



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 28350 DE 2004
(2.2 NOV. 2004)

"Por la cual se resuelve un recurso"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
En uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que mediante escrito radicado bajo el número 03033005-10070 del 23 de septiembre del 2004, el doctor Mauricio Ortega Jaramillo, actuando como apoderado de la sociedad CRISTALERÍA PELDAR S.A., presentó recurso de reposición en contra de la resolución No. 21821 del 1 de septiembre de 2004, con el objeto de que se revoque el citado acto.

SEGUNDO. Que el recurso referido en el considerando anterior está fundamentado en los siguientes términos:

"(...).

II. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

Respetuosamente consideramos que este procedimiento administrativo se circunscribe dentro de la órbita del derecho administrativo sancionatorio, y por ende le son aplicables los principios del derecho penal en general, tal y como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-259 de 1995:

"... se debe entender que "materias penales" no es equivalente a "materias criminales", sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término "penas" en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada.¹"

Así mismo, en la sentencia C-690 de 1996 el Alto Tribunal determinó:

"Las actuaciones administrativas sancionatorias deben regirse bajo los parámetros del debido proceso, por consiguiente, las garantías individuales mínimas que de este derecho se derivan deben aplicarse en el ámbito del poder tributario. Por ello la infracción administrativa tributaria requiere de la tipificación legal preexistente al acto que e imputa, de la manifestación clara de la antijuricidad del hecho y de la imputabilidad de la conducta. Igualmente, en materia penal, y en general en el campo sancionatorio, la Corte ha reconocido también, que el debido proceso implica la proscripción de la responsabilidad objetiva, toda vez que aquella es "incompatible con el principio de la dignidad humana" y con el principio de culpabilidad acogido por la Carta.²"

Siguiendo pues el derrotero señalado por la Corte Constitucional, que en nuestro sentir es plenamente aplicable al caso que nos ocupa, deberá analizarse la conducta sancionada en torno a sí la misma se puede predicar como típica, antijurídica y culpable.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-259 de 1995.

² Corte Constitucional. Sentencia C-690 de 1996.

Sólo de esta forma puede concluirse si, de hecho, es aplicable la sanción.

Pasaremos, pues, a efectuar el correspondiente análisis de la conducta, comenzando por el juicio de tipicidad.

1. El artículo 47 en su numeral 1, del Decreto 2153 de 1992 señala que "ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
2. Da por sentado la SIC que al haberse celebrado un acuerdo en virtud del cual se conviene el precio del flete a pagar por el transporte del vidrio plano desde la planta de Peldar hasta la sede de los distribuidores, el mismo es contrario a la libre competencia y por ende ilícito.
3. Sin duda hay una tipicidad formal o material, en cuanto que la conducta de quienes celebraron el acuerdo, queda perfectamente encajada dentro del numeral 1 citado. Sin embargo, en la práctica, es decir, materialmente no ocurre dicha tipicidad. Veamos:

Partimos de un conflicto de interpretación de la norma: Para la SIC en el presente caso, poco importa la intención de las partes que participan en el Acuerdo, y su sola materialización da lugar a la sanción, es decir, la conducta se ajusta perfectamente al tipo penal, cumpliendo con el primer requisito sancionatorio.

Para PELDAR por el contrario, no basta la simple celebración de un acuerdo que tenga como efecto la fijación de precios, por una razón elemental: todo acuerdo entre el adquirente y el suministrador de un bien o servicio tiende a fijar un precio. Es de la esencia del desarrollo de los negocios, tener que suscribir pactos entre el adquirente y el suministrador, que determinen el precio del bien o servicio a adquirir. Y de acuerdo con nuestra Constitución Nacional, dicho pacto en principio es lícito. Solo aquel que Restrinja el Mercado será ilícito y por ende susceptible de sancionarse.

Pero es que ésta no es una interpretación inventada por PELDAR. Ella no solo surge de la lógica propia de las operaciones comerciales, sino que la misma SIC así lo ha interpretado.

En efecto, mediante concepto radicado bajo el número 0182559 dicha entidad manifestó:

"...cuando el acuerdo es vertical, es decir, cuando se realiza entre quienes intervienen en un mismo proceso productivo pero en diferentes instancias, como por ejemplo, entre el productor y sus distribuidores, no opera la ilegalidad per se por cuanto las empresas no se hayan en posición de competencia, y por ende no se genera indefectiblemente su restricción. En consecuencia, si lo pretendido por los intervinientes de una misma cadena productiva es optimizar y mejorar la eficiencia de una operación, como resultado del cual, inclusive, puedan verse favorecidos los consumidores al obtener productos a mejores precios, el acuerdo no estaría, por ese simple hecho, en contradicción con las normas sobre promoción de la competencia.

Entonces, si bien es claro que se celebró un acuerdo entre transportadores de vidrio plano y sus distribuidores, en el cual PELDAR participó como testigo de excepción, y si se quiere, como promotor del mismo, no por ello incurrió en una conducta contraria a la libre competencia, y no es justo, y por ende carece de fundamento legal, por falsa motivación, la sanción impuesta.

Y no incurrió en conducta contraria a la libre competencia por varias razones adicionales, como son:

- a) *El pacto de fletes no solo es lícito sino necesario para desarrollar la actividad empresarial en Colombia. No hay usuario de transporte en Colombia, que no tenga que pactar los fletes con sus transportadores;*
- b) *No se restringe el mercado ni la competencia, cuando como quedó visto, solo se suscribió el convenio por parte de un distribuidor de vidrio plano, quedando todos los demás en libertad (sic) de contratar su transporte;*
- c) *Debe recordarse que el sistema de venta de vidrio plano es FAS, por lo que el transporte lo asume el distribuidor, en tal sentido, PELDAR no es un beneficiario directo del acuerdo de los fletes, pues esta sociedad no los paga;*
- d) *Si para la SIC no se debe sancionar a la distribuidora, es porque concluye que quien realmente celebró el convenio fue PELDAR. Si ello es así, puede de manera lógica y razonada decir la SIC que PELDAR no podía pactar los fletes de sus productos con sus transportadores? Entonces quién los pactaría?, si supongamos que el sistema de venta de PELDAR ya no es FAS, sino CIF, tendría que contratar por su cuenta y riesgo el transporte, obligándose, quiera o no la SIC, a tener que negociar los fletes. Podrá considerarse que dicha negociación es ilegítima?, y de ninguna manera puede sostenerse que porque tiene un 40% o más del mercado se convierte en ilegal su actuación, pues si se pretende sutilmente señalar una posición dominante, ella tampoco es ilícita per-se, y sólo será sancionable cuando se abuse de la misma, que no es el caso ni de asomo.*

