



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 14018 DE 2002
(07 MAYO 2002)

"Por la cual se declara una caducidad"

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

CONSIDERANDO

PRIMERO. La actuación inició atendiendo la solicitud del apoderado de Multillantas Ltda., de 8 de junio de 1999 en la cual presenta queja por presunta violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales, así como por la supuesta infracción a las normas de competencia desleal por parte de Shell Colombia S.A. Dentro de los hechos que denunció el citado apoderado, atinentes a la infracción de las normas sobre libre competencia, se encuentran los siguientes.

- El día 26 de febrero de 1999 Shell Colombia S.A., hizo efectiva la terminación unilateral del contrato verbal de suministro que había celebrado con Multillantas Ltda.
- Shell Colombia suspendió el suministro a Multillantas de lubricantes automotrices en empaques superiores a garrafas, por lo que dicha empresa no pudo continuar ofreciendo lubricante automotriz al mismo precio de sus competidores, ya que el envase en garrafas encarece el precio de este producto.
- En el mes de abril de 1999 entraron en conversaciones Multillantas Ltda y Shell Colombia S.A., para que ésta le vendiera a la quejosa, nuevamente, lubricantes. Sin embargo, las condiciones ofrecidas por Shell no fueron satisfactorias para Multillantas, debido a que el producto que vendiera Multillantas debería ser puesto en el mercado a un precio más alto que el de sus competidores. Además, Shell no accedió a venderle lubricantes automotrices e industriales en envases superiores a garrafa.

Según el apoderado de Multillantas, la investigada buscaba con sus conductas:

- Condicionar el otorgamiento de descuentos a que Multillantas satisficiera la totalidad de sus necesidades con los productos adquiridos de Shell.
- Exigir prestaciones a Multillantas que no son de la naturaleza del contrato celebrado.

Así mismo, afirma el apoderado de Multillantas que Shell tenía capacidad para comportarse con independencia de sus competidores y de sus distribuidores, por lo que ésta ha incurrido, con sus conductas, en abuso de la posición de dominio que ostenta, conducta que se encuentra compuesta por los siguientes elementos:

Por la cual se declara una caducidad

- *"La exigencia excluyente, consistente en supeditar los descuentos que tradicionalmente ha concedido a MULTILLANTAS LTDA, así como el suministro de lubricantes industriales y otros, a la condición de que ésta compañía se provea, de manera exclusiva, de SHELL COLOMBIA S.A., con el fin de cubrir todas sus necesidades. Se busca que mi representada se abstenga de distribuir otras marcas competitivas, lo cual reduce las posibilidades de elección de los clientes y consumidores que demandan los servicios de Multillantas Ltda, sin que ello signifique ninguna mejora en la eficiencia de los canales de distribución, y sin que tal exigencia reporte ningún beneficio para el consumidor final. Las consecuencias de esta pretensión unilateral, son funestas para Multillantas, toda vez que, la llevaría a perder cuantiosas ventas, en otros renglones diferentes, como el de las llantas, servicios, repuestos, baterías, etc., al no poder suministrar lubricantes de otras marcas.(...)"*
- *"(...) El segundo elemento de la conducta abusiva, está conformado por las medidas discriminatorias, de represalia o "boicot", tendientes, a constreñir a mi representada a aceptar la frustrada exigencia (...)"*

Fue así como, a partir del análisis de la documentación remitida y de acuerdo con el artículo 11, números 1 y 2 del decreto 2153 de 1992, la Delegatura para la Promoción de la Competencia concluyó que existía mérito para abrir una investigación por la presunta violación a los números 2 y 3 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, contra Shell Colombia S.A., así como contra su representante legal para determinar si ejecutó, autorizó o toleró conductas contrarias a la libre competencia, de conformidad con los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO. Habiéndose notificado al investigado, se dio oportunidad para que solicitara y aportara las pruebas que quisiera hacer valer en su defensa, tal como lo dispone el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. De esta forma, mediante oficio radicado bajo el número 98058885-94-95-96 de 18 de agosto de 2000 y 98058885-20247-20248 de julio 6 de 2001, la Delegatura para la Promoción de la Competencia decretó las pruebas solicitadas que fueron consideradas conducentes y pertinentes, así como las que estimó necesario decretar de oficio.

TERCERO. Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, mediante oficio de fecha febrero 20 de 2002, se dio traslado del informe motivado a los intervinientes para que manifestaran sus opiniones, quienes estando dentro del término legal para ello expresaron:

- 1 Observaciones presentadas por el apoderado de Shell Colombia S.A. y de su representante legal mediante escrito radicado bajo el número 98058885-20291 de 18 de marzo de 2002.**

"(...) Dentro de la oportunidad que ha dado esa delegada para presentar comentarios u opiniones sobre el informe motivado rendido en el tema de la referencia, manifestamos lo siguiente:

"SHELL COLOMBIA S.A., comparte íntegramente las conclusiones del informe motivado, el cual luego de un análisis probatorio que en nuestro sentir resulta adecuado, concluye que la denunciada no ostenta una posición dominante en el mercado.

"Consideramos que investigaciones como ésta, dejan ver muy a las claras la importancia que reviste la etapa de investigación preliminar, en la cual la Superintendencia determina si existe mérito o no para iniciar una investigación. En el presente caso, se han invertido muchísimas horas de trabajo de muchos funcionarios de esa entidad, atendiendo más a la fogosidad del denunciante, que a los argumentos del mismo.

Por la cual se declara una caducidad

"Esta investigación, ha resultado muy costosa no solamente para esa entidad sino para SHELL COLOMBIA S.A. que ha debido dedicar para su defensa, no solamente los recursos económicos que demanda la representación por quien escribe estas líneas, sino muchas horas de trabajo para atender los requerimientos que en su momento hizo ese ente de control.

"Una investigación preliminar un poco más profunda de la que se hizo en este caso, le habría permitido a la Superintendencia identificar fácilmente, que resulta absurdo pensar que el aceite de primera monta, constituye un mercado cautivo y, a partir de allí habría desestimado la necesidad de abrir una investigación que como esta, tiene unos fundamentos de hecho francamente precarios y ha requerido de un gran desgaste ante las muy extensas y repetitivas argumentaciones del denunciante.

"El asunto es tan absurdo, que si la primera monta generara un mercado cautivo, no existiría competencia en el mercado de los lubricantes, sino para la primera monta. No existiría la importantísima inversión en mercadeo y publicidad que hacen las diferentes empresas del sector, y no existiría la movilidad tan alta que existe entre los consumidores de aceites después de la primera monta entre las muy variadas alternativas que les ofrece el mercado.

"Finalmente, observo que en caso que el señor Superintendente de Industria y Comercio se aparte de las conclusiones del informe motivado, debe tener en cuenta que ha operado la caducidad prevista en el artículo 38 del C.C.A., como efecto de los recursos de reposición, apelación, insistencia e incidentes de nulidad propuestos por el denunciante, que generaron demoras recurrentes en el trámite del asunto. Pido en tal caso, que se decrete la caducidad."

2 Observaciones presentadas por el apoderado de Multillantas Ltda mediante oficio radicado bajo el número 98058885-20292 de marzo 18 de 2002.

"CONSIDERACIONES PREVIAS.

"1. Es preciso comenzar por reiterar mi inconformidad por la manera como se ha conducido la presente actuación administrativa, y en especial, por la decisión de la Delegatura de desacumular las investigaciones, con lo cual se ha fragmentado de manera artificial una conducta cuyos elementos no pueden evaluarse por separado.

"La desacumulación es una figura extraña y lo que realmente ella significa es que las investigaciones no han debido jamás acumularse, en cuyo caso lo procedente era declarar la nulidad del procedimiento.

"Teniendo en cuenta, que independientemente de esta figura, la investigación por prácticas restrictivas de la competencia, así como la relativa a la de competencia desleal, se han adelantado bajo una misma actuación administrativa, en aras de evitar repeticiones y reiteraciones innecesarias, me permito remitirme a los argumentos y peticiones que sobre la desacumulación presentó el suscrito, en memoriales de julio 4 de 2001¹ y 7 de Octubre de 2001² dentro de la investigación administrativa.

"En consecuencia los alegatos que aquí se consignan se realizan sobre las bases de que lo que se denunció fue una conducta única e inescindible, que puede comportar violaciones a las leyes que

¹ Incidente de Nulidad. Radicación 98058885 00020244 de fecha Julio 4 de 2001.

² Recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución 29450 de septiembre 11 de 2001.

Por la cual se declara una caducidad

prohiben las prácticas de competencia desleal, así como a las normas que reprimen las prácticas restrictivas de la competencia.

"En efecto, en las denuncias correspondientes³ se requirió a la Superintendencia de Industria y Comercio, para que se pronunciara en relación con la violación del Decreto 2153 de 1992 y de la Ley 256 de 1996, tal como se señala a continuación:

"Memorial 98058885000000 de fecha 9 de octubre de 1998

"1. Del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, en virtud del cual se prohíben expresamente las conductas que afecten la libre competencia en los mercados.

"2. Del artículo 50.2, 50.3 y 50.4 del Decreto 2153 de 1992, que establece como modalidades de abuso de la posición dominante, las siguientes conductas:

- "La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un proveedor en una situación desventajosa frente a otro en condiciones análogas.
- "La subodinación (sic) del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio.
- "La venta a un comprador con condiciones diferentes de las que se ofrece a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia del mercado.

"1. De conformidad con las facultades atribuidas por la Ley 443 de 1998, respecto de las conductas constitutivas (sic) de competencia desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio determine si la conducta de SHELL COLOMBIA S.A., es violatoria del artículo 19 de la ley 256 de 1996, según el cual se prohíbe pactar en los contratos de suministro, cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por efecto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios".

"Memorial 9805888500000012 de fecha 4 de junio de 1999.

" RAZONES.

"El comportamiento de la SHELL COLOMBIA S.A. y de sus distribuidores está compuesto por dos estadios:

"1. Uno que tiene por objeto prevenir o restringir la competencia, al incurrir en las siguientes conductas:

- "Condicionar el otorgamiento de descuentos a que MULTILLANTAS LTDA. satisfaga la totalidad de sus necesidades con los productos adquiridos de la SHELL COLOMBIA S.A.
- "Exigir prestaciones, a mi representada, que no son de la naturaleza del contrato celebrado con MULTILLANTAS LTDA.
- "Conferir a la misma un trato discriminatorio respecto de los demás competidores.
- "Celebrar acuerdos, con el fin de repartirse los antiguos clientes de mi poderdante.

³ Véase memorial 98058885000000 de fecha 9 de octubre de 1998, así como memorial 9805888500000012 de fecha 8 de junio de 1999.

