



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 02853 DE 2002
(30 ENE. 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 99035734-90005, el doctor Fernando Correa Echeverri, en su condición de apoderado de Inversiones Vidal Urrea S. en C.S.; Leonor Espinosa de Sosa propietaria del Hotel Calypso Beach; Lord Pierre Hotel Ltda; Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A.; Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A. y Sociedad Hotel Tiuna Ltda. y de las personas que ejercen o ejercieron la representación legal de las entidades mencionadas anteriormente, presentó en tiempo y con el lleno de los requisitos de ley, recurso de reposición en contra de la decisión contenida en la resolución numero 34397 de 2001, por medio de la cual se impone una sanción a los hoteles referidos y algunas de las personas naturales investigadas. El objeto del recurso es que se revoque en su integridad el acto administrativo impugnado y se otorgue la oportunidad de brindar garantías, fundamentado en lo siguientes:

"OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

"El recurso es procedente de conformidad con lo establecido por el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, y se interpone dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación personal del acto, que lo fue el día 27 de noviembre de 2001- art. 51 ibidem -, normas aplicables por mandato normativo del inciso final del artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

"EXPRESIÓN DE LAS RAZONES QUE LO SUSTENTAN

"DE LA PROHIBICIÓN DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN HABIENDO SIDO ORDENADO SU ARCHIVO.

"Antecedente

"El numeral primero de la parte considerativa del acto administrativo recurrió parte de la errada afirmación de que se abrió investigación contra mis mandantes como resultado de una averiguación preliminar adelantada en los términos del artículo 11.1 del Decreto 2153 de 1992.

"Es falsa esta primera consideración de la administración, en cuanto que realmente se abrió la investigación por los sucesivos memoriales de ANATO¹, los cuales denominaron 'reconsideración de decisiones'.

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

Por la cual se resuelve un recurso

"Como puede constarse en el informativo, por solicitud de ANATO se iniciaron por parte del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, averiguaciones preliminares sobre supuestas infracciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas señaladas en el numeral 10º del artículo 4º del decreto, 2153 de 1992, que remite a las establecidas por la Ley 155 de 1959.

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

"De la creación de la situación jurídica de carácter particular y concreto

"La decisión tomada por esa Superintendencia, de ordenar archivar el expediente, comporta en su contenido intrínseco, un verdadero estatus creador de una situación jurídica de carácter particular y concreto, en relación con los investigados, que siendo como es un verdadero acto administrativo, implicó la terminación del trámite administrativo y la firmeza de la voluntad de la administración en considerar que los administrados nunca incurrieron en las conductas que ahora dice sancionar.

"De la nueva investigación

"Inconforme ANATO, de manera por demás improcedente y anti técnica, pues no interpuso recurso alguno contra esa primera y definitiva determinación de la voluntad de la administración, acudió a una sui generis fórmula de revivir una situación administrativa en firma-SIC-, y por vía de lo que denominó 'reconsideración' e 'insistencia', se procede por esa Superintendencia, mediante la Resolución 27383 de 30 de octubre de 2000, con la apertura de una NUEVA investigación, no obstante subsistir las mismas circunstancias de hecho y de derecho que motivaron la primera decisión allí tomada por la Delegada cuando no encontró mérito.-

"Si se detalla el contenido de este nuevo acto administrativo, se notará que curiosamente, no se refieren al acto mediante el cual se ordenaba el archivo del asunto.

"Así mismo encontramos otra afirmación errada dentro del acto administrativo sancionatorio, en lo relacionado con las etapas o grandes actuaciones de este tipo de procedimientos.

"Para esa Superintendencia, comprende dos grandes actuaciones: (i) una primera que llama 'de investigación propiamente dicha o de instrucción' y, (ii) La decisión final.

"Pero analizado el contexto de la normatividad actualmente aplicable², esto es, la ley 155 de 1959 y el decreto 2153 de 1992, vemos como existe realmente una primera etapa soslayada reiteradamente por la administración en su análisis, correspondiente a llamada 'AVERIGUACIÓN PRELIMINAR', que por su modalidad, concreta regulación y consecuencias administrativas propias, es tan o más importante, que otras dos, pues, es la que determina la necesidad de realizar la investigación correspondiente. No hace parte de la instrucción o investigación propiamente dicha, pues la preceptiva que la regula, le da el carácter de obligatoria, cuando utiliza como verbo rector 'deberá'. - art. 52 Decreto 2153 de 1992-.