Así por definición legal el transporte de vidrio plano no se considere peligroso, delicado o extralargo, ni siquiera la Superintendencia de Puertos y Transporte desconoce su carácter de sui generis. Señala dicha Superintendencia en su intervención dentro de este proceso, que

"... el transporte de vidrio no se considera dentro del transporte de carga como una mercancía peligrosa y menos aún se encentra jurídicamente designado como delicado, sin embargo su transporte y embalaje tiene algunos elementos esenciales situación que lo aparta de la Resolución 3000 de 2000 (tabla de fletes)"

Tal y como consta en las pruebas aportadas a esta investigación, el transporte de vidrio plano exige que los vehículos que lo realicen se adecuen físicamente mediante la implementación de "burros" o estructuras especiales que permitan llevar el vidrio de manera segura. Ello trae como consecuencia que sólo quien toma la decisión de transportar vidrio plano lo puede hacer, una vez acondicione su vehículo, restringiendo de manera significativa la oferta del servicio.

Como son pocos los transportadores, tiende a ocurrir lo que normalmente pasa en cualquier sector de la economía donde la competencia es reducida: la capacidad de negociación con sus oferentes es más restringida, y por ende en la medida en que el demandante de ese bien o servicio estará limitado en su capacidad de negociación. Solo agrupándose podrá fortalecer su posición de negociación y propender por obtener mejores fletes para el caso que nos ocupa, que consecuentemente son menores costos, que se deben traducir en mejores precios para el consumidor final.

Será entonces ilícito el pacto celebrado, cuando es innegable que tiende a producir mejores precios?

Si bien en los acuerdos horizontales se tiende a penalizar los acuerdos de precios por ser evidentemente restrictivos de la competencia, no ocurre lo mismo con los verticales, primero porque son esenciales a la actividad comercial, lo que de suyo da razón de peso suficiente para entender la no punibilidad de los mismos. Solo los acuerdos horizontales que restrinjan el mercado serán sancionables.

Por lo tanto, a la SIC le corresponde demostrar ese segundo elemento de restricción del mercado, que en el presente caso no se dio.

La tipicidad es el encuadramiento perfecto de la conducta realizada por el sujeto investigado dentro de la norma sancionatoria. Por ende, aquí ha faltado un elemento esencial para lograr dicha tipicidad, y ello hace nula la actuación.

De otro lado, y en lo que tiene que ver con el transporte de este tipo de mercancía, debería interpretarse se encuentra en un espacio dentro del cual es posible convenir entre las partes los fletes que van a regir su relación. No obstante, este espacio de libertad para negociar se encuentra, a su vez, circunscrito dentro de los límites del transporte en general, lo que significa que, a pesar de que al transporte del vidrio plano no le sea aplicable la tabla de fletes general, esta mercancía sí está sometida a las vicisitudes y particularidades propias del transporte general de carga, en lo que le sea aplicable sin contravenir su especial naturaleza.

Luego, como el transporte en general es un segmento del mercado que el Gobierno Nacional ha tenido a bien en regular, fijándole sus límites, para evitar, entre otras cosas, abusos en los fletes o eventuales suspensiones en la prestación de un servicio que tiene un carácter público esencial³, ocasionadas por paros o contingencias similares; del mismo modo, los particulares (personas naturales o jurídicas) deben hacer cuanto esté a su alcance para obtener fletes razonables y estables, con el fin de evitar costos injustificados que terminen gravando el producto final que adquirirá el consumidor.

En otras palabras, para mantener el flujo del mercado y evitar el desequilibrio en una de las etapas de la circulación del vidrio plano, los acuerdos verticales sobre fijación de fletes, por medio de los cuales se pretenda obtener costos razonables en la movilización del producto, se convierten en instrumentos invaluable, que, sin duda, mejoran la eficiencia del aparato productivo nacional.

Como se recordará, una de las funciones de la S.I.C. es "mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional."⁴ Por consiguiente, esa entidad debe incentivar las conductas que tiendan a este objetivo, en vez de castigarlas, tal y como ha ocurrido en este caso.

Por lo tanto, no se puede desconocer las condiciones peculiares del sector del transporte del vidrio plano, tratando de aplicarle unas reglas generales y abstractas que no le son aplicables, precisamente, por su calidad especial. En este orden de ideas, la S.I.C. desconoce las dinámicas propias de este sector del comercio cuando afirma:

"... el poder del mercado que actualmente detentan los transportistas, es una circunstancia que se deriva, justamente, de la existencia misma del acuerdo entre ellos y Peldar, por cuanto si los distribuidores de la red pudieran negociar con cada transportador los fletes para su respectiva ruta, el predominio que tienen estos últimos se vería neutralizado, e incluso, podría llegarse a revertir..."⁵

Así, no puede afirmarse, tal y como lo hizo la S.I.C., que la conducta pueda enmarcarse dentro del numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, pues lo que se llevó efectivamente a cabo fue un acuerdo vertical que trajo como innegable consecuencia la optimización de un segmento del mercado, manifestada en un mejor precio del vidrio plano para el consumidor final.

³ Ley 336 de 1996, artículo 5°.

⁴ Decreto 2153 de 1992, artículo 2°, numeral 1.

⁵ Resolución número 21821 de 2004. Oficio radicado bajo el número 03033005-10023. Hoja N° 14.

Por todo lo anterior, no es posible aseverar que la conducta sea típica (en el ámbito del derecho administrativo sancionador) y, por lo tanto, no es procedente considerarla como objeto de sanciones de ninguna especie.

Ahora bien, si se contemplara este asunto desde otra óptica y se desatendiera el concepto rendido por la Superintendencia de Puertos y Transporte, de manera tal que se estimara pertinente aplicarle al transporte del vidrio plano la tabla de fletes establecida por el Gobierno Nacional; de todas formas, sancionar la fijación de fletes por parte de los intervinientes en el acuerdo carecería igualmente de sentido, toda vez que si ellos no hubieran determinado las tarifas aplicables, en cualquier caso, el Gobierno, a través del Ministerio de Transporte, lo hubiera hecho.

