayas fuera del texto)

"La prohibición es clara, así como los términos en ella utilizados: el verbo influenciar tiene un sentido natural y claro que puede ser consultado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Igual lo son expresiones tales como: 'desistir', 'su', e 'intención'.

"No obstante lo anterior, y so pretexto de darle una interpretación al sentido de esta disposición legal, la Superintendencia con la resolución impugnada vulnera, como procedemos a explicar (i) el principio constitucional al debido proceso así como el de tipicidad que este incorpora, ampliando indebidamente el alcance de la disposición presuntamente violada y procediendo a sancionar; y (ii) el artículo 27 del Código Civil, norma de interpretación aplicable al presente caso, según la cual '*Cuando el sentido de la ley sea claro (como lo es en el presente caso), no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu. (...)*' (subrayas fuera del texto).

"El sentido del artículo 48 es claro: se considera contrario a la competencia 'influenciar a una empresa para que desista de su intención de rebajar los precios.'

"1.1. El verbo 'influenciar':

"El verbo influenciar, tal y como se explicó en los descargos (los cuales forman parte integrante del presente recurso y en general de la defensa de mis representados), es un verbo eminentemente de resultado. Así resulta de la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua:

'1. *Producir unas cosas sobre otras ciertos efectos: como el del hierro sobre la aguja imanada, la luz en la vegetación, etc.* 2. *Ejercer una persona o cosa predominio, o fuerza moral en el ánimo.* 3. *Contribuir con más o menos eficacia al éxito de un negocio.* 4. *Inspirar o comunicar Dios algún efecto o don de su gracia*' (subrayas fuera del texto)

"La Superintendencia, so pretexto de consultar el espíritu de esta disposición:

"(i) Niega la naturaleza misma del verbo influenciar como verbo de resultado que califica la conducta prohibida, indicando que '*la infracción ocurrirá, sin importar que se logre el resultado (...)*'. De esta manera sostiene que basta emitir una directriz para que exista y se configure la acción a que se refiere el verbo 'influenciar'.

"Para estos efectos, desconoce las acepciones literales que tiene el verbo influenciar en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, acepciones todas que entran en el hecho de producir un efecto.

"Igualmente la Superintendencia acude al artículo 333 de la Constitución Política y so pretexto de una interpretación (que no explica, ni indica, ni define) resuelve que con base en dicho precepto es posible deducir que el artículo 48 quiere decir algo que literal y expresamente no dice, como que el simple envío de una comunicación se constituye en un acto de influenciar a una empresa.

"Si tal fuere el sentido inequívoco del artículo 333 de la Constitución Política por qué se hizo entonces necesario en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992 que se distinguiera entre las conductas que tienen por objeto y aquellas que tienen por efecto acuerdos restrictivos de la competencia? Para qué se preocupó el legislador en hacer esa distinción?

"Toda la anterior construcción conceptual de la SIC se da por un solo motivo: argumentar que la conducta reprochada existe aunque la acción de 'influenciar' nunca haya ocurrido.

100
104

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"En efecto, lo que sí quedó demostrado en el proceso fue que Casa Luker no influenció a Makro con las comunicaciones que dieron origen a la investigación. Enfrentada a esa dificultad, la SIC resuelve sancionar no porque se haya dado la conducta prohibida sino por lo que en su interpretación constituye el verbo 'influenciar'.

"La SIC contradice el sentido común y todos los principios de hermenéutica jurídica contenidos en las disposiciones aplicables, y resuelve que el alcance del verbo 'influenciar' no es el de producir un efecto sino el *'despliegue de actividades orientadas a alterar el libre albedrío de una empresa'* (ver página 17 de la resolución). Sobra decir, como se explicará adelante, que la SIC tampoco demostró hacia dónde se orientaba el libre albedrío de Makro, así como la relación o vínculo entre las actividades de Casa Luker en relación con tal albedrío.

"Novedosa interpretación, que busca acomodar una disposición legal a un evento que claramente no constituye ni califica dentro del alcance del verbo 'influenciar', y que vicia la resolución impugnada por todas las razones aquí expuestas.

"(ii) La Superintendencia modifica su propia posición contenida en el informe motivado (documento base para la oportunidad procesal de descargos), lo cual igualmente y sin duda violenta el derecho de defensa de mis representados.

"Veamos:

"En el informe motivado la SIC había manifestado que *'el diccionario de la lengua española define influencia como ejercer una persona o cosa predominio o fuerza moral en el ánimo'*².

"Sin embargo en la Resolución impugnada la SIC manifiesta que *'en el número 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, no se exige que el agente activo de la influencia tenga ascendente sobre el sujeto pasivo.'* (subrayas fuera del texto).

"De esta manera la SIC:

"(a) Modifica radicalmente las motivaciones de un acto administrativo previamente emitido como lo es el informe motivado sobre el cual mis representados ejercieron su derecho de defensa en la etapa de descargos; y

"(b) Desconoce, una vez más, las acepciones naturales del verbo influenciar contradiciendo de plano el tenor literal del artículo 48 del decreto 2153 de 1992 so pretexto de consultar su espíritu.

"Si la Superintendencia hubiera seguido la misma directriz adoptada con ocasión del informe motivado que mis representados tuvieron oportunidad de refutar, resulta obvio que falló en demostrar la existencia de predominio o fuerza moral de Casa Luker sobre Makro³ De hecho, como se demostró a lo largo del proceso, es claro que Casa Luker (i) no influenció a Makro y (ii) no tenía, ni ha tenido ningún tipo de predominio sobre Makro.

"No obstante, la Superintendencia opta por elaborar una nueva tesis conceptual que no hace más que desconocer el alcance de la prohibición legal del artículo 48 quitándole al verbo influenciar la única acepción que hasta entonces había aceptado (ya que las demás fueron eliminadas de plano).

²Cfr. Página del informe del caso elaborado por la SIC en cumplimiento del artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

³Me remito nuevamente al memorial en que descorrí el traslado con ocasión del informa (sic) motivado, los cuales forman parte integrante del presente recurso.

103

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"Indica la Superintendencia que en 'el número 2 del artículo (sic) 48 del decreto 2153 de 1992 no se exige que el agente activo de la influencia tenga ascendencia sobre el sujeto pasivo. Además, exigir esta característica contraria a otras disposiciones antimonopolios... De la anterior manera entendidos los artículos es fácil ver que no sería adecuado exigir una calificación del sujeto activo de las contravenciones contempladas en el artículo 48, pues con ello se estaría restringiendo su ámbito subjetivo de aplicación, reduciéndolo a las entidades con posición dominante.'

