



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **35523** DE 2002
(31 OCT: 2002)

Por la cual se resuelve un recurso

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial la conferida en el número 24 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y 50 del Código Contencioso Administrativo

CONSIDERANDO

PRIMERO. Mediante escrito radicado bajo el número 01061192-70011, el señor Fernando Chávez Zarama, actuando en nombre propio y en su condición de representante legal de la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles Derivados del Petróleo de Nariño -ADICONAR, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la decisión contenida en la resolución número 25420 de 2002, por medio de la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta. El objeto del recurso es que se revoque en su integridad el acto administrativo que dio lugar a la sanción, fundamentado en lo siguiente:

- **Recurso de reposición presentado por el señor FERNANDO CHAVEZ ZARAMA, actuando en nombre propio, como también en representación de la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles Derivados del Petróleo de Nariño ADICONAR, de la cual es su representante legal.**

"Fundamento los recursos, en los siguientes términos:

"La Resolución 26097 de 2001, a través de la cual se ordenó la apertura de la presente investigación, estuvo enmarcada en dos aspectos fundamentales:

"1. Acuerdo de Precios

"2. Actos de Influenciación de Precios.

"De conformidad con lo establecido con el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se consideran restrictivos de la competencia los acuerdos entre dos o más empresas que tengan por objeto la fijación directa o indirecta de precios

"Veamos:

"Respecto al primer punto, es importante resaltar y definir qué es un acuerdo:

"1. ACUERDO

"La misma Superintendencia, en la Resolución sancionatoria, lo definen así:

"Por acuerdo se entiende todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. De suerte que todas estas modalidades parten de una pluralidad de voluntades que convergen en un mismo punto."

"Para nosotros un acuerdo es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no

Por la cual se resuelve un recurso

hacer alguna cosa; en esta medida, para que haya acuerdo, se necesita, por lo menos, la presencia de dos partes. Para el caso en estudio, ADICONAR es una sola persona, presupuesto que compartimos con la Superintendencia, cuando se pronuncia de la siguiente manera:

"...ADICONAR en calidad de investigado y de la existencia de la norma a que el acuerdo sea al menos entre dos personas, no es posible advertir la presencia de este presupuesto."

"En es (sic) punto, estamos en total acuerdo con la SIC, al desechar de plano el presupuesto del ACUERDO DE PRECIOS, toda vez que ni siquiera se insinúa la existencia de dos partes."

"2. ACTO DE INFLUENCIAR A UNA EMPRESA

"El Acto Administrativo acusado, en el Hecho CUARTO, literal a), numeral 1.2, (Folio 5) de la parte motiva, textualmente señala:

"a) Acto de influenciar una empresa

"El término 'acto' según el numeral 2 del artículo 45 del Decreto 2153, se entiende como 'Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica'."

"En este contexto, la disposición a que nos hemos venido refiriendo parte de la existencia de un sujeto activo, quien ejerce la influencia y del que no se predica ninguna calificación adicional a la ya señalada de ejercer una actividad económica; así como un agente pasivo, receptáculo del comportamiento, más específicamente el influenciado, cuya naturaleza ha de ser la propia de una empresa'."

"Posteriormente se ubica a ADICONAR como sujeto activo constituido bajo la forma de organización civil, para determinarlo como empresa en virtud de las actividades que le corresponde realizar en desarrollo de sus objetos sociales, conclusión esta errada e inconducente si se tiene en cuenta que en la misma Resolución se hace alusión a que 'es posible ubicarlo'; y como es conocido, dentro del argot probatorio, 'posible' puede ser cualquier cosa; es decir, el Despacho crea una ficción para encuadrar un ente sin ánimo de lucro en la categoría de empresa, para, a su vez, adecuarlo a la norma que así lo exige. Aquí se hace énfasis en que ni siquiera se utilizó la expresión probable, porque para utilizarla se requiere al menos un indicio."

"Ahora bien, si miramos el texto del numeral 2 del artículo 45 del Decreto 2153, taxativamente exige que todo comportamiento es predicable de quien ejerza una actividad económica, es decir de una empresa. Es más, si miramos retrospectivamente el acto acusado, el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es reiterativo al determinar que se consideran restrictivos de la competencia, los acuerdos entre dos o más empresas, es decir, que las conductas allí expresadas están definidas para un ente que tenga las características de empresa, es decir, que su objeto social sea la explotación económica de una actividad comercial o industrial."

"En igual forma, si miramos los acuerdos, éstos se predicán específicamente de dos o más empresas y, por lo tanto, se requiere la participación de una pluralidad de empresas."

"Ahora bien, ADICONAR no tiene el carácter de empresa, es una asociación sin ánimo de lucro y, por lo tanto, no podría contravenir lo normado en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Es más, sabiamente el Despacho la define como una organización de carácter civil, bajo la prueba del Certificado de Existencia y Representación del 14 de junio de 2001, más no así al darle carácter de empresa por su objeto social, toda vez que por ninguna parte se encuentra la explotación económica de bienes y servicios."

Por la cual se resuelve un recurso

"Sentado lo anterior, es de advertir que bajo la presunción de hombre, en cuanto a la carga dinámica de la prueba se refiere, se presenta como una excepción a la regla general según la cual quien alega algo, debe probarlo; la excepción que este principio consagra consiste precisamente en que el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, aún cuando no lo haya alegado o invocado. Este principio se plantea como una solución para aquellos casos en que el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento y de aspectos técnicos muy puntuales, que sólo una de las partes tiene el privilegio de manejar. De allí que, como lo ha expresado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en su Sección Tercera, sobre la Carga Dinámica de la Prueba:

"...no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no (...)"

"Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión."

"En síntesis, la aplicación del principio de la carga dinámica está condicionado al criterio del juez y supone la inversión de la carga de la prueba, para un caso concreto."

"Lo anterior nos debe llevar al convencimiento, en el presente caso, que las pruebas aportadas, como el Certificado de Existencia y Representación Legal, son suficientes para probar que ADICONAR no tiene la calidad de empresa, precisamente por lo plasmado en su objeto social, y si se pretende por parte del Despacho darle tal categoría, debe hacer uso de su poder discrecional empleando el principio de la carga dinámica de la prueba, plasmado anteriormente, ya que se insiste que el Despacho, con la expresión 'posible', lo eleva a la categoría de ente de explotación económica para endilgarle conductas predicadas única y exclusivamente para entes de explotación económica."

"De otro lado, se observa que el Despacho basa su conclusión en que el objeto social de ADICONAR es posible ubicarlo específicamente en el código número 9111 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU Revisión 3 A.C.), posición esta totalmente desacertada, toda vez que el código CIIU fue elaborado por la Organización de Naciones Unidas y la revisión 3 es una adaptación para Colombia, hecha por el DANE, con el objeto de definir la clasificación única de actividades económicas, tanto para las empresas privadas como para las entidades públicas; y no para asociaciones sin ánimo de lucro, toda vez que su Registro es voluntario, y el hecho de que ADICONAR lo haya efectuado no permite que se la clasifique como empresa. Como sustento de lo anterior seguidamente se consigna el Concepto Jurídico No.02032898, del 31 de mayo de 2002, proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio:

"1. Registro de entidades sin ánimo de lucro"

"El decreto 2150 de 1995 creó a cargo de las cámaras de comercio, el registro de las entidades sin ánimo de lucro, al cual se aplican los mismos términos y condiciones del registro mercantil."

"Es así como, de conformidad con el código de comercio y corroborado por la circular externa 10 de 2001 (circular única) expedida por la Superintendencia, las sociedades mercantiles pueden registrar ante la cámara de comercio correspondiente sus agencias y sucursales."

"En este punto es preciso anotar que, por sucursales entiende el artículo 263 del mismo código, 'los

Por la cual se resuelve un recurso

establecimientos de comercio abiertos al público por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.' Igualmente, el artículo 264 define las agencias como los establecimientos de comercio de una sociedad, cuyos administradores carezcan de poder para representarla. Observamos entonces que, ni las agencias, ni las sucursales tienen personería jurídica y que la diferencia entre las dos radica en la capacidad de sus administradores para representar a la sociedad.