Por la cual se declara una caducidad

"II. Otro que constituye una conducta que atenta contra la libertad de elección de los clientes de MULTILLANTAS LTDA., así como también, contra los usos honestos en materia comercial y que se enmarcan en las conductas tipificadas como prácticas de competencia desleal en los Artículos 7º. y 8º. de la Ley 155 de 1959, y 7º., 8º., 9º., 11º., 12º., 16º., 17º. 18º. y 19º. de la Ley 256 de 1996. Este comportamiento (sic) ha tenido como consecuencia, la exclusión de la compañía que podero (sic), del mercado de lubricantes, con lo cual se ha suprimido un importante competidor para los distribuidores de la SHELL COLOMBIA S.A."

"2. Al desacumular la Delegatura los trámites correspondientes, se dio origen a dos investigaciones⁴, así:

- "Por competencia desleal, por violación de los Artículos 8 y 12 de la Ley 256 de 1996 (actos de desviación de clientela y actos de descrédito).
- "Por prácticas restrictivas de la competencia, por violación al Artículo 50, Numerales 2 y 3 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de posición dominante –condiciones discriminatorias – obligaciones adicionales que no son de la naturaleza del contrato).

"1. Como se expone en detalle en las peticiones finales, hasta el momento nada se ha dicho, ni en una investigación ni en la otra, en relación con los siguientes cargos fomulados (sic) en la denuncia inicial Artículo 7º. Y 8º. de la Ley 155 de 1959, Artículo 46 y 50.4 del Decreto 2153 de 1992, Artículos 7º., 9º., 10º., 16º., 17º. Y 19º. de la Ley 256 de 1996 y en especial, del Artículo 18 de la Ley 256 de 1996.

"2. Es claro y tal como aparece en el acervo probatorio que consta en el expediente, que las anteriores conductas determinaron un trato discriminatorio en contra de MULTILLANTAS LTDA., que llevó a su salida del mercado, en beneficio de los otros distribuidores y que existió un desvío de la clientela, mediante la ejecución de actos que están prohibidos expresamente por la ley y en concreto por los Artículos 46, 50, Numerales 2, 3 y 4 del Decreto 2153 de 1992 y 7º., 8º., 9º., 11º., 12º., 16º., 17º. y 19º de la Ley 256 de 1996.

"De tal manera que la calificación sobre la ilicitud de la conducta denunciada constituye un elemento indispensable para determinar si las prácticas de la SHELL, en virtud de las cuales se excluyó a mi representada del mercado de los aceites lubricantes, son contrarias a la buena fe comercial y a los usos honestos en materia mercantil, lo que a su vez determinará si la compañía acusada incurrió en actos de competencia desleal que perjudicaron de manera grave al denunciante.

"De ahí el interés legítimo y directo que le asiste a mi representada en la presente actuación administrativa.

"Por consiguiente me permito solicitar a esa Superintendencia que se desestimen las recomendaciones que se consignan en el informe motivado que ha elaborado la Delegatura, y que recomiendan absolver a LA SHELL COLOMBIA S.A. en razón de los cargos formulados por las violaciones de las normas de prácticas restrictivas en las que habría incurrido la empresa investigada.

"Baso las peticiones anteriores y mis alegatos en las siguientes razones de hecho y de derecho:

⁴ Resolución 2226 de 31 de enero de 2000, por medio de la cual se abrió la investigación.

Por la cual se declara una caducidad

"1. LA ELABORACIÓN DEL INFORME SE REALIZÓ BAJO CIRCUNSTANCIAS QUE CUESTIONAN SERIAMENTE LA IMPARCIALIDAD DE LA DELEGATURA EN LA FORMULACIÓN DE LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

"Lo anterior es evidente si se tiene en cuenta, que el Despacho dejó operar la caducidad contemplada en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, y que en consecuencia no le era posible recomendar la imposición de una sanción, so pena de que se viera comprometida la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios que permitieron la operación de tal figura.

"En efecto el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo⁵, señala que la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones, caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

"En el presente caso, la facultad que tenía la Superintendencia de Industria y Comercio, para sancionar a SHELL COLOMBIA, caducó el día 26 de febrero del año 2002, fecha en la se cumplieron los tres años del día en el cual esa empresa dio por terminado el contrato verbal de suministro celebrado con MULTILLANTAS LTDA., como consecuencia de los actos de "boicot" que fueron objeto de denuncia ante la Superintendencia de Industria y Comercio, y que motivaron el inicio de la presente investigación administrativa.

"Así las cosas, a partir de esa fecha la superintendencia perdió la facultad de imponer las sanciones correspondientes, en caso de encontrar que existiera mérito para ello.

"Y que no se diga que la prórroga conferida al suscrito para responder el informe motivado contribuyó a la operancia de tal figura. Ella era de por sí irrelevante, pues de todas formas la fecha señalada inicialmente para responder el informe ya estaba más allá de los tres años fijados por la ley para que la Superintendencia perdiera sus facultades sancionatorias.

"De otra parte es evidente que, así todas las partes renunciaran a los términos y recursos que les concede la ley, situación que además era impensable toda vez que la mora de la administración no tenía por que llevar a cercenar el derecho de defensa de las partes, era realmente imposible que en el lapso de tiempo que restaba a partir de la fecha en que el informe fue expedido y el momento en el cual se cumplían los tres años de ocurridos los hechos, la Superintendencia alcanzara no sólo a adoptar y notificar la Resolución definitiva sino también a:

- i. *"Admitir y decidir los recursos que contra ella se interpusieran.*
- ii. *"Notificar la decisión que resuelve los recursos interpuestos.*

"Lo anterior, indica claramente que los derechos que le asisten a mi representada como tercero interesado, se terminaron aquí de desconocer por completo, además de que se ha vulnerado de manera inadmisiblemente el orden jurídico y el interés público que la ley de promoción de la competencia pretende tutelar, pues es un hecho incontrovertible que hoy en día ya no existe ninguna posibilidad de que la superintendencia pueda sancionar a la Shell así encuentre mérito para ello.

"Desde esta perspectiva el derecho de defensa que le asiste a mi representada, así como a cualquier otro tercero interesado, se ha hecho nugatorio pues la impunidad de la conducta denunciada se ha convertido en un hecho inexorable.

⁵ Artículo 38 del Código Contencioso Administrativo. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativa para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

Por la cual se declara una caducidad

"Lo anterior es especialmente grave si se tiene en cuenta que un factor que contribuyó en gran medida a que operara la caducidad, fue la extraña figura de la 'desacumulación' a la cual acudió la Delegatura, aduciendo razones de economía procesal, para segmentar artificialmente la conducta denunciada.

"Como se recordará, la tan mentada 'desacumulación' ha sido objetada y cuestionada, de manera infructuosa, por el suscrito en múltiples ocasiones a lo largo de la presente actuación administrativa, pues se trata de una figura que no está contemplada en la ley y en consecuencia de un procedimiento irregular al cual no le estaba permitido acudir a la Delegatura.⁶

"Y es que no se entiende como una actuación administrativa puede subdividirse para tramitar de manera separada, en ella misma, decisiones sobre hechos que están íntimamente relacionados y que no pueden segmentarse, evaluarse ni ponderarse por separado, so pena de incurrir, como en efecto se ha incurrido, en errores crasos de apreciación de la conducta denunciada.

"Pues bien ante las objeciones y el rechazo del suscrito a tal proceder, la Delegatura adujo que había acudido a la utilización de la figura de la "desacumulación" en procura de lograr una agilización del procedimiento.

"Sin embargo, es evidente que ocurrió exactamente lo contrario y que la 'desacumulación' ocasiono mayores demoras, hasta el extremo que no sólo impidió la adopción de una decisión ágil y expedita sino que finalmente, ella llevó fatalmente a la caducidad que aquí se ha puesto de presente.

"Con lo anterior queda demostrado además lo superfluo y artificial de la figura invocada por la Delegatura, y que los argumentos aducidos por ese despacho para justificar su proceder eran por completo falaces carecían de todo fundamento.

"En efecto adujo ese despacho para justificar la utilización de esa figura lo siguiente:

"...Con lo anterior se pretendió, de una parte, ajustar la actuación a las circunstancias presentes, en el entendido que ya había desaparecido el fundamento en que se había cimentado la acumulación y, de otra, agilizar el procedimiento al separar la suerte de las dos investigaciones, evitando con ello que la decisión respecto a una materia resultara paralizada al no haberse evacuado la otra, es decir, nada diferente a lo que por mandato Constitucional, y legal, corresponde a las autoridades administrativas.⁷ (La subraya no es del texto).

"No se entiende como, la Delegatura decidió en contra de sus afirmaciones, paralizar la actuación susceptible de caducidad, para dar primero tramite al aspecto de la investigación que no caducaba, y que además no podía ser decidido sin que el despacho se pronunciara, previamente, sobre los asuntos concernientes a la violación de las normas sobre prácticas restrictivas.

"Se postergó entonces sin ninguna razón aparente, la decisión que estaba sometida a caducidad y que en consecuencia, debió evacuarse con mayor premura, máxime si como se ha dicho, no podía decidirse el asunto afín a la competencia desleal, sin resolver primero el de las prácticas restrictivas de la competencia.

"Así pues, el hecho de no haber rendido en tiempo el informe motivado correspondiente, ha determinado que opere la caducidad de marras en relación con las facultades sancionatorias de

⁶ Véase memoriales de julio 4 de 2001 y 7 de Octubre de 2001.

⁷ Véase Resolución 29450 de fecha 11 de septiembre de 2002. Página 11

Por la cual se declara una caducidad

esa Superintendencia, proceder que genera responsabilidades de diferente orden, por razón de la omisión anotada.

"Este grave e inaceptable suceso es una muestra más de la falta de interés y de la total despreocupación de la Delegatura por el debido proceso del denunciante, conducta que contrasta, y de que manera, con el celo extremo que ha mostrado esa autoridad por proteger ese mismo derecho cuando se trata del denunciado.

"A quién favorece la caducidad que se ha producido?

"Es evidente que al denunciado y sólo al denunciado, pues en el evento de que la señora Superintendente de Industria y Comercio decida apartarse del informe motivado, que como bien se sabe no pasa de ser una simple recomendación que no obliga a la superintendencia, se ha colocado a esa autoridad en la absoluta imposibilidad de proferir un fallo sancionatorio en contra de SHELL por las denuncias realizadas por MULTILLANTAS LTDA.

"Este sólo hecho independientemente de cual sea el resultado de la decisión que adopte esa honorable superintendencia, quien de entrada se va a ver abocada a la disyuntiva de comprometer la responsabilidad disciplinaria de sus funcionarios, si decide apartarse del informe o de absolver a la SHELL, si decide acogerlo, ya reviste como se ha dicho una inusitada gravedad que no puede ignorarse, ni dejarse pasar por alto.