"En otras palabras, para la SIC hablar de ejercer un predominio en el ánimo es sinónimo de hablar de posición dominante (!!!). Olvida la SIC que estos dos conceptos no son sinónimos: la posición dominante consiste en la 'capacidad de determinar las condiciones de un mercado' mientras el predominio en su acepción literal es el '*imperio, poder, superioridad, influjo o fuerza dominante que se tiene sobre una persona o cosa.*'⁴ (subrayas fuera del texto).

"Como lo dice la acepción literal, el predominio se ejerce sobre una persona o cosa, en tanto que la posición dominante se predica respecto de un mercado, según lo indicado en el Decreto 2153 de 1992.

"Es evidente que, en un momento dado y en unas circunstancias concretas, se pueda tener predominio (vgr. el contractual) sobre una persona sin que por ello sea necesario o signifique que exista una posición de dominio en el mercado.

"Confundir -sin fundamento alguno- ambas acepciones para desconocer el alcance del verbo rector ('influenciar') contenido en la norma prohibitiva y así justificar una sanción, violenta gravemente la estructura misma del Estado de Derecho y las garantías de que gozan los particulares, entre ellas como es obvio el derecho al debido proceso.

"Y como si lo anterior no fuera poco, la SIC utiliza su nueva interpretación del alcance del verbo 'influenciar' para evitar pronunciarse sobre los argumentos que tuvimos oportunidad de esgrimir en el memorial de descargos.

"De hecho, en el expediente reposan abundantes pruebas testimoniales que indican claramente cómo Casa Luker no tenía predominio alguno sobre Makro dado que: (a) dicha cadena internacional (la única en Colombia en esa fecha) era el cliente más importante en ese momento al cual se vendía el aceite Gourmet; y (b) existían otros competidores en el mercado a los cuales Makro podría haber desviado a voluntad su consumo. En ese sentido, y si se trata de determinar un predominio, quien lo ejercía era Makro, no Casa Luker.

"Cabe entonces preguntarse, como lo hicimos en los descargos, si una compañía que tiene a su más importante cliente con posibilidades de comprarle a sus competidores es una empresa que tiene la posibilidad de ejercer predominio o fuerza moral sobre aquel?

"1.2. 'Desistir de su intención'

"Afirma la SIC en la resolución impugnada que '*lo que está prohibido en el número (sic) 2 del artículo (sic) 48 del decreto 2153 de 1992 es el despliegue de actividades orientadas a alterar el libre albedrío respecto del precio de los bienes y servicios y no el resultado de ese actuar.*'

"Siguiendo la interpretación de la SIC (que como ya dijimos no compartimos en lo que a la no producción del resultado se refiere) Casa Luker debió realizar '*conductas orientadas a alterar el libre albedrío*' de Makro.

⁴ Definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

98
102

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"En consecuencia, en términos de la SIC, debería haber (i) una orientación del libre albedrío de Makro en una dirección; y (ii) una actividad desplegada por Casa Luker para alterar (en términos de la SIC) dicho libre albedrío. Esta interpretación es por demás concordante con la expresión (*su intención*).

"Es decir, solo en la medida en que se conozca la orientación del libre albedrío de Makro podría definirse por parte de la SIC si las conductas de Casa Luker estaban orientadas a afectar dicho libre albedrío).

"Ahora bien, la Superintendencia no demostró que la intención de Makro fuera transferir el 7% de descuento al público o vender por debajo de costos. Dice la SIC en la resolución impugnada que *'para que el esquema de libre empresa reporte sus beneficios, es indispensable que esas consideraciones sean las propias y no unas ajenas...'* Debemos preguntarnos entonces ¿dónde está demostrado en el expediente que tal consideración era ajena y no propia al libre albedrío de Makro?

"Asimismo, la Superintendencia no estableció ni probó de ninguna manera vínculo alguno entre la conducta de mis representados y la intención de Makro. Intención ésta por demás calificada en la norma que habla de *'su intención'* y no ya de una intención o deseo abstracto cualquiera.

Con qué bases probatorias decide la Superintendencia que el contenido de las cartas está directamente dirigido a atacar una intención de Makro? De dónde (sic) saca la Superintendencia esa relación?

"La Superintendencia cree subsanar su falla probatoria manifestando que: *'Según los descargos, no aparece probada dentro del expediente la intención de Makro de descontar el producto al público ni que fuera a trasladar el 7% del descuento al público. Respecto de este punto, reiteramos que el Makro Mail genera una inmediata prueba sobre la intención de Makro de rebajar los productos respecto de su precio habitual, pues como quedó (sic) explicado es un evento donde se promocionan ciertos productos'*

"Lo anterior nos genera dos interrogantes: ¿cuál es la intención de Makro sobre la cual Casa Luker logró la *'supuesta influencia'*? Si es ésta (sic) la rebaja de precios, y en tal caso dónde (sic) está probada la conducta desplegada por Casa Luker?

"No puede desconocerse que una rebaja de precios del Makro Mail⁵ puede obedecer simplemente a un sacrificio de las utilidades que hasta el momento inmediatamente anterior venía obteniendo Makro con el producto (así resulta del testimonio de la funcionaria de Makro cuando indica que el descuento se puede utilizar exclusivamente para aumentar el margen de Makro⁶). De esta manera podría sacrificarse un porcentaje de utilidades sin llegar a tocar siquiera el descuento otorgado por Casa Luker.

"En este sentido, si la conducta de Casa Luker no tenía diferencia alguna con la intención de Makro, es evidente que las actividades desplegadas por mis representados no pueden siquiera llegar a calificarse de idóneas para producir la infracción consagrada en el artículo 48 del decreto 2153 de 1992. Es decir, es evidente la consecuencia de que es imposible la infracción del artículo 48 del decreto 2153 por parte de mis representados.

⁵Donde el margen de utilidad podría haber sido aproximadamente del 10% según la respuesta 15 del testimonio de Elvia Patricia Gutiérrez.

⁶Ver pregunta 34 y 30 del testimonio de Elvia Patricia Gutiérrez.

101

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"Con qué bases probatorias afirma la SIC que está entonces demostrada la intención de Makro y que la conducta desplegada por Casa Luker estaba dirigida a que ésta (sic) Compañía desistiera de su intención?

"Finalmente, la SIC para sustentar su posición acude al artículo 1620 del Código Civil de interpretación de contratos, para interpretar las cartas enviadas. Dicho artículo 1620 del C.C. dice: 'El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.'

"Basada en dicho artículo la Superintendencia dispone dar a las cartas enviadas un efecto calificado como ilegal. La Superintendencia escoge uno entre una serie de posibles efectos -sin contar con pruebas que le permitan fundamentarse -justamente aquél que es calificado como ilegal.