"Adecuando estos conceptos a las entidades sin ánimo de lucro concluimos que, en ese caso, el carácter de agencia o de sucursal de una entidad sin ánimo de lucro, dependería también de su capacidad para representarla, sin que ninguna de ellas tenga personería jurídica.

"En este orden de ideas, una entidad sin ánimo de lucro podría registrar en la cámara de comercio de su domicilio principal o en cámaras de comercio diferentes, sus 'capítulos' siempre y cuando correspondan a sucursales o agencias, según tengan o no capacidad para representarla. En este orden de ideas, las cámaras de comercio no podrán exigir que el 'capítulo' tenga personería jurídica, si se pretende inscribirlo a título de agencia o sucursal.

"En los anteriores términos damos respuesta a su consulta con el alcance previsto en el artículo 25 del código contencioso administrativo.

"Decreto 427 de 1996, artículo 9.

"Decreto 2150 de 1995, artículo 42.

"Decreto 427 de 1996, artículo 1.

"Código de comercio, artículo 28.

Circular única 10 de 2001, título VIII, capítulo primero, numeral 1.1.1.'

"Como podrá advertirse, el Decreto 2150 de 1995 creó la posibilidad de registrar las entidades sin ánimo de lucro ante las Cámaras de Comercio, pero en ninguno de sus apartes expresó que las entidades sin ánimo de lucro, por este hecho, adoptarían la calidad de empresa. Nos permitimos consignar los conceptos dados por la ley, a este respecto.

"El artículo 25 del Código de Comercio textualmente expresa:

"DEFINICION DE LA EMPRESA

"Artículo 25.- Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.'

"En igual forma, el artículo 20 del Código de Comercio define taxativamente las actividades que tienen el carácter de mercantiles y, en las descritas en sus numerales 1 a 19, no se encuentran las actividades de ADICONAR.

"De otro lado, consideramos pertinente consignar la Doctrina sobre la Determinación de los Actos de Comercio. Pinzón Gabino, Introducción al Derecho Comercial, Ed. Temis 1985, pág. 142 y 143.

"El acto de comercio es una creación de la ley mercantil, ajena a razones de derecho distintas de la

Por la cual se resuelve un recurso

habitualidad con la que ciertas operaciones se ejecutan en la vida económica por los comerciantes, que permite considerarlas como propias de la profesión del comercio. Aunque dentro del código solamente son comerciantes los que ejecutan profesionalmente actos de comercio, éstos no son sino los más comúnmente ejecutados por los comerciantes, pues que la enumeración de ellos es una mera relación de las principales actividades de la vida comercial...'

"Ahora bien, el Decreto 1480, de julio 7 de 1989, en sus artículos 1 y 2, claramente señala la calidad en que se encuentra incurso la Asociación de Distribuidores Minoristas de combustibles Derivados del Petróleo de Nariño - ADICONAR.

"ARTICULO 1°. El objeto del presente decreto es dotar a las Asociaciones Mutualistas de un marco jurídico adecuado para su desarrollo, promover la vinculación a estas formas asociativas de economía social y garantizar el apoyo del Estado a las mismas.

"ARTICULO 2°. Las Asociaciones Mutuales son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social.

"En síntesis, si ADICONAR no es una empresa, esto es, no ejerce por sí misma el comercio, no puede ser sujeto pasivo de un régimen sancionatorio donde el sujeto pasivo es calificado: UNA EMPRESA, que de conformidad con el artículo 25 del Código de Comercio, es 'toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio'. ADICONAR, como lo reconoce la misma Resolución es una entidad de carácter civil, y por lo mismo, es antijurídico, aplicarle un régimen sancionatorio que está expresamente establecido para las empresas que ejercen el comercio.

"Sentado lo anterior, será fácil concluir que el acto acusado adolece de serias inconsistencias de carácter legal como las anteriormente señaladas.

"3. GARANTIAS

"Vale la pena resaltar, Señora Superintendente, que ADICONAR y el suscrito Representante Legal siempre estuvieron prestos a que la investigación se clausurara. Prueba de ello fueron las garantías ofrecidas en dos oportunidades.

"Todavía no entendemos con qué criterio se negaron las mismas, si lo que buscaba la Asociación era que los compromisos ofrecidos versaran siempre sobre todos los hechos investigados.

"Para ADICONAR y el suscrito Representante legal, las garantías eran suficientes. Según el inciso 4° del artículo 52 y el numeral 12 del artículo 4, ambos del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio ordenará la clausura de la investigación '... Cuando a su juicio el presunto infractor brinde las garantías suficientes. . .'. Hacemos énfasis en que la ley no señala los parámetros para entender la extensión de la suficiencia.

"Y es en este punto, donde el uso de una potestad discrecional juega un papel importante. Para nosotros, la discrecionalidad consiste en la realización, por parte de la administración, de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones, con el fin de permitir el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general al momento de tomar ciertas determinaciones; y reitero nuevamente: ¿cuál fue el criterio de la Superintendencia para negar las garantías ofrecidas por ADICONAR y el suscrito Representante legal, si se estaba cumpliendo con lo

Por la cual se resuelve un recurso

establecido en la norma? la decisión no puede ser caprichosa, porque sería violatoria de la ley.

"4. MONTO DE LA SANCION

"En cuento (sic) a las multas o sanciones pecuniarias impuestas, tanto a ADICONAR, como al suscrito representante legal, haré las siguientes precisiones:

"En efecto, se evidencia que la imposición de la multa tanto a ADICONAR como al suscrito, por parte de su Despacho, no está acorde con el principio de proporcionalidad, desarrollado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en varias sentencias, que a título de ejemplo citamos: T - 015 de 1994, Sentencia T 429 de 1994 y Sentencia C 495 de 1995.

"Pues al imponer este monto por multa, es oportuno recordar ese principio, en virtud del cual las autoridades administrativas investidas de la facultad para la dosimetría sancionatoria deben ejercerla razonadamente, ajustándose a los antecedentes y atenuantes de la conducta; considerar lo contrario devendría una sanción injusta, porque no guarda gradualidad.

"No hay duda de que la justicia se encuentra en el equilibrio entre la falta cometida, teniendo en cuenta sus características, motivaciones, agravantes y atenuantes, y la sanción impuesta. La sanción impuesta no satisface los requerimientos de la justicia, sino que la agravia y vulnera'.

"Una vez expuesto lo anterior, y si la investigación versó sobre dos presuntas infracciones, y una de ellas fue descartada de plano por la SIC, ¿cómo se explica el monto de la sanción? Se tuvieron en cuenta los atenuantes en este caso?, lo mismo que el ofrecimiento de las garantías presentadas tanto por ADICONAR como por el suscrito representante legal? .

"Otro cuestionamiento, es: ¿Cuáles fueron los presupuestos que sirvieron de base para la imposición de la sanción, pues para nosotros la tasación de la sanción establecida por Su Despacho no es clara ni precisa, por lo que su aplicación queda al arbitrio del mismo Despacho.

"En este punto, vale citar la sentencia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta - Consejera Ponente: Ligia López Díaz del 16 de noviembre de 2001. Actor. Polímeros Colombianos.

"En su parte considerativa, dice:

"Corresponde a la corporación decidir sobre la legalidad de los actos administrativos demandados, mediante los cuales la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Medellín impuso una sanción cambiaria a la sociedad POLIMEROS DE COLOMBIA S.A.

"La administración ha fundamentado su actuación en el artículo 3 del decreto 1746 de 1991, norma que disponía:

"Artículo 3° Las personas naturales o jurídicas que no sean intermediarias del mercado cambiario, que infrinjan el régimen cambiario, serán sancionados con la imposición de una multa a favor del tesoro nacional hasta el 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada.

"La multa se graduará atendiendo a las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción.