Sin importar entonces el enfoque que decida adoptarse, el acuerdo sobre la fijación de fletes trajo indiscutibles beneficios en el segmento del mercado del vidrio plano, ya que, a causa de este convenio, el producto llegó a un precio razonable al consumidor final, sin sobre costos ocasionados por fletes excesivos, impuestos unilateralmente.

Para concluir este apartado, cabe precisar que el papel de PELDAR en el acuerdo se limitó a ser el de una facilitadora en el proceso de negociación, al cual, por cierto, se invitó a todos aquellos distribuidores que quisieran participar, sin constreñirlos de ninguna manera a hacerlo. Esto es así porque, aunque los fletes bajos y estables favorecen indirectamente a PELDAR, al poder vender su producto en el comercio a un precio más bajo, en realidad, el vidrio plano se les vende a los distribuidores puesto en planta y, desde allí, éstos asumen los gastos del transporte a los diferentes lugares de destino.

4. Pero no solo la conducta no típica, tampoco alcanza a considerarse como antijurídica y culpable.

Para que una conducta sea sancionable se requiere no solo que sea típica, sino que además lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.

El interés jurídico tutelado es la protección del mercado y finalmente del consumidor.

Al respecto, sea lo primero manifestar que en ningún momento se ha demostrado que los fletes afectaron negativamente el precio del producto, ni mucho menos se probó que la fijación de fletes hubiera perjudicado el mercado. Por el contrario, dadas las condiciones particulares, el mercado del vidrio plano fue objeto de un incremento en su eficiencia (entendida en sentido general como la reducción o el control de costos), cuya consecuencia necesaria fue la obtención de precios más bajos en el producto adquirido por el consumidor final.

No puede pasarse por alto que el juicio de antijuridicidad es imprescindible al momento de imputar responsabilidades a las personas naturales o jurídicas, sin importar si esta imputación tiene el carácter de subjetiva o, por el contrario, se trata de una imputación exclusivamente objetiva.

En este orden de ideas, no puede desconocerse la necesidad de fundamentar la sanción administrativa de una conducta en el daño efectivo o potencial que esa conducta genera en los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento.

Luego, carece, por ejemplo, de fundamento probatorio la afirmación de la S.I.C., según la cual: "No debe olvidarse que la rivalidad económica genera una presión hacia abajo de los precios, derivado del interés constante que tienen las empresas por maximizar sus ventas."

A lo anterior debe agregarse que la antijuridicidad que se predique del hecho debe ser tal que atenta contra el ordenamiento jurídico entendido en su integridad. Por ende, si existe una causal eximente o justificativa de la conducta y, más aún, si existen disposiciones tendientes a señalar que la conducta está permitida, no puede entonces concluirse que el hecho es antijurídico. De esto se

sigue que no puede considerarse que el ordenamiento jurídico se afecte en su integridad, cuando de hecho existe un concepto emitido por la misma S.I.C. según el cual está permitido celebrar un acuerdo vertical, entre otros eventos:

"...si lo pretendido por los intervinientes de una misma cadena productiva es optimizar y mejorar la eficiencia de una operación, como resultado del cual, inclusive, puedan verse favorecidos los consumidores al obtener productos a mejores precios..."

Como se manifestó, la finalidad de los intervinientes al celebrar el acuerdo era ofrecer el vidrio plano en el mercado a mejores precios, al obtener una estabilidad en los fletes difícil de conseguir si las negociaciones se hubieran librado a una serie de acuerdos aislados y particulares entre los transportadores y los distribuidores, en los que, debido a la escasez de la oferta, los primeros, sin duda, hubieran tenido una posición considerablemente privilegiada, con la consecuente posibilidad de establecer fletes excesivos.

De otro lado, no probar el daño y afirmar su existencia equivaldría a una presunción de perjuicios, práctica que, como se sabe, está proscrita por el artículo 29 de la Constitución Política en las actuaciones administrativas, debido a que la carga de la prueba está en cabeza de la Administración.

La Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este asunto en diversas oportunidades, estableciendo que:

"La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85) y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que de fina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características.

Todo ello descansa sobre el supuesto de la presunción de inocencia, la cual tiene que ser desvirtuada por el Estado para que se haga posible la imposición de penas o de sanciones administrativas.

Dentro del marco jurídico trazado por la Carta de 1991, ha perdido su razón de ser la discusión acerca de si el debido proceso es exclusivo de los trámites judiciales o si debe extenderse a los procedimientos y actuaciones que se surten ante la administración, pues el nítido tenor literal del artículo 29 de la Constitución no deja lugar a dudas: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas."

Es este un mandato inexcusable que no pueden desatender las dependencias del Estado en sus distintos niveles de jerarquía, tanto en el sector central como en el descentralizado y en todas las ramas del poder público y organismos de control respecto de las actuaciones de sus correspondientes órbitas de competencia, so pena de incurrir en flagrante violación de la preceptiva constitucional y en ostensible abuso de sus atribuciones en detrimento de los derechos fundamentales.

ocasionando a la vez la nulidad de las decisiones adoptadas con infracción de los preceptos superiores.⁶

Igualmente, la S.I.C. desconoce la realidad del mercado del vidrio plano y los beneficios producidos por unos fletes razonables y estables, cuando afirma, en la resolución impugnada, que:

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

Por el contrario, se reitera que no se trata de "eficiencias", entre comillas, es decir, falsas y engañosas, antes bien, se trata de eficiencias reales, efectivas, palpables, que se traducen en mejores precios para el consumidor final, al lograrse la estabilidad y optimización de los fletes, que, si no están sometidos a ningún parámetro, se vuelven considerablemente volátiles y se incrementan con toda facilidad, generando, en consecuencia, un encarecimiento innecesario de la mercancía transportada.

De los argumentos aducidos debe concluirse que la conducta no es antijurídica, ya que ésta no generó ningún daño, potencial o real, en el comercio. Antes al contrario, produjo un mejoramiento del aparato productivo.

4. Por su parte, el análisis de la culpabilidad debe enfocarse desde la óptica de la finalidad perseguida por los sujetos de este proceso al realizar la conducta.