"¿No es ésta actitud abiertamente contraria a la presunción de inocencia consagrada constitucionalmente?

"2. Violación de la presunción de inocencia

"La Superintendencia violenta con la resolución impugnada la presunción de inocencia, según la cual, se presume que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario. Tal violación del derecho constitucional se da porque:

"2.1. La SIC desestima todas las pruebas que favorecían a mis representados con base en interpretaciones de la norma que deformaron íntegramente su sentido o más claramente, simplemente no entrando a considerarlas siquiera; y

"2.2. La SIC toma decisiones con base en posiciones meramente argumentativas y no con base (como lo ordena nuestro ordenamiento jurídico y estado de derecho) en hechos probados.

"Veamos:

"En el proceso se probó que Casa Luker no influenció de manera alguna a Makro. Y se probó porque Makro lo dice expresamente en la pregunta 24 del testimonio de Elvia Patricia Gutiérrez. Así mismo la funcionaria de Makro afirmó frente a la pregunta de la SIC, que la decisión de otorgar o no un descuento transferible al público depende de la exclusiva voluntad de Makro.⁷

"En el proceso la SIC no demostró la intención de Makro y mucho menos la vinculación de ésta con la conducta desplegada por mis representados.

"Todo lo contrario, Casa Luker determinó que en estricta racionalidad económica, según los criterios establecidos por Makro en el testimonio de Elvia Patricia Gutiérrez, la intención de transferir el descuento al público o vender por debajo de costos no tenía lugar en la realidad económica. Para tal efecto Casa Luker demostró que los precios de los competidores en el mercado eran más altos que los de Makro lo que en consecuencia, según lo afirmó Makro⁸, decidía si se trasladaba o no el descuento o si se aumentaba o no el margen de Makro.

⁷Ver pregunta y respuesta 17 del testimonio de Elvia Patricia Gutiérrez.

⁸Ver pregunta y respuesta 34 del testimonio de Elvia Patricia Gutiérrez.

96
100

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

"Con base en éstas pruebas, y no en meras posiciones argumentativas, mis representados demostraron que la intención de Makro de rebajar los precios en un sentido correlacionado con la conducta desplegada por mi mandante no existía y que en consecuencia no se encontraba probado un elemento sustancial del artículo 48 del decreto 2153 de 1992. Es decir demostraron que la violación del artículo 48 por parte de mis representados era imposible.

"En consecuencia, no obstante no haberse demostrado la existencia de la conducta imputada a mis representados, la Superintendencia se aparta de la presunción de inocencia y del principio de legalidad e impone una sanción.

"Adicionalmente, habiéndose demostrado la inexistencia de tal influencia, la Superintendencia genera una serie de doctrinas que desconocen el sentido mismo de la norma y procede -vía una interpretación inadecuada- a sancionar a mis representados por una conducta que no cometieron y que tampoco figura en la ley.

"El hecho de que la SIC haya tomado tal posición conduce a la ilegalidad de la Resolución por las razones antes enunciadas y además evidencia la falsa motivación en que reposa su actuación.

"3. La SIC evitó pronunciarse sobre todos y cada uno de los argumentos esgrimidos en los descargos

"Finalmente, consideramos que existe falsa motivación en la Resolución por cuanto la SIC ha debido manifestarse sobre todos los argumentos presentados en los descargos y no lo hizo.

"Simplemente se limitó a cumplir la tarea formal de transcribir literalmente los descargos. Este es un hecho meramente formal y no de fondo que satisfaga el interés de los administrados en un Estado de Derecho.

"La Superintendencia ha debido pronunciarse sobre todos y cada uno de los puntos esgrimidos en los descargos así como deberá pronunciarse sobre el presente recurso, que como se ha manifestado en múltiples ocasiones, se encuentra adicionado por la integridad de los descargos ya presentados.

"Con fundamento en las anteriores consideraciones, y por ser contraria a las normas en que debería fundarse, muy comedidamente solicito al Señor Superintendente que se sirva revocar íntegramente la resolución impugnada puesto que mis representados no violaron la norma invocada."

SEGUNDO. De acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del código contencioso administrativo, se resolverán todos los aspectos señalados y los que surgieren con ocasión del recurso, de la siguiente manera:

1 Consideraciones generales

1.1 Libre Competencia

1.1.1 Alcance

La libertad de empresa y la libertad contractual no son derechos absolutos sino que se encuentran sometidos a las limitaciones que el legislador establezca, con fundamento en lo señalado en el artículo 333 de la Carta Política, en la prevalencia del interés general. De esta forma la preceptiva legal sobre competencia emerge como límite que atempera el ejercicio de estas libertades de índole económico.

AS
99

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Es por lo anterior que los agentes económicos no se encuentran legitimados para actuar de forma arbitraria en el mercado sino que deberán respetar las reglas que el legislador ha diseñado en aras de proteger la libre competencia.

Atendiendo este criterio, se ha previsto⁹ que las disposiciones sobre promoción de la competencia deben aplicarse procurando mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que *en el mercado exista variedad de precios* y calidades de bienes y servicios. Con ello resulta claro que con las disposiciones sobre libre competencia se persigue proteger el interés social de los consumidores.

1.1.2 Carácter preventivo de las normas sobre libre competencia

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 y los beneficios del desarrollo, así como para promover la productividad y la competitividad, entre otros propósitos.

Así, la normatividad sobre promoción de la competencia agrupa una serie de normas diseñadas para preservar el mercado libre y la competencia abierta y leal, de suerte que, esta Superintendencia al momento de cumplir con sus obligaciones dará aplicación al principio constitucional, particularmente, al vigilar el cumplimiento de las anteriores normas.

Existe un consenso general sobre el objetivo principal de la política de competencia, se ha entendido que éste es el mantenimiento de un sistema de libre mercado, es decir la protección y promoción de la competencia efectiva.¹⁰ 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 sustancialmente la competencia.

Debido a que las normas sobre promoción de la competencia les han sido impreso un marcado carácter preventivo, de incurrir en la conducta descrita, considerada anticompetitiva, la intervención de esta Superintendencia es procedente con el objeto de evitar su extensión o repetición en el mercado, para lo cual no es menester que éste haya padecido algún tipo de afectación o menoscabo. Es justamente eso lo que pretende evitarse con las normas sobre promoción de la competencia.

1.2 Formación de precios

Como quedó expuesto, a través de las normas sobre promoción de la competencia se pretende asegurar, entre otros objetivos, que en el mercado exista variedad de precios.¹¹

⁹ Decreto 2153 de 1992 artículo 2 número 1.

¹⁰ 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.