"De hecho, y de cualquier manera, al momento de adoptar la providencia definitiva la Superintendencia de Industria y comercio, deberá determinar, como primera medida y antes de entrar en el fondo del asunto, si todavía conserva o no la competencia para sancionar al infractor y en este sentido me permito solicitar, de manera comedida, un pronunciamiento EXPRESO de esa autoridad sobre el particular, pues no le sería dado proceder a adoptar una decisión, sin considerar antes si las facultades que le ha atribuido la ley para ello ya han caducado o no.

"Una vez determine el despacho si conserva o no las facultades para sancionar, solicito que se entre a analizar si la conducta en la que incurrió la SHELL es violatoria de las normas sobre prácticas restrictivas de la libre competencia y de aquellas que reprimen los actos de competencia desleal, con el fin de que al menos, se conmine y prohíba a la SHELL incurrir en conductas similares en un futuro.

"De tal manera que la Superintendencia deberá determinar si la conducta de la SHELL fue o no ajustada a derecho y en caso negativo, aunque ya caducó la facultad de sancionar, conserva la competencia para conminarla a abstenerse de incurrir en este tipo de abusos y conductas.

"En este contexto, me permito solicitar a esa honorable Superintendencia, de manera comedida y respetuosa, que desestime el informe motivado realizado por la Delegatura, por cuanto es claro que si ese despacho hubiera emitido un concepto, recomendando la imposición de sanciones, este hecho habría significado serias consecuencias disciplinarias para sus funcionarios, lo cual comprometía de manera grave la imparcialidad de quienes elaboraron el informe.

"Ello quizás explica la angustiada exhortación que el mismo realiza para que no se sancione al denunciado.

"Llama la atención como el informe guarda silencio en relación con el asunto relativo al término de caducidad antes referido, a pesar de que era conspicua su inminencia y de que le correspondía abordar este asunto para, sobre el particular, realizar las recomendaciones del caso a la

Por la cual se declara una caducidad

Superintendencia de Industria y Comercio. Se trata de un hecho que clara e indudablemente no podía soslayarse en el informe motivado.

"2. LAS RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES DEL INFORME SIGNIFICAN UN QUEBRANTO AL DEBIDO PROCESO Y A LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y CONFIANZA LEGITIMA CONSAGRADOS EN LA CARTA POLÍTICA.

"Adicionalmente a las razones anteriores, se solicita que al pronunciarse esa Superintendencia sobre la legalidad o ilegalidad de las conductas en las que incurrió la empresa denunciada, se desestime el informe motivado, por cuanto el mismo adolece de vicios gravísimos y contiene serios errores de apreciación de las pruebas, además de que es contrario a la letra y principios fundamentales consagrados en la Constitución Política, tal y como se expone a continuación, con fundamento en las pruebas que constan en el expediente.

"2.1. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

El informe motivado presentado por la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia (SDPC), está viciado de falsa motivación, además de que lesiona el derecho al debido proceso de mi representada, tal como se expone a continuación:

"A. Las Pruebas solicitadas por MULTILLANTAS LTDA., tendientes a establecer la Inelasticidad de la Demanda fueron negadas sin justificación válida y con base en supuestos erróneos por la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia.

"- Violación de los artículos 29 y 228 de la C.P.-

"Con la radicación de la denuncia MULTILLANTAS LTDA., solicitó como prueba el testimonio del señor José Clopatosky Londoño, director de la Revista Motor, y amplio conocedor del sector y mercado de los lubricantes automotrices.

"Tal como se enuncia en el escrito mediante el cual se solicitó esta prueba, el objeto de la misma era que el señor Clopatofsky depusiera sobre '... el funcionamiento del sector y del mercado de aceites lubricantes e industriales en Colombia, y su inelasticidad.'

"Se pretendía con este testimonio establecer que el mercado de los lubricantes, no era elástico, por cuanto existía una gran lealtad hacia la marca por parte del consumidor, en la medida en que el mismo tiende a utilizar la que le recomienda el fabricante del vehículo y que en consecuencia existía una resistencia a cambiar la marca así recomendada por cuanto el consumidor requiere de cierto conocimiento acerca de las equivalencias de otros lubricantes

"Es decir esta prueba contribuía y era de gran utilidad para demostrar que una vez utilizada una marca de aceite lubricante recomendada por el fabricante del vehículo, la demanda de la misma no se desplazaba fácilmente hacia otros productos, factor que le confería a la SHELL, una posición de dominio en el segmento de mercado de los lubricantes que produce.

"Pues bien, mediante el auto de pruebas de fecha 18 de agosto de 2000, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, rechazó 'in limine' la práctica del testimonio del señor José Clopatosky Londoño solicitada por MULTILLANTAS LTDA. por considerar de manera errónea y contraevidente que no se había señalado el objeto de la prueba, conforme con lo dispuesto por el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil⁸.

⁸ Artículo 219 del Código de Procedimiento Civil. Petición de la prueba y limitación de testimonios. Cuando se pidan testimonios

Por la cual se declara una caducidad

"Como puede apreciarse de una simple lectura del escrito mediante el cual se solicitó la prueba⁹, la razón aducida por la Delegatura para su rechazo era por completo contraria a la realidad.

"En razón de lo anterior, el suscrito presentó recurso de reposición contra el auto de pruebas referido, alegando las razones expuestas en el párrafo anterior.

"La Delegatura rechazó, mediante auto de fecha 1 de septiembre de 2000, el recurso impetrado argumentando que el mismo:

- "Había sido interpuesto sin el cumplimiento de lo prescrito en el Artículo 52¹⁰ del Código Contencioso Administrativo, es decir que no había sido presentado personalmente por el suscrito.
- "Era extemporáneo, por cuanto el término para interponerlo ya había vencido.

"Estas razones resultaron también contrarias a la verdad y a la ley, tal como lo reconoció la misma Delegatura en el auto de fecha 5 de septiembre de 2000, por medio del cual se le daba alcance al auto de fecha 1 de septiembre de ese mismo año, en el cual se expuso lo siguiente:

"...una vez verificado el sistema de recepción interno, se considera que el recurso fue efectivamente presentado dentro del término legal el día 29 de agosto de 2000.

No obstante lo anterior, este Despacho considera que la decisión de rechazar el recurso no se altera, toda vez que la impugnación se interpuso sin cumplir con la presentación personal exigida en el Artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.' (La subraya no es del texto).

"El argumento anterior es igualmente peregrino y deleznable y constituye una nueva violación al debido proceso, pues desconoce la SDPC lo siguiente:

- "Que el suscrito ya estaba reconocido como apoderado en la actuación administrativa pues ya había presentado personalmente la denuncia – que constituyó la primera actuación - y había igualmente solicitado pruebas, insistido en peticiones, etc.
- "Que el rechazo de la prueba en mención, se surtió dentro de la actuación administrativa en donde ya se le había reconocido al suscrito su calidad de apoderado de MULTILLANTAS LTDA., es decir la personería para actuar en tal calidad, lo que en efecto ocurrió, mediante auto 98058885 00000094 de fecha 18 de agosto del año 2000, por medio del cual se abrió a pruebas la presente investigación.

deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos, y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba.

El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba.

El auto del juez no tendrá recurso alguno, pero el superior podrá citar de oficio a los demás testigos, conforme a lo previsto en los artículos 180 y 361.

⁹ Véase memorial 9805888500000012 de fecha 4 de junio de 1999.

¹⁰ Artículo 52 del Código Contencioso Administrativo. Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos: 1. Interponerse dentro del plano legal personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido; y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad, y con indicación del nombre del recurrente. (...)

Por la cual se declara una caducidad

"Es palpable entonces que la Delegatura hizo nugatorio el derecho de defensa de MULTILLANTAS para lo cual pretende dar prevalencia a formalismos carentes de sustento sobre derechos fundamentales, lo que constituye un claro quebranto del artículo 228 de la C.P., según el cual en las decisiones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial, sobre el formal"¹¹.

"Sobre el particular ha sostenido la Corte Constitucional, en casos donde el desconocimiento de los requisitos formales es aún más grave, como es la no interposición de los recursos de ley por parte del actor, lo siguiente:

"Las vulneraciones a derechos fundamentales que emanan del referido auto, son de tal naturaleza que llevan a la sala a ocuparse de ellas, pese a que el peticionario omitió interponer los recursos de ley. En el entendido de que es la vía justa para aplicar el principio supremo de justicia firmemente construida en la prevalencia del derecho sustancial, como expresamente lo consagra el Artículo 228 de la Carta."¹².

"Y es que en este caso, la violación del debido proceso es flagrante, por cuando la SDPC, rechaza 'in limine' una prueba determinante para MULTILLANTAS LTDA, cuando la misma había sido solicitada en debida forma, de conformidad con los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, y adicionalmente rechaza el recurso de reposición presentado contra esa decisión por requisitos estrictamente formales, que el apoderado de Multillantas no estaba obligado a cumplir pues ya había sido reconocida su personería para actuar en la actuación administrativa.

"El rechazo del recurso de reposición, viola también los principios de la actuación administrativa, plasmados en el artículo 3¹³ del C.C.A., en especial los principios de celeridad y eficacia de la administración, en virtud de los cuales la administración deberá remover de oficio los obstáculos puramente formales.

"Queda entonces claro que la Delegatura rechazo una prueba, de gran importancia, con base en argumentos completamente erróneos, y que ello llevó a favorecer la tesis o recomendación de absolver al denunciado y según la cual Multillantas S.A. no probó que existiera una gran lealtad hacia la marca..

"Es evidentemente que fue el mismo despacho el principal obstáculo para que se practicaran pruebas como las enunciadas, para lo cual se basó en argumentos erróneos, pues no fue cierto que el suscrito no hubiera indicado el objeto de la prueba y que hubiera interpuesto extemporáneamente los recursos contra tal negativa.

¹¹ Artículo 228 de la Constitución Política. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

¹² Sentencia T-224 de junio 17 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

¹³ Artículo 3 de la Código Contencioso Administrativo. Principios orientadores. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, y en general, conforme a las normas de esta parte primera.

...
"En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficiosos de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

...
"En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo, a petición del interesado".

Por la cual se declara una caducidad

"Se trata de errores inadmisibles de la misma administración que no pueden servir para recomendar una absolución del denunciado.

2.2. "LAS CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES CONSIGNADAS EN EL INFORME QUEBRANTAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE CONFIANZA LEGÍTIMA CONSAGRADOS EN LA C.P.

"Estas conclusiones además de incoherentes, se sustentan en cifras y pruebas sumarias obtenidas afanosamente, a ultima hora y de manera extemporánea según las tesis esgrimidas por la Superintendencia en la misma actuación administrativa

"En efecto, el informe que se cuestiona, tiene como fundamento los datos requeridos por el despacho y proporcionados por las compañías SHELL, TEXAS PETROLEUM COMPANY, EXXON DE COLOMBIA S.A., TERPEL DE LA SABANA S.A. y CASTROL DE COLOMBIA S.A.