Ahora bien, ¿es procedente realizar el examen de la culpabilidad en este caso? Al respecto debe recordarse lo establecido por la Corte Constitucional, entre otras providencias, en la sentencia C-616 de 2002 con respecto a la aplicación de la responsabilidad objetiva, único evento en el cual es pertinente omitir el análisis de la intención o propósitos de los sujetos cuando se examina el acto. En esa oportunidad el Alto Tribunal manifestó:

"...la exequibilidad de la responsabilidad objetiva en algunos campos del derecho sancionador debe ser objeto de estudio por parte de esta corporación en cada caso de acuerdo con las características propias de la norma que se juzga, señalando que como la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva es de carácter excepcional en el régimen constitucional colombiano por ello se encuentra sujeta a estos requisitos: (i) que carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina² llama 'rescisorias' es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) que tengan un carácter meramente monetario; y (iii) que sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras).⁷"

Luego, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, sólo puede predicarse la responsabilidad objetiva si se cumplen los parámetros que acaban de enunciarse.

De este modo, por sus características peculiares, el examen de este acto no puede prescindir de consideraciones relacionadas con la finalidad de los intervinientes, que, como se ha dicho ya en

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-460 de 1992.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2002.

varias oportunidades, estuvo regida por la buena fe y por la firme intención de generarle beneficios al mercado. Además, es evidente que el caso investigado y sancionado por la S.I.C. no puede enmarcarse dentro de los presupuestos establecidos por la Corte Constitucional, por cuanto las sanciones impuestas a PELDAR, así como aquellas que se les impusieron a LAS TRANSPORTADORAS y a sus representantes legales no pueden ser clasificadas como de menor entidad, ni en términos absolutos ni en términos relativos. Por el contrario, las penas pecuniarias impuestas está pretendiendo castigar una conducta que no está generando, ni potencial ni efectivamente, un daño en el mercado, puesto que, por el contrario, los efectos generados por el acuerdo produjeron una evidente optimización del ciclo productivo y de comercialización del vidrio plano.

Como procede entonces el análisis de los propósitos de quienes participaron en el acuerdo, ha de expresarse que una prueba indiscutible de la buena fe de todos los que intervinieron en el convenio es el hecho de que la totalidad de los testimonios que obran en el proceso coinciden en que el convenio se celebró, y, del mismo modo, están de acuerdo en afirmar que su objeto fue la fijación de fletes. Justamente, el hecho mismo de aseverar la existencia del acuerdo y la consiguiente fijación de fletes sirve como prueba no sólo de la buena fe de los intervinientes, sino, sobre todo, de su propósito de generar una situación favorable en la cadena de producción, transporte y distribución del vidrio plano que se tradujera en la existencia de mejores precios en el producto final debido a la presencia de fletes razonables y estables.

5. Para finalizar la exposición de los motivos que nos llevan a considerar como necesaria la revocación de la Resolución 21821 de 2004, debemos manifestarnos sobre un último punto.

El decreto 2153 de 1992 en su artículo 24 dispone lo siguiente:

“Artículo 24. CONSEJO ASESOR. El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la promoción de la competencia, integrado por cinco (5) expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y cuyos honorarios serán fijados por resolución ejecutiva.

El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los eventos a que se refieren los numerales 11, 13 y 15 inciso primero del artículo cuarto del presente decreto.⁸”

(...)

A su turno, el artículo cuarto, en los numerales mencionados, estipula:

“Artículo 4: . FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

11. Ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones a que se refiere el numeral anterior.

(...)

⁸ Decreto 2153 de 1992.

13. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto.

(...)

15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición 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.⁹

Así las cosas, como el objeto de la resolución es clasificable en todos y cada uno de los supuestos que acaban de transcribirse, era obligatorio para la S.I.C. recibir el concepto rendido por el Consejo Asesor, e, igualmente, era obligatorio dejar constancia de este pronunciamiento en la parte motiva de la providencia.

Como esto no se llevó a cabo por parte de la S.I.C., entonces es necesaria la revocación del acto aquí impugnado, por cuanto adolece de nulidad en el trámite. Por cierto, esta omisión en el trámite de la investigación atenta contra el debido proceso al que tienen derecho los investigados, ya que lo que se pretende con el concepto del Consejo Asesor es la obtención de un criterio profesional y especializado en el asunto que esté sometido al examen de la S.I.C., lo cual, sin duda, se erige como una garantía de probidad a favor de los investigados.

III. PETICIÓN:

Con base en los argumentos aquí expuestos solicitamos que se revoque la Resolución 21821 de 2004, (...).

TERCERO: Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, en la presente decisión se resolverán todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso.

1. La tipicidad de la conducta

En líneas generales, la tipicidad, entendida como la abstracta descripción de una conducta humana que hace el legislador, comporta una garantía para los administrados, en tanto les permite saber qué comportamientos son censurables y merecedores de reproche por parte del ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo, se erige como una limitante a la potestad sancionatoria del Estado, toda vez que restringe el ejercicio de esta atribución a aquellos comportamientos que resulten contrarios a una norma previamente establecida, manteniendo a raya decisiones subjetivas y arbitrarias.

Ahora bien, en el caso concreto se estableció que Peldar y los tres transportistas incurrieron en la prohibición contenida en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al haberse demostrado que entre las referidas empresas tuvo lugar un acuerdo con el objeto, y con el efecto, de fijar los fletes por el transporte de vidrió plano, desde la planta de la empresa hacia los diferentes lugares de destino.

⁹ Decreto 2153 de 1992.

Así las cosas, el supuesto fáctico materia de investigación se adecuó al supuesto normativo frente al cual estaba siendo confrontado, **siendo un comportamiento típico a la luz de lo expuesto**. Ahora bien, en relación a los demás aspectos mencionados por la empresa en su recurso, nos permitimos realizar las siguientes consideraciones:

1.1. El acuerdo realizado no constituye un requisito esencial

Según el recurrente, *"[n]o basta la simple celebración de un acuerdo que tenga como efecto la fijación de precios, por una razón elemental: todo acuerdo entre el adquirente y el suministrador de un bien o servicio tiende a fijar un precio"*. En este sentido considera que *"[e]s de la esencia del desarrollo de los negocios, tener que suscribir pactos entre el adquirente y el suministrador, que determinen el precio del bien o servicio a adquirir"*.

