

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA - Actos contrarios a la libre competencia / ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA - Influenciar a empresa para incrementar o rebajar precios / ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA - Influenciar. Alcance de la expresión / INFLUENCIAR A EMPRESA - Conducta contraria a la libre competencia. Elementos objetivo y subjetivo / INFLUENCIAR A EMPRESA - Elemento subjetivo: sujetos activo y pasivo de la conducta

La controversia radica en determinar si la parte demandante incurrió en el acto contrario a la libre competencia contenido en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, el cual dispone: “Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención en rebajar los precios”. Para el caso sub examine, es importante traer a colación la sentencia de 9 de octubre de 2003, proferida por esta Sección, la cual expresa: “...Del texto de las anteriores comunicaciones infiere la Sala que la intención de la actora no fue simplemente la de “sugerir”, esto es, “insinuar” o “inspirar” una idea, según las acepciones que trae el Diccionario de la Lengua Española, edición 1992, página 1359, última columna, respecto del primer vocablo, el cual, ciertamente, se haya desprovisto de cualquier efecto constrictivo, sino, todo lo contrario, lo que se advierte es el propósito de ejercer poder o autoridad sobre sus destinatarios. De ahí que en las misivas se enfatice en que si no se acata la instrucción impartida se van a haber afectadas las buenas relaciones comerciales que hasta el momento se han mantenido, lo que bien puede traducirse en una amenaza, que es un anuncio o presagio de una cosa mala. Ahora, para los efectos que consagra la conducta sancionada es irrelevante que la influencia hubiera obtenido o no el resultado esperado por la actora, pues no solo en ella no se establece ningún tipo de condicionamiento, lo que hace suponer que se tipifica con su sola realización sino porque según el artículo 45 (sic) del Decreto 2153 de 1992 lo determinante está en la posibilidad de influenciar. (...). De igual manera, también resulta irrelevante para los efectos de la disposición en estudio, que el sujeto pasivo de la influencia hubiera o no tenido la idea de incrementar o rebajar los precios, sino que basta que se ejerza presión tendiente a evitar el incremento o la rebaja, independientemente, como ya se dijo, si debido a tal presión dicho sujeto se abstuvo o no de actuar. Y estima la Sala que la actora estaba en la posibilidad de ejercer influencia, pues se trata de empresas independientes (proveedor y distribuidor), no filiales, en las que puede predicarse convenio de acatar instrucciones; y precisamente, dada la condición de proveedora, en razón de la fabricación, venta, distribución, representación y mantenimiento de los MEDIDORES DE AGUA exigió que “por ninguna circunstancia” y “por ningún motivo” se debían dar descuentos superiores al 10%, so pena de que se deterioraran las buenas relaciones comerciales que hasta el momento se habían mantenido. (...). Finalmente, comparte la Sala el criterio del a quo en cuanto consideró que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma, la cual no exige tener en cuenta las utilidades obtenidas con el producto por el cual se presentó la práctica comercial restrictiva (...). (...) De la providencia antes transcrita, proferida por esta Sección y la cual acoge la Sala en esta oportunidad, se destacan varios aspectos importantes que se tendrán en cuenta en el análisis que corresponde efectuar: Es así como de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 citado, se tiene que para que una conducta sea contraria a las normas sobre la libre competencia, es pertinente que cumpla con los elementos mínimos establecidos en la misma, es decir, deben probarse los supuestos fácticos señalados en dicha norma: influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos, o bien, para que desista de su intención de rebajar los precios de tales

productos. Para que la conducta sea considerada como contraria a la libre competencia, es necesario que concurren los elementos subjetivo y objetivo que integran la estructura jurídica de la citada norma. El elemento subjetivo hace alusión a los sujetos activos o pasivos que intervienen en la conducta, así como a las cualificaciones que la misma norma requiere. De esta forma se tiene que el sujeto activo, es quien ejerce el acto de influenciar sobre una empresa determinada, con el ánimo de incidir en su política de precios. Respecto al sujeto pasivo, se trata de la empresa a quien se pretende influenciar, esto es, el que recibe el mensaje u orden.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2153 DE 1992 – ARTICULO 48 NUMERAL 2

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la conducta contraria a la libre competencia económica descrita en el artículo 48 numeral 2 del Decreto 2153 de 1992, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 8101, del 9 de octubre de 2003, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 8231 DE 2001 (21 DE MARZO) SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (NO ANULADA) / RESOLUCION 20229 DE 2001 (22 DE JUNIO) SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (NO ANULADA)

ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA - Influnciar a empresa para incrementar o rebajar precios / INFLUENCIAR A EMPRESA - Sujetos activo y pasivo de la conducta / INFLUENCIAR A EMPRESA - Elemento objetivo: implica incidir, sugerir, insinuar o inspirar una idea en el parecer de otro

En el sub lite, la empresa que actuó como sujeto activo fue CASA LUKER S.A. a través de sus empleados, los señores ÁNGELA MARÍA MUÑOZ y WILLIAM MANUEL OSPINA Z, dadas las actividades que les correspondía realizar en desarrollo del objeto social de la referida empresa, la cual está dedicada a la producción, comercialización y venta de productos alimenticios, entre ellos, el Aceite Gourmet de 5.000 c.c. Por su parte, el sujeto pasivo lo constituye el destinatario de los actos de influenciación, quien además de ser quien recibe la orden, debe ostentar la condición de empresa. En el caso sub examine, se observa que MAKRO DE COLOMBIA S.A. es una empresa que se encuentra dedicada a la comercialización y venta, entre otros productos, del Aceite Gourmet antes mencionado, a través de sus establecimientos de comercio ubicados a nivel nacional, que permite determinar que es una actividad organizada como empresa. Por consiguiente, el elemento subjetivo se cumple a cabalidad, al estar determinados por los sujetos activo y pasivo en los términos que la norma en análisis prevé. En cuanto al elemento objetivo que pregona la norma en comento, se precisa, que no es otro, que el ejercicio de la actividad económica desplegada por una empresa, en la que sus actos vayan encaminados a alterar el libre albedrío de otra empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los productos y servicios que ofrece. En efecto, la conducta de "influnciar" presupone "incidir", "sugerir", esto es, "insinuar" o "inspirar" una idea, en el parecer de otro sobre el monto del precio que debe cobrarse al público consumidor por un determinado producto, bien sea para aumentarlo o disminuirlo.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 8231 DE 2001 (21 DE MARZO) SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (NO ANULADA) / RESOLUCION 20229 DE 2001 (22 DE JUNIO) SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (NO ANULADA)

LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA - Afectación por intromisión en libertad de fijación de precios / PRACTICA RESTRICTIVA DE LA COMPETENCIA - Influenciar a empresa para fijación de precios / INFLUENCIA EN FIJACION DE PRECIOS - Acto contrario a la libre competencia económica / INFLUENCIAR - No se requiere resultado de la conducta. Es suficiente el propósito de incidir o sugerir

En el caso en análisis, la demandada pudo establecer que la sociedad CASA LUKER S.A. le concedía a su cliente, MAKRO DE COLOMBIA S.A., un 7% de descuento del valor del Aceite Gourmet 5.000 c.c., con la condición de que tal descuento, no fuera transferible al público consumidor. Sin embargo, la sociedad MAKRO mantuvo su propia política de fijación de precios, consistente en bajar el precio final de venta al público, debido a que para el 8 al 21 de septiembre de 1998, dicho producto haría parte del programa "MAKRO MAIL" que la indicada empresa promocionaba. En otras palabras, la empresa influenciada hizo caso omiso a la exigencia de la actora. No obstante, del texto de las comunicaciones transcritas, infiere la Sala, que la intención de la actora era que MAKRO no trasladara el descuento que le fuere otorgado al público consumidor, pues se observa en el mismo que se trataba de una orden, por cierto, imperativa de no hacerlo. En este orden de ideas, a la Sala no le cabe la menor duda, que la conducta desplegada por la parte demandante, es una limitante a la libre competencia, en cuanto pone de manifiesto una intromisión indebida en la libertad de precios de la empresa influenciada. De acuerdo con lo previsto en la norma, la acción se predica exclusivamente del sujeto activo, pues ésta no condiciona ni supedita su configuración a una respuesta positiva de la empresa influenciada, ya que de haber sido esa la voluntad del legislador, entonces, la norma en estudio habría incluido tal supuesto como si lo hace en otras disposiciones del Decreto 2153 de 1992, al referirse al "efecto" de la conducta. De manera, que la adecuada interpretación del verbo rector prescrito en la norma aludida es que, sea suficiente la influencia de un tercero sin determinar su efecto, para que se considere tipificada la conducta restrictiva de la competencia, enmarcada en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, bajo el supuesto de influenciar a otra empresa "...para que desista de su intención en rebajar los precios". En el sub lite, queda claro que la conducta de la parte sancionada (empresa influyente), tuvo por objeto influenciar a MAKRO DE COLOMBIA S.A. (empresa influenciada), para que desistiera de rebajar los precios, no trasladando el descuento del 7% al público consumidor, respecto a lo cual, se reitera, que no era necesario su resultado, esto es, de que efectivamente la segunda de las nombradas empresas, hubiese contestado en forma positiva a tal orden o exigencia. Así las cosas, a juicio de la Sala, CASA LUKER S.A., incurrió en la práctica restrictiva de la competencia descrita en la norma, siendo irrelevante, el tamaño o la capacidad o la potencialidad del agente pasivo (MAKRO) o del activo, alegado por la parte demandante, pues es suficiente la presión que ejerció sobre éste, tendiente a evitar la rebaja, independiente, de si la empresa influenciada se haya abstenido o no de actuar.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2153 DE 1992 – ARTICULO 48 NUMERAL 2