²Superintendencia de Industria y Comercio. Informe de gestión junio 1998- julio 2001, página 9.

Por la cual se resuelve un recurso

"En efecto, en ninguno de los actos o actuaciones administrativas obrantes en el plenario, se menciona la situación de la inicial determinación de inexistencia de mérito suficiente para la apertura de la investigación.

"Ese mérito le nace a la administración a posteriori de su propia decisión y como consecuencia de una 'insistencia' de la quejosa, desconociendo así, la situación jurídica concreta creada con ese primer acto administrativo a favor de mis mandantes.

"Es allí donde cobra su verdadera dimensión y correcta incorporación como doctrina probable, la cita que sobre tipo de situaciones hiciésemos en nuestro alegato de conclusión, proferida por el Honorable Consejo de Estados, la cual, por su esclarecedor dimensionamiento de la investigación preliminar, volvemos a transcribir:

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

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

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

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

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

³ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera 23 de julio de 1998, Consejero Ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Radicación número: 4198, Actor: Apollo Química Industrial Ltda.

Por la cual se resuelve un recurso

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

"Es también infortunada la consideración que hace el acto administrativo -cfr. acápite 3.4.- al aseverar que la ACTUAL investigación se inicia con fundamento en los documentos evaluados durante la averiguación preliminar, lo cual no es cierto, pues esa evaluación, antes por el contrario, indicó a la entidad que no estaba obligada a abrir una investigación para la cual no halló mérito.

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

"En las propias palabras de la administración:

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

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

"Conclusión de este primer aspecto

"Con la orden de no apertura de investigación, contenida (SIC) en acto administrativo correspondiente, se creó, en relación con mis mandantes, lo que se denomina una situación jurídica de carácter particular y concreto, que quedó en firme gozando de la presunción de legalidad y que por ende, no podía ser desconocida sin que se contara con el consentimiento previo y expreso de los titulares de esa situación o derecho reconocido.

"Somos enfáticos en poner de presente la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa de los administrados, con la revocación de ese acto de carácter particular y concreto, generador de derechos, sin agotar los requisitos legales señalados para ese propósito. Sin formula de juicio, se abre una nueva actuación administrativa que desconoce lo determinado sobre el punto con antelación.

"Desde dicha perspectiva, si el derecho conferido al administrado es revocado, sin que la administración obtenga el consentimiento expreso y escrito del afectado, se trata de una potestad expropiatoria, por cuanto el administrado tenía el derecho con justo título, pues era un derecho adquirido. Incurrió no sólo en violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo sino también de los artículos 29 y 58 de la Constitución que protegen el debido proceso y los derechos adquiridos.

"Si ANATO consideraba que esta primera determinación creadora de una situación jurídica particular y concreta, por los hechos por ella informados como denunciante no encuadraban dentro

Por la cual se resuelve un recurso

de las conductas específicas que el ordenamiento prevé como contrarias a las normas sobre promoción de la competencia; si se había efectuado un análisis en torno a la tipicidad de la conducta, y se estableció que no existía mérito suficiente para la apertura de una investigación, en cuanto que, los hechos descritos no implicaban conductas contrarias a las prácticas comerciales por no amoldarse a los supuestos fácticos previstos en las diferentes normas, no le quedaba otra alternativa más que acudir a los recursos de ley, y no a unos fictos recursos de 'reconsideración' e 'insistencia' y a lo sumo a demandar el acto que contenía esa decisión, como el caso concreto de que trata la sentencia arriba citada del Consejo de Estado.

"Se desconoció el contenido del art. 73 del C.C.A.; precepto que dispone que 'Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.'

"Se cita como violado el artículo 29 de la Constitución Política en cuanto se ha desconocido el debido proceso porque no se tuvieron en cuenta las normas que regulan el mantenimiento de situaciones de carácter particular y concreto.

"2. LA ADECUACIÓN TÍPICA.

"Como normas infringidas se han establecido por esa Superintendencia, las siguientes disposiciones:

". El artículo 10 de la Ley 155 de 1959 en cuanto estipula que quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas, tendientes a limitar la libre competencia y mantener o determinar precios inequitativos

". El numeral 20 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que dispone que se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta discriminatorias para con terceros.

". El numeral 16 del artículo 40 del Decreto 2153 de 1992, al preceptuar que se impondrá a los directores, administradores, representantes legales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el citado decreto.