Frente a este punto, es oportuno hacer las siguientes precisiones:

- Ciertamente corresponde a las partes determinar el precio de los bienes o servicios, circunstancia en la que no existe reparo. Sin embargo, no fue ese el motivo que dio lugar a las sanciones impuestas a través de la resolución 21821 de 2004, sino la realización de un acuerdo entre el productor de vidrio plano y las empresas transportistas de este producto, encaminado a establecer los fletes que estas últimas cobrarían a terceros (usuarios del servicio).
- El acuerdo realizado no fue entre el adquirente y el suministrador de un bien, como se afirma en el recurso, ni tampoco para regir las condiciones comerciales de una relación en particular, sino para determinar los fletes que serían impuestos a la totalidad de los distribuidores de vidrio plano, lo que evidente desborda los límites de la autonomía privada para dar lugar a una práctica comercial restrictiva.
- La fijación de un flete de común, **entre el productor y los transportistas, para ser cobrado a los usuarios del servicio**, está muy lejos de ser un elemento esencial del contrato del transporte en la manera que lo define el Código Civil, *"[s]on de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente"*, pues para prestar el servicio de transporte no es requisito indispensable que el valor del flete sea fijado de común acuerdo por los prestadores del servicio y el productor del bien.

1.2. El acuerdo no genera eficiencias para el mercado

En varios apartes del recurso se alude a la necesidad del acuerdo realizado, dadas las múltiples ventajas que el mismo reporta para el mercado. Sobre este punto, se afirma que el referido acuerdo constituye un instrumento a través del cual se pretende reestablecer el equilibrio entre la oferta y la demanda del servicio de transporte de vidrio plano, manifestando que solo agrupándose el demandante de ese bien, *"... podrá fortalecer su posición de negociación y propender por obtener mejores fletes para el caso que nos ocupa, que consecuentemente son menores costos, que se deben traducir en mejores precios para el consumidor final"*.

Agrega, que así como el Gobierno ha regulado el transporte en general, "...para evitar, entre otras cosas, abusos en los fletes o eventuales suspensiones en la prestación de un servicio que tiene un carácter público esencial¹⁰, ocasionadas por paros o contingencias similares; del mismo modo, los particulares (personas naturales o jurídicas) deben hacer cuanto esté a su alcance para obtener fletes razonables y estables, con el fin de evitar costos injustificados que terminen gravando el producto final que adquirirá el consumidor".

Afirma más adelante, que si no se hubiera hecho el acuerdo para establecer los fletes respectivos, "[e]n cualquier caso, el Gobierno, a través del Ministerio de Transporte, lo hubiera hecho"; concluyendo que "sin importar entonces el enfoque que decida adoptarse, el acuerdo sobre la fijación de fletes trajo indiscutibles beneficios en el segmento del mercado del vidrio plano, ya que, a causa de este convenio, el producto llegó a un precio razonable al consumidor final, sin sobrecostos ocasionados por fletes excesivos, impuestos unilateralmente".

Este Despacho discrepa de las anteriores afirmaciones, por varias razones. La primera de ellas, y la más fundamental, es que la competencia económica constituye la mejor manera de favorecer los intereses de los consumidores, al permitirles elegir entre más y mejores precios. Es reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional que insiste en este aspecto. Así, en la Sentencia C-535/97, la aludida Corporación señaló:

"La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

"La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundando en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. (...) La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores". (Resaltado nuestro)

Mas tarde ratificó lo dicho a través de la Sentencia C-616-01, dejando en claro que:

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado. (Resaltado nuestro)

¹⁰ Ley 336 de 1996, artículo 5°.

Siguiendo la misma línea argumentativa, sostuvo en la Sentencia C-815/01, lo siguiente:

“...se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades. (Resaltado nuestro)

En esta perspectiva, es un contrasentido tratar de favorecer los intereses del consumidor a través de la fijación de un flete único, pues como ha reiterado la Corte, la competencia económica favorece de mejor manera los intereses del mercado.

Pero si el acuerdo se realizó, como afirma el recurrente, para agrupar a los demandantes del servicio de transporte y mejorar su posición negociadora, resulta extraño que hayan sido precisamente ellos los grandes ausentes de la reunión llevada a cabo el 12 de febrero de 2003, pues lo lógico es que hubieran concurrido a la defensa de sus intereses, como en efecto hicieron los transportadores y Peldar, que eran quienes, según el mismo recurrente, tenían un mayor poder de negociación.

Luego el acuerdo realizado, antes que fortalecer el poder negociador de los distribuidores, término debilitándolo todavía más, al tener que pagar un flete unificado, del que no se les consultó su opinión. Además, no es cierto que los distribuidores que no asistieron a la reunión hayan quedado en libertad para pactar los fletes a su arbitrio, ya que, según se demostró, la Cooperativa de Transportadores de Zipaquirá, Transporte Rápido Nieto Ltda. y la Cooperativa Colombiana de Transportadores, tras la reunión adelantada, empezaron a exigir los fletes establecidos en el acuerdo. Por lo demás, conviene señalar que el único distribuidor que estuvo presente en la dicha reunión fue El Rubí, a quien como reconocimiento a los gastos desplazamiento en que incurrió, le fue concedido mantenerle el precio anterior del flete durante 45 días, lo que pone de manifiesto que con posterioridad, irremediablemente le fue aplicada la misma tarifa que a los demás distribuidores de su ciudad.

Igualmente, discrepa este Despacho de la conclusión a la que llega el apoderado de la empresa Peldar, cuando señala que los particulares deben hacer cuanto esté a su alcance para obtener fletes razonables y estables, con el fin de evitar costos injustificados que terminen gravando el productor final, pues la búsqueda de la eficiencia no puede ser desmedida, y menos todavía, cuando es a costa de la propia ley y, adicionalmente, por cuanto un acuerdo de fletes antes que beneficios, genera ineficiencia para el mercado, derivada de la falta de incentivos para competir que hace que no se trasladen al consumidor los beneficios propios de la competencia. De cualquier manera, el interés porque existan fletes razonables y estables no puede confluir en la realización de un acuerdo que anule las fuentes de competición, pues habría, entonces, tantos acuerdos de precios como oferentes preocupados, con lo cual, terminaría siendo más grave el remedio que la enfermedad.

En la misma vía, resulta especulativo el argumento del recurrente en el que señala, que si

las empresas no hubieran determinado los fletes a través del acuerdo "...en cualquier caso, el Gobierno, a través del Ministerio de Transporte, lo hubiera hecho", ya que a la fecha, lo único cierto es que el transporte de vidrio plano goza de libertad tarifaria, no obstante lo cual, las empresas sancionadas decidieron no competir a través del acuerdo realizado.