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 8231 DE 2001 (21 DE MARZO) SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (NO ANULADA) / RESOLUCION 20229 DE 2001 (22 DE JUNIO) SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (NO ANULADA)

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-24-000-2001-01261-01

Actor: SUCESORES DE JOSE JESUS RESTREPO & CIA S.A. -CASA LUKER- Y OTROS

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la sociedad **SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CÍA S.A. -CASA LUKER- Y OTROS**, contra la sentencia de 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. La sociedad **SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CÍA S.A.-CASA LUKER y OTROS**, actuando mediante apoderado presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª: Es nula la Resolución 8231 de 21 de marzo de 2001 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta.

2ª: Es nula la Resolución 20229 de 22 de junio de 2001, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición, confirmando el anterior acto administrativo.

I.2. La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

Que la Superintendencia de Industria y Comercio, invocando dos comunicaciones expedidas por CASA LUKER y dirigidas a MAKRO DE COLOMBIA S.A., específicamente para los eventos de “*Makro Mail núm. 18*”, suscritas por Ángela María Muñoz, Ejecutiva de Ventas y William Manuel Ospina Zúñiga, Director Nacional de Autoservicios, mediante las cuales se le concede un descuento “no transferible al público” del 7% sobre el aceite vegetal Gourmet de 5.000 c.c. a favor de MAKRO, abrió investigación administrativa en contra de la referida sociedad y de los señores ÁNGELA MARÍA MUÑOZ Y WILLIAM OSPINA, por presunta violación al régimen de prácticas restrictivas de la competencia.

Indica que como resultado de la investigación, la Administración consideró como norma violada el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, el cual consagra como acto contrario a la libre competencia el influenciar a una empresa para que incremente los precios o desista de su intención de rebajarlos.

Sostiene que tal influencia no existió por cuanto la norma exige un resultado y éste no se produjo, ya que los precios del citado producto no fueron rebajados por parte de MAKRO.

Afirma que no obstante haber desvirtuado con pruebas la no ocurrencia de la conducta, la Superintendencia de Industria y Comercio procedió a sancionar a los actores por vulneración del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

I.3.- La parte demandante adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Que la Administración violó los artículos 48 numeral 2º del Decreto 2153 de 1992; 29 y 83 de la Constitución Política.

Sostiene que del texto del artículo 48 numeral 2º del Decreto 2153 de 1992, se deducen tres elementos: la existencia de dos empresas, la que influencia y la influenciada, el verbo rector influenciar y el objetivo de incrementar los precios o desistir de la intención de rebajarlos.

Afirma que tales elementos no fueron debidamente demostrados en la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio y no obstante impuso una sanción, violando el debido proceso, el derecho de defensa y el principio de legalidad.

Aduce que la Administración impuso una sanción por la supuesta comisión de una infracción que no existió y no se encuentra prohibida en la ley, por darle al verbo rector una interpretación errónea que no caracteriza su finalidad.

Sostiene que se tuvieron en cuenta unos de los elementos de la norma, eliminando del análisis el presupuesto intencional consagrado en la misma.

Agrega que MAKRO siendo el primer hipermercado del país desde 1998, que está en la posibilidad de demandar aceites de otros oferentes en el mercado, no tenía la potencialidad o posibilidad siquiera de ser influenciado por CASA LUKER, tal como se demostró en las pruebas decretadas de oficio por la parte demandada.

Destaca que la Administración considera que el verbo rector influenciar no requiere la obtención de un resultado, aunque a lo largo de las diferentes

Resoluciones proferidas dentro del curso de la investigación, sin justificación alguna varió su posición.

Precisa que la Administración no demostró la intención concreta de MAKRO de rebajar los precios transfiriendo el descuento al público o vendiendo por debajo del costo; y al contrario, lo que se probó en el curso de la investigación es que al momento de la ocurrencia de los hechos los precios de SURTIMAX y ALKOSTO se encontraban por encima de los de MAKRO.