"Investigado (i) si los administrados acordaron determinar condiciones de venta contrarias a la libre competencia en la prestación del servicio hotelero, al suscribir el acta por medio de la cual se determinaba que el pago debería efectuarse con la modalidad de 'prepago', y (ii), si los representantes legales de las empresas mencionadas autorizaron, ejecutaron o toleraron dicha conducta, en contra de las conclusiones de esa Superintendencia, debe concluirse que no están probados los elementos constitutivos de la conducta investigada y por ende, no se puede sancionar en los términos de los numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992.

"Aseveramos que el análisis del proceso de adecuación típica adelantado por su Despacho resulta equivocado, pues de una parte, la interpretación del numeral 20 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en cotejo con la prueba recaudada, no permite, ni por asomo, concluir, que entre los miembros de ASHOTEL se llegó a un acuerdo contrario a la libre competencia, en cuanto tuviese por objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

Por la cual se resuelve un recurso

"Si la norma establece claramente dos modalidades de realización, de la conducta contraria a la libre competencia, ello implica diferenciar las dos modalidades: 'determinar condiciones' y 'efecto de determinar condiciones', ora para venta o para comercialización.

"La Superintendencia concluye que no es necesario que las condiciones de venta acordadas deban ser discriminatorias para que el primer supuesto de la norma, tenga lugar. Para ella, basta simplemente con que dichas condiciones hayan sido objeto de acuerdo, para que la conducta per-se resulte restrictiva. La Administración analiza la redacción de la norma y, coincidiendo con las recomendaciones de su subalterno, igualmente considera que la 'o' dispuesta entre los términos 'venta' y 'comercialización' es disyuntiva y no copulativa, en cuanto está haciendo referencia a dos supuestos distintos.

"Seguimos creyendo que no es posible hacer una interpretación que escinda el precepto, en tanto no es posible sancionar una conducta subjetiva que es una mera manifestación de voluntad, sino que para la realización de todo tipo contravencional, debe mediar la lesión y el menoscabo ocurrido en los bienes jurídicos, producto del comienzo de la ejecución de un comportamiento valioso.

"Adicionalmente, como quedó demostrado, el acuerdo objeto de investigación nunca y jamás se llevó a efecto. Tanto es así que el acto atacado lo utiliza como factor de reducción de la multa a imponer.

"Ha desconocido la señora Superintendente que está prohibida toda forma de responsabilidad objetiva, punto que evade el acto atacado, sabiendo que es válido el debate sobre la responsabilidad objetiva por contravenciones administrativas, ya definido por parte de la jurisprudencia y la doctrina.

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

"Es por ello que estando demostrado que el acuerdo no se llevó a efecto en la práctica, que era voluntario su cumplimiento, que el crédito no suspendió tanto a los afiliados y no afiliados a ANATO, que no se exigió prepago a ninguna agencia de viajes, que no hubo discriminación para ninguna agencia de viajes, necesariamente tiene que seguirse que ha quedado demostrado que no se violaron las dos primeras disposiciones analizadas, bástenos afirmar, que en relación con el numeral 16 del artículo 40 del decreto 2153 de 1992, que por sustracción de materia, si no se tipificaron las dos primeras, mal podría afirmarse que los representantes legales las toleraron, ejecutaron o celebraron.

"3. DE LAS GARANTÍAS OFRECIDAS.

"Antecedente

"En nuestro escrito del 22 de enero de 2001, mediante el cual nos referimos a los motivos que indujeron a la apertura de la investigación, solicitamos y aportamos pruebas, en relación con la posibilidad establecida en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, expresamente nos referimos en los siguientes términos:

'Por este motivo, pedimos que se adopte el equivalente que se le da al infractor -aun cuando mis mandantes no lo son- que brinda garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga, en el sentido que se ordene la CLAUSURA DE LA INVESTIGACIÓN en

Por la cual se resuelve un recurso

contra de mis mandantes, en cuanto que no ha existido contravención legal y que si la conducta endilgada sucedió, jamás se puso en práctica y no produjo resultado dañino o antijurídico alguno'

"Sobre este tópico, debe dejarse en claro que:

"(i) *Se eleva la petición, durante el curso de la investigación.*

"(ii) *La superintendencia desatendió flagrantemente el ofrecimiento de garantías, que han debido evaluarse de manera inmediata, negando esta posibilidad o bien, indicando el tipo de garantías que a su juicio fueran pertinentes.*