"Si se sigue la tesis con base en la cual la Delegatura se negó a tener como pruebas los documentos firmados por la misma SHELL, allegados por mi representada a la investigación y que constituyen un catálogo ejemplar de acuerdos restrictivos de la competencia se concluye que los supuestos datos, que por cierto nunca se trasladaron a mi representada para que ella pudiera controvertirlos, no podían tenerse como prueba en la presente investigación pues ellos se habrían allegado de manera extemporánea a la investigación.

"En efecto, la información que ahora sirve de sustento para la elaboración del informe aludido, fue solicitada por la SDPC mediante auto de pruebas de fecha 6 de julio de 2001¹⁴, época en la cual según la tesis que esa entidad ha sostenido, ya habría precluido la oportunidad para ordenar y aportar pruebas al proceso.

"En relación con este tema, la SDPC ha reiterado en varias oportunidades su decisión de negarse a apreciar las pruebas aportadas el 20 de diciembre de 2000 por el suscrito¹⁵, las cuales comprometen seriamente a SHELL, en la realización de actos discriminatorios y abusivos, y en la celebración de acuerdos para repartirse el mercado, debido a que según lo ha afirmado el despacho, las pruebas se allegaron de manera extemporánea al expediente pues la oportunidad para hacerlo habría precluido.

¹⁴ "Por medio del cual se adicionó el auto de pruebas de fecha 18 de agosto de 2000.

¹⁵ "El día 20 de diciembre de 2000, el suscrito allegó mediante comunicación radicada con el número 98058885 00020147 ante esa Superintendencia, para que fueran incorporadas a la presente actuación administrativa, copia auténtica de la comunicación de agosto 10 de 1994, firmada por el señor Carlos Torres, representante comercial del Área Centro de Shell Colombia S.A., dirigida al Señor Germán Zamora, copia auténtica de la comunicación de julio 6 de 1993, dirigida a MULTILLANTAS LIMITADA, suscrita por el señor Wilson Ariel Castellanos Forero, Jefe de Ventas de Bogotá, copia auténtica de la circular a distribuidores de abril 20 de 1998, original del Boletín informativo de la red de distribuidores de Bogotá, que acreditaban de manera fehaciente que SHELL COLOMBIA S.A., durante la vigencia del contrato con mi representada, contaba con posición dominante en el mercado de lubricantes de esa marca, que así mismo asignaba periódicamente los clientes por sorteo a sus distribuidores y que circulaba lista de esos clientes entre los mismos, que además les fijaba descuentos máximos, que ordenaba el comportamiento del mercado a través de listas, que prohibía terminantemente a sus distribuidores vender cualquier tipo de productos industrial a los mayoristas 'multimarca', que se convocaba a los distribuidores frecuentemente para analizar la situación de precios y descuentos en el mercado de Bogotá, y que además sugirió, en algunas ocasiones, a los distribuidores, y en concreto a MULTILLANTAS LIMITADA, no intervenir en negocios con ciertos clientes, debido a que ellos ya estaban siendo atendidos por otros distribuidores.

"Los documentos anteriores se aportaron para demostrar que los investigados habrían infringido el régimen de promoción de la competencia, así como las disposiciones consagradas en la ley 256 de 1996.

Por la cual se declara una caducidad

"Según sostiene el despacho, el Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, establece un período probatorio perentorio que debe prevalecer sobre lo dispuesto en el Artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, que señala que durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas, y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales¹⁶.

"De la misma manera, la SDPC, ha ratificado que no es posible aportar nuevos elementos de juicio una vez decretado el auto que abre a pruebas, toda vez que el mismo perdería todo sentido, en la medida en que en cualquier momento de la instrucción, podría aportarse pruebas sin necesidad de examen previo.

"Sobre el particular, vale la pena traer a colación, las afirmaciones realizadas por esa autoridad, en la Resolución 29450 de fecha 11 de septiembre de 2001, por medio de la cual se decidió el incidente de nulidad presentado por el suscrito el día 4 de Julio de 2001:

"Por consiguiente, el aporte de los documentos realizado el 20 de diciembre habría sido extemporáneo, como quiera que la oportunidad prevista para el efecto ya había precluido. En efecto, atendiendo la doctrina procesal, dentro de los principios que rigen la prueba se encuentra el de la preclusión, el cual significa que el medio probatorio y las distintas etapas que lo integran, como la proposición o petición, ordenación o decreto o práctica, se surten en la oportunidad señalada por el respectivo ordenamiento procesal.¹⁷ En este mismo sentido, dispone el artículo 183 del código de procedimiento civil que, "para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas por este código" (La subraya no es del texto).

"Todas las anteriores consideraciones se desconocieron de manera burda, cuando la Delegatura acudió a solicitar los datos al amparo de los cuales ese despacho recomienda no sancionar a la SHELL.

"En efecto, cuando se trata de apreciar pruebas que comprometen la responsabilidad del denunciado la Delegatura se apresta a concluir que:

" 'Permitir el aporte de pruebas documentales en destiempo, cuando la oportunidad procesal prevista para el efecto ha precluido, entraña no solo un verdadero desconocimiento a las formas propias de cada juicio sino colocar en situación apremiante a la parte demandada, toda vez que en cualquier momento podría verse enfrentada a nuevas pruebas que la tomen por sorpresa y que no haya podido controvertir, ni estructurar su defensa.' (Se subraya)

" '(...) Es que la oportunidad procesal para aportar las pruebas es una, que no puede revivirse indefinidamente, pues ello riñe abiertamente con el principio ya expuesto de la preclusión. Lo que si habría resultado atentatorio del principio del debido proceso, y en general de las normas procedimentales, habría sido entrar a valorar una prueba que no fue aportada en debida forma, en la oportunidad prevista para el efecto.'¹⁸ (La subraya no es del texto).

¹⁶ 20 de diciembre del 2000.

¹⁷ "AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Probatorio. Editorial Temis S.A., 1998. Página 6.

¹⁸ "Véase además La Resolución 42032 de fecha 17 de diciembre del 2001, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la decisión contenida en la Resolución 29450 de septiembre 11 de 2001, por medio del cual se rechaza un incidente de nulidad. Página 27

Por la cual se declara una caducidad

"¿Por qué no son igualmente válidas esas consideraciones cuando se trata de la información que sirve para recomendar la absolución del denunciado?"

"¿Es que no importa que esta información haya sido decretada y aportada un semestre después de que las consideraciones, antes transcritas, se utilizaran para rechazar las pruebas allegadas por mi representada?"

"¿Y es que acaso Multillantas no tiene también derecho a que no se le coloque en una situación 'apremiante', y a que 'no se le tome por sorpresa'?"

"¿Qué pasa aquí con la preocupación de la Delegatura en relación con las formas propias de cada juicio?"

"Nótese que aquí a Multillantas no sólo se la ha tomado por sorpresa con el aporte de las pruebas y con el infundado y abrupto cambio de doctrina, sino que hasta el momento, el denunciante no ha podido controvertir la información, pues no sólo no se le ha dado traslado de ella sino que no se le ha permitido el acceso a la misma.

"Se concluye entonces que las ciclótímicos y abruptos cambios de interpretación por parte de la Delegatura en una misma actuación administrativa, configuran (sic) una clara violación a los principios de no discriminación, de igualdad y de confianza legítima que se encuentran consagrados en la Constitución Política¹⁹, y que deben de regir toda la actividad estatal.

"Sobre el particular son bastante claras y contundentes las consideraciones que realiza la Corte Constitucional cuando afirma:

" 'Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación en la (sic) y aplicación de la ley'.

"La Corte sostiene que los ciudadanos tienen derecho a que las decisiones judiciales se fundamenten en una interpretación uniforme y consistente de la ley, y a recibir igualdad de trato, frente a casos iguales:

" 'El fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley – entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico – y de igualdad de trato por parte de la autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad – como objetivo y límite de la actividad estatal –, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales, obliga especialmente a los jueces.' (La subraya no es del texto).

¹⁹ Artículo 13 de la Constitución Política. 'Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

'El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

'El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan'.

Por la cual se declara una caducidad

"En cuanto al principio de la confianza legítima, consagrado en el artículo 83 de la Carta, que también resultó quebrantado con las incoherentes interpretaciones de la Delegatura ha dicho la Corte la siguiente:²⁰

"En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el Artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Este principio constitucional garantiza a las personas que ni el Estado, ni los particulares, van a sorprenderlos con actuaciones que, analizadas aisladamente tengan un fundamento jurídico, pero que al compararlas, resulten contradictorias. En estos casos, la actuación posterior es contraria al principio de la buena fe, pues resulta contraria a lo que razonablemente se puede esperar de las autoridades estatales, conforme a su comportamiento anterior frente a una misma situación. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respeto del propio acto se aplica a las autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina venire contra factum proprium non valet. En efecto, si esta máxima se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio– la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado, como administrador de justicia. Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme."²¹ (La subraya no es del texto)

"Finalmente, la Corte señala²² que cuando un juez se aparta de la forma como se ha interpretado y aplicado una norma, éste se encuentra obligado a justificar su decisión:

"Esta garantía tiene como objetivo que los sujetos procesales y la comunidad en general tengan certeza, no sólo sobre el texto de ley y la jurisprudencia, sino que se extiende a asegurar que el ordenamiento está siendo y va a seguir siendo interpretado y aplicado de manera consistente y uniforme. Sólo de esta forma pueden las personas tener certeza de que la interpretación y aplicación consistente y uniforme del ordenamiento es una garantía jurídicamente protegida y no un mero uso sin valor normativo alguno, y del cual los jueces pueden apartarse cuando lo deseen, sin necesidad de justificar su decisión." (La subraya no es del texto).

"De acuerdo con lo anterior, la SDPC, estaba obligada a dar una interpretación uniforme, consistente y coherente al tema de la oportunidad procesal para presentar pruebas, caso en el cual debía acoger alguna de las siguientes tesis:

"1. Seguir la tesis relativa a la preclusión de la etapa probatoria que consagra supuestamente el Artículo 52 de 1992, y en consecuencia, no haber solicitado pruebas adicionales, que en efecto solicito mediante auto de fecha 6 de julio de 2001, y mucho menos tener en cuenta las pruebas allegadas en cumplimiento de dicho auto, o

²⁰ "Artículo 83 de la Constitución Política. " 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 aquellos adelanten ante éstas."

²¹ "Sentencia C-836/2001. Expediente D-3374. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 4 de la Ley 169 de 1896. Actor: Carlos Alberto Maya Restrepo. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Agosto 9 de 2001.

²² "Ibidem.

Por la cual se declara una caducidad

"2. Aceptar que el Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, no excluye, de ninguna manera la aplicación del Artículo 34 del CCA, según el cual durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, bien sea de oficio o a petición de interesado, y con fundamento en esta norma haber admitido las pruebas aportadas el 20 de diciembre.