Manifiesta que se violaron los principios de la hermenéutica jurídica, ya que al utilizar la demandada en forma caprichosa el concepto del verbo rector influenciar, omitió dar aplicación correcta a la interpretación de las normas.

Arguye que la Administración omitió dar aplicación a los artículos 25 y 26 del Código Civil para interpretar por vía de doctrina la disposición que presume violada.

Además, que violó el artículo 27 del Código Civil, al darle un sentido oscuro a la disposición presuntamente vulnerada, pretendiendo consultar su espíritu para concluir que el verbo influenciar es de medio y no de resultado.

Igualmente, que el artículo 28 ibídem fue desconocido por la Administración, porque le asignó al verbo una connotación diferente e hizo uso de la expresión “*busca influenciar*” que no corresponde al precepto legal. Además, el artículo 30 del mismo Código, también fue vulnerado por la demandada.

I.4- La Superintendencia de Industria y Comercio por medio de apoderado contestó la demanda, y para oponerse a las pretensiones de la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente:

Que el elemento “dos empresas independientes” que contiene el numeral 2º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, es claro en cuanto a que se refiere a la independencia de dos empresas: una que realiza la conducta restrictiva y otra que recibe la influencia de tal conducta, pero que la citada norma no calificó la relación que debía existir entre las dos empresas, ni estableció como requisito, que la empresa influenciada no tuviera otras opciones dentro del mercado. Tampoco exige ningún tipo de concurrencia de voluntades, puesto que los actos anticompetitivos pueden ser desarrollados por cualquier agente económico.

Que del otro elemento “influnciar” de la norma en análisis, es preciso estudiar su alcance. Que a pesar de que el legislador no la define, es evidente que del texto de las cartas suscritas por los señores William Ospina y Ángela Muñoz, se prueba la intención de Casa Luker de evitar que el descuento que le había otorgado a Makro se viera reflejado en el precio por el cual vendía el producto.

Afirma que es claro, que aunque Makro hizo caso omiso de la influencia ejercida por Casa Luker, ésta sí lo influenció para que desistiera de su intención de rebajar los precios del aceite al señalarle que el descuento de un 7% que le otorgaba a Makro, no era transferible al público, ni podía sacarlo por debajo del costo del mismo.

Aduce que una vez analizado el material probatorio, el Superintendente de Industria y Comercio estableció que los señores William Ospina y Ángela Muñoz habían autorizado o permitido que Casa Luker ejecutara la enunciada práctica restrictiva de la competencia.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, denegó las pretensiones de la demanda, por lo siguiente:

Que un aspecto fundamental de la controversia lo constituye fijar su criterio respecto del significado de la palabra influenciar. Que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa: “1. *Dicho de una cosa: Producir sobre otra, ciertos efectos; como el del hierro sobre la aguja imanada, la luz en la vegetación, etc.* 2. *Dicho de una persona o cosa: Ejercer predominio o fuerza moral.* 3. *Contribuir con más o menos al éxito de un negocio.* 4. *Inspiral o comunicar Dios algún efecto o don de su gracia*” (folio 403).

Indica que como la segunda de las acepciones tiene como objeto además a la persona, es la que se considera aplicable a este asunto.

Arguye que si bien es cierto que el predominio es una cualidad que denota poder, superioridad, influjo o fuerza, la fuerza moral tiene que ver con el fuero interno de las personas (ánimo o voluntad) y por tanto así se ejerza no necesariamente produce un resultado.

Expresa que conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, norma en que se fundamentó la Superintendencia de Industria y Comercio, “...no se requería la existencia de un resultado para que pudiera imponerse la sanción”.

Señala que el elemento intencional con que actuó la actora, a su juicio, no fue descartado como se afirma en la demanda.

Que de acuerdo con las comunicaciones enviadas por la parte demandante a la sociedad MAKRO DE COLOMBIA S.A., se refleja la intención de CASA LUKER S.A. de influir en la otra empresa para que no trasladara un descuento al público o para que no la sacara por debajo de ese costo.

Agrega que la norma no establece como condicionamiento que la influencia sea ejercida por una empresa más poderosa económicamente, pues lo que sanciona la norma es la conducta que tenga como intención conseguir un resultado y no su capacidad para lograrlo.

Expresa que los artículos 25 y siguientes del Código Civil no fueron vulnerados, pues el hecho de que la Administración haya realizado un análisis sobre el significado de la palabra influenciar, no significa que el sentido de la disposición sea oscuro, pues obedece a la controversia desatada por la demandante.