¹¹ El término "precio" ha sido definido como el valor pecuniario en que se estima una cosa (Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, Real Academia Española, Madrid, 1984). Así mismo se dice que representa la cantidad de dinero dada a cambio de una mercancía o servicio. (Diccionario de Economía. Arthur Seldon, F.G. Pennance. Colección libros de economía Oikos).

94
98

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

En efecto, se ha estructurado un verdadero sistema de economía de mercado competitivo en el que el precio y los demás indicadores de productividad y rentabilidad tienen a preservarse libres de distorsiones, creando con ello los incentivos necesarios para que los empresarios orienten sus recursos productivos a aquellos sectores en los que resultan más eficientes y, por consiguiente, menos vulnerables a las condiciones del mercado.

Bajo esta perspectiva, la competencia resulta ser un proceso que redundará en el bienestar general e individual, al sentar las condiciones para que las empresas se hagan más eficientes y ofrezcan una mejor calidad en sus productos, al igual que una amplia variedad de precios al mercado, con lo cual resulta beneficiado el consumidor final quien dispone de un abanico amplio de posibilidades de elección, al que puede ajustar de mejor manera sus necesidades y preferencias.¹²

En este contexto se tiene que, en el mercado existe una corriente de bienes y servicios que fluye desde los productores hacia los consumidores y una corriente inversa de dinero desde éstos hacia los productores, siendo el precio el eslabón que une estas dos fuerzas.¹³

Por consiguiente, será el productor, en términos generales, quien libre y autónomamente determine el precio con que habrá de ofrecer sus productos o servicios, para lo cual tendrá en cuenta su estructura de costos y la utilidad que pretende obtener atendiendo las condiciones del mercado, esto es, el comportamiento que revelan la oferta y la demanda en el sector específico.

Así, en un sistema de libre mercado el precio que se asigna a un producto variará en razón a los factores inherentes al productor (costos y margen de utilidad) y a las fluctuaciones del mercado, de suerte que, la interferencia que otros agentes económicos pretendan ejercer en el referido proceso de asignación de precios habrá de considerarse como una intromisión indebida.

2 La norma

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, "quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".

En consonancia con lo anterior, establece el artículo 44 del decreto 2153 de 1992, que la Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el

¹² Al respecto se ha dicho que "...en una economía de mercado competitivo, el precio y las demás señales e indicadores de productividad y rentabilidad tienden a mantenerse libres de distorsiones y de esta manera se crean los incentivos necesarios para que los empresarios destinen los recursos productivos a las áreas en donde sirven más a ellos y al país. Así la competencia es un proceso que genera bienestar general e individual, hace que las firmas se vuelvan más eficientes y brinden a los consumidores una gama técnicamente infinita de precios y calidades mayores. Esto se logra, como lo he manifestado anteriormente, gracias a, y sólo en cuanto la competencia sea equivalente a rivalidad, y no coordinación o dictadura". (ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José. "Criterios de Aplicación de las Normas de Competencia", artículo publicado en Colección Seminarios No. 5, Pontificia Universidad Javeriana, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia -CEDEC-, 1997, pág. 76.

¹³ El mercado ha sido definido como "...el lugar donde los compradores y vendedores negocian para el intercambio de determinados bienes y servicios y donde los precios tienden a alcanzar una igualdad. Para que el mercado esté compensado o funcione adecuadamente, la cantidad de bienes o servicios demandados u ofrecidos debe ser igual a un determinado precio. En cualquier época o período de tiempo, los mercados pueden estar 'equilibrados' o 'desequilibrados', dependiendo de si la oferta global es o no igual a la demanda global al precio vigente. ...". Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a las leyes y políticas sobre competencia, OCDE, París 1991, página 49.

93
97

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia.¹⁴

Es en esta perspectiva que el número 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, ha consagrado que se considera contrario a la libre competencia el acto de "influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios".

Así pues, la configuración del acto referido presupone la existencia de dos empresas, donde una trata de influenciar a otra para que incremente sus precios o para que desista de su intención de rebajarlos.

2.1 Elementos

2.1.1 Dos empresas

Como se indicó, el supuesto contenido en la norma se estructura a partir de la existencia de una dualidad de sujetos, uno activo y uno pasivo, donde el primero corresponde al influenciante y el segundo al influenciado.

En este caso el elemento se cumple, en tanto Casa Luker y Makro corresponden a dos empresas diferentes e independientes, cada una con identidad propia.

2.1.2 Influenciar a una empresa para que incremente sus precios o desista de su intención de rebajarlos

Lo que se reprime y proscribire en la norma en comento es el despliegue de actos orientados a alterar o siquiera incidir en el libre albedrío de un empresario particular, respecto a sus determinaciones sobre los precios que asigna a sus productos o servicios, sea para que los incremente o ya para que desista de su intención de rebajarlos.

Por consiguiente, la infracción tendrá lugar con la simple ocurrencia de los actos descritos y, por lo mismo, no se requiere para tal propósito la verificación de resultado alguno, ni tampoco de ascendente o fuerza moral de parte del influenciante sobre el influenciado, como a continuación pasa a exponerse.

2.2 Norma de conducta

Un esquema de libre mercado se cimenta sobre la independencia de las decisiones empresariales,¹⁵ por ello y como quedó expuesto en el punto 1.2 del presente proveído, la determinación de precios

¹⁴ El número 3 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, define conducta, como "todo acto o acuerdo".

¹⁵ Sobre este punto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que "considerada objetivamente, la competencia debe significar una emulación entre comerciantes tendiente a la conquista del mercado con base en un principio según el cual logrará en mayor grado esa conquista el competidor que alcance la mejor combinación de los distintos elementos que puedan influir en la decisión de la clientela (...). Así concebida la competencia, encaja perfectamente dentro del esquema de la libertad de empresa (art. 32 C.N.) y, por tanto, la posibilidad de competir por la clientela se convierte en un verdadero derecho para el empresario, garantizado en las disposiciones constitucionales". (Gaceta judicial CLXXXVII, 1986).

92
96

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

debe ser el resultado de una multiplicidad de factores que operan en distinta dirección y con diferente poder en la mente de quien tiene que asumir la posición o establecer la cifra correspondiente. Para que el esquema de libre empresa reporte sus beneficios es imperativo que esas consideraciones sean las propias y no unas ajenas, ya que la injerencia de factores distintos al funcionamiento mismo del mercado o a las políticas propias en la decisión de un agente de asignar sus precios, pone de manifiesto una intromisión indebida.