Por otra parte, no puede perderse de vista que el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en ningún momento establece que los precios del acuerdo deban ser perjudiciales o nocivos para el mercado, pues la ley asume que el solo hecho de que se elimine la variedad de precios ya supone un menoscabo para el consumidor. De hecho, entre las finalidades de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas enunciadas por el Decreto 2153 de 1992,¹¹ está no sólo mejorar la eficiencia de los mercados **-que dicho sea de paso se logra promoviendo y no inhibiendo la competencia, como parece entender el apoderado de la empresa Peldar-**, sino también que "los consumidores tengan libre escogencia" y que "en el mercado exista variedad de precios", a lo cual resulta opuesto el acuerdo realizado por Peldar y las empresas transportadoras.

Así las cosas, el acuerdo sancionado no generaba eficiencias para el mercado, que de haberlo sido, en todo caso debieron alegarse y demostrarse a través del camino que la ley dejó abierto para el efecto, esto es, a través de cualquiera de las excepciones consagradas en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, conforme al cual, "Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

"1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.

"2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado;

"3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

Sin embargo no fue así, pues se reitera, no se probó que el acuerdo entre Peldar y las empresas de transporte estuviera bajo el alcance del citado artículo 49. Lo único que hay son afirmaciones del apoderado de la empresa Peldar, basadas mas en conjeturas y suposiciones de su parte, que en hechos demostrados en la investigación.

1.3 Las restricciones verticales

Afirma el recurrente que el acuerdo realizado por su cliente y los trasportadores corresponde a la categoría de acuerdos verticales, agregando que este tipo de acuerdos "...son esenciales a la actividad comercial, lo que de suyo da razón de peso suficiente para entender la no punibilidad de los mismos".

¹¹ Decreto 2153 de 1992 artículo 2 numeral 1

Este Despacho discrepa de lo anterior, por las siguientes razones:

- No todo acuerdo vertical es "esencial" para la actividad comercial y, en caso de serlo, sus efectos han de sopesarse con las condiciones del mercado.
- Como se puso de presente en la resolución 21821 de 2004, Peldar ostenta una cuota de mercado considerable, superior al 40%, lo que hace que un acuerdo en el que se fijen fletes únicos con los tres transportadores que existen en la red, a pesar de ser tipo vertical, sea especialmente sensible a los intereses de quienes distribuyen este producto, en tanto reduce su capacidad de reacción frente a un flete excesivo, lo que en últimas se traduce en una ineficiencia, que terminará siendo trasladada al consumidor final.¹²
- Pero con prescindencia de lo anterior, la norma violentada prohíbe los acuerdos de precios, sin distinguir entre horizontales o verticales. En este mismo sentido, los supuestos previstos en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, tampoco están en función a si el acuerdo es entre competidores o si es entre miembros de una misma, de tal manera que el análisis en cuanto si un acuerdo es anticompetitivo o procompetitivo termina siendo casuístico, ajustado siempre a las condiciones de las partes y del mercado en que se presenta.

No obstante, como se pone de manifiesto, no se demostró que el acuerdo entre Peldar y los transportistas sancionados, esté inmerso en alguno de las excepciones contempladas en el artículo 49.

Como conclusión de este primer punto, debemos acotar que el acuerdo sancionado a través de la resolución 21821 de 2004, se ajusta a cabalidad en el supuesto normativo contenido en el numeral 1° del Decreto 2153 de 1992, sin que sean de recibo las manifestaciones del apoderado de Peldar, en torno a la supuesta falta de tipicidad de la conducta.

2. La antijuridicidad de la conducta

2.1 Como principio propio del derecho penal

No cabe duda de que el debido proceso rige para todas las actuaciones, sean judiciales o administrativas. Sin embargo, la aplicación de este derecho debe ser acorde con la naturaleza de la actuación que se esté adelantando, como lo reconoce el propio artículo 29 Superior, al señalar:

¹² Sobre este punto, es importante anotar, para una mejor ilustración, que en el Reglamento 2790 de 1999, de la Comisión de la Comunidad Europea, relativo a los acuerdos verticales, en líneas generales se reconoce que los acuerdos verticales pueden, en determinadas ocasiones y bajo ciertos supuestos, ser benéficos para el mercado. No obstante, este tipo de acuerdos se considera restrictivo cuando la red en que se presenta tiene un poder de mercado considerable, normalmente traducido en una cuota de participación superior al 30%, pues en este caso se asume que no existe una competencia *intermarca* fuerte en el mercado. En todo caso se prevé la existencia de algunas restricciones consideradas especialmente nocivas para el mercado, las llamadas "*cláusulas negras*", como en efecto sucede con el acuerdo de precios únicos, los cuales se consideran anticompetitivos independientemente de la cuota de mercado que tenga la red en dicho mercado.

*"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente **y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio**"*

En esa medida, ciertos postulados y principios de común aceptación en el derecho penal, tienen un contexto y aplicación diferente en actuaciones de naturaleza administrativa, en tanto se encuentran en juego intereses disímiles, como lo reconociera la Corte Constitucional, en sentencia C-616 de 2002, al manifestar:

*La Corte también ha resaltado que, en materia sancionatoria administrativa, las garantías del debido proceso no tienen el mismo alcance que en el ámbito penal. Por ello, reiteró que "La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, **la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías –quedando a salvo su núcleo esencial– en función de la importancia del interés público amenazado o desconocida**". (Resaltado nuestro)*

Bajo esta salvedad, debe tenerse en cuenta que las normas sobre competencia involucran intereses de carácter colectivo, que rigen su aplicación bajo un sentido teleológico particular, no siempre coincidente con el que gobierna las actuaciones de carácter penal.

2.2 El carácter preventivo de las normas sobre promoción de la competencia

Conforme lo establece la Constitución Política de 1991, el nuestro es un Estado social de Derecho, fundado en la prevalencia del interés general.¹³ Acorde con este planteamiento filosófico, entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución optó "[p]or uno que privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible".¹⁴

Consiente de las bondades que genera la libre competencia, el constituyente decidió darle un especial tratamiento, consagrándola como un derecho colectivo y confiriéndole al Estado el deber especial de velar por su preservación. De esta forma, el artículo 333 de la Carta Política define que "[l]a libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades -y agrega que- [e]l Estado por mandato de la ley, **impedirá** que se obstruya o se restrinja la libertad económica **y evitará** o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. (...)." (Resaltado nuestro)

¹³ Constitución Política; artículo 1°

¹⁴ Corte Constitucional; Sentencia C-535 de 1997.