"Es claro que la Superintendencia de Industria y comercio está en el deber de desestimar las recomendaciones realizadas en el informe motivado, en la medida en que ellas son violatorias de los principios de igualdad de los particulares frente a la ley y de no discriminación consagrado en el artículo 13 de la C.P. así como del principio de confianza legítima establecido en el artículo 83 del mismo estatuto.

"Debe en cambio esa superintendencia fallar con base en las pruebas allegadas al proceso y así si considera que la información solicitada a última hora por la Delegatura es oportuna, se le dé idéntico tratamiento a los documentados allegados por mi representada el día 20 de Diciembre de 2001.

"En ese caso se solicita además, a la Superintendencia que se le permita el acceso a mi representada a los datos referidos con el fin de poderlos controvertir y poder ejercer a cabalidad el derecho de defensa que le asiste a Multillantas S.A.:

"En el evento de que esa honorable Superintendencia insista en negar el acceso a mi representada a tal información, se solicita comedidamente, que la misma se desestime como prueba en la presente actuación administrativa, pues no le es dado a ese despacho adoptar decisiones con base en prueba secretas y ocultas.

3. "LA DELEGATURA IGNORÓ LAS PRUEBAS QUE DEMOSTRABAN LA EXISTENCIA DE LA LEALTAD HACIA LA MARCA. SÓLO TUVO EN CUENTA LOS TESTIMONIOS DE LOS ALTOS DIRECTIVOS DEL DENUNCIADO QUE LO FAVORECÍAN.

"Pero aún si se prescinde del testimonio del señor José Clopatofsky es claro que las pruebas que constaban en el proceso, servían como fundamento para demostrar la existencia de la lealtad hacia la marca, así como la inelasticidad de la demanda. Es claro que la Delegatura hizo caso omiso, no consideró ni analizó, ni siquiera para desvirtuarlos, criticarlos o controvertirlos, los testimonios que constan en la actuación y que llevaban a concluir, de manera inequívoca la existencia de la fidelidad hacia la marca que existía y existe en el mercado de los aceites lubricantes.

"De tal suerte la Delegatura sólo tuvo en cuenta los testimonios rendidos por los altos funcionarios de esa compañía y que favorecían las tesis del denunciado.

"Por los motivos anteriores, me permito solicitar a esa Honorable Superintendencia que se desestimen las conclusiones que sobre la lealtad hacia la marca, presenta el informe motivado, e insisto de manera comedida pero vehemente, que se tengan en cuenta y se consideren los testimonios que más adelante se citan y transcriben, en nota de pie de página, y que no obstante haber sido practicados a lo largo de la actuación administrativa, fueron por completo ignorados por la Delegatura.

"Reitero el derecho que le asiste a mi representada de conocer a fondo, la evaluación y ponderación que de estos testimonios realice la honorable Superintendencia, en el momento de adoptar la decisión definitiva.

Por la cual se declara una caducidad

"De los testimonios aludidos queda claro que:

➤ "No sólo no es cierto la tesis del informe en el sentido que '...debemos mencionar, que en el presente caso no existe fidelidad a la marca desde el punto de vista del análisis económico', sino que es una realidad la existencia de la lealtad hacia la marca, que recomienda el fabricante del vehículo, por parte del usuario o consumidor y que en consecuencia, las marcas de aceites lubricantes no son fácilmente sustituibles unas por otras.

"Así hay testigos que afirman que:

- "El consumidor está casado con la marca.
- "El consumidor exige por lo general que se le aplique el aceite con el cual el automóvil sale de la fábrica.
- "Es reacio a cambiarse a marcas diferentes.
- "Cambiaderos como sincroinyección recomiendan utilizar el aceite recomendado por el fabricante del vehículo²³.

²³ Véase testimonio del señor José Ovalle Casallas, Coordinador Técnico Automotora Lemus Cepeda, Sincroinyección, de fecha 24 de noviembre de 2000. preguntas 7, 12, 13, 19,30 y 35.

"Dice el señor Ovalle en su testimonio lo siguiente 'PREGUNTA 7: Por favor explíquenos brevemente o de manera general como se atiende a un cliente que solicita cambio de aceite. Si es posible cuales son los pasos para esos efectos. RESPUESTA: El cliente llega al taller se elabora una orden de reparación en la que están registrados los datos del vehículo, número de fabricación, número de serie, etc..., los datos del cliente también se toman en esa orden y a continuación a orden de trabajo que el cliente requiere y queda registrado el modelo del vehículo. Se le pregunta al cliente que tipo de aceite le esta aplicando al automóvil o que marca, nosotros a nivel de Sofasa tenemos los dos tipos de aceite Shell y Móbil y se le da a escoger al cliente. Por lo general los vehículos vienen con aceite Shell 20W50 de fábrica, y los clientes siempre siguen una trayectoria, la siguen aplicando el mismo aceite que viene de fábrica. En toda intervención de cambio se aceite se cambia el aceite y el filtro del aceite. PREGUNTA 12: Cuando solicitan el cambio de aceite en Sincroinyección le piden aplicar una marca determinada de aceite. RESPUESTA: No todos los clientes. Como le dije anteriormente las personas que leen el manual del carro trae el tipo de marca de aceite que le deben aplicar, estos clientes ya están casados con la marca y con los ingredientes que se le van a aplicar al vehículo y son los mismos aceites, hay otros clientes que no saben y preguntan que tipo de aceite se le esta aplicando al vehículo, por lógica nosotros recomendamos el que aplica la fábrica. Hay otros que nos traen el aceite que se le va a aplicar a su automóvil o por lo general la gente por publicidad puede pedir un tipo de aceite específico. PREGUNTA 13: Podría aclararnos que significa estar casado con una marca. RESPUESTA: Esto significa seguir aplicando los aceites o ingredientes que salieron inicialmente de fábrica de un vehículo. PREGUNTA 19: Sabe usted o le consta que las personas una vez emplean una marca de aceite determinada no se cambian de marca. RESPUESTA: Se que en la red del concesionario los clientes siempre utilizan el mismo aceite para el cuidado del motor. Por lo general siempre siguen una misma línea. PREGUNTA 30: Considera usted que los clientes que asisten al concesionario utilizan la marca recomendada por el fabricante. RESPUESTA: Los clientes que leen los manuales, exigen que se les aplique el aceite que viene de fábrica. PREGUNTA 35: En su concepto los clientes que leen el manual o el capo de su vehículo en donde se recomienda una determinada marca de aceite, se traslada fácilmente a consumir otra marca. RESPUESTA: No. ' . (La subraya no es del texto).

"Véase también, en este sentido, el Testimonio del señor Luis Alfonso García, Gerente Nacional de Servicio Distribuidora Toyota Ltda. de fecha 9 de octubre de 2000. 'PREGUNTA 17: Los propietarios de vehículos Toyota saben que pueden encontrar otras marcas distintas de la ofrecida en sus talleres. RESPUESTA: Claro que si lo saben por los diferentes medios de comunicación se puede enterar uno de las distintas marca de aceite, sin embargo, utilizan Texaco en nuestro caso, porque confían en que lo que nosotros les estamos aconsejando es correcto para el buen funcionamiento de sus vehículos y porque están cubiertos por una garantía que distribuidora Toyota está dispuesta a asumir, en caso de una reclamación. PREGUNTA 29: Considera que la recomendación del fabricante a la que hace alusión en torno a la utilización de un determinado aceite es un factor decisivo para un cliente a la hora de escoger el lubricante que va a seguir utilizando. RESPUESTA: Yo creo que si, puesto que los clientes confían en el fabricante de su vehículo'.

"Finalmente Véase entre muchos otros el testimonio de Juan Pablo Rueda, Ex Gerente de Lubricantes de Multilintas Ltda, de fecha 5 de febrero de 2001. 'PREGUNTA 53: En su condición de Gerente de Lubricantes de Multilintas informe si cuando se empezaron a presentar las supuestas dificultades en el suministro de productos por parte de Shell si usted incrementó los pedidos de otras marcas que pudieran sustituir los productos Shell. RESPUESTA: Si se trató de hacer la labor pero fue infructuosa ya que era muy difícil cambiar al cliente de marca. PREGUNTA 54: En respuesta anterior, usted afirmó si no es así corrija me que Multilintas tenía productos distintos de Shell a disposición de sus clientes porque esos clientes que usaban por ejemplo Terpel o Mobil pedían estas últimas marcas. Si eso es así, a que se refiere usted con que era difícil mover a los clientes de marca según su última respuesta?.

Por la cual se declara una caducidad

- "El mito de que el cambio de marca puede producir daños al vehículo era o es también una realidad, y que esa creencia llevaba a desarrollar una gran lealtad hacia la marca."²⁴
- "Que la existencia del mito del cambio de marca llevaba frecuentemente a la SHELL organizar charlas y conferencias con el fin combatirlo."²⁵
- "Que no obstante el precio de SHELL, era uno de los mas altos del mercado, el consumidor se mantenía fiel a la marca, a pesar de existir otros productos equivalentes en el mercado."²⁶
- "Que para que un consumidor común, cambie de marca, necesita conocer las equivalencias de otros lubricantes, aspecto que significa que la decisión no puede tomarse de manera espontánea y ligera, sino que requiere de un conocimientos técnicos, a veces bastante complejos, tales como por ejemplo saber que es un '... API y un SAE, y que sepa distinguir entre un CC o CD y SG...' y como '... Hay que tener mucho cuidado por que los productos de gasolina no se pueden echar en motores diesel porque los lubricantes a gasolina no tienen TVN que son los que controlan el azufre del Acp y funden el motor, en cambio un lubricantes si se le puede echar a un motor de gasolina entonces si hay que conocer un poquito de lubricantes.'"²⁷

RESPUESTA: Me refiero a la pregunta que el doctor Vanegas me formula que si sustituíamos el producto que no despachaba Shell, sustituirlo con otras marcas, le digo que si se hacía la labor pero muchas veces era infructuosa que el cliente quería seguir con la marca Shell. (La subraya no es del texto).

²⁴ Véase Testimonio de Juan León Gómez, Representante legal de Lubricamarca Ltda., de fecha 20 de septiembre de 2000. 'PREGUNTA 25: Sabe usted o en su opinión si el dueño de un carro es fiel a una marca. RESPUESTA: Muy difícil a menos que la persona conozca técnicamente el campo de lubricación. PREGUNTA 26: Si conociera el campo de la lubricación cambiaría de marca o no : RESPUESTA: Normalmente el cliente tiene la idea de que el cambio de marca le crea problemas técnicos, aunque eso es un mito. PREGUNTA 35: Dentro de su actividad es frecuente que clientes de Lubrimarca y lubricantes Shell pasen a usar marcas distintas de Shell y a comprarle a distribuidores distintos a Lubrimarca. RESPUESTA: No es frecuente. Ocurre pero no es frecuente.' (La subraya no es del texto).