"(iii) *Que de haberse tramitado la petición hubiese existido la posibilidad de clausura de esta investigación. En este sentido, al administrado se le pretermitió la posibilidad de ejercitar su derecho, lo cual indudablemente es violatorio del artículo 29 de la Constitución política. "De parte de la administración, tampoco hubo pronunciamiento en este sentido en el auto de apertura a pruebas, ni en el informe que le presentó su delegada para la promoción de la competencia.*

"En el acto impugnado, se hace una vaga referencia, para de una forma que no guarda relación con la verdad procesal, concluir que se hicieron por fuera del tiempo, cuando lo cierto es que, se hicieron en dos oportunidades dentro del curso de la investigación.

"No obstante lo anterior, nuevamente, en nuestras alegaciones de conclusión, reiteramos la petición, como subsidiaria, de la siguiente forma:

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

"Conclusión de este tercer aspecto

"Teniendo en cuenta, pues, que el ofrecimiento de la garantía fue hecho dentro del termino legal, esto es, -dentro del curso de la investigación, esa Superintendencia deberá adoptar una decisión respecto de ella, expresamente, que deberá reunir los requisitos del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

"PETICIÓN

"PRINCIPAL.-Se servirá la señora Superintendente, **REVOCAR** en su integridad el acto administrativo impugnado.

"SUBSIDIARIA.-Revocar en su integridad el acto administrativo impugnado y otorgar la oportunidad a mis mandantes de brindar garantías suficientes de que suspenderán o modificarán la conducta por la cual se les investiga, tal como fue solicitado en el curso de la investigación, en los términos del artículo 36 del C.C.A..-

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:

Por la cual se resuelve un recurso

1 Averiguación Preliminar

1.1 Marco Conceptual

Del inciso primero del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, se desprende que la etapa de averiguación preliminar en materia de prácticas comerciales restrictivas tiene como fin primordial determinar, si los hechos informados por el denunciante o detectados de manera unilateral por parte de la administración encuadran dentro de las conductas específicas que el ordenamiento prevé como contrarias a las normas sobre libre competencia.

Es en esta etapa previa donde el funcionario de manera autónoma, unilateral y discrecional, realiza un análisis pormenorizado de la conducta denunciada o analizada oficiosamente, con el fin de establecer si existe mérito suficiente para proceder con la respectiva apertura de investigación, o si por el contrario, el hecho investigado no se subsume en los supuestos normativos que contienen las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

En este contexto puede dilucidarse con claridad meridiana que, la investigación propiamente dicha tiene inicio a partir del momento en que cobra ejecutoria la respectiva resolución de apertura, de manera que la averiguación preliminar entraña un estadio previo en que la administración, autónoma y unilateralmente, determina si hay lugar o no a abrir la investigación correspondiente; lo que expresado en otros términos equivale a decir que, la averiguación preliminar es una etapa preprocesal,⁴ que precede a la investigación formal.

Siendo así, la condición de "investigado" se adquiere únicamente a partir del momento en que se tiene conocimiento de la causa que se adelanta en su contra, es decir, cuando se notifica de la resolución de apertura, pues es precisamente allí cuando la persona queda vinculada formalmente a la investigación. Recordemos que en la averiguación preliminar actúa la administración, entre otros aspectos, para establecer a quienes habría necesidad de vincular en caso de encontrar mérito suficiente para investigar.

Es por lo anterior que no existen investigados dentro de la fase previa a que nos hemos venido refiriendo, debiendo resaltar que al respecto expresó la Corte Constitucional:

"Ningún reparo encuentra la sala a unilateralidad de la actuación surtida dentro de las indagaciones preliminares, encaminada fundamentalmente a establecer en forma objetiva la posible existencia de hechos o circunstancias que puedan configurar el manejo irregular de bienes o recursos públicos, sin determinar a unos responsables concretos.

"Tampoco encuentra la Sala contraria a la garantía del debido proceso que en una fase de la investigación se conserve la actuación unilateral de la administración, por la exigencia de mantener la reserva requerida, e impedir que su conocimiento o publicidad pueda permitir la destrucción o la manipulación de las pruebas o la interferencia de extraños y aún de los posibles implicados que la hagan fracasar. De este modo, el proceder unilateral de la administración se justifica por la necesidad de que pueda establecer con certeza, objetivamente y libre de influencias e injerencias

⁴ Alberto Suárez Sánchez al referirse al procedimiento penal, manifestó que debe disponerse "... investigación previa en caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción (artículo 322 C.P.P), con la finalidad de: a. Determinar si ha tenido ocurrencia la conducta, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de causal de ausencia de responsabilidad y se cumple el requisito de procesabilidad para iniciarla; y, b. Recaudar pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de autores o partícipes.