Se trata, entonces, de un mandato constitucional que, dentro de un denotado carácter preventivo, le imprime al Estado hacer cuanto esté a su alcance para impedir y evitar que se obstruya o restrinja la libre competencia.

Lo anterior resulta lógico, pues siendo que el Estado tiene como uno de sus fines esenciales promover la prosperidad general,¹⁵ ha de estar dotado de los mecanismos que le permitan anticiparse a cualquier comportamiento que resulte amenazante para las ventajas y los beneficios de la libre competencia. Sería un contrasentido que el aparato estatal tuviera que presenciar inerte como se van gestando las conductas, para intervenir solamente cuando el daño en el mercado está consumado, pues esta postura, con seguridad, no corresponde a la que quiso el constituyente.¹⁶

Así, pues, las finalidades contempladas en el Decreto 2153 de 1992 constituyen un cometido al que aspira y por el que propenden las normas de libre mercado, al "impedir" y "evitar", en palabras del artículo 333 Superior, cualquier conducta capaz de ponerlas en riesgo, sin tener que aguardar la causación de un perjuicio para poder intervenir.

De cualquier manera, las normas sobre competencia para hacerse efectivas no requieren que se demuestre y cuantifique un perjuicio concreto, pues el legislador a considerado que éste se presenta, desde el instante mismo en que se arrebatada o pone en riesgo la posibilidad del consumidor de favorecerse de las ventas propias de un mercado en competencia, como son la "posibilidad de elegir libremente" y gozar de la "...variedad de precios y calidades de bienes y servicios", como sucedió en el caso que nos ocupa.

3. La culpabilidad en el caso *sub examine*

3.1. La norma violentada no exige una intención

Según manifiesta el recurrente, "*el análisis de la culpa debe enfocarse desde la óptica de la finalidad perseguida por los sujetos de este proceso al realizar la conducta...-agregando más adelante que-...el examen de este acto no puede prescindir de consideraciones relacionadas con las finalidades de las intervinientes, que, como se ha dicho ya en varias oportunidades, estuvo regida por la buena fe y por la firme intención de generar beneficios para el mercado*".

Al respecto es importante señalar, porque puede perderse de vista este aspecto de la cuestión, que la norma transgredida en ningún momento obliga a realizar un juicio de esta naturaleza. Una simple lectura de la norma invocada (D. 2153 de 1992, artículo 47 numeral 1), es suficiente para darse cuenta que no exige, ni hace referencia, a la causación efectiva de algún tipo de daño en el mercado. De haber sido esa la pretensión del legislador extraordinario, sencillamente la redacción de la norma habría sido otra, estableciendo en

¹⁵ Constitución Política; artículo 2.

¹⁶ Así, el sistema financiero, los servicios públicos domiciliarios, el mercado público de valores, el transporte público y la libre competencia, a pesar de involucrar temas esencialmente distintos, coinciden en que llevan implícito un interés general, dada su cobertura y repercusiones sobre la población, lo que lleva al Estado a desplegar frente a cada uno de ellos, una especial labor de inspección y vigilancia, delegada en organismos técnicos y de carácter preventivo, como son justamente las superintendencias.

su lugar, que se consideran contrarios a la libre competencia "los acuerdos de precios **que afecten la libre competencia**" o alguna norma de alcance similar, pero no fue así.

Tampoco quiso el legislador extraordinario condicionar la estructuración de este precepto a la constatación de un elemento subjetivo, como hiciera, por ejemplo, en el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al consagrar como un acto abusivo de la posición dominante "[l]a venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador **cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado**" o en el numeral 5° del mismo artículo, que hace referencia a "[v]ender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, **cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país** y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción".

En este sentido, lo que fuerza concluir es que el legislador extraordinario no condicionó la adecuación del numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, a la causación de un daño para el mercado, ni a la verificación de un elemento subjetivo particular en las empresas acordantes, como aduce el apoderado de la empresa de Peldar.

Retomando lo atrás señalado, tenemos que si el debido proceso y más concretamente el principio de tipicidad, obligan al Estado a definir la responsabilidad de los administrados sobre la base de normas preestablecidas, sin lugar a dudas, este principio quedaría desdibujado y la garantía que encierra desaparecida, si el ente a quien corresponde velar por su aplicación decide a su antojo, qué elementos suprimir y cuáles agregar, dando lugar a subjetivizaciones y arbitrariedades.

Por ello, la interpretación del apoderado de Peldar desconoce la estructuración del precepto normativo sobre el cual recae el presente análisis, y encierra un gran peligro para el principio de legalidad y el Ordenamiento Jurídico en general, al pretender variar la redacción de una norma, y con ello, su sentido y alcance.

3.2 No se requiere culpa o dolo

Lo anterior, de paso, coincide con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que según advierte:

*"[E]l derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que posee una normatividad guiada por principios propios y autónomos que responden a unas finalidades y procedimientos diferentes a los del derecho penal. **En consecuencia, las sanciones impuestas a los infractores por contravenciones administrativas, excluyen la prueba de los factores subjetivos propios de la conducta delictiva, como son el dolo y la culpa.** (...)"*¹⁷ (El resaltado es nuestro)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Germán Ayala Mantilla. Trece (13) de Marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación número: 8570.

Ratificando la anterior posición, en un fallo reciente relacionado con una actuación de la Superintendencia Bancaria, la alta Corporación manifestó:

*"En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área **no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes**".¹⁸ (Resaltado nuestro)*

Con fuerza en las anteriores providencias, así como en las citadas en el acto de sanción, concluye este Despacho que tratándose de la violación al numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no se requiere demostrar que los responsables del acuerdo hayan actuado con un propósito específico de irrogar un perjuicio al mercado, como lo arguye el recurrente en el escrito contentivo del recurso.