Tampoco fueron vulnerados los artículos 27, 29 y 30 del mismo Código, toda vez que ante la claridad de la disposición en la que se fundamentó la sanción, el sentido natural y obvio de su contexto, a su juicio, la Administración interpretó y aplicó el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 adecuadamente.

Sostiene que tampoco son de recibo las apreciaciones de la parte demandante sobre la falsa motivación de los actos acusados, pues es claro que el motivo fue el envío de las dos comunicaciones a MAKRO.

En igual sentido se pronuncia acerca de la vulneración del principio de tipicidad de la infracción al no demostrarse la producción del efecto, pues ese resultado no se requería de acuerdo con la norma por la cual se sancionó.

Afirma que el debido proceso fue respetado en su integridad. Además que no comparte las apreciaciones de la parte demandante en cuanto a que la Administración analizó los hechos bajo la regla *per se*, limitando el derecho de defensa, pues lo que sucedió es que ante los actos realizados por CASA LUKER, previo el procedimiento establecido en la ley, se impuso la sanción correspondiente.

Arguye, contrario a lo que afirma la parte demandante, que el artículo 9o de la Ley 155 de 1959 debe entenderse derogado en aplicación del artículo 59 del Decreto 2153 de 1992, por ser contradictorio en cuanto a sus finalidades con lo dispuesto en el artículo 48 del citado Decreto.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte demandante finca su inconformidad, principalmente, en lo siguiente:

Que la Superintendencia interpretó que la disposición prohíbe la influencia (efecto) y la tentativa de influencia (objeto), cuando el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 prohíbe la influencia.

Reitera que gramaticalmente el significado de la palabra influenciar, no se asimila al verbo “intentar” o “pretender”, pues mientras que el verbo rector de la norma requiere de un resultado para su configuración, los segundos no contienen tal efecto.

Manifiesta que la acepción utilizada por el Tribunal, conforme a la cual el citado verbo correspondería al “*ejercicio de un predominio o fuerza moral sobre el ánimo*”, necesariamente conlleva el efecto de la doblegación o modificación del ánimo más

débil, que en este caso no se presenta, ya que MAKRO DE COLOMBIA S.A. rebajó los precios del aceite.

Recurre a lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil respecto a la interpretación sistemática que debe dársele al numeral 2º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, para lo cual se apoya en lo previsto en el numeral 1º del citado artículo, de cuyo texto resalta la función de la Superintendencia de “*dar trámite a aquellas (reclamaciones o quejas) que sean significativas...*”. Igualmente en el artículo 47 del mencionado Decreto, que establece una relación enunciativa de los acuerdos considerados contrarios a la libre competencia, los cuales se sancionan cuando tengan por objeto o como efecto restringir la competencia en los mercados.

Aduce que estas normas son importantes, para determinar que la Administración sólo debe tramitar los asuntos que versen sobre conductas anticompetitivas siempre y cuando las mismas sean significativas en términos de mercado, y que tales conductas son sancionables por su objeto, es decir, por su intención, únicamente cuando revisten la forma de acuerdos.

Expresa que siendo el verbo influenciar de resultado y necesitar por tanto de un efecto para que se configure, pueden darse las siguientes hipótesis en relación con la intención que antecede dicha influencia:

“El agente activo pretende que el pasivo haga algo, pero éste no lo hace. En esta hipótesis claramente no se configura la influencia, pues el agente pasivo no cede ante la sugerencia del agente activo de la conducta.

El agente activo pretende que el pasivo haga algo, éste acepta la petición y hace lo que pretende el agente activo. En esta hipótesis se configura un acuerdo pues, no es

voluntad del agente pasivo resistirse a la pretensión del agente y en esta medida, de una manera acordada, accede a lo pedido.

El agente activo pretende que el pasivo haga algo, y éste lo hace contra su voluntad. En esta hipótesis se configura el acto contrario a la libre competencia de que trata el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, pues cuando el agente pasivo cede ante la pretensión del activo, no obstante lo hace contra su voluntad, accede a lo pedido. Nótese que en este evento no existe acuerdo, pues el consentimiento del agente pasivo está viciado y en tal medida el acuerdo es inexistente, por faltar uno de los requisitos esenciales para la conformación de contratos” (folio 17 del cuaderno principal).