"En esta etapa preprocesal, si el fiscal lo considera necesario (artículo 324 C.P.P) o el imputado lo solicita, éste será oído en versión, la cual se practicará en presencia de defensor (...)." "El Debido Proceso Penal", segunda edición, Universidad externado de Colombia, 2001, pág. 214. (subrayado nuestro)

Por la cual se resuelve un recurso

*perniciosas los hechos investigados, su incidencia en el manejo irregular de los bienes y recursos públicos y la identificación de los presuntos responsables. Igualmente se justifica dicha actuación unilateral para efectos de decretar medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un faltante de recursos del estado, con el fin de prever que no sea ilusoria la declaración de responsabilidad fiscal en cabeza de un imputado, al asegurar a través de dichas medidas el pago de la indemnización que llegue a decretarse.*⁵

Entonces, no existiendo sujeto investigado dentro de la averiguación preliminar, mal puede decirse que quien no participa, quien no actúa, pueda adquirir certidumbre respecto a una situación concreta. Recordemos que en ese período simplemente se trata de establecer si hay mérito para investigar, todavía no se debate la responsabilidad de ningún sujeto en particular, pues solo se está definiendo contra quien, llegado el caso, tendría que abrirse la correspondiente investigación. Por ello mal podría hablarse de investigado en la averiguación preliminar cuando éste ni siquiera ha sido determinado.

Efectivamente, la etapa de averiguación preliminar se encuentra sujeta a los elementos que de oficio o por intermedio del quejoso sean aportados, lo cual no impide que posteriormente puedan ser adicionados con el fin de dar mayor claridad al investigador y así poder determinar si existe mérito para decretar la apertura de la investigación, como sucedió en el presente caso, argumento éste que en todo caso se encuentra esbozado en la sentencia descrita por el apoderado de los investigados, cuando señala: "*Se reitera que la Administración sólo está obligada a tramitar la averiguación preliminar, en tanto que la apertura de la correspondiente investigación, queda sujeta a lo que se presume es el sano juicio que se forme sobre los elementos de hecho recogidos en la averiguación preliminar*".⁶

1.2 Caso Concreto

La etapa preliminar en el presente caso se adelantó por esta Entidad, teniendo en cuenta los documentos aportados por el presidente de la Asociación Colombiana de Agencias de Viaje y Turismo ANATO, radicados bajo los números 99035734 del 19 de agosto de 1999, 99035734 del 4 de mayo de 2000 y 99035734 del 31 de agosto de 2000, los cuales fueron la base para que esta Superintendencia adoptara la determinación de abrir la correspondiente investigación.

De esta forma y acorde con la finalidad de la etapa de averiguación preliminar, es preciso aclarar que en los escritos inicialmente aportados, Anato se limitó a describir la conducta, haciendo énfasis a las posibles violaciones del artículo 50 y del número 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, ya que en su sentir y según lo manifestara, el prepago discutido por los hoteleros implicaba un abuso de posición de dominio de los mismos y una discriminación para las agencias de viajes, por cuanto los clientes de los hoteles que acudieran directamente no se les cobraría el prepago, sin embargo esta condición siempre estaría presente para aquellas personas que contrataran el servicio hotelero por intermedio de una agencia de viajes.⁷

⁵ Corte constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-620, noviembre 13 de 1996, magistrado ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁶ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. 23 de julio de 1998, Consejero Ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Radicación número: 4198, Actor. Apollo Química Industrial Ltda.