3.3 La participación de Peldar en el acuerdo

En la investigación adelantada quedó demostrado que la empresa Peldar participó en el acuerdo objeto de reproche. Ahora bien, que haya sido "instigador", "propulsor" o simple "facilitador" del mismo, como dice el apoderado, es una circunstancia que no desvirtúa su responsabilidad, pues lo cierto es que con su participación en la reunión llevada a cabo el 12 de febrero de año pasado, contribuyó a la realización del acuerdo y, por ende, a que la competencia entre los transportistas de la red fuera anulada.

Bajo este entendido, la presunción de inocencia a que alude el apoderado de Peldar, quedó desvirtuada al haberse demostrado participación de su cliente en un acuerdo en el que se fijaron los fletes del vidrio plano, circunstancia que el mismo apoderado reconoce.

Así las cosas, estando demostrada la existencia del acuerdo, que éste tuvo por objeto fijar las tarifas a ser cobradas y que el efecto que se siguió del mismo fue su cobro, no cabe duda que se cumplieron los supuestos previstos por el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 para que se configure la falta administrativa contemplada en esa norma.

4. **Inexistencia de nulidad**

Según manifiesta el apoderado de la empresa Peldar, "[e]ra obligatorio para la S.I.C. recibir el concepto rendido por el Consejo Asesor, e igualmente, era obligatorio dejar constancia de este pronunciamiento en la parte motiva de la providencia". Agregando que: "Como ésto no se llevó a cabo ... es necesaria la revocación del acto impugnado, por cuanto adolece de nulidad en el trámite"

En relación con este punto, debemos hacer las siguientes precisiones:

¹⁸ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, decisión del 25 de marzo de 2004, radicación: 25000-23-24-000-2000-0595-01 13495, Ref. Apelación.

- El Consejo Asesor sí fue convocado, según consta en las comunicaciones radicadas bajo números 03033005-10046; 03033005-10047; 03033005-10048; 03033005-10049 y 04085332.
- Como consecuencia de lo anterior, el mencionado Consejo se reunió el 1° de septiembre de 2004, y expresó sus opiniones en torno al caso que nos ocupa, como consta en el Acta de la reunión.
- La norma pertinente no establece la obligación de incluir el concepto del Consejo Asesor en la parte motiva de la resolución.

En consecuencia, las obligaciones establecidas en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, fueron cumplidas a cabalidad por este Despacho, de tal manera que resulta infundada la nulidad aducida por el apoderado.

En mérito de lo expuesto, esta Entidad

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución No. 21821 de septiembre 1 del 2004.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor MAURICIO ORTEGA JARAMILLO, como apoderado de la sociedad CRISTALERÍA PELDAR S.A., o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 22 NOV. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

RESOLUCIÓN NÚMERO 28350 DE 2004 Hoja N°. 20

Notificaciones:

Doctor:

MAURICIO ORTEGA JARAMILLO

C.C. No. 15.347.431

Apoderado

CRISTALERÍA PELDAR S.A.

Nit. No. 8909001181

Calle 7D No. 43C-50

Medellín (Antioquia).

- a) *El pacto de fletes no solo es lícito sino necesario para desarrollar la actividad empresarial en Colombia. No hay usuario de transporte en Colombia, que no tenga que pactar los fletes con sus transportadores;*
- b) *No se restringe el mercado ni la competencia, cuando como quedó visto, solo se suscribió el convenio por parte de un distribuidor de vidrio plano, quedando todos los demás en libertad (sic) de contratar su transporte;*
- c) *Debe recordarse que el sistema de venta de vidrio plano es FAS, por lo que el transporte lo asume el distribuidor, en tal sentido, PELDAR no es un beneficiario directo del acuerdo de los fletes, pues esta sociedad no los paga;*
- d) *Si para la SIC no se debe sancionar a la distribuidora, es porque concluye que quien realmente celebró el convenio fue PELDAR. Si ello es así, puede de manera lógica y razonada decir la SIC que PELDAR no podía pactar los fletes de sus productos con sus transportadores? Entonces quién los pactaría?, si supongamos que el sistema de venta de PELDAR ya no es FAS, sino CIF, tendría que contratar por su cuenta y riesgo el transporte, obligándose, quiera o no la SIC, a tener que negociar los fletes. Podrá considerarse que dicha negociación es ilegítima?, y de ninguna manera puede sostenerse que porque tiene un 40% o más del mercado se convierte en ilegal su actuación, pues si se pretende sutilmente señalar una posición dominante, ella tampoco es ilícita per-se, y sólo será sancionable cuando se abuse de la misma, que no es el caso ni de asomo.*

Así por definición legal el transporte de vidrio plano no se considere peligroso, delicado o extralargo, ni siquiera la Superintendencia de Puertos y Transporte desconoce su carácter de sui generis. Señala dicha Superintendencia en su intervención dentro de este proceso, que

"... el transporte de vidrio no se considera dentro del transporte de carga como una mercancía peligrosa y menos aún se encentra jurídicamente designado como delicado, sin embargo su transporte y embalaje tiene algunos elementos esenciales situación que lo aparta de la Resolución 3000 de 2000 (tabla de fletes)"

Tal y como consta en las pruebas aportadas a esta investigación, el transporte de vidrio plano exige que los vehículos que lo realicen se adecuen físicamente mediante la implementación de "burros" o estructuras especiales que permitan llevar el vidrio de manera segura. Ello trae como consecuencia que sólo quien toma la decisión de transportar vidrio plano lo puede hacer, una vez acondicione su vehículo, restringiendo de manera significativa la oferta del servicio.

Como son pocos los transportadores, tiende a ocurrir lo que normalmente pasa en cualquier sector de la economía donde la competencia es reducida: la capacidad de negociación con sus oferentes es más restringida, y por ende en la medida en que el demandante de ese bien o servicio estará limitado en su capacidad de negociación. Solo agrupándose podrá fortalecer su posición de negociación y propender por obtener mejores fletes para el caso que nos ocupa, que consecuentemente son menores costos, que se deben traducir en mejores precios para el consumidor final.

Será entonces ilícito el pacto celebrado, cuando es innegable que tiende a producir mejores precios?

Si bien en los acuerdos horizontales se tiende a penalizar los acuerdos de precios por ser evidentemente restrictivos de la competencia, no ocurre lo mismo con los verticales, primero porque son esenciales a la actividad comercial, lo que de suyo da razón de peso suficiente para entender la no punibilidad de los mismos. Solo los acuerdos horizontales que restrinjan el mercado serán sancionables.