"En caso de que una persona natural o jurídica infrinja reiteradamente el régimen cambiario, en forma tal que se infiera razonadamente que las operaciones de cambio han sido utilizadas

Por la cual se resuelve un recurso

ficticiamente para amparar ingresos o egresos de divisas que no correspondan a operaciones autorizadas, se podrá imponer sanción accesoria a la multa la prohibición para celebrar operaciones de cambio durante un termino que no podrá ser inferior a un (1) año ni superior a cinco (5)' Subraya la Sala)

"La norma transcrita fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-564 del 17 de mayo de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, en la cual se precisó que el principio de legalidad se concreta con la existencia de una ley que determine claramente la conducta reprochable y la sanción que ha de imponerse.

"Este fallo concluyó que en las disposiciones transcritas hay una remisión a otras normas, que permiten identificar claramente cuándo se produce el hecho sancionable, pues existen una serie de deberes y obligaciones legales que deben atender quienes intervienen en actividades cambiarias que, si se incumplen generan la infracción objeto de condena.

"La Corte también indicó en la misma providencia que el Derecho Administrativo, al contrario del penal no requiere establecer una sanción para cada una de las infracciones que se presenten, si no que puede optar por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones.

"Consideramos que en la norma analizada, el legislador estableció los parámetros a los que deben ceñirse los funcionarios para la imposición de sanciones, al indicar que la graduación por las multas, por infracción al régimen cambiario, debe atender a 'las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción' imponiendo así la obligación de explicar los aspectos tenidos en cuenta para tasar cada sanción.

"Indicó la Corte Constitucional, en los fallos que se comenta:

"... al señalar en la norma acusada que la administración, para graduar las multas por infracción al régimen de cambios, debe atender a las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción, está circunscribiendo y limitando la facultad que tiene el funcionario administrativo para la imposición de esta, recortando su discrecionalidad, toda vez que la administración, al momento de concretar la sanción, debe explicar el por qué de esta, señalando expresamente qué circunstancias tuvo en cuenta para su tasación y las pruebas que la fundamentan. Circunstancias que si bien no aparecen expresamente reseñadas en la norma acusada se entienden que se hace referencia a aspectos tales como el monto de la operación cambiaria y a circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se ejecutó la misma, etc., sin que su precisa determinación en el texto de la norma, desconozca principio alguno al debido proceso'.

"El derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, es aplicable a las actuaciones administrativas y su garantía se hace efectiva cuando se impone el deber, a los agentes estatales de adelantar procedimientos que permitan el pleno ejercicio del derecho de defensa y el de contradicción, cuando se obliga al Estado a desvirtuar la presunción de inocencia de las personas y con la necesidad de motivar las decisiones.

"La Administración tiene la facultad de imponer sanciones hasta del 200% del monto de la infracción, ante el incumplimiento de deberes impuestos por el régimen cambiario.

"Sin embargo, esta facultad que tiene la administración, no totalmente discrecional, pues de acuerdo con el artículo 3° del decreto 1746 de 1991, tiene el deber de explicar las razones para la imposición de sanciones, así como las circunstancias que tuvo en cuenta para tasarlas, de tal forma que el infractor pueda controvertir en debida forma no sólo los hechos que se le imputan sino también la

Por la cual se resuelve un recurso

estimación de las multas que se le imponen.

"La motivación es imprescindible en los actos que liquiden sanciones, con el fin de hacer posible un adecuado control de legalidad y poder determinar que se están cumpliendo los fines de las normas.

"Esta motivación debe ser real y seria, adecuada, suficiente y, además, íntimamente relacionada con la decisión que se toma, de manera que la justifique, dentro de la idea de satisfacer el interés general para el cual se otorgaron las competencias administrativas.

"En el caso bajo examen, la sociedad actora fue sancionada por cancelar el valor de las importaciones de bienes y sus financiaciones, por fuera del término de seis (6) meses, contados desde la fecha de aceptación de la declaración de importación, como lo establecían los artículos 1.3.3.05 y 1.3.3.07 de la Resolución 57 de 1991 de la Junta Monetaria.

"La demandante no ha discutido la comisión de la infracción. El debate se ha centrado en el monto de la sanción, pues para ella y para el a-quo, no existían reglas claras para su graduación.

"La Sala observa que en la Resolución No.00008 del 8 de marzo de 1995 que impuso la multa, la entidad no realizó ninguna motivación para establecer las razones por las cuales determinó el porcentaje de sanción. Sobre el tema, lo único que allí se dijo fue:

"La infracción cambiaria, comprobada, al Artículo 1.3.3.07 de la Resolución 57/91, en concordancia con los Artículos 14 y 22 del D.L. 1746/91, habilita en legal forma a esta División para imponer a la sociedad de autos una multa equivalente al siete (7%) por ciento del monto de la sanción propuesta (sic), es decir, \$11.799.564.' (Fl.5)

"Si bien en la Resolución No.00014 del 25 de abril de 1995, al resolver el recurso de reposición la Administración de Impuestos y Aduanas de Medellín explicó ampliamente la tasación de la sanción, esto resulta extemporáneo pues la multa ya estaba impuesta y ello ocurrió con ocasión de los cargos de la actora.

"De acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, que la Sala comparte, los actos que imponen multas por infracciones al régimen cambiario, deben motivar la tasación de la sanción y dar una explicación que permita el adecuado ejercicio del derecho de defensa, lo cual ha de exponerse en el acto que la liquida, para que el infractor tenga oportunidad de controvertirla y la Administración, mediante los recursos en vía gubernativa, pueda revisarla si hay lugar a ello.

"Al no realizar la explicación en el acto de imposición de la sanción, la irregularidad se cometió y esta es una causal para revocarlo en la vía gubernativa. (arts. 3ro del Decreto 1746/91 y 84 del C.C.A.)

"Explicar la tasación de la sanción en los actos que resuelven los recursos no subsana la irregularidad cometida, porque ya se ha vulnerado el derecho de defensa del particular, al no permitir la controversia sobre ese punto en la vía gubernativa.

"Toda vez que de conformidad con el mencionado fallo de la Corte Constitucional, el artículo 3ro del Decreto 1746 de 1991 se ajusta a la Carta Política, debe ser aplicado por la Administración en los términos expuestos anteriormente.

"Como el acto de imposición de la sanción no contiene una explicación sobre las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para la graduación de la sanción, no se cumplieron las exigencias de la norma, por lo que la Sentencia de primera instancia será confirmada, pero por las razones que acaban de exponerse.

Por la cual se resuelve un recurso

"En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

"Adicionalmente, Señora Superintendente, para nosotros es importante saber si en la tasación de las sanciones se tuvo en cuenta los presupuestos e informes de tesorería de los años 2000, 2001, 2002, el balance general de los años 1999, 2000, 2001, y si Su Despacho solicitó el monto de honorarios que perciben los miembros de la Junta Directiva de Adiconar, o si estos no perciben ninguna remuneración. Las anteriores pruebas, debieron ser solicitadas por Su Despacho y analizadas y valoradas en su momento, como atenuantes a favor de ADICONAR y del suscrito representante legal.

"Cabe aclarar que ADICONAR es una Asociación sin ánimo de lucro, que su presupuesto es limitado y que no genera ningún tipo de utilidad económica y, además, que el suscrito representante legal no percibe ningún tipo de remuneración.

"Es conveniente resaltar, además, Señora Superintendente, que ADICONAR y el suscrito representante legal, siempre actuaron basados en el principio de la buena fe y las buenas prácticas comerciales, siempre buscando que la investigación por las presuntas infracciones llegara a su fin antes de la sanción impuesta por Su Despacho; por lo mismo, respetuosamente manifestamos, no estar de acuerdo con la sanción impuesta.

"En conclusión, el acto atacado adolece de una serie de inconsistencias de orden legal y probatorio, al no haberse tenido en cuenta que el acuerdo de precios jamás existió, que se presentaron las garantías y los compromisos oportunamente ofrecidos, que la dosimetría de la multa no se fundamentó, lo cual determinó un acto arbitrario. Tampoco se tuvo en cuenta que en ningún momento las posibles conductas infractoras afectaron el sector económico.

"PETICIONES:

"Por los anteriores argumentos, respetuosamente solicitó al Despacho, REVOCAR en su totalidad el acto administrativo que dio lugar a la sanción, tanto de ADICONAR como del suscrito Representante Legal.