⁷ Ver folios 173 a 175, 181 a 183, 186 a 191 del cuaderno principal del expediente No. 99035734

Por la cual se resuelve un recurso

Bajo esta argumentación, esta Entidad consideró que *"los participantes en el mercado involucrados en la discriminación, deben presentar condiciones análogas"*, y en consecuencia se abstuvo de continuar con el trámite correspondiente.⁸

Posteriormente, el denunciante reformuló sus solicitudes exponiendo elementos adicionales, que si bien no permitieron establecer la adecuación normativa al artículo 50, sí hicieron posible visualizar los presupuestos contenidos en el número 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992. Fue así como se puso de presente que, los comportamientos de los hoteleros agremiados en Ashotel sí habían vulnerado las normas de competencia, pues los postulados esgrimidos por la Superintendencia basados en la existencia de condiciones análogas por parte de los clientes no era una situación trascendental dentro de la investigación sino una condición neutra, en el entendido que el cliente puede llegar a San Andrés directamente o por intermedio de una agencia de viajes. Así mismo, realizó un análisis del artículo 1 de la ley 155 de 1959, descomponiendo el supuesto de hecho de la norma para hacer un puente con los hechos denunciados.

De manera que, durante la averiguación preliminar se llevó a cabo un estudio de los diferentes elementos puestos a consideración de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, quien luego de analizarlos resolvió en ejercicio de las facultades que le confieren el decreto 2153 de 1992,⁹ abrir la correspondiente investigación por encontrar mérito suficiente para ello.

En este mismo contexto y frente a las afirmaciones del recurrente sobre los temas relacionados con el archivo del expediente y *"la creación de una situación de carácter particular y concreto para los investigados"*, esta Entidad aclara que, jamás se pudo generar una situación concreta y particular a favor de los impugnantes, cuando éstos ni siquiera habían adquirido status de parte dentro de la mencionada actuación, ya que éste y como ya se dijera, se adquiere a partir de la notificación de la resolución de apertura de investigación. Siendo así, mal puede predicarse la titularidad de un derecho en una averiguación preliminar cuando no se tiene la condición de parte dentro de ella.

En consecuencia, no se ha vulnerado de manera alguna los derechos de defensa y del debido proceso que asisten a los investigados, pues de conformidad con lo expuesto anteriormente y dadas las características de la averiguación preliminar, en este estadio no existen sujetos procesales propiamente dichos y el direccionamiento de la misma corresponde de manera unilateral y discrecional a la administración.

En todo caso valga señalar que una vez abierta la investigación y habiendo adquirido dentro de la misma la condición de investigados, el Despacho dio garantía plena de cumplimiento y respeto al derecho de defensa, permitiendo a todos y cada uno de los implicados solicitar pruebas, participar en su recaudo y naturalmente la oportunidad de controvertirlas, tal como lo prescribe la Constitución y la ley.

2 Adecuación normativa

2.1 Dos supuestos fácticos en una mismo precepto normativo

El número 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 contiene dos supuestos de hecho, donde el primero prohíbe aquellos acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta, en tanto que el segundo hace lo propio respecto a aquellos que tengan por

⁸ Ver folios 176 a 178 del cuaderno principal del expediente No. 99035734.

⁹ Ver números 1 y 3 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992.

Por la cual se resuelve un recurso

objeto o tengan como efecto determinar condiciones de comercialización discriminatoria para con terceros.

Así, para la configuración del primero de los supuestos mencionados no es menester la concurrencia del elemento discriminatorio, por consiguiente, basta con que se acuerden las condiciones de venta de un producto o servicio determinado, para que el comportamiento de suyo se torne en restrictivo. Al paso que en el segundo de los presupuestos, la conducta será restrictiva en tanto que confluyan el acuerdo sobre las condiciones de comercialización y el carácter discriminatorio para con terceros de la determinación acordada.

Tal y como se expuso en la resolución 34397 de 2001, los términos "comercialización" y "venta" aluden a dos etapas distintas dentro del mismo proceso que se adelanta con el propósito de hacer llegar el producto o servicio a manos del consumidor final, que si bien presentan un grado de similitud estrecho, conllevan no solo una diferencia sustancial y de forma, sino también en las personas que intervienen en cada una de esas etapas, pues recuérdese que el consumidor sólo entra a formar parte de la operación cuanto tiene lugar la correspondiente venta.

2.2 Acuerdo sobre las condiciones de venta

2.2.1 Carácter preventivo de las normas sobre competencia

Es preciso reiterar al recurrente que los postulados consagrados en el artículo 334 de la Constitución, establecen las políticas generales sobre la economía nacional, que en últimas aspiran a un sistema de libre mercado, es decir, hacia la protección y promoción de la competencia efectiva.¹⁰

Lo anterior implica el ejercicio de atribuciones de carácter policivo que se ejercen justamente, a través de la inspección, vigilancia y el control sobre el mercado y sus intervinientes, tendiendo fundamentalmente a prevenir o corregir restricciones que traten de imponer agentes económicos en el desarrollo de sus actividades y que afectan de manera significativa la libre competencia.