²⁵ Véase testimonio de la señora Alicia Pérez, Representante Comercial de Shell Colombia S.A., de fecha 6 de septiembre de 2000. PREGUNTA 3: Cuando fue la última vez que a usted le explicaron que era el mito de los lubricantes. RESPUESTA: Hace dos meses. PREGUNTA: Quien le explicó. RESPUESTA: Una persona de la compañía del departamento técnico, nosotros tenemos constante preparación para los clientes y tuvimos una charla técnica a los clientes, en la cual uno de los puntos que salió fue el mito y se le aclaró al cliente este punto. PREGUNTA: 5: Que entiende usted por el mito de los lubricantes. RESPUESTA: Son creencias que tiene la gente, en el hecho de que al cambiar un aceite lubricante en su motor puede haber algún tipo de daño." (La subraya no es texto).

²⁶ Véase Testimonio de Daniel Becerra Cruz, Gerente de Lubricantes Industriales Ltda., de fecha 21 de septiembre de 2000. "PREGUNTA 19: Por favor indíquenos que sucedía para la época anterior a la exclusividad con Texaco con las ventas de productos Shell en su compañía si lo precios de otras marcas distintas de Shell eran inferiores. RESPUESTA: Es la situación misma económica el cliente entra y dice del más barato uno le ofrece uno de características de Shell más económico. La marca Shell es muy requerida en el mercado y hay gente que la quiere cambiar básicamente por lo económico pero las ventas se mantenían así los precios estuvieran altos. PREGUNTA 20: Que impacto tenía la situación descrita anteriormente en el monto o número de ventas de productos Shell. RESPUESTA: Eso no se, el cliente de productos Shell es un cliente muy fiel a la marca y hay un concepto en el mercado de que los costos en un momento determinado es bueno, el mercado estándar pero la marca Shell está muy posesionada. PREGUNTA 35: En la escogencia de la marca de lubricantes que utiliza el dueño de un vehículo o una marca, es según su experiencia sustancial y determinante, la marca que (sic) se ha puesto por primera vez el fabricante. RESPUESTA: En términos generales un médico sale con su vehículo nuevo, le dice el producto que lleva este vehículo es tal de tal marca, el por su falta de conocimiento en el aceite lubricante normalmente no se cambia de marca, no conoce y ya en el mercado para los vehículos que salen de primera monta el que no tenga conocimiento de aceites lubricantes sigue con el aceite de primera monta. PREGUNTA 36: Según su respuesta anterior, podría entenderse en el ejemplo del médico que usted pone, que seguirá usando esa misma marca indefinidamente sin considerar precio, publicidad, posicionamiento en el mercado y la actividad eventual de distribuidores cambiaderos de la competencia en el sentido de convencerlos de utilizar otras marcas. RESPUESTA: Puede llegar a cambiar del aceite empleado en determinada marca, si el lubricante o tecnicentro a donde vaya el cliente le tiene él la suficiente confianza al lubricador, el lubricador es de los mejores vendedores que hay. (La subraya no es del texto.)

²⁷ Véase Testimonio del señor Germán Zamora, Ex Gerente Comercial de Multillantas, de fecha 7 de septiembre de 2000. rendido a

Por la cual se declara una caducidad

"Es decir que quedó demostrado que para cambiar de marca se requiere un mínimo de conocimiento técnico y de asesoría.

"Realmente no se entiende como a pesar de la claridad y contundencia de estos testimonios - muchos de ellos rendidos por personas ajenas totalmente a la actividad de las partes y, en consecuencia por completo imparciales -, no existe una sola palabra en el informe que indique las razones por las cuales no se tuvieron en cuenta.

"No existe tampoco ningún esfuerzo por controvertirlos o por cuestionar su veracidad.

"Simplemente, el reporte de marras guarda silencio sobre estas piezas procesales tan importantes y decisivas, y ello es de por sí motivo suficiente para que las conclusiones de la Delegatura se desestimen y en su lugar, se proceda a realizar un análisis, una valoración seria y objetiva de estos testimonios, que se reitera, han de constituir un elemento de juicio a tener en cuenta en la decisión que finalmente adopte esa superintendencia.

solicitud de la SHELL. PREGUNTA 33. Conoció usted algún caso, desde el momento en que Multillantas empezó a vender de otras marcas, donde no se contará un día con inventario para aplicar aceite Esso de una especificación determinada y un cliente hubiese preferido otra marca. RESPUESTA: Si, ocurre a menudo. El que sabe de lubricantes pide una marca, el que no, no la pide. PREGUNTA 34: Quien sabe de lubricantes. Que característica tiene una persona que sabe de lubricantes. RESPUESTA: Que se pa que es un API y un SAE, y que sepa distinguir entre un CC o CD y SG. PREGUNTA 35: El que no sabe de especificaciones, en su criterio, sabe de marcas. RESPUESTA: Tampoco, aquí hubo una propaganda, compré al país, pero compraban la marca por marca, sino por lo visto, nosotros somos muy dados a lo que nos venda la televisión. Arazi de Esso, Terpel son muy buenos productos de lubricantes. Hay que tener mucho cuidado por que los productos de gasolina no se pueden echar en motores diesel porque los lubricantes a gasolina no tienen TVN que son los que controlan el azufre del Acp y funden el motor, en cambio un lubricantes si se le puede echar a un motor de gasolina entonces si hay que conocer un poquito de lubricantes. (La subraya no es del texto).

"Véase también en este sentido el Testimonio de Diego Andrade Escobar, Gerente de Aceitar Ltda., de fecha 22 de octubre de 2000. PREGUNTA 13: Por favor indíquenos por su conocimiento en el mercado si los propietarios de automóviles al momento de hacer el cambio de aceite o solicitarlo se acerca a su serviteca solicitando una marca determinada y específica de lubricantes. RESPUESTA: En muchas ocasiones eso sucede. PREGUNTA 17: En respuesta anterior usted señaló la expresión "fijación que tenga un cliente respecto de la utilización exclusiva de una marca". Sírvase aclarar al despacho el sentido de esta expresión. RESPUESTA: UN alto porcentaje de clientes entiende que el manual de utilización del vehículo y utilización de los productos hacen que estos sean irremplazables, no sólo no sucede en el cambio de los lubricantes, sino también con las llantas, por ejemplo, de tal manera que el consumidor al buscar reposición o mantenimiento de su vehículo busca lo recomendado por los manuales del fabricante. A eso me refiero de que existe una fijación por parte del consumidor en el sentido que creen que los productos son irremplazables. PREGUNTA 43: Considera que la recomendación del fabricante en torno a la utilización de un determinado aceite es un factor decisivo para un cliente a la hora de escoger un lubricante. RESPUESTA: Si como lo anoté en respuestas anteriores, veo que es factor muy importante en el momento de tomar la decisión. PREGUNTA 44: De acuerdo con su respuesta anterior, considera que el desplazamiento a otra marca de acuerdo con la recomendación realizada por el fabricante, se hace de una manera sencilla. Aclaro me refiero a si el consumidor final teniendo en mente la recomendación del fabricante se desplaza de una manera sencilla a otra marca. RESPUESTA: No es fácil y sencillo el paso de una marca recomendada por muchas razones y la principal creo yo, que si el propietario del vehículo tiene un capital muy grande representado en el mismo vehículo no se va a exponer a utilizar sin que verdaderamente este convencido de ello otros productos diferentes a lo que le recomendó el fabricante. (La subraya no es del texto).

"Véase finalmente el testimonio de los propios empleados de la SHELL como es el caso del señor Salvador Mateus Mosquera, Gerente de Ventas Consumidores SHELL Colombia S.A., de fecha 27 de noviembre de 2000. PREGUNTA 82: Manifiéstele al despacho que ocurre en el caso de los lubricante industriales que tan proclive es un cliente de este estilo a cambiar de marca y si es del caso con que frecuencia lo hace. RESPUESTA: Los cambios de marca de los clientes consumidores de lubricantes industriales es de una frecuencia muy menor al cambio de marca de los lubricantes automotrices y las razones principales son: en la industria (sic) generalmente no se hace cambio de lubricante en el equipo a excepción de que sea un mantenimiento total de máquina que requiera desarme, cambios de parte, arme y llenado inicial (sic). Bajo este concepto la industria hace rellenos, la industria el principal factor decisivo es el servicio técnico y su asistencia, en una de las respuestas de esta mañana mencioné que no solo es necesario conocer el tipo de lubricantes, sus especificaciones y aplicaciones sino que es necesario conocer el equipo y los materiales con los cuales este equipo entra en contacto. Para buscar un cambio de marca en una industria algunas veces se requiere quiero ser claro que digo algunas veces y no todas las veces, regalar el aceite del llenado haciendo un lavado previo para remover el aceite anterior, por lo tanto vuelvo y digo si existe frecuencia de cambio, no puedo precisar la rata de esta frecuencia y ratifico que es menor a la frecuencia de cambio de marca de lubricantes automotrices. PREGUNTA y no todas las veces, regalar el aceite del la industria hace rellenos". (Subraya fuera de texto)

Por la cual se declara una caducidad

"Por otro lado, el informe técnico, solo tuvo en cuenta los testimonios que favorecen a SHELL COLOMBIA, que fueron rendidos por altos directivos de la SHELL., y que como tales estaban profundamente comprometidos con las resultas del proceso.

4. **"EL INFORME HIZO TAMBIÉN CASO OMISO DE LOS ARGUMENTOS ADUCIDOS POR EL DENUNCIANTE EN RELACIÓN CON LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO DE SHELL .**

"Una vez demostrada la inelasticidad de la demanda, es de concluir que el mercado de aceites lubricantes está conformado por varios segmentos o subsegmentos correspondientes a cada marca. Luego cada fabricante controla el submercado correspondiente a sus marcas, las que a su vez, son recomendadas por el fabricante o ensamblador del vehículos.

"Ello confiere al fabricante un poder de mercado casi absoluto, respecto del segmento correspondiente a los productos de la marca que controla.

"En este sentido, el informe de la Delegatura pasa por alto los argumentos expuestos por el suscrito en la denuncia y ni siquiera hace referencia a ellos para desvirtuarlos o controvertirlos.²⁸

"Así se expuso en la denuncia, en relación con que si bien uno de los factores que debe analizarse, a efectos de establecer si una empresa, detenta tal posición, es la participación que puede tener en el mercado, esta circunstancia no puede tomarse como el único criterio para definir el tema²⁹.

²⁸ Véase denuncia 98058885 00000012 de fecha 4 de junio de 1999. Páginas 13 y siguientes.

²⁹ Existen ocasiones en donde una firma deriva su posición de dominio, de factores diferentes a la participación, tal como es el caso, por ejemplo, de un producto que cuente con una gran lealtad hacia la marca por parte del consumidor.