Recurre a lo dispuesto en el artículo 31 del Código Civil respecto a la interpretación sistemática que hace la Administración sobre el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

Indica que del análisis hermenéutico de la norma fundamento de la sanción, se desprende que ésta fue erróneamente interpretada por la demandada, pues conforme a las pruebas allegadas se aprecia que CASA LUKER no influyó a MAKRO, reiterando, que la última de las citadas sociedades al momento de los hechos carecía de la intención de rebajar los precios del aceite Gourmet x 5000, que CASA LUKER no tenía la fuerza o capacidad mínima necesaria para modificar el ánimo de MAKRO y no logró el efecto requerido de desistir de la intención de rebajar los precios.

Además, para demostrar que CASA LUKER no tenía la capacidad de influenciar el ánimo de MAKRO en relación con su intención de rebajar los precios y, por lo tanto, la Superintendencia se extralimitó en la aplicación de la norma al haberla interpretado erróneamente, se apoya en algunos de los apartes de los testimonios rendidos por los señores Elvia Patricia Gutiérrez, William Ospina y Ángela María Muñoz Jaramillo (folios 20 y 21 del cuaderno principal).

Igualmente, para demostrar que MAKRO no desistió de su “intención” de rebajar los precios y en tal sentido, los rebajó y, por lo tanto, CASA LUKER no influenció su ánimo de lograr que desistiera de su intención de rebajar los precios, cita unos documentos y se apoya en algunos de los apartes de los testimonios rendidos por las personas mencionadas en el acápite anterior (folios 23 a 25 del cuaderno principal).

De la misma forma, para demostrar que MAKRO fija de manera independiente y autónoma el precio de sus productos y, por lo tanto, CASA LUKER no influyó en su voluntad, cita la respuesta que en el punto 8 hace el Presidente de MAKRO al requerimiento de la demandada, de 11 de junio 2000, y también se apoya en algunos de los apartes de los testimonios rendidos por las personas antes aludidas (folios 26 y 27 del cuaderno principal).

Por otra parte, sostiene, respecto al principio de legalidad, que este fue vulnerado por parte de la Administración, toda vez que *“pretender preservar el ordenamiento jurídico mediante el quebrantamiento de sus bases, constituye una contradicción de fondo que socava...”* dicho principio.

Que la anterior situación obedece a que la Administración realizó una interpretación errónea de la norma fundamento de la sanción *“...lo cual constituye un precedente negativo, antijurídico y desde todo punto de vista inconveniente para el propósito fundamental de que los ciudadanos de manera general, cuenten con unas seguridades jurídicas mínimas en lo que a sus actuaciones se refiere”* (folio 28 del cuaderno principal).

Agrega que cuando el legislador establece normas las delimita en aras de una finalidad específica y concreta, que en materia de prohibiciones y sanciones, no puede extenderse a situaciones a las cuales la norma no hace referencia.

Finaliza su exposición indicando que hubo desproporción de la sanción impuesta frente a la conducta erróneamente imputada, razón por la cual solicita que si se avala la interpretación de la norma efectuada por la Administración, subsidiariamente la sanción sea disminuida.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público notificada en la oportunidad procesal correspondiente, guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia radica en determinar si la parte demandante incurrió en el acto contrario a la libre Competencia contenido en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, el cual dispone:

“Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención en rebajar los precios”.

Para el caso sub examine, es importante traer a colación la sentencia de 9 de octubre de 2003, proferida por esta Sección, la cual expresa:

“...Del texto de las anteriores comunicaciones infiere la Sala que la intención de la actora no fue simplemente la de “sugerir”, esto es, “insinuar” o “inspirar” una idea, según las acepciones que trae el Diccionario de la Lengua Española, edición 1992, página 1359, última columna, respecto del primer vocablo, el cual, ciertamente, se haya desprovisto de cualquier efecto constrictivo, sino, todo lo contrario, lo que se advierte es el propósito de ejercer poder o autoridad sobre sus destinatarios. De ahí que en las misivas se enfatice en que si no se acata la instrucción impartida se van a haber afectadas las buenas relaciones comerciales que hasta el momento se han mantenido, lo que bien puede traducirse en una amenaza, que es un anuncio o presagio de una cosa mala.

Ahora, para los efectos que consagra la conducta sancionada es irrelevante que la influencia hubiera obtenido o no el resultado esperado por la actora, pues no solo en ella no se establece ningún tipo de condicionamiento, lo que hace suponer que se tipifica con su sola realización sino porque según el artículo 45 (sic) del Decreto 2153 de 1992 lo determinante está en la posibilidad de influenciar.

(...).

De igual manera, también resulta irrelevante para los efectos de la disposición en estudio, que el sujeto pasivo de la influencia hubiera o no tenido la idea de incrementar o rebajar los precios, sino que basta que se ejerza presión tendiente a evitar el incremento o la rebaja, independientemente, como ya se dijo, si debido a tal presión dicho sujeto se abstuvo o no de actuar.