"En subsidio, reitero que APELO, para ante los Jueces respectivos, de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. (Juez Civil del Circuito de Bogotá).

"Sírvasse, Señora Superintendente, tener como pruebas los siguientes anexos y las pruebas que usted se sirva decretar:

"El balance general de ADICONAR a 31 de diciembre de 1999 Anexo No.1

"El balance general de ADICONAR a 31 de diciembre de 2000 Anexo No.2

"El balance general de ADICONAR a 31 de diciembre de 2001 Anexo No.3

"El presupuesto general de los años 2000 y 2001 Anexo No.4

"Certificación sobre los ingresos de la asociación y la no remuneración de los miembros de la Junta Directiva. Anexo No.5

"Estatutos de la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño, "ADICONAR". Anexo No.6

"En los anteriores términos quedan presentados los recursos de Reposición y Subsidiario de Apelación, contra la Resolución 25420 del 6 de agosto de 2002."

Por la cual se resuelve un recurso

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 La norma violentada (numeral 2° del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992)

1.1 Elementos y presupuestos

Al tenor de la mencionada norma, 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", es considerado como contrario a la libre competencia. Así, para que tenga lugar su configuración es menester indispensable que concurren los elementos subjetivo y objetivo que integran la composición jurídica.

1.1.1 Elemento subjetivo

Este elemento hace referencia a los sujetos que en forma activa o pasiva tienen parte en el comportamiento que se analiza, así como a las cualificaciones que la misma ley exige, sin las cuales y como es apenas obvio, no podría advertirse la presencia de dicho elemento.

Fue en esta perspectiva que en la Resolución 25420 de 2002, aludiendo al sujeto que ejecuta el comportamiento, se puso de presente que, "...la disposición a que nos hemos venido refiriendo parte de la existencia de un sujeto activo, quien ejerce la influencia y del que no se predica ninguna calificación adicional a la ya señalada de ejercer una actividad económica."¹ (el subrayado no hace parte del texto original)

Debiendo aclarar que, la anterior cualificación no está dada en la norma especial de prohibición que se analiza, el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, sino en la definición general que el mismo estatuto presenta en su artículo 45, respecto al término "acto", como forma de conducta, en los siguientes términos: "todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica"; cuya lectura e interpretación debe producirse en forma armónica y sistemática con la norma especial.

Del mismo modo, en la resolución impugnada habría de presentarse una definición del agente pasivo de la conducta, al señalar que es el "...receptáculo del comportamiento, más específicamente el influenciado, cuya naturaleza ha de ser la propia de una empresa", con la salvedad de que en este caso, es la misma norma especial de prohibición la que se encarga de calificar al sujeto.

1.1.2 Elemento objetivo

No es suficiente con que puedan apreciarse los sujetos en las condiciones que ya hemos señalado; también se requiere que haya tenido lugar la ejecución de la conducta descrita, en cualquiera de los sentidos que la norma presenta.

De esta forma, hubo de advertirse en la aludida Resolución 25420 que, "...para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre competencia, debe cumplir con los elementos mínimos establecidos en cada precepto. Así, deben pues probarse los supuestos fácticos señalados en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en cualquiera de estos sentidos:

"Influenciar a una empresa:

"-Para que incremente los precios de sus productos

"-Para que desista de su intención de rebajar los precios de sus productos".

¹ Resolución 25420 de 2002 página 6

Por la cual se resuelve un recurso

Para de ese modo concluir, "...lo que se está reprimiendo en el tantas veces citado numeral 2 del artículo 48, es que aquél que ejerza una actividad económica despliegue actividades orientadas a alterar el libre albedrío de una empresa, frente al precio que está dispuesta a asignar a los bienes y servicios que ofrece, debiendo hacer énfasis en que la infracción tendrá lugar sin importar que se logre el resultado, ni el tamaño o el ascendente que el agente activo tenga sobre el pasivo. Efectivamente, el acto de 'influnciar' presupone 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 (...)."

1.2 Adiconar como sujeto activo de la infracción

1.2.1 No requiere la naturaleza de empresa

En forma categórica advertimos, que la simple lectura de los apartes ya señalados y si se quiere de la Resolución 25420 de 2002 en su integridad, es suficiente para constatar que la única cualificación que se exige del agente activo, es que ejerza una actividad económica.

Por tanto, resulta apartada de la realidad la afirmación del recurrente conforme a la cual: "...si miramos el texto del numeral 2 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, taxativamente exige que todo comportamiento es predicable de quien ejerza una actividad económica, es decir de una empresa", pues dicho precepto en ninguna parte alude ni hace referencia al concepto de "empresa". Parecería más bien una interpretación, imprecisa por demás, del impugnante, quien confunde los términos de "acto" y "acuerdo", que aunque especies de "conducta", no encierran el mismo significado y mucho menos comprenden el mismo alcance.²

Por consiguiente, el que Adiconar tenga o no el carácter de empresa es una discusión en la que no entró ni entrará este Despacho, sencillamente por cuanto nada tiene que ver con la norma que se invoca, de suerte que este elemento aunque propio de las formas de acuerdo, resulta extraño a la composición gramatical y a la correcta interpretación del acto que se sanciona.

Se aclara al recurrente que la calificación de empresa ha sido prevista para quienes participan de un acuerdo, mas no para quien realiza un acto restrictivo de la competencia.

Sobre este último aspecto, no puede perderse de vista que en materia de prácticas comerciales restrictivas, un acto presupone la realización unilateral de un comportamiento, en esa medida su ejecución no requiere ni está condicionada a la intervención de varios agentes,³ pues basta

² Conforme al numeral 3 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende por conducta: "Todo acto o acuerdo".

³ Al respecto se ha dicho que "el acto unipersonal puede perfeccionarse mediante una manifestación simple o singular de la voluntad del agente único a que se atribuye. Así, el testamento es obra de la sola voluntad del testador. Entonces, se dice que el acto es unipersonal simple. Pero, como ya lo hemos visto, también existen actos que jurídicamente se atribuyen a un solo agente o sujeto de derecho, aunque en su formación intervengan varias voluntades individuales, como sucede con los acuerdos adoptados por los órganos colegiados de las personas jurídicas. Estos casos se denominan unipersonales complejos o colectivos: unipersonales porque se imputan a un solo agente, la persona jurídica, y complejos o colectivos porque suponen el concurso de voluntades de todos aquellos que intervienen en su adopción o perfeccionamiento". OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. "Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico", Ed. Temis, Quinta Edición, 1998, pág. 43.

En el mismo sentido, dentro de las distintas clasificaciones de negocios jurídicos que ha elaborado la doctrina, aparece aquella según la cual: "...tomando como criterio divisorio el número de personas que contribuyen a la formación del acto y que en él participan, los negocios se clasifican en unilaterales y plurilaterales. Son los primeros aquellos que contienen la decisión de un solo sujeto o de varios que ocupan una misma posición dentro de las relaciones creadas. Al efecto es igual que se trate de negocios unipersonales o de la actuación de varios individuos, pues lo decisivo es la manera como obran los intereses que disponen. (...)". HINESTROSA, Fernando. "Derecho Civil Obligaciones", Librería Temis Ltda., 1969, págs 329-330 y 334-335.

Por la cual se resuelve un recurso

simplemente que quien ejerza una actividad económica despliegue cualesquiera de las conductas descritas en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. En tal virtud, no era menester, como equivocadamente sostiene el señor Chávez Zarama, haber demostrado la aquiescencia o aprobación de otros agentes en la conducta de Adiconar, pues de ser, no estaríamos ya frente a un acto sino ante un acuerdo, conducta esta última que no corresponde al objeto de la sanción impuesta.