En la Unión Europea, cuya legislación - y en especial el Artículo 86 del Tratado de Roma - guarda bastante similitud con el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, la Comisión y la Corte de Justicia, han considerado, definitivamente, que si bien la participación que una empresa pudiera tener en un mercado, es un hecho bastante significativo, respecto del poder de la misma, no es el único criterio decisivo para determinar su posición de dominio.

"De hecho, se consideran como factores indicativos de dominio, aspectos tales como la existencia de disposiciones legales que pudieran constituir barreras de acceso o de salida al mercado, el grado o avance de tecnología con que cuente una firma respecto de la tecnología de sus competidores, la posibilidad que tiene una empresa de acceder a grandes recursos de capital, en comparación con sus competidores, el grado de integración vertical y la fortaleza de las redes o canales de distribución, las economías de escala, la diferenciación del producto o el grado de lealtad que los consumidores pudieran desarrollar hacia una marca determinada, los costos de oportunidad de entrar al mercado, e incluso, la propia conducta de la empresa, entre otros factores.

"Respecto de este último criterio, la Corte de la Unión Europea consideró en el caso United Brands vs Comisión que la conducta de una firma era decisiva para determinar si la misma gozaba o no de posición dominante, independientemente de su participación en el mercado, y que en consecuencia, el hecho de que la empresa hubiera ofrecido rebajas discriminatorias a ciertos clientes era de por sí, una indicación suficiente de su poder de mercado o capacidad de dominio. Se sostuvo en este caso, que las rebajas podían desmotivar o prevenir a los competidores para entrar en el mercado y que, en consecuencia, ellas podían significar una barrera de entrada.

"En el caso Michelin vs. Comisión, la Comisión tomó como indicación suficiente de la posición de dominio, el hecho de que Michelin había dado un tratamiento discriminatorio en materia de precios. Michelin adujo ante la Corte que este argumento era una petición de principio, pues la Comisión concluía que existía posición dominante porque había discriminación de precios y a su vez, aducía que como existía posición de dominio, la discriminación de precios constituía un abuso.

"La Corte de Justicia Europea rechazó el argumento de Michelin y sostuvo que la conducta de la empresa podía ser relevante para establecer la posición de dominio.

"Con posterioridad al fallo de Michelin, la Comisión ha seguido considerando la conducta de las empresas como una evidencia de posición dominante. Fue así como en el caso de AKZO la Comisión concluyó que la habilidad o capacidad de una firma para debilitar

Por la cual se declara una caducidad

"Así el informe motivado, desconoce que de acuerdo con lo que se concluye de los testimonios, era necesario tener en cuenta la existencia de un mercado de mantenimiento o reposición de aceite, constituido por los consumidores que poseen un vehículo o una instalación industrial, en contraste con otro tipo de mercado más amplio, conformado por los fabricantes de los vehículos y maquinarias – mercado de 'aceite de primera monta' - quienes deciden que lubricante utilizar por primera vez en el equipo que fabrican y quienes, en algunas ocasiones, continúan recomendándolo, al consumidor para su uso en mantenimientos futuros. Ello desarrolla una lealtad hacia la marca que le confiere a la SHELL una posición dominante en el segmento del mercado de su marca.

"Si el análisis de la SDPC, se hubiera realizado tomando en cuenta los testimonios ignorados, hubiera podido apreciar fácilmente que la demanda de los lubricantes era inelástica (sic), y que esa inelasticidad confiere a los fabricantes de lubricantes, un poder de mercado casi absoluto, respecto del segmento correspondiente a los productos de cada marca.

"Si la elasticidad de la demanda fuera tan evidente y cierta como lo concluye el informe motivado, MULTILLANTAS LTDA, no hubiera salido del mercado como efectivamente ocurrió, y sus clientes, simplemente hubieran continuado comprando aceites Mobil, Terpel, Esso, o cualquier otra de las marcas que existen en el mercado, aspecto que nunca se probó en la investigación.

"Por el contrario se pudo comprobar³⁰ que los clientes de Multillantas le siguieron comprando el producto SHELL a Patron³¹.

"Lo anterior es una evidencia clara de la capacidad que tenía SHELL COLOMBIA S.A., para imponer condiciones y adoptar medidas de represalia excluyentes, al margen de cual fuera su participación en el mercado, para la época de los hechos objeto de denuncia.

5. "LAS CONCLUSIONES SOBRE PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO ESTÁN BASADAS EN INFORMES QUE MI REPRESENTADA NO HA PODIDO CONTROVERTIR Y POR PERSONAS CUYO EXPERTICIO NO APARECE PROBADO EN EL EXPEDIENTE.

"En efecto, en el informe motivado la Delegatura concluye que SHELL DE COLOMBIA S.A., no tiene Posición de Dominio en el mercado de los lubricantes con base en dos supuestos:

- "1. La supuesta elasticidad de la demanda.
- "2. La supuesta baja participación que tiene la empresa demandada, de acuerdo con el análisis económico realizado.

a competidores molestos era una indicación de que esa firma gozaba de posición dominante.

*Finalmente, en el caso Napier Brown – British Sugar la Comisión consideró como un factor indicativo de posición dominante, la capacidad de una firma para incrementar de manera unilateral sus precios en el mercado, (que fue de hecho lo que hizo SHELL COLOMBIA S.A. con MULTILLANTAS LTDA. al retirarle los descuentos.)

³⁰ Véase testimonio de Eddy Tolosa, de fecha 17 de octubre de 2000, preguntas 21, 22 y 23, testimonio de Jorge Villamil, de fecha 28 de noviembre de 2000, preguntas 10, 23 y 26, testimonio de María Constanza Rosas Ramírez, de fecha 20 de octubre de 2000, preguntas 14, 15 y 18.

³¹ Véase testimonio del señor Juan Pablo Rueda, de fecha 05 de febrero de 2001, preguntas 53 y 54.

Por la cual se declara una caducidad

"El primero ya fue desvirtuado y ello lleva a que sea innecesario analizar la participación de cada fabricante en el mercado, pues como ya se ha demostrado la posición de dominio está determinada por la lealtad hacia la marca, lo cual hace que la participación en el mercado de los demás fabricantes sea irrelevante.

"No obstante y aún admitiendo en gracia de discusión que la participación fuera relevante para desvirtuar la posición dominante que se endilga al denunciado, las cifras que utiliza la Delegatura para concluir la ausencia de posición dominante han sido extraídas de unos estudios cuyo conocimiento se ha negado a mi representada, de tal manera que para ella es totalmente imposible controvertirlos.

"Se ignora como se obtuvieron tales cifras y cuales fueron los criterios que se utilizaron para calcular la participación de la SHELL en el mercado.

"Así, en el escrito mediante el cual la SHELL dio respuesta a los cargos formulados, aportó varias pruebas documentales, entre ellas un supuesto estudio al parecer realizado por una firma QUANTA LIMITADA, relacionada con el tema de los lubricantes.

"En dicho escrito, la denunciada manifestó que este documento era secreto como quiera que contenía cifras sobre las cuales SHELL (...) ha estructurado sus políticas comerciales y cuyo valor económico en manos de la competencia resulta incalculable en detrimento de Shell³².

"De la misma manera, señaló que al ser MULTILLANTAS LTDA., el denunciante, no ostentaba la calidad de parte sino de tercero interesado en lo que a la investigación por abuso de posición dominante se refería, por lo cual no le asistía el derecho para conocer el experticio técnico proferido por Quanta Ltda. y las demás pruebas documentales que se relacionaban con cifras y políticas comerciales, resultando imposible, para mi representada, controvertir dichos elementos de juicio.

"Esta conclusión es una muestra más de lo irregular del procedimiento utilizado por la Superintendencia, al tramitar en una misma actuación unas diligencias en las cuales mi representada era, al mismo tiempo, parte y otras en las cuales el denunciante era tercero interesado, lo que constituyó un extraño caso de esquizofrenia procesal.

"Debe advertirse, que el Informe Motivado realizado por la Delegatura, se basa en su mayoría en el informe de Quanta S.A., y en la información suministrada por las empresas competidoras de SHELL a la cual tampoco se le dio traslado a Multillantas, lo cual resulta inadmisibles pues ninguna de estas pruebas pudo controvertirse por parte de MULTILLANTAS LTDA.

"Adicionalmente no aparece acreditada, ni demostrada la idoneidad de esta firma, y tampoco aparece ninguna alusión sobre la metodología y las fuentes que se utilizaron para la elaboración del supuesto estudio.

"Es claro que el Debido Proceso, es un derecho fundamental que le asiste tanto al denunciado, como al denunciante, máxime cuando este último tiene un interés en torno a la calificación de la conducta, pues el hecho de que la misma sea o no violatoria de las normas de prácticas restrictivas, será determinante a efectos de calificar los actos de competencia desleal y en consecuencia, para establecer si tiene derecho o no a obtener la indemnización de perjuicios correspondiente.

"Es decir que de la investigación por prácticas restrictivas, dependen derechos de contenido patrimonial de los cuales es titular el denunciante.

³² Véase contestación de la demanda presentada el 30 de enero de 2000, con radicación 98058885-87.

Por la cual se declara una caducidad

"Como es bien sabido, el Derecho Fundamental al Debido Proceso incluye, como una de sus manifestaciones sustanciales, la posibilidad de controvertir las pruebas que se practiquen dentro del respectivo expediente.

"Luego es claro que la información y las pruebas secretas y ocultas que ha utilizado la Delegatura para absolver a SHELL deben desestimarse.

"En su lugar han de considerarse como primera medida los testimonios que acreditan la posición dominante de la denunciada, y el hecho incuestionable de la lealtad hacia la marca característica del mercado de aceites lubricantes.

6. "LA DELEGATURA OMITE PRONUNCIARSE EN EL INFORME ACERCA DE TODAS LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS.

"La Delegatura, guarda un inexplicable silencio sobre las demoras Injustificadas de los despachos, en los que incurrió la SHELL para excluir a MULTILLANTAS LTDA. del mercado, a pesar de que los mismos fueron objeto de prueba en el curso de la investigación.

"Tampoco hace ninguna referencia a los acuerdos para restringir la competencia, celebrados entre SHELL y sus distribuidores.

"En efecto, puede apreciarse que la Superintendencia dejó por fuera del análisis que aparece consignado en el informe preliminar, la demora en los despachos, los constreñimientos, las amenazas de las que fue objeto mi representada y finalmente el cumplimiento de dichas amenazas que se ejecutaron a través de los tratos discriminatorios, en contra de MULTILLANTAS LTDA., y que se lograron probar en el proceso.

"El informe no pondera siquiera, el trato discriminatorio del cual fue objeto mi representada, cuando SHELL COLOMBIA no volvió a despacharle los pedidos a tiempo, así como tampoco tiene en cuenta que MULTILLANTAS LTDA. no pudo seguir confiriendo los descuentos, no por que no quisiera hacerlo, sino por que la SHELL le retiró el margen de comercialización, y le encareció los precios al no venderle envases superiores a garrafas.