Y estima la Sala que la actora estaba en la posibilidad de ejercer influencia, pues se trata de empresas independientes (proveedor y distribuidor), no filiales, en las que puede predicarse convenio de acatar instrucciones; y precisamente, dada la condición de proveedora, en razón de la fabricación, venta, distribución, representación y mantenimiento de los MEDIDORES DE AGUA exigió que “por ninguna circunstancia” y “por ningún motivo” se debían dar descuentos superiores al 10%, so pena de que se deterioraran las buenas relaciones comerciales que hasta el momento se habían mantenido.

(...).

Finalmente, comparte la Sala el criterio del a quo en cuanto consideró que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma, la cual no exige tener en cuenta las utilidades obtenidas con el producto por el cual se presentó la práctica comercial restrictiva (...)¹.

¹ Sentencia de 9 de octubre de 2003. Exp. núm. 8101. Consejero Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Actora: Compañía Colombiana de Medidores Tavira S.A.

En el caso sub examine, la misiva de 21 de agosto de 1998, suscrita por la señora Ángela María Muñoz, Ejecutiva de Ventas de CASA LUKER, dirigida a MAKRO DE COLOMBIA S.A., expresa:

“La presente con el fin de confirmar participación en el MAKRO MAIL # 18 con fecha Septiembre 8 a 21 del mismo, en donde nos haremos presentes con ACEITE GOURMET x 5000 c.c. otorgándoles un 7% de DESCUENTO NO TRANSFERIBLE AL PÚBLICO...”.

A su vez, la carta de 1o de septiembre de 1998, suscrita por el señor WILLIAM MANUEL OSPINA Z., Director Nacional de Autoservicios de CASA LUKER, dirigida a MAKRO DE COLOMBIA S.A., manifiesta:

“La presente con el fin de confirmarles nuestro DESCUENTO DEL 7% en nuestro producto ACEITE GOURMET x 5000 c.c., durante todo el mes de septiembre de 1998. El anterior descuento queda claro que no podrá ser transferido al público, ni sacarlo por debajo del costo del mismo...”.

De manera, que estas son las dos misivas en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio se basó para imponer las sanciones administrativas a CASA LUKER y a las dos personas que como empleadas de la misma, comprometieron su responsabilidad, al dirigir las con destino a MAKRO DE COLOMBIA S.A., con fundamento en la interpretación del numeral 2º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

De la providencia antes transcrita, proferida por esta Sección y la cual acoge la Sala en esta oportunidad, se destacan varios aspectos importantes que se tendrán en cuenta en el análisis que corresponde efectuar:

Es así como de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 citado, se tiene que para que una conducta sea contraria a las normas sobre la libre competencia, es pertinente que cumpla con los elementos mínimos establecidos en la misma, es decir, deben probarse los supuestos fácticos señalados en dicha norma: influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos, o bien, para que desista de su intención de rebajar los precios de tales productos.

Para que la conducta sea considerada como contraria a la libre competencia, es necesario que concurren los elementos subjetivo y objetivo que integran la estructura jurídica de la citada norma.

El elemento subjetivo hace alusión a los sujetos activos o pasivos que intervienen en la conducta, así como a las cualificaciones que la misma norma requiere.

De esta forma se tiene que el sujeto activo, es quien ejerce el acto de influenciar sobre una empresa determinada, con el ánimo de incidir en su política de precios.

Respecto al sujeto pasivo, se trata de la empresa a quien se pretende influenciar, esto es, el que recibe el mensaje u orden.

En el sub lite, la empresa que actuó como sujeto activo fue CASA LUKER S.A. a través de sus empleados, los señores ÁNGELA MARÍA MUÑOZ y WILLIAM MANUEL OSPINA Z, dadas las actividades que les correspondía realizar en desarrollo del objeto social de la referida empresa, la cual está dedicada a la producción, comercialización y venta de productos alimenticios, entre ellos, el Aceite Gourmet de 5.000 c.c.

Por su parte, el sujeto pasivo lo constituye el destinatario de los actos de influenciación, quien además de ser quien recibe la orden, debe ostentar la condición de empresa. En el caso sub examine, se observa que MAKRO DE COLOMBIA S.A. es una empresa que se encuentra dedicada a la comercialización y venta, entre otros productos, del Aceite Gourmet antes mencionado, a través de sus establecimientos de comercio ubicados a nivel nacional, que permite determinar que es una actividad organizada como empresa.