1.2.2 Desarrollo de una actividad económica

Hecha la anterior salvedad corresponde señalar que, conforme al material probatorio recaudado pudo concluirse que Adiconar efectivamente ejerce una actividad de naturaleza económica, que es según lo ya expuesto, la única calificación del sujeto activo que exige la ley. Lo anterior con fundamento en lo siguiente:

Según ha dicho, *"se enciende por actividad económica toda manifestación de producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos, sin importar que con aquellas se persiga o no un fin de lucro"*.⁴ Bajo este influjo, el Decreto 2153 de 1992 le confiere al Superintendente de Industria y Comercio, la facultad de *"Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959, disposiciones complementarias y en particular aquellas a que se refiere el presente decreto, respecto de todo aquél que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, con sujeción al artículo 2º, numeral 1º, del presente decreto"*.⁵ (Subrayado nuestro)

Valga decir que, la Corte Constitucional ha señalado que la libertad económica consiste en *"...la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio"*.

"La reforma constitucional de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre la cuales el de la libertad económica tiene un valor superior dentro del ordenamiento jurídico (...).

"De la anterior norma –refiriéndose al artículo 333 de la Carta- se puede inferir que la Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas. (...)".⁶ (subrayado nuestro)

De esta forma se tiene que la actividad económica, como pilar fundamental de libertad en nuestro modelo de Estado, constituye una facultad que la Constitución confiere a todas las personas, tanto naturales como jurídicas, ya sea que estén organizadas o no, siendo por tanto, una garantía general y omnicompreensiva que dimana del mismo Ordenamiento Superior y que hace total abstracción de si su ejercicio está precedido de un ánimo lucrativo o no.

⁴ Ver: www.procompetencia.gov.ve documento: "informe sobre el sector de servicios de transporte de volteo".

⁵ Decreto 2153 de 1992, numeral 10 artículo 4.

⁶ Corte Constitucional; Sentencia C-616-01, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Por la cual se resuelve un recurso

Bajo este derrotero, debemos precisar que la "actividad económica" como tal, puede desarrollarse de manera organizada, bajo el amparo de una empresa o adoptando la fisonomía y naturaleza de otras personas jurídicas como asociaciones y cooperativas; empero es posible también, en palabras de la propia Corte, que una persona natural pueda ejecutar este tipo de actividades sin que sea de manera organizada.⁷ De modo que, la actividad económica será libre y podrá desarrollarse por cualquier persona en tanto se mantenga bajo los límites del bien común, independientemente de si busca un ánimo lucrativo o no.⁸

En esa medida, limitar el ejercicio de actividades económicas solamente a las empresas comporta sin lugar a dudas una restricción que la misma Constitución no ha previsto. En consecuencia, nada se opone a que una entidad sin ánimo de lucro puede llevar a cabo actividades de naturaleza económica, cosa distinta es que no pueda hacer un reparto de sus utilidades,⁹ pero el derecho como tal de realizar una actividad económica, recuérdese que por mandato constitucional lo tiene toda persona.

Así por ejemplo, la Ley 79 de 1988 define el acuerdo cooperativo como "el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro",¹⁰ agregando a renglón seguido que "toda actividad económica, social o cultural puede organizarse con base en el acuerdo cooperativo". Con lo cual, queda claro entonces, que la ausencia de ánimo lucrativo no es excluyente de la posibilidad de ejercer actividades económicas.

En esta línea argumental, piénsese en una cooperativa financiera autorizada legalmente para captar ahorro a través de depósitos a la vista o a término; negociar títulos emitidos por terceros; otorgar préstamos y en general celebrar operaciones activas de crédito; realizar operaciones de factoring;

⁷ Como una difamación del ejercicio libre de la actividad económica de las personas naturales, aparece el derecho al trabajo, respecto al cual ha sostenido la Corte Constitucional que, "... garantiza al individuo la posibilidad de ejercer libremente una actividad económica con miras a asegurar su existencia material en un plano de sociabilidad. No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. (...). La creciente intervención del Estado en la esfera de la personalidad, -principalmente por la complejidad de la vida económica, el desempleo, el desarrollo de la tecnología, el marginamiento y la pobreza- ha llevado al constituyente a consagrar y proteger este derecho fundamental de aplicación inmediata". Corte Constitucional, Sentencia T 475-92 Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela, PROCOMPETENCIA, en el caso de las asociaciones y/o cooperativas de transporte de camiones volteo; refiriéndose al artículo 4 de la Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, conforme al cual "quedan sometidas a esta ley todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fines de lucro, realicen actividades económicas en el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades", manifestó: "...que las Asociaciones y/o cooperativas de transporte de camiones volteo agrupan a quienes realizan una actividad económica, las mismas cumplen con lo establecido en el artículo antes mencionado, por lo que se consideran sujeto de aplicación de la ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia". (Ver: www.procompetencia.gov.co.ve, ibidem)

⁹ "El criterio que ha imperado en nuestras cortes de justicia para establecer y diferenciar una entidad que no tiene ánimo de lucro, de una que sí lo tiene, es el de la distribución o reparto de utilidades a sus miembros; si no se produce estamos en el primer grupo de entidades, al paso que si la distribución se realiza, estamos frente a entidades con marcado ánimo de lucro.

"En este orden de ideas, una entidad no tiene ánimo de lucro, en la medida que los aportes dados por los miembros nunca se reembolsan, ni cuando el miembro se retira, ni cuando la entidad se liquida. En este último caso, el remanente, si lo hay, debe trasladarse a otra entidad sin ánimo de lucro que persiga un fin similar". JARAMILLO DÍAZ, Juan Carlos. "Entidades sin ánimo de lucro régimen tributario especial". Editorial Legis, 2000, pág. 7.

¹⁰ Ley 79 de 1988; artículo 3°.

Por la cual se resuelve un recurso

celebrar contratos de apertura de crédito; hacer emisiones de bonos, etc.¹¹ No cabe duda que todas estas actividades suponen un connotado carácter económico pero el ente que está autorizado para realizarlas es ni más ni menos que un organismo cooperativo, desprovisto de ánimo lucro.¹²

De la misma manera, encontramos que el Código Sustantivo de Trabajo expresamente previene que "los sindicatos no pueden tener por objeto la explotación de negocios o actividades con fines de lucro".¹³ No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido que "la actividad económica que pueden desarrollar los sindicatos no puede tener el alcance de un objetivo único y principal, sino apenas complementario o accesorio a las labores que constituyen su objeto esencial (...)". Aclarando luego la aludida Corporación que, "el ejercicio de actividades económicas por los sindicatos no es equiparable a la realización de actos de comercio, propios de los comerciantes, que implican la necesaria especulación económica y la obtención de un lucro o beneficio para los asociados, a través del reparto de utilidades individuales. La actividad económica de los sindicatos, por consiguiente, puede ser asimilable a la que desarrollan cierto tipo de organizaciones de propiedad solidaria, autorizadas por la Constitución (...)". (Subrayado nuestro)

Lo anterior simplemente para denotar que, el ejercicio de una actividad económica no se restringe a las personas jurídicas que actúan en forma organizada y que persiguen un ánimo lucrativo,¹⁴ pues se ha visto como una persona jurídica, organizada bajo la forma de cooperativa o asociación, puede perfectamente desarrollar este tipo de actividades aun sin tener entre sus propósitos el reparto de utilidades; principio que guarda coherencia plena con la doctrina extranjera, para la cual la actividad de carácter económico es "toda actividad, incluso sin fines lucrativos, que participe en los intercambios económicos".¹⁵ (Subrayado nuestro)

Por ello y contrario a lo expresado por el impugnante, creemos que toda actividad económica no necesariamente supone la realización de un acto de comercio, pues perfectamente puede haber una actividad que pese a ser de naturaleza económica esté desprovista de la connotación mercantil que atribuye nuestro Código de Comercio;¹⁶ tanto así que el mismo estatuto en su artículo 23 relaciona

¹¹ Ver Decreto 663 de 1993 "Estatuto Orgánico del Sistema Financiero"; artículo 27.

¹² De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 79 de 1988, "Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general". En este sentido, previene el artículo 39 de la Ley 454 de 1998 que "la actividad del cooperativismo se ejercerá siempre en forma especializada por las instituciones financieras, y las cooperativas de ahorro y crédito, con sujeción a las normas que regulan dicha actividad para cada uno de estos tipos de entidades, previa autorización del organismo encargado de su control".