Bajo este esquema, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas encuentran una marcada vocación preventiva, por virtud de la cual no es necesario esperar a que el efecto anticompetitivo se produzca, ya que el simple acuerdo de voluntades orientado a perturbar las condiciones de libre competencia ya es merecedor de reproche. Basta que exista un peligro inminente para la economía y un mercado en particular, para que las normas sobre competencia entren a operar con el ánimo de evitar su consumación.

De manera que, las normas sobre competencia revelan un marcado interés preventivo, razón por la cual resultaría contradictorio tener que esperar a que el resultado nocivo se haya ocasionado para que éstas empiecen a tener vigencia, cuando lo pretendido es justamente salvaguardar al mercado de toda afectación.

2.2.2 Objeto de la norma

Como ya se mencionó, la norma analizada proscribe tanto el objeto como el efecto de la conducta, de manera que la simple configuración de cualquiera de estos aspectos es suficiente para hallarnos

¹⁰ Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico. La competencia en derecho comparado, Claudia Orozco. Planeación y Desarrollo volumen XXIV No.2 Mayo-Agosto de 1993, página 100.

Por la cual se resuelve un recurso

frente a una práctica restrictiva. Siendo así, encontramos que el *objeto* se define como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado o el fin con que se produce una acción u operación, sin que sea necesario que el resultado esperado se produzca.

Del material probatorio recaudado como parte de la investigación se desprende con claridad que los investigados suscribieron un documento en el que acordaban condiciones de venta al servicio hotelero, toda vez que fijaron el prepago como forma única de cancelación. Lo anterior no fue disvirtuado dentro de la actuación.

Retomando lo manifestado en el punto 2.2.1 encontramos que la decisión del prepago entrañaba un peligro para el mercado en general, en tanto establecía un consenso o comportamiento unánime frente a la forma en que habrían de cancelarse los servicios turísticos, en esa medida, no era necesario esperar a que el daño sobre el mercado tuviera lugar, esto es, el efecto, para que el comportamiento descrito ya fuera reprochable.

Así las cosas, esta Superintendencia mantiene cada uno de los criterios esbozados en la resolución de sanción, dejando así definidos los parámetros legales sobre los cuales se falló y que permitieron establecer que la suscripción del acta por parte de los impugnantes encuadra dentro del supuesto normativo investigado, bajo la modalidad de "*objeto*".

Es importante tener en cuenta que las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas no tienen como elemento configurativo el dolo o culpa de quien(es) ejecutan la conducta. No se requiere entonces acreditar una intencionalidad adicional en la conducta desplegada, basta simplemente demostrar un objeto en los términos ya referidos o la materialización de la conducta, independientemente del aspecto volitivo que haya precedido al comportamiento.

Por consiguiente, la decisión adoptada corresponde a los lineamientos que establece la ley, y en esa medida, no puede enmarcarse dentro del ámbito de la responsabilidad objetiva.

3 Ofrecimiento de Garantías

3.1 Concepto y alcance

Como se puso de presente en la resolución 34397 de 2001, 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.¹¹

A este respecto debemos señalar que, el término "*ofrecimiento*" parte del verbo "*ofrecer*"¹² que a su vez se define como la acción de "*presentar y dar voluntariamente una cosa.(...). Manifestar y poner patente una cosa para que todos la vean*".¹³

¹¹ Ver: inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el número 12 del artículo 4 ibidem.

¹² Artículo 28 del Código Civil prescribe: "*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las hay definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal*".

¹³ Diccionario de la Lengua Española décima octava edición, pagina 938.

Por la cual se resuelve un recurso

3.2 Contenido del ofrecimiento

En el caso concreto, tendríamos que el ofrecimiento debe provenir expresamente del investigado, poniendo de presente en qué consiste y bajo qué términos tendría lugar, de suerte que la definición a cabalidad de estos presupuestos permita a esta Superintendencia entrar a considerar si el mismo resulta suficiente para el propósito que la norma refiere. En tal virtud, no puede haber ofrecimiento sin que se hayan establecido los compromisos que se estaría dispuesto a asumir, y las condiciones en que ello tendría lugar.