En este contexto, el influenciar a una empresa con los propósitos indicados, constituye *per-se* un comportamiento restrictivo de la libre competencia. No es preciso esperar un resultado y menos un detrimento o perjuicio para entender que existió una influencia anticompetitiva sobre los precios, basta con que tenga lugar el verbo rector "*influnciar*" orientado a alterar, variar o siquiera incidir en el parecer sobre el monto del precio que se pretendía cobrar por un determinado producto, ya para aumentarlo o disminuirlo.¹⁶ De ahí que el objeto de la influencia sea el eje central sobre la cual se estructura la conducta prohibitiva, pues como la norma lo describe debe estar encaminada a incidir en la esfera de la voluntad de otro agente.

Para el caso analizado la acción se predica exclusivamente del sujeto activo, la norma no condiciona ni supedita su configuración a una respuesta positiva del influenciado, ni siquiera habla de una variación del mundo exterior. De haber sido esa la intención del legislador habría señalado expresamente tal presupuesto como en efecto hizo en otras disposiciones al referirse al "*efecto*" de la conducta. Atribuir esa connotación o exigencia a la norma en comento sería ir más allá de lo que verdaderamente pretendió el legislador.

En este sentido, debe recordarse que las normas sobre competencia revelan un marcado interés preventivo, su operancia tiende a evitar un menoscabo al mercado, razón por la cual resultaría contradictorio tener que esperar a que el resultado nocivo se haya ocasionado para que éstas empiecen a tener vigencia, cuando lo pretendido es justamente salvaguardar al mercado de toda afectación.¹⁷

En el anterior orden de ideas, la adecuada interpretación de la norma aludida es que, para que se considere afectada la libertad económica no se requiere que haya sido eliminada la prerrogativa de

¹⁶ Respecto a los tipos de "conducta" afirmó el doctor Alfonso Reyes Echandía, 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 La doctrina aludiendo al supuesto de "inducción a la ruptura contractual", que si bien corresponde a un acto de competencia desleal se trata también de una conducta de medio, ha manifestado que "*la norma —el artículo 17 de la ley 256 de 1996- siguiendo los lineamientos trazados en el conjunto de las disposiciones que regulan los distintos supuestos, no condiciona la calificación de la conducta desleal a los resultados. Porque sería inocua la acción preventiva o prohibitiva que se consagra en el numeral 2 del artículo 20 de la ley. Esperar que se produzca la ruptura de la relación contractual para la concreción de la deslealtad de la inducción, conduciría a introducir un desorden en el mercado; y si para calificar al competidor de desleal, se requiere en igual sentido, que se produjera para él ventaja competitiva la norma, la norma no estaría redactada como está: regularía la 'Terminación de Contratos a consecuencia de la Inducción de Competidor'. Por consiguiente, debe la norma interpretarse en el sentido que lo querido por el legislador, en consonancia con el 'modelo social' sobre el cual descansa la formulación jurídica sobre competencia desleal, es que la 'inducción a la ruptura contractual', independientemente de los resultados pretendidos, debe ser calificada como conducta desleal.*" (Delio Gómez Leiva. "*De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica*", Cámara de Comercio, 1998, página 414). (El subrayado es nuestro)

91
95

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

decidir sobre los propios precios, pues bastará con que ésta se vea enfrentada por un elemento legalmente extraño, la influencia de un tercero, sin precisar que éste sea "el" determinante.

Es por ello que esta Entidad no comparte los postulados de la recurrente cuando alega que no existió un resultado en la voluntad del sujeto influenciado y, en tal virtud no se configura la conducta, pues *tamaño interpretación no solo desatiende el sentido y alcance de la norma sino que además desconoce la labor preventiva que en temas como la libre competencia le ha sido conferida al Estado.*

Bajo este entendido, probar o no que el agente influenciado aumentó o disminuyó sus propios precios o que tenían la firme intención de hacerlo, es un hecho irrelevante para la configuración de la norma, pues ésta no presupone ni requiere de tal circunstancia.

2.3 El sujeto activo no requiere ascendente

Atendiendo el tenor del número 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, se observa que en ningún lado se exige que el agente activo deba hallarse en situación de ascendencia sobre el sujeto pasivo. Como antes se expuso, la configuración de la norma únicamente presupone el accionar de un agente orientado a incidir, alterar o variar en el fuero interno de otro respecto a sus decisiones de modificar, en uno u otro sentido, los precios que asigna a sus productos. El dominio o fuerza moral resulta entonces ajeno a la composición del precepto normativo que se analiza.

Lo dicho cobra fuerza si se interpreta de manera armónica y sistemática¹⁸ la conducta investigada con la definición propia de "acto" que el mismo estatuto presenta en normas anteriores *"como todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica"*.¹⁹ Nótese que en esa definición no se establece que el agente económico deba tener alguna condición de ascendencia o dominio, de manera pues que, ni la norma especial que establece la conducta *sub-examine*, ni la general que define el concepto de "acto" consagran una cualificación del sujeto activo distinta a que ejerza una actividad económica.

Pretender que la disposición establece un presupuesto que no ha dicho, resulta improcedente dado que con ello se estaría restringiendo el ámbito subjetivo de aplicación que la misma presenta, de otro lado, supondría sancionar a alguien, no por su propio actuar, sino por la incapacidad de su víctima para resistirse a la influencia de que está siendo objeto, pudiendo entonces presentarse que dos partícipes de un mismo mercado que realicen exactamente el mismo comportamiento reciban consecuencias jurídicas diferentes, dependiendo de la reacción de los destinatarios de sus influencias.

En este caso, el contenido de las comunicaciones enviadas por Casa Luker a Makro señalan que ésta última no podría transferir el descuento al público, pretendiendo con ello condicionar el descuento e impedir que Makro decidiera si éste sería transferido o no al consumidor final, lo cual resulta restrictivo por constituir una limitación a la posibilidad que le asiste a Makro para fijar libremente los precios y los descuentos en sus productos.

Así, el acto realizado por Casa Luker, como agente económico, depende exclusivamente de su actuar y no de la manera como un tercero, en este caso Makro, lo asimile o responda. Por ello no es posible interpretar la norma partiendo de la adición de elementos no dispuestos en ella, cuando lo

¹⁸ De acuerdo con el inciso 1 del artículo 30 del Código Civil *"El contexto servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas su debida correspondencia y armonía"*.

¹⁹ Decreto 2153 de 1992; artículo 45, número 2.

90
94

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

que esta Entidad debe juzgar para decidir si existió o no contravención es el comportamiento del investigado, sin esperar resultados para saber si éste se torna restrictivo o no.