¹³ Código Sustantivo de Trabajo; artículo 355.

¹⁴ La Corte Constitucional, refiriéndose a la actividad económica de las personas naturales, ha sostenido que, "el principio pro libertate o de promoción de la libertad, se asegura garantizando el derecho de todas las personas a escoger profesión u oficio y promoviendo las condiciones para el ejercicio pleno y equitativo de la autonomía en el mercado laboral. Por lo tanto, la ley debe limitarse, en principio, a garantizar la libertad de las personas para escoger y ejercer la actividad económica de su elección y a sancionar cualquier restricción o limitación arbitraria de esta libertad". Sentencia C-697 de 2000.

¹⁵ El punto es tratado por el doctor Juan Manuel Fernández López, Director de la agencia de protección de datos. Magistrado. Exvicepresidente Tribunal de Defensa de la Competencia de España, en su artículo denominado "Algunas consideraciones sobre la determinación del abuso de posición de dominio, con especial referencia a la doctrina del tribunal de defensa de la competencia", publicado en el Anuario de la Competencia 1.999, Editorial Marcial Pons, año 2000, Pág. 121.

¹⁶ "El acto de comercio es una creación de la ley mercantil, aiena a razones de derecho distintas de la habitualidad con la que ciertas operaciones se ejecutan en la vida económica por los comerciantes, que permite considerarlas como propias de la profesión del comercio". Aunque dentro del código solamente son comerciantes los que ejecutan profesionalmente

Por la cual se resuelve un recurso

una serie de actividades que aun llevando implícito un componente económico, se les define expresamente como no mercantiles ¹⁷

Siendo así, tendríamos entonces en un plano teórico y real, que la naturaleza no mercantil que pueda tener Adiconar y la ausencia de un ánimo lucrativo en sus actividades no descarta la posibilidad y mucho menos constituye una barrera infranqueable para que pueda realizar actividades de índole económica, pues como ya se dijera, lo uno no es excluyente de lo otro.

Precisamente, se encuentra probado en el expediente que Adiconar desempeña un papel importante en la actividad económica del mercado de distribución de combustibles en el departamento de Nariño, toda vez que entre sus actividades se destacan, enviar en forma periódica el listado de precios de venta al público de los combustibles corriente, extra y ACPM, que ha sido acogido de manera general por sus asociados desde 1995; así mismo dicha asociación adelanta gestiones ante el Gobierno Nacional encaminadas a lograr la disminución en surtidor del flete Yumbo-Pasto y la exoneración del IVA y del impuesto global a los combustibles, lo que ha influido de manera directa en el precio de los combustibles para el departamento.

Efectivamente, de conformidad con los estatutos de Adiconar, corresponde a dicha Asociación, entre otros fines, propender por el fortalecimiento organizacional del gremio y el mejoramiento económico de sus afiliados; organizar departamentos de comercialización y de asesoría técnica para servicios de sus miembros; adquirir títulos y poseer los bienes que se requieran para el normal ejercicio de sus actividades, así como recibir donaciones, participaciones y auxilios de entidades nacionales e internacionales.¹⁸

En esta medida Adiconar, se enmarca en un sinnúmero de objetivos que confluyen en el desarrollo de una actividad económica, tendiente a servir de enlace entre los miembros del gremio de

actos de comercio, éstos no son sino los más comúnmente ejecutados por los comerciantes, pues que la enumeración de ellos es una mera relación de las principales actividades de la vida comercial. Con esto se siguió el método tradicional de elaboración del derecho mercantil, extraño a las nociones abstractas y ajustado a la vida real, de la cual ha tomado empíricamente sus distintas instituciones y reglamentaciones. Y así se salvó, a un mismo tiempo, la fisonomía profesional del derecho comercial, puesto que en adelante seguiría siendo considerado comerciante todo el que ejecutara profesionalmente actos de los que hasta entonces venían siendo operaciones habituales entre los comerciantes.

"Según estas ideas, no sólo es inútil indagar en el Código de Comercio un criterio económico o jurídico que permita distinguir el acto de comercio, sino que es falsear su proceso de formación y desconocer el método propio del derecho comercial, en el que sus normas no son, como en el derecho civil, particularizaciones o deducciones de principios generales, sino generalizaciones de las prácticas comerciales, tecnificadas por la jurisprudencia y la doctrina de los tribunales de comercio. Las operaciones enumeradas en el código son mercantiles, por disposición expresa de la ley, pero la habitualidad de dichas operaciones entre los comerciantes es la razón única y última que justifica esa calificación legal de actos de comercio". PINZÓN, Gabino. "Introducción al Derecho Comercial", Editorial Temis, 1988, Págs. 142 y 143 (Subrayado nuestro)

¹⁷ El artículo 23 del Código de Comercio señala como actos no mercantiles: "(...)

1. La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes;
2. La adquisición de bienes para producir obras artísticas y la enajenación de éstas por su autor;
3. Las adquisiciones hechas por funcionarios o empleados para fines de servicio público;
4. Las enajenaciones que hagan directamente los agricultores o ganaderos de los frutos de sus cosechas o ganados, en su estado natural. Tampoco serán mercantiles las actividades de transformación de tales frutos que efectúen los agricultores o ganaderos, siempre que dicha transformación no constituya por sí misma una empresa, y
5. La prestación de servicios inherente a las profesiones liberales".

¹⁸ Ver folios 13 a 18 del expediente radicado bajo el número 01061192, cuaderno principal.

Por la cual se resuelve un recurso

distribución minorista de combustibles cuya competencia se circunscribe a un punto territorial determinado, el departamento de Nariño. De suerte pues, que la actividad económica de los afiliados se traslada a la asociación, en cuanto ésta representa y vela por sus intereses, adelantando múltiples y variadas gestiones, que buscan su favorecimiento y provecho económico.

Al respecto, es importante traer a colocación lo expresado por su representante legal en declaración ante esta Entidad, en los siguientes términos.

"PREGUNTA 3: Manifieste cuál es el objeto o actividad que persigue ADICONAR.

RESPUESTA: *Adiconar busca la integración de todos los distribuidores de combustible de Nariño, ya que el manejo de nuestros negocios es totalmente diferente a todo el resto del país, nos cobija la ley de fronteras de 1995, y ya que no estamos conectados a la red de poliductos nacionales tenemos una compensación del flete Yumbo - Pasto, la cual se determina a través de estudios conjuntos con Ecopetrol y Ministerio de Minas. Adiconar es una agremiación que le ha dado beneficios no solamente a nuestros afiliados sino a la comunidad en general de nuestro departamento. Inicialmente logramos disminuir en surtidor el precio del flete Yumbo - Pasto equivalente a 197 pesos por galón, adicionalmente logramos en el congreso de la república ante la imposibilidad de controlar el contrabando de los países vecinos una exoneración del IVA y del impuesto global a los combustibles, soportado por la ley 681 del 9 de agosto del presente año, esto ha generado una disminución del precio del combustible en comparación con nuestros departamentos vecinos en 1000 pesos por galón, para lograr este excelente resultado Adiconar ha desarrollado un arduo trabajo durante años, logrando excelentes relaciones con el alto gobierno, con el congreso y con los mandos regionales".*

"PREGUNTA 4: Quienes integran ADICONAR.

RESPUESTA: *Adiconar lo integran el 95% de los distribuidores minoristas del departamento de Nariño, equivalentes a 110 estaciones aproximadamente". (Subrayado nuestro)*

Por otra parte, la declaración del señor Harold Guerrero López, presidente de Adiconar durante el periodo comprendido entre los años 1996 a 2000, en algunas de sus respuestas, concuerda con las precisiones dadas por el doctor Zarama, en relación la actividad económica que desempeña Adiconar en el mercado de combustibles del departamento de Nariño, para tal efecto es preciso traer a colación lo expresado por el testigo:

"PREGUNTA 24: Tiene algo más que agregar o aclarar a la presente declaración.