"Así la Delegatura se abstiene de pronunciarse en concreto, y por consiguiente no hace recomendación alguna, en torno a las siguientes conductas desplegadas por SHELL COLOMBIA, en contra de mi representada, y que quedaron evidenciadas a lo largo de la presente investigación:

- "Condicionar el otorgamiento de descuentos a que MULTILLANTAS LTDA. satisfaga la totalidad de sus necesidades con los productos adquiridos de la SHELL COLOMBIA S.A.
- "Exigir prestaciones, a mi representada, que no son de la naturaleza del contrato celebrado con MULTILLANTAS LTDA.
- "Conferir a la misma un trato discriminatorio respecto de los demás competidores.
- "Celebrar acuerdos, con el fin de repartirse los antiguos clientes de mi poderdante.

Por la cual se declara una caducidad

"Los factores ignorados por el despacho en su análisis, eran de la esencia del comportamiento denunciado, en la medida en que todos ellos estaban dirigidos a la obtención de un único fin, excluir sacar a mi representada del mercado.

"Adicionalmente, es evidente que la Delegatura omitió pronunciarse tanto en la presente actuación, como en la que se adelantó por competencia desleal, sobre la violación de las siguientes normas:

- "1. Artículo 7º. De la Ley 155 de 1959, relativo a la competencia desleal mediante sistemas de distribución.
- "2. Artículo 8º. De la Ley 155 de 1959, relativo (sic) a la monopolización de la distribución.
- "3. Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, en virtud del cual se prohíben expresamente las conductas que afecten la libre competencia en los mercados
- "4. Artículo 50.4 del Decreto 2153 de 1992, que establece como modalidad de abuso de posición dominante, la venta a un comprador con condiciones diferentes de las que se ofrece a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia del mercado.
- "5. Artículo 7º. De la Ley 256 de 1996, por medio del cual se prohíben los actos de competencia desleal.
- "6. Artículo 9º. De la Ley 256 de 1996, por medio del cual se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, desorganizar internamente una empresa.
- "7. Artículo 10. De la Ley 256 de 1996, por medio del cual se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.
- "8. Artículo 16º. De la Ley 256 de 1996, relativo a la violación de secretos.
- "9. Artículo 17º. De la Ley 256 de 1996, relativo a la inducción a la ruptura contractual.
- "10. Artículo 18º. De la Ley 256 de 1996, que consagra que se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una (sic) ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica.
- "11. Artículo 19º. De la Ley 256 de 1996, relativo a los pactos desleal de exclusividad.

7. OTRAS IRREGULARIDADES QUE SE PRESENTARON EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA.

"Existen otras irregularidades que se presentaron en la actuación administrativa y que ya fueron objeto de reparo en los alegatos y memoriales presentados por el suscrito, en el trámite de la investigación atinente a las prácticas de competencia desleal, pero que afectan por igual, la investigación relativa a las conductas constitutivas de prácticas restrictivas de la competencia, que se tramitan en la misma actuación administrativa.

"Nos referimos al acto por medio del cual la Delegatura decidió revocar el auto mediante el cual se concedió el recurso de apelación contra la negativa de tener como pruebas los documentos presentados por Multillantas el día 20 de diciembre de 2000.

"Aunque el informe motivado guarda también total silencio en relación con este aspecto, me permito solicitar a esa Honorable Superintendencia que, con el fin de evitar repeticiones innecesarias se remita a los argumentos que sobre el particular expuso mi representada en los escritos presentados en memoriales de julio 04 de 2001 y octubre 07 de 2001, toda vez que se trata de la misma actuación administrativa.

"Como consecuencia, solicito que la Superintendencia considere los documentos aportados por Multillantas el día 20 de Diciembre de 2001, como prueba, pues la misma Delegatura ha revaluado la tesis que utilizó para rechazarlos y muestra de ello, es que con posterioridad a dicho rechazo,

Por la cual se declara una caducidad

expidió un auto de pruebas que sirvió para recopilar información de última hora que por cierto, no pudo ser controvertida por mi representada.

"Con base en los principios de confianza legítima y del Principio de igualdad de los particulares frente a la ley, consagrados en los artículos 13 y 83 de la C.P. me permito solicitar de manera respetuosa, a esa honorable Superintendencia que se sirva aplicar de manera rigurosa las disposiciones constitucionales allí citadas, y que en consecuencia se tengan como pruebas los documentos válidamente allegados al proceso por Multillantás.

"CONSIDERACIONES FINALES Y PETICIONES

"Con base en los argumentos expuestos en el presente alegato de conclusión, me permito solicitar, de manera respetuosa y comedida a esa honorable Superintendencia lo siguiente:

- "1. Que se desestimen por completo las conclusiones y recomendaciones que la Delegatura consignó en el informe motivado y que aconsejan absolver a la SHELL DE COLOMBIA S.A. en razón de los cargos formulados por las violaciones de las normas de prácticas restrictivas en las que habría incurrido el denunciado.*
- "2. Que antes de entrar en el fondo del asunto, la honorable Superintendencia determine si todavía conserva o no la competencia para sancionar al supuesto infractor, teniendo en cuenta que ya han transcurrido tres años de ocurridos los hechos que motivaron la denuncia.*
- "3. Que se pronuncie sobre las conductas de competencia desleal denunciadas, que son violatorias de los Artículos 7º, 9º, 11º, 16º, 17º, 18º y 19º de la Ley 256 de 1996.*
- "4. Que se pronuncie sobre las conductas de prácticas restrictivas de la competencia, denunciadas como violatorias del Artículo 46 del Decreto (sic) 2153 de 1992.*
- "5. Que previa decisión acerca de la violación del Artículo 18 de la Ley 256 de 1996, proceda a disponer lo necesario para que se surtan los trámites tendientes a declarar que la violación de las disposiciones anteriores torna la conducta en un acto de competencia desleal, con lo cual se han infringido los Artículos 7º, 8º, 9º, 11º, 12º, 16º, 17º, y 19º de la Ley 256 de 1996.*
- "6. Que se condene a la SHELL a pagar a mi representada los perjuicios causados previo trámite del incidente al que se refiere el Artículo 52 de la ley 510 de 1999."*

CUARTO. Atendiendo a que los puntos aducidos respecto a la violación del debido proceso y el derecho de defensa de Multillantás, ya fueron tratados a profundidad en la resolución por la cual se resolvió el incidente de nulidad, propuesto por el apoderado de la misma empresa, decide este Despacho abstenerse de pronunciarse respecto de los mismos, en el entendido de que ya fueron considerados y que la decisión respectiva se encuentra ejecutoriada al haberse desatado el correspondiente recurso.

De otra parte y en cuanto a la investigación que adelantó esta Entidad, resulta imperativo tener presente que el último hecho por el cual se adelantó la actuación en materia de prácticas comerciales restrictivas, acaeció el 26 de febrero de 1999, fecha en la cual Shell Colombia S.A., dio por terminado el contrato verbal de suministro celebrado con Multillantás Ltda.

Por la cual se declara una caducidad

Así pues y teniendo en cuenta que el artículo 38 del código contencioso administrativo³³ previene un término de tres (3) años para sancionar a partir de producido el acto, plazo que se haya vencido, esta Superintendencia, en acatamiento al Ordenamiento Jurídico, decide abstenerse de pronunciarse en cuanto a la existencia o no de responsabilidad por parte de la empresa investigada en el presente caso.³⁴

Lo anterior atendiendo la imposibilidad que supone la operancia de este fenómeno para la Administración, de pronunciarse sobre el fondo del asunto, y respecto a la cual ha expresado el Consejo de Estado que *"...es la consecuencia del vencimiento del plazo legal fijado a la Administración para investigar cuando se presente un hecho que pueda ocasionarla. (...) La caducidad administrativa, se produce en sede administrativa y se traduce, en lo que respecta a la misma Administración, en la pérdida de la competencia temporal."*³⁵ Agregando la aludida Corporación al referirse al citado artículo 38 que *"... esta norma - consagra - de manera general la caducidad de la facultad que otorga la ley a las entidades administrativas para sancionar a los particulares, entre ellos las entidades bancarias, financieras de crédito, etc., cuando incurren en infracción del ordenamiento jurídico positivo. Para el efecto establece un término de tres (3) años, contados a partir del momento en que se produce el acto infractor para que la administración imponga la sanción, salvo que exista norma especial que regule en forma diferente"*.³⁶

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar en el presente caso la caducidad contenida en el artículo 38 del código del código contencioso administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar el archivo de la actuación

ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a Gabriel Ibarra Pardo, en su calidad de apoderado Multillantás Ltda y a Ricardo Vanegas Beltrán, en su calidad de apoderado de Shell Colombia S.A. y de Darío Navarro Hincapié, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el

³³ Artículo 38 del Código Contencioso Administrativo. *"Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los 3 años de producido el acto que pueda ocasionarlas."*

³⁴ *"La caducidad que ha sido definida por la doctrina y la jurisprudencia como aquel fenómeno jurídico que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, independientemente de consideraciones que no sean el sólo transcurso del tiempo; su verificación es simple pues el término ni se interrumpe ni se proroga y es la ley que al señalar el término y el momento de su iniciación precisa el término final variable."* Sentencia 4438 de 1998. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera. Sentencia 3328 de 2001. Magistrado Ponente: Dra. María Elena Giraldo.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Delio Gómez Leyva. Sentencia del 18 de noviembre de 1994. Expediente No. 5460.

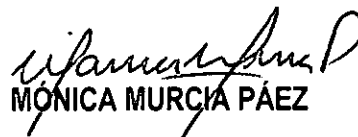
Por la cual se declara una caducidad

Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 07 MAYO 2002

La Superintendente de Industria y Comercio


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificación:

Doctor
GABRIEL IBARRA PARDO
Apoderado
MULTILLANTAS LTDA
C.C.: 3.181.441 de Suba
Calle 100 No 8 A - 55 Oficina 1103, Torre C
Ciudad

Doctor
RICARDO VANEGAS BELTRAN
Apoderado
SHELL COLOMBIA S.A.
DARÍO NAVARRO HINCAPIÉ
T.P. 49.263 C.S.J.
Calle 70 No 9 - 91
Ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIA GENERAL

17 5 MAY 2002
El _____ notifique personalmente el contenido
De la presente providencia a Ricardo Varegas Beltrán.
Identificado con la C.C. No. 191442-543 de Bogotá.
Entregándole copia de la misma e informándole que
Procede el recurso de reposición ante el _____
Dentro de los (5) días hábiles siguientes a la presente
Notificación

Ricardo Varegas Beltrán

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIA GENERAL

16 MAY 2002
El _____ notifique personalmente el contenido
De la presente providencia a Federico Salas
Identificado con la C.C. No. 163484028771.9686
Entregándole copia de la misma e informándole que
Procede el recurso de reposición ante el _____
Dentro de los (5) días hábiles siguientes a la presente
Notificación

Federico Salas