En este orden, es preciso advertir que la afirmación realizada en la resolución de sanción, en el sentido que la norma no presupone posición de dominio de quien realiza los actos de influencia, fue solamente uno de los varios argumentos que se utilizaron a fin de hacer claridad en cuanto a la inconsistencia jurídica que supondría restringir el ámbito subjetivo del precepto legal. Para esta Superintendencia no existe duda en cuanto a que el dominio que puede tenerse sobre alguien y la posición de dominio que se ejerce en un mercado determinado son dos aspectos distintos aunque pueden llegar a coincidir en un momento determinado. Sin embargo y como ya se ha dicho, ambas condiciones resultan irrelevantes a la hora de establecer la configuración de la norma de conducta o de medios que se analiza.

En esta línea argumental, es apenas claro que no hacia falta demostrar o acreditar dentro de la investigación adelantada que Casa Luker detentaba posición de dominio en el mercado o que tenía una condición de ascendente respecto a Makro.

3 Finalidad del Makro Mail

En el curso de la investigación se demostró que el "Makro mail" era un mecanismo creado por Makro para promocionar algunos de sus productos a precios más bajos que los habitualmente ofrecidos, lo cual supone que al ser una promoción implica una rebaja en los precios.²⁰

Así, William Manuel Ospina Zuñiga, Director Nacional del Canal de Autoservicios de Casa Luker S.A., a la pregunta "cuáles son las características y condiciones de los eventos Makro Mail, que hace la sociedad Makro de Colombia" contestó: "Makro mail es la revista promocional de Makro donde los artículos que ahí salgan publicados son los más baratos del mercado y más baratos que el precio de línea normal, lo que se publica en el makro mail es lo más barato".

De igual forma, al preguntársele: "de acuerdo con lo anterior se entiende entonces que los productos promocionados en los makro mail se encuentran rebajados o a menor precio comparándolos, los precios, con los que se encuentran por fuera de dichos eventos en la sociedad Makro" contestó: "Sí".

En el mismo sentido, Elvia Patricia Gutierrez Mesa, Compradora de Alimentos Básicos de Makro, a la pregunta: "Como define usted los eventos Makro Mail", respondió: "El evento del Makro Mail es una revista que sacamos publicada cada 14 días, tenemos al año 26 Makro Mail; en el Makro Mail salen productos que generan tráfico, venta, que son gancho para que se vendan otros productos".

Así mismo, al interrogante "puede usted señalar si los eventos Makro mail tienen como finalidad rebajar los precios de los productos ofertados, en comparación con los precios fijados por fuera de estos eventos" contestó: "Cuando un producto no está en el Makro Mail tiene un precio de línea; cuando el producto sale en el Makro Mail, la idea es que el precio sea inferior para que al cliente se el justifique y vea que sea una oferta, es decir el precio es menor que el normal".

²⁰ El artículo 16 del decreto 3466 de 1982 regula propaganda con incentivos y establece que "... promoción es un incentivo temporal para la compra de un producto que pretende la generación de ventas a corto plazo a través de información inmediata que genera una recompensa al consumidor y se suele emplear para diferenciar productos similares con bonificaciones para el consumidor. Puede ser de importancia para la obtención de apoyo para las ventas al detalle por parte de los comerciantes" (Delegatura de Protección al Consumidor, resolución 3964 de 10 de febrero de 2001). Así mismo, se estableció que "Promoción es toda oferta que se haga al público en general, en la cual se ofrece algún incentivo para inducir o hacer mas atractiva una compra. (Delegatura de Protección al Consumidor, resolución 35736 de 29 de diciembre de 2000)".

89
93

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Lo anterior resulta corroborado con el oficio radicado bajo número 99040922-10010 de fecha 3 de agosto de 2000, suscrito por Antonio Colmenares Viquendi, Presidente de Makro, en el cual establece que dentro de las finalidades del Makro Mail, se pueden resaltar: *"respecto de los clientes: Ofrecer los productos que tengan el más alto volumen de ventas, con abundante suministro de los mismos al precio más favorable. Otorgándole ventajas y oportunidades para clientes profesionales"*.

Ahora bien, las empresas Casa Luker y Makro desde tiempo atrás mantenían relaciones comerciales. Casa Luker ya había participado en este tipo de eventos conociendo sus implicaciones y particularidades. Esto determina que su conducta estaba dirigida a que Makro no procediera a rebajar los precios del producto en cuestión.

Cabe recalcar a la recurrente que, las misivas enviadas por Casa Luker tenían un único propósito, que era otorgar un descuento en el precio de compra del Aceite Gourmet, el cual no podía ser transferido al público. En efecto la primera comunicación señala: *"la presente con el fin de confirmar participación en el MAKRO MAIL # 18 con fecha Septiembre 8 al 21 del mismo, en donde nos haremos presentes con ACEITE GOURMET x 5000 c. c., otorgándoles un 7% de DESCUENTO NO TRANSFERIBLE AL PÚBLICO (...)"*. (el subrayado no hace parte del texto original)

Al paso que en la segunda se decía: *"La presente con el fin de confirmarles participación nuestro DESCUENTO del 7% en nuestro producto ACEITE GOURMET x 5000 c. c., durante todo el mes de Septiembre de 1998."*

"El anterior descuento queda claro que no podrá ser transferido al público ni sacarlo por debajo del costo del mismo (...)". (el subrayado no hace parte del texto original)

Lo anterior, deja entrever el interés de Casa Luker en influenciar a Makro en su actividad del "Makro mail" que ya era conocida y que implicaba que Makro desistiera de su intención en rebajar los precios del producto, hechos estos que se infieren a partir comunicaciones mencionadas.

4 Carácter preparatorio del informe motivado

El artículo 52 del decreto 2153 de 1992 consagra el procedimiento administrativo para determinar la existencia o no de infracciones a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, que normalmente habrá de concluir con la decisión definitiva del Superintendente de Industria y Comercio.

El esquema descrito en la norma anteriormente mencionada permite establecer la existencia de diversas etapas procesales, las cuales se encuentran conformadas por una serie de actos administrativos que se caracterizan por ser, paso a paso, la estructura del procedimiento, siendo así actos preparatorios que propenden por llegar a la toma de una decisión de fondo.

De esta forma, el informe motivado es tan solo un acto administrativo preparatorio o de trámite²¹ que la Delegatura para la Promoción de la Competencia traslada al Superintendente como a los

²¹ Sobre el punto, señala el Consejo de Estado que *"la jurisprudencia ha definido los actos administrativos en actos definitivos y actos de trámite. Los primeros son aquellos que resuelven determinado asunto o actuación administrativa, es decir los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, en contraposición con los segundos que sirven de medio para que los definitivos se resuelvan"*. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consejero ponente Dr. Guillermo Chahín Lizcano, expediente No. 5196; decisión del 10 de marzo de 1994, apelación sentencia 13 de septiembre de 1993).