RESPUESTA: *Quiero insistir que en ningún momento ni tengo conocimiento que la junta directiva o en asamblea posterior a la liberación de precios fijada por el gobierno nacional se haya exigido o insinuado la fijación de precios a uno de nuestros colegas distribuidores de combustibles, quisiera resaltar sobre los beneficios que ADICONAR da a sus afiliados como mencioné anteriormente negociaciones en beneficio de un mejor margen en el transporte y distribución de combustibles y la representación permanente en este difícil negocio ante las autoridades municipales, departamentales y nacionales, ADICONAR es a su vez reconocido por estas por su seriedad, responsabilidad en beneficio no solamente de sus afiliados sino del departamento y la nación". (Subrayado fuera del texto)*

Cómo decir entonces, que un ente que está autorizado para organizar departamentos comerciales, adquirir a cualquier título los bienes que requiere para su funcionamiento, recibir donaciones de entidades nacionales e internacionales, que además fija el precio de venta de los combustibles de sus afiliados¹⁹ y lleva un estado de pérdidas y ganancias, no desarrolla ninguna actividad económica. ¿Sino no son éstas actividades económicas, entonces de qué clase son?

¹⁹ Según lograra demostrarse y se pusiera de presente en la Resolución 25420 de 2002, en muchas ocasiones Adiconar informó a sus afiliados un precio de venta al público de combustibles superior al señalado por el Ministerio de Minas y Energía.

Por la cual se resuelve un recurso

Luego, no importa que Adiconar tenga o no el carácter de empresa, ni que carezca de ánimo lucrativo, lo cierto es que conforme a lo ya expuesto, ejerce actividades de naturaleza económica y en esa medida tiene lugar la calificación exigida por las normas pertinentes.

En tal virtud, carecen de acierto las apreciaciones dadas por el recurrente cuando afirma que el acto sancionatorio presenta serias inconsistencias de carácter legal, en la medida en que Adiconar es una entidad de carácter civil y por tanto no realiza explotación económica de bienes y servicios que la enmarquen bajo la figura de empresa, pues como se ha advertido, la única cualificación que presupone la norma es el ejercicio de una actividad económica, a la que se ajusta el ente sancionado.

Esta Superintendencia precisa al doctor Zarama, que la decisión que se revisa se encuentra soportada en conclusiones legalmente construidas, ya que en ningún momento se dio una interpretación diversa a la que se desprende de la lectura de las normas pertinentes para el caso.

Así, aunque el objeto social que desarrolla la Asociación se presume ajustado al ordenamiento legal, dicha presunción se resquebraja cuando la actividad que ejerce va en contra de los principios que orientan la libre competencia, pues el resultado, como en el presente caso, es el aumento artificial de la riqueza de sus afiliados, como consecuencia de distorsiones artificiales sobre el precio de los combustibles.²⁰

Puede concluirse entonces, que los diversos argumentos promovidos por el recurrente están llamados a no prosperar, en la medida en que en ningún momento esta Entidad dio el carácter de empresa a Adiconar, por el contrario, realizó un perfecto encuadramiento de la conducta investigada con la norma objeto de estudio, estableciendo plenamente los elementos subjetivos y objetivos que hacen parte integrante de la misma.

2 Ofrecimiento de Garantías

Como se puso de presente el acto impugnado, el Decreto 2153 de 1992 establece la posibilidad para que el Superintendente de Industria y Comercio ordene la clausura de una investigación, cuando a su juicio, las garantías formuladas por los investigados resulten suficientes de que suspenderán o modificarán las conductas por las cuales se les investiga.²¹

Ahora bien, aunque fueron diversos los ofrecimientos de garantías presentados por parte de Adiconar en cabeza de su representante legal, esta Entidad luego de su estudio pudo concluir que no proporcionaban elementos de tranquilidad suficientes, respecto a que la conducta investigada sería efectivamente suspendida y como consecuencia de ello el mercado se vería liberado de cualquier distorsión o alteración artificial que pudiera estarse ocasionando. No está demás hacer expresa mención que los argumentos tenidos en cuenta por este Despacho estaban soportados sobre los criterios legales y doctrinales trazados para este tipo de actuaciones, que en su momento le fueron comunicados a los oferentes:

²⁰ A manifestado la Corte Constitucional que, "en la Constitución no se consagró un Estado Policía en el que la actividad económica y la iniciativa privada resultan prácticamente ilimitadas, ni consagró tampoco un Estado Benefactor, en el cual los particulares pueden despreocuparse de la efectividad de los derechos de los demás, pues es ésa una responsabilidad que corresponde a las autoridades; en la Carta Política vigente se estableció un Estado Social de Derecho, donde la actividad económica y la iniciativa privada están limitadas por el bien común, (...)". Sentencia T-146-96.

²¹ Ver: inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el número 12 del artículo 4 ibidem.

Por la cual se resuelve un recurso

Jamás esta Entidad ha tomado decisión alguna bajo parámetros meramente discrecionales, como lo afirma erradamente el recurrente, pues la labor de este Despacho siempre ha sopesado bajo la estricta aplicación del imperio de la ley.

De otra parte, no puede perderse de vista que es el Superintendente de Industria y Comercio a quien le corresponde por mandato de ley hacer el análisis y valoración de suficiencia del ofrecimiento presentado, y con base en ello ordenar, si es del caso, la clausura de la correspondiente investigación. De manera que esta potestad decisoria es ajena a quien formula el ofrecimiento y en esa medida no puede entrar a calificar lo que no le corresponde hacer; pues está claro que para quien presenta un ofrecimiento de garantías éste será siempre suficiente, pero la ley, tal vez inspirada en la necesidad de juicios y criterios más objetivos, ha decidido que sea justamente el Superintendente quien realice dicho análisis, especialmente aun cuando de él puede derivarse el cierre de una investigación sin pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto.

De esta forma, los rechazos a las garantías ofrecidas por Adiconar, además de estar debidamente soportados fueron comunicados en forma oportuna, lo cual deja sin piso las afirmaciones del recurrente, en la medida en que él mismo conoció las respuestas de esta Entidad en las cuales se denotaban los vacíos que presentaban los ofrecimientos, los cuales pudiendo, nunca subsanó.

3 Proporcionalidad de la sanción

La vulneración del derecho a la libre competencia consagrado en el artículo 333 de la Carta Política por medio de una práctica comercial restrictiva, requiere que el Estado, pueda sancionar a quien incurra en la conducta restrictiva, en ejercicio de su función de dirección de la economía.²²

Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que *"En particular, la administración ejerce una potestad sancionadora propia, la cual constituye una importantísima manifestación de poder jurídico que es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines. Se trata de una potestad que se ejercita a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que no obstante ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente"*.²³

Fue en este preciso contexto que el Decreto 2153 de 1992, invistió al Superintendente de Industria y Comercio de potestad administrativa sancionadora en relación con los actos contrarios a la libre competencia.²⁴

En el caso concreto y una vez establecida la responsabilidad de Adiconar y de su representante legal por la infracción al numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, se hizo uso de las

²² Constitución Política de 1991; artículo 334

²³ Corte Constitucional; sentencia C 597 de 1996 MP Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ De acuerdo con el artículo 44 del decreto 2153 de 1992, *"La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el 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 o que constituyan abuso de la posición dominante"* Artículo 44, decreto 2153 de 1992. En este sentido, los numerales 15 y 16 del artículo 44 del decreto 2153 de 1992, facultan expresamente al Superintendente de Industria y Comercio para sancionar a las personas que infrinjan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Por la cual se resuelve un recurso

atribuciones que confieren los artículos 15 y 16 del artículo 4º *Ibidem*, para imponer a la primera una multa por el valor de \$ 43.029.969 00 y a su representante legal de \$ 6.454.495.

Es preciso recordar en todo caso, que tanto el carácter de la sanción como la tasación de la misma, no estuvieron huérfanos de sustentación, en cuanto los criterios y factores que tuvo en cuenta este Despacho para el efecto quedaron consignados en el punto 4 de la resolución que está siendo impugnada. Efectivamente, se puso de presente en el referido punto que la conducta objeto de análisis tuvo efectos reales en el mercado, en la medida que limitaba la posibilidad a los propietarios o dueños de las estaciones de servicio del departamento de Nariño de determinar su propia política de precios de acuerdo con su estructura de costos y utilidades. Siendo así, queda claro entonces que la multa impuesta estuvo debidamente fundamentada.