En esta perspectiva, cuando el apoderado de los investigados manifestó:

"No obstante se ha demostrado que no existe contravención legal en los términos de la queja presentada, ni en los términos de su imputación administrativa, hemos de informar a esa Superintendencia que finalmente, nunca se puso en práctica.

"El mercado mismo impuso la continuidad del sistema que buscaba acabar el acuerdo de ASHOTEL, con lo que, en últimas, las Agencias de Viajes han seguido presentando alarmante morosidad en el pago de la cartera pendiente y el sistema prepago no viene funcionando.

*"Por este motivo, pedimos que se adopte el equivalente que se le da al infractor -aun cuando mis mandantes no lo son- que brinda garantías suficientes de que se suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga, en el sentido de que se ordene la CLAUSURA DE LA INVESTIGACIÓN en contra de mis mandantes, en cuanto que no ha existido contravención legal y que se le conducta endilgada sucedió, jamás se puso en práctica y no produjo resultado dañino o antijurídico alguno",*¹⁴ no estaba realizando ofrecimiento alguno, pues no solo brillan por su ausencia los compromisos que estarían dispuestos a asumir los investigados, sino que como él mismo lo expresara, estaba solicitando el equivalente que se le da al infractor que brinda garantías suficientes. (subrayado nuestro)

Es por ello que, este Despacho no comparte las opiniones del recurrente ya que la referida solicitud no contenía un ofrecimiento propiamente dicho, y por tanto, no hacía relación directa con el tema en mención, pues a criterio del apoderado al no haberse puesto en práctica el acuerdo contenido en las reuniones de Ashotel en que se adoptó el prepago, no se configuraba la violación al número 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, y en tal virtud, debía adoptarse el equivalente que se le da al infractor que brinda garantía suficientes, esto es, la clausura de la investigación. Por más que quiera descontextualizarse uno de los fragmentos del escrito aludido, la conclusión seguirá siendo la misma, en cuanto que no se estaba formulando ningún ofrecimiento de garantías.

Otra tanto puede decirse respecto a lo manifestado en las observaciones al informe motivado. Efectivamente, la petición subsidiaria del ahora impugnante en cuanto que *"nuevamente pedimos que se adopte el equivalente que se le da al infractor -aun cuando mis mandantes no lo son- de brindar garantías suficientes de que se suspenderá o modificará la conducta por la cual se les investiga, en el sentido de que se ordene la CLAUSURA DE LA INVESTIGACIÓN en contra de mis mandantes"*, no entraña ofrecimiento alguno, basta con leerla para constatar que no enuncia ni refiere compromiso de ninguna clase, además y como hubo de advertirse en la resolución de sanción, el supuesto ofrecimiento fue presentado de manera extemporánea¹⁵ y subsidiaria.

¹⁴ Ver folios 231 a 239 del cuaderno principal del expediente No 99035734.

¹⁵ Del inciso 4° del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, se desprende que la oportunidad procesal para brindar garantías es "...durante el curso de la investigación...", la cual inicia con la expedición de la resolución de apertura y culmina con la presentación del Informe Motivado por parte del Delegado para la Promoción de la Competencia a el Superintendente de Industria y Comercio.

Por la cual se resuelve un recurso

En este evento, la Superintendencia no atiende lo pretendido por el apoderado de los investigados, máxime, cuando las oportunidades procesales para ello prescribieron sin que hiciera un uso adecuado de ellas.

Con fundamento en las anteriores consideraciones este Despacho,

RESUELVE:

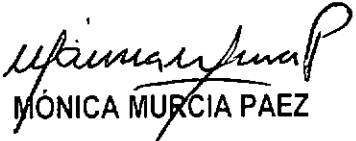
ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 34397 de 2001.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Fernando Correa Echeverri, apoderado de Inversiones Vidal Urrea S. en C.S.; Leonor Espinosa de Sosa propietaria del Hotel Calypso Beach; Lord Pierre Hotel Ltda; Inversiones Campo Isleño S.A., Hotel Caribe Campo San Luis S.A.; Hotel Internacional Sun Rise Beach de San Andrés S. A. y Sociedad Hotel Tiuna Ltda. y Gisela Vidal Vda. de Uribe, Nancy Janeth Gutiérrez González e Isaac Besalel Kamhi, 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 **30** ENE. 2002

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PAEZ

Notificaciones:

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

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

Que fue remitido despacho comisorio No. 601
Dirigido a la alcaldia municipal de San Andres - Islas

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