488
92

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

investigados, comunicando el resultado de la investigación en lo que hace a las pruebas solicitadas, decretadas y practicadas.

Así, el informe motivado junto con las observaciones finales que presentan los investigados son tenidas en cuenta por el Superintendente, sin que ello implique que formalmente esté obligado a pronunciarse sobre todos y cada uno de los argumentos que han sido esgrimidos en los alegatos finales, pues en últimas lo que se valora y analiza por parte del Superintendente es la relación entre la norma, los supuestos de hecho investigados y el material probatorio existente, para así pronunciarse finalmente mediante el acto administrativo de sanción. Su obligación consiste en motivar debidamente el acto definitivo, como en efecto se hizo.

5 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 procede a la decisión final que corresponde directamente al Superintendente de Industria y Comercio.

Como se expuso anteriormente, instruida la investigación se procederá a elaborar un informe motivado, el cual contiene el resultado de la actuación adelantada y una recomendación de sanción o no sanción para que sea el Superintendente quien adopte la determinación final. Del informe motivado presentado se corre traslado al investigado, a fin de que pueda presentar sus alegatos finales, en relación con la posición asumida por la Delegatura sobre la existencia de la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

En consecuencia, una vez tiene lugar la presentación del referido informe inicia la etapa de decisión, en la cual corresponde al Superintendente de Industria y Comercio pronunciarse sobre el fondo del asunto, contando con la posibilidad de mantener o modificar la posición asumida por la Delegatura.

El informe motivado contiene el resultado de la instrucción acompañada por una recomendación para el Superintendente de imponer una sanción o de ordenar el archivo de la investigación, pero no resulta vinculante ni tampoco constituye una camisa de fuerza a la que irrestrictamente deba sujetarse. De ser así tendríamos entonces que, la decisión final sería el informe motivado y el encargado de adoptarla el Superintendente Delegado, lo que comportaría no solo un desconocimiento del trámite establecido para este tipo de investigaciones sino también del principio de legalidad, por virtud del cual los funcionarios públicos únicamente se encuentran autorizados para ejercer las funciones que la ley expresamente les ha otorgado.

Así, en el procedimiento para determinar si existe una infracción a las normas sobre libre competencia se distingue el principio de separación del investigador y del juzgador²² que

²² Respecto al principio de la "Separación del Investigador y del Juzgador" ha dicho Jairo Parra Quijano que, "Para descubrir la prueba, como sucede con cualquier acto que implique apuntar a un descubrimiento, es necesario formular hipótesis, es decir, hacer conjeturas imaginativas acerca de cuál es posiblemente la verdad del asunto.

"Una hipótesis es una especie de ley en borrador o de conjetura de cómo puede ser determinado asunto.

"La hipótesis del investigador se debe confrontar con la vida real, para saber si es cierta. El experimento, la conformación referida, puede congeniar con la hipótesis, o por el contrario puede ser incongruente con ella.

"(...).

"Si el funcionario que busca la prueba, que fundamentalmente imagina, fuese quien tuviera que decidir y hacer la valoración de la prueba, no podría casi nunca distinguir entre lo que realmente observó y lo que imaginó para

87
91

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

proporciona mayor transparencia a la actuación, toda vez que permite 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 debe estar desprovista de sesgos que impidan o coarten su libre valoración y capacidad de discernimiento.

De esta manera, al dar aplicación al principio del investigador y del juzgador se genera una autonomía para el investigador en cuanto hace al decreto, práctica y recaudo del material probatorio, competencia delimitada hasta el informe motivado, abriéndose seguidamente la compuerta para que el fallador entre a decidir también de manera independiente. Es claro que al no existir un carácter vinculante entre la posición asumida por la Delegatura y la decisión final del Superintendente, se está garantizando el debido proceso.

De esta forma, no estaba el Superintendente, como fallador, obligado a mantener la línea argumental que el Delegado había impreso en el informe motivado respectivo.

En todo caso, valga precisar que la decisión final proferida guarda congruencia con el cargo formulado, esto es, el número 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, que es frente al cual la defensa tuvo la oportunidad de desplegar toda su capacidad argumentativa, habida cuenta a que los hechos que esgrimieron su configuración fueron siempre los mismos. Por consiguiente y como a continuación pasa a exponerse, la actuación adelantada en ningún momento violentó el debido proceso.

6. La actuación adelantada

6.1 Debido proceso

El artículo 52 del decreto 2153 de 1992 contiene el procedimiento que se debe observar en materia de investigaciones por presunta infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Esta Entidad atendiendo esa disposición observó cada una de las etapas descritas, de tal forma que en todo momento se le garantizó al investigado su derecho de defensa y contradicción.

6.2 Observancia del principio de legalidad

Para establecer aquello que debemos entender como una violación a los principios de legalidad y del debido proceso, esgrimidos por la recurrente, es preciso aclarar el verdadero fundamento conceptual de cada uno de ellos, y así determinar el estricto sentido que engloban estos principios del derecho.

El principio de legalidad denota la cualidad de estar conforme a la ley, delimitando así a la administración a estar sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir que todos sus actos deben estar acordes con las normas superiores.

conseguirla. Se ha dicho : "...No es consecuente con esta idea la entrega de ambas -la de requerir y la decidir-, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un solo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas verbigracia, el juez de instrucción. Su existencia sólo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aún no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una mismas persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor". (Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional, páginas 14 y 15, última edición).

~~85~~
90

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Es así, como la actuación administrativa en el caso concreto se surtió conforme a las prescripciones establecidas en el procedimiento definido para el efecto, de manera pues que el resultado de la misma, la sanción, se encuentra debidamente motivado de conformidad con las diversas normas constitucionales y legales que tienen relación directa con el tema de la promoción de la competencia.

En este sentido no se extendió indebidamente el alcance interpretativo de la norma, como afirma la impugnante, ya que como ha quedado expuesto a lo largo del presente proveído, la conducta merecedora de sanción se subsumía a cabalidad dentro del precepto normativo, concurriendo todos los supuestos necesarios para ello, cosa distinta es que la recurrente tenga otra percepción del punto y quiera ir más allá aduciendo condicionamientos y cualificaciones que la propia ley no ha establecido.

Así, conviene reiterar que tanto el informe motivado como la resolución de sanción fueron adelantados dentro de los cauces procedimentales fijados para el efecto y, que la conducta a la postre sancionada ha sido tipificada y proscrita desde mucho antes de que se adelantara la presente investigación, por tanto, todas las actuaciones adelantadas se hicieron bajo el amparo de la ley.