En todo caso, no puede perderse de vista que el Superintendente de Industria y Comercio se encuentra facultado para imponer multas hasta por 2.000 salarios mínimos legales vigentes, por violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, que equivalen a \$ 618.000.000 y \$ 92.700.000 a los representantes legales.²⁵ Siendo así, tendríamos entonces que la sanciones impuestas a través de la resolución 25420, corresponden en su conjunto al 6.97% de la multa máxima legal que se puede imponer, circunstancia que denota a las claras una proporcionalidad en la sanción impuesta.

No se olvide que el precio de la gasolina tiene repercusiones en la economía general de la región y en el sector de hidrocarburos en particular, dado que tiene incidencia directa sobre la inflación. Cuando se sustrae a las fuerzas del mercado la fijación del precio de estos combustibles, dando paso a una verdadera cartelización, se está impidiendo un efecto competitivo que presione una disminución en los precios en la contienda sana por el favorecimiento de la clientela, situación que se pretende en un entorno económico de libre mercado, como el que pregona nuestro Ordenamiento Constitucional.²⁶

En el mismo sentido, no puede ignorarse que el despliegue de la conducta asumida por Adiconar, recayó sino en todas sí en la mayoría de distribuidores minoristas de combustibles de Nariño. De tal manera, que el ámbito de afectación de la conducta tuvo un fuerte impacto como quiera que los agentes influenciados por Adiconar no fueron 2 ni 3 sino todas las estaciones afiliadas a la organización, a quienes se irrumpió en su órbita potestativa. Lo anterior se hace aún mas plausible si se considera que el comportamiento merecedor de reproche fue sucesivo, prolongándose en el tiempo por mas de dos años.

No es que esta Entidad haya desconocido la naturaleza y las condiciones financieras y contables de Adiconar, lo que sucede es que la gravedad de la conducta sancionada y sus repercusiones sobre el mercado no podían pasar inadvertidas, especialmente cuando los afiliados a la Asociación son los mismos propietarios de las estaciones de servicio del departamento de Nariño, de tal forma que las determinaciones de la primera tienen incidencia directa en los beneficios económicos de las segundas. Se advierte en todo caso que, la sanción impuesta habría sido mayor si los actos que ahora se reprochan hubieran provenido de una empresa con una sólida situación financiera.

Otro tanto puede decirse respecto a los ofrecimientos de garantías formulados y a la postre rechazados, pues considera esta Superintendencia que no puede pretenderse por parte de los investigados, que cualquier ofrecimiento presentado sea suficiente para que la investigación concluya y sino que en todo caso se tome como atenuante de la sanción, ya que esa no es la

²⁵ Véase Decreto 2153 de 1992, artículo 4, número 15 y 16.

²⁶ Constitución Política; Artículo 333.

Por la cual se resuelve un recurso

finalidad que inspiró este mecanismo procesal, ni tampoco el racero con que deben apreciarse y valorarse los ofrecimientos.

Siendo así, considera esta Despacho que existen razones más que suficientes para haber impuesto la multa en el monto ya señalado y por lo mismo discrepa de la supuesta falta de proporcionalidad que esgrime el señor Zarama. Así y teniendo en cuenta que para llegar a la determinación de sancionar a Adiconar y su representante legal esta Entidad se basó en hechos debidamente probados y que la sanciones impuestas cumplen con el principio de proporcionalidad, se ratifica el valor de la multa impuesta a ésta y a las demás personas a quienes se impusieron.

4. Otras consideraciones

4.1 El principio de buena fe y las normas de competencia

El constituyente de 1991 en el artículo 83 de la Carta Política dispuso que *"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas"*.

La jurisprudencia refiriéndose a éste principio ha expresado: *"...el artículo 83 se refiere expresamente a las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas, y tales relaciones, en lo que a la buena fe se refiere, están gobernadas por dos principios: el primero, la obligación en que están los particulares y las autoridades públicas de actuar con sujeción a los postulados de la buena fe; el segundo, la presunción, simplemente legal, de que todas las gestiones de los particulares ante las autoridades públicas se adelantan de buena fe..."*²⁷

Mas como habrá de recordarse, no solo la regla de la buena fe fue elevada a rango constitucional, sino también el derecho a la libre competencia económica, adquirió dicho rango.²⁸

En este contexto, el legislador con el fin de proteger a la comunidad, en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153, prohibió a quienes ejerzan una actividad económica realizar actos contrarios a la libre competencia como *"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"*. La disposición en comento proscribía este tipo de acto, sin exigir mayores calificativos ni condicionamientos, entre ellos que se actúe de mala fe.

De modo, que al comprobarse que la realización del acto de influenciación tuvo lugar en los términos ya expuestos, la presunción de buena fe a la que hace alusión el recurrente queda de plano desvirtuada.

4.2 Presunción de legalidad del acto sancionatorio

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 referirnos 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

²⁷ Corte Constitucional; sentencia C-544 de 1994, Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía.

²⁸ Al tenor literal del artículo 333 de la Carta Magna, *"(...) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades"*. De igual forma el artículo 38 de la Constitución Política relaciona la libre competencia económica como un derecho de carácter colectivo susceptible de ser invocado ante las autoridades a través de acciones de populares.

Por la cual se resuelve un recurso

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.

Más el acto administrativo a través del cual se impusieron las distintas sanciones resulta 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 Adiconar y el supuesto de hecho contenido en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 y la adecuación realizada, lo cual permite establecer un absoluto apego a las normas sustanciales y de procedimiento con base en las cuales se dictó el acto en mención.

Así mismo, debe hacerse énfasis en que la determinación adoptada se cimentó en la verdad procesal que pudo establecerse, como resultado de la valoración conjunta de las pruebas recaudadas, que permitió a éste Despacho formarse un convencimiento respecto de la realización de un acto de influencia de Adiconar a sus agremiados, en relación con los precios de los combustibles gasolina corriente, acpm y extra para la ciudad de Pasto y los municipios aledaños del departamento de Nariño.

5 Improcedencia del recurso de Apelación

En cuanto hace al recurso de apelación subsidiario, interpuesto en el escrito relacionado en el asunto, es preciso informar al impugnante que el mismo no procede, pues de acuerdo con lo establecido en el código contencioso administrativo,²⁹ no habrá apelación contra las decisiones de los Superintendentes. De esta forma, ni en el procedimiento previsto para investigaciones por prácticas comerciales restrictivas,³⁰ ni dentro de las facultades del Superintendente de Industria y Comercio,³¹ se ha establecido la viabilidad de este recurso, razón demás para considerar que el mismo es improcedente.

Con fundamento en las anteriores consideraciones este Despacho,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: No aceptar los fundamentos del recurso interpuesto, y en consecuencia confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 25420 de 2002.

ARTICULO SEGUNDO: Denegar el recurso de apelación solicitado de manera subsidiaria en el escrito radicado bajo el número 01061192 de 2002, por ser improcedente de conformidad con lo expuesto en el punto 5 de la parte considerativa del presente proveído.

²⁹ Código Contencioso Administrativo; artículo 50, numeral 2.

³⁰ Decreto 2153 de 1992, artículo 52.

³¹ Ibidem; artículo 4.


Por la cual se resuelve un recurso

ARTICULO TERCERO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al señor Fernando Chávez Zarama, entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno y que la vía gubernativa se agotó.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá D.C., a los **31** OCT. 2002

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PAEZ

Notificaciones:

Doctor
FERNANDO CHAVEZ ZARAMA
C. C. No 12.980.957 de Pastó.
Representante Legal
ADICONAR
Carrera 14 No. 13-26 Avenida Champagnat
San Juan de Pasto
Nariño

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

Que fue remitido despacho comisorio No. 5917
Dirigido a la alcaldia municipal de SEN JUAN DE PASTO.

El día _____
Con el fin de notificar el contenido de la presente
Resolución conforme a lo dispuesto en el código
contencioso administrativo,