6.2.1 Presunción de legalidad del acto sancionatorio

Esbozado por la recurrente el tema de la falsa motivación, es preciso aclarar especialmente en lo que hace a su definición, características, competencias y relaciones con otros temas propios del derecho administrativo entre ellos el principio de legalidad y del debido proceso.

Los motivos del acto administrativo, son aquellos hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto que permiten a la autoridad administrativa proferirlo. Ellos implican una relación directa con la decisión.

A su vez, al referimos a la falsa motivación de los actos administrativos se hace necesario recordar que su característica especial se enmarca en una divergencia clara entre la realidad de hecho que induce a la expedición del acto y los motivos tomados como fundamento por la administración para pronunciarse, entre los cuales se destacan la inexistencia de los fundamentos de hecho o de derecho, la falta de coordinación de los motivos y la defectuosa calificación de los mismos.

Igualmente, la falsa motivación hace parte de las causales determinadas por el artículo 84 del código contencioso administrativo, que tienen como objetivo principal buscar la nulidad del acto administrativo atacando directamente la presunción de legalidad del mismo, y cuya competencia en la oportunidad procesal puede ser alegada ante la autoridad contenciosa, que es la facultada para resolver si se presenta la incongruencia entre la causa y la argumentación del acto.

En este orden encontramos que, el acto administrativo de sanción es totalmente congruente en lo que hace a las causas de hecho y de derecho que indujeron a la apertura de la investigación. En cada uno de los puntos argumentados por la Superintendencia en la resolución de sanción, se aprecia la correspondiente equivalencia entre la conducta desplegada por Casa Luker, el supuesto de hecho contenido en el número 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 y la adecuación realizada, lo cual permite establecer apego a las normas sustanciales y de procedimiento con base en las cuales se dictó el acto en mención.

6.3 Presunción de inocencia

Toda actuación administrativa se encuentra enmarcada sobre una serie de bases normativas y principios, que de por sí guardan una línea directa de equilibrio con los derechos fundamentales, de ahí que como se puede observar durante la presente actuación administrativa, esta Entidad siguió

89

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

cada una de las etapas administrativas consagradas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 guiado por el respeto a la objetividad probatoria y a velar por el principio dispositivo en el decreto, práctica y evaluación del material probatorio recaudado.

Sin embargo, dada la conducta desplegada por los investigados al influenciar a Makro con el fin de que éste no disminuyera el valor de sus precios y la contundencia reflejada en los documentos enviados por Casa Luker y los diversos testimonios recepcionados, se procedió a sancionar dicha conducta, sin violar en ningún momento la presunción de inocencia de las partes.

De manera que, la sanción respectiva se edificó sobre una base sólida probatoria en que la investigada tuvo la oportunidad de participar, aportando, solicitando y controvertiendo pruebas. Fue así como, esta Superintendencia basada en los principios de sana crítica y libre valoración, concluyó que los hechos investigados habían tenido lugar bajo las circunstancias ya expuestas. Pero no porque la valoración sea distinta a la que pretende la recurrente puede entrar a desconocerse o descalificarse la actividad probatoria adelantada y su valoración.

Olvida la apoderada que en materia probatoria, el juez está obligado a valorar y apreciar en conjunto las pruebas, tal y como se observó en el presente caso, en el que se encontró demostrada la conducta del agente a través de documentos que se fueron reafirmando con los diversos interrogatorios y testimonios practicados permitiendo dar claridad a los hechos materia de la presente investigación, de manera que la posición asumida por esta Entidad no tiene como base posiciones "meramente argumentativas" como lo anota la recurrente sino por el contrario se encuentra soportada en un sólido material probatorio.

Finalmente y de acuerdo a lo prescrito por el artículo 59 del código contencioso administrativo, en cuanto a que la decisión del recurso contenga todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del mismo, conviene precisar que cada uno de los argumentos esgrimidos tanto en las observaciones al informe motivado como en el recurso interpuesto, se encuentran absueltos por parte de este Despacho en el presente proveído

Frente a los argumentos aducidos en los alegatos finales:

- En lo que hace al capítulo denominado: Posición de Casa Luker frente a la interpretación sustancial del artículo 48 numeral 2 del decreto 2153 de 1992, se encuentra resuelto en los acápites 1 y 2 de la presente resolución.
- En lo que hace al capítulo denominado "la actuación de la Superintendencia y los derechos constitucionales fundamentales", se dio respuesta a los argumentos allí contenidos en los acápites 4, 5 y 6 de la presente resolución.
- Frente al capítulo denominado "los hechos que no se encuentran probados en la investigación", cabe señalar que a cada una de las hipótesis planteadas se les dio respuesta bajo los argumentos esgrimidos en los acápites números 1, 2 y 3 de la presente recurso.
- Frente al capítulo denominado "los hechos que se encuentran probados en el proceso", se da respuesta en el acápite 2 y 3 de la presente resolución.

En segundo lugar, y una vez analizados los puntos fundamentales en los cuales se soportaba el recurso de la apoderada de Casa Luker, este despacho analizó, argumentó y concluyó sobre bases legales sólidas cada una de las inconformidades planteadas por la recurrente, dando respuestas concretas a través de los diferentes puntos que componen la presente resolución de la siguiente manera:

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

- En relación con la violación al principio de legalidad y del debido proceso, el tema fue abordado y debidamente fundamentado en los acápites 2 y 6 del recurso de reposición.
- Respecto a la violación de presunción de inocencia, el despacho hizo énfasis en los acápites 3 y 6 de la presente resolución.
- En el punto denominado "la SIC evitó pronunciarse sobre todos y cada uno de los argumentos esgrimidos en los descargos", el despacho da claridad a la recurrente en el acápite 4 y 5.

Con fundamento en las anteriores consideraciones este Despacho,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 8231 de 2001.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora María Clara Lozano Ortiz de Zarate, apoderada de Sucesores de José Jesús Restrepo y Cía S.A.-Casa Luker S.A., William Manuel Ospina Zuñiga y Ángela María Muñoz Jaramillo o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno y que la vía gubernativa se agotó.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los 22 JUN. 2001

El Superintendente de Industria y Comercio,


EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

~~88~~
87

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Notificaciones:

Doctora

MARIA CLARA LOZANO ORTIZ DE ZARATE

Apoderada

SOCIEDAD SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO Y CÍA S.A.-CASA LUKER S.A.

WILLIAM MANUEL OSPINA ZUÑIGA

ÁNGELA MARÍA MUÑOZ JARAMILLO

Carrera 9 No 74-08, oficina 305

Nit.

Ciudad.

DEPENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

EL SECRETARIO GENERAL

En virtud de la resolución 10229 de fecha

publicada mediante edicto número 12066

del 31 IV 2001 y desahogado el 25 JUL 2001

122 JUN. 2001