Por consiguiente, el elemento subjetivo se cumple a cabalidad, al estar determinados por los sujetos activo y pasivo en los términos que la norma en análisis prevé.

En cuanto al elemento objetivo que pregona la norma en comento, se precisa, que no es otro, que el ejercicio de la actividad económica desplegada por una empresa, en la que sus actos vayan encaminados a alterar el libre albedrío de otra empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los productos y servicios que ofrece.

En efecto, la conducta de "*influenciar*" presupone "incidir", "sugerir", esto es, "insinuar" o "inspirar" una idea, en el parecer de otro sobre el monto del precio que debe cobrarse al público consumidor por un determinado producto, bien sea para aumentarlo o disminuirlo.

En el caso en análisis, la demandada pudo establecer que la sociedad CASA LUKER S.A. le concedía a su cliente, MAKRO DE COLOMBIA S.A., un 7% de descuento del valor del Aceite Gourmet 5.000 c.c., con la condición de que tal descuento, no fuera transferible al público consumidor. Sin embargo, la sociedad

MAKRO mantuvo su propia política de fijación de precios, consistente en bajar el precio final de venta al público, debido a que para el 8 al 21 de septiembre de 1998, dicho producto haría parte del programa "MAKRO MAIL" que la indicada empresa promocionaba. En otras palabras, la empresa influenciada hizo caso omiso a la exigencia de la actora.

No obstante, del texto de las comunicaciones transcritas, infiere la Sala, que la intención de la actora era que MAKRO no trasladara el descuento que le fuere otorgado al público consumidor, pues se observa en el mismo que se trataba de una orden, por cierto, imperativa de no hacerlo.

En este orden de ideas, a la Sala no le cabe la menor duda, que la conducta desplegada por la parte demandante, es una limitante a la libre competencia, en cuanto pone de manifiesto una intromisión indebida en la libertad de precios de la empresa influenciada. De acuerdo con lo previsto en la norma, la acción se predica exclusivamente del sujeto activo, pues ésta no condiciona ni supedita su configuración a una respuesta positiva de la empresa influenciada, ya que de haber sido esa la voluntad del legislador, entonces, la norma en estudio habría incluido tal supuesto como si lo hace en otras disposiciones del Decreto 2153 de 1992, al referirse al "efecto" de la conducta.

De manera, que la adecuada interpretación del verbo rector prescrito en la norma aludida es que, sea suficiente la influencia de un tercero sin determinar su efecto, para que se considere tipificada la conducta restrictiva de la competencia, enmarcada en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, bajo el supuesto de influenciar a otra empresa "*...para que desista de su intención en rebajar los precios*".

En el sub lite, queda claro que la conducta de la parte sancionada (empresa influyente), tuvo por objeto influenciar a MAKRO DE COLOMBIA S.A. (empresa influenciada), para que desistiera de rebajar los precios, no trasladando el descuento del 7% al público consumidor, respecto a lo cual, se reitera, que no era necesario su resultado, esto es, de que efectivamente la segunda de las nombradas empresas, hubiese contestado en forma positiva a tal orden o exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, CASA LUKER S.A., incurrió en la práctica restrictiva de la competencia descrita en la norma, siendo irrelevante, el tamaño o la capacidad o la potencialidad del agente pasivo (MAKRO) o del activo, alegado por la parte demandante, pues es suficiente la presión que ejerció sobre éste, tendiente a evitar la rebaja, independiente, de si la empresa influenciada se haya abstenido o no de actuar.

También son irrelevantes, las afirmaciones y pruebas de la parte demandante, en el sentido de demostrar que LUKER S.A., no contara con la capacidad de influenciar a MAKRO DE COLOMBIA S.A., porque en el mercado había otros agentes oferentes como Lloreda y la Nacional de Chocolates, pues la norma, como ya se dijo, no contiene supuestos condicionantes.

Finalmente, comparte la Sala el criterio del a quo en cuanto consideró que no tenía en cuenta en su análisis otras disposiciones o conceptos de violación planteados por la parte demandante en sus alegatos de conclusión, sin embargo, a título meramente ilustrativo, la Sala indica, como lo hizo en la providencia antes descrita, que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad legal que tiene la entidad demandada para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.

En este orden de ideas, la Sala estima que la actuación de la Administración se ajustó en un todo a derecho, por lo cual los cargos inculcados por la parte demandante relacionados con el principio de legalidad, falsa motivación, el principio de tipicidad, debido proceso, derecho de defensa, no tienen vocación de prosperar.

Tampoco es de recibo el argumento de la parte demandante, en cuanto a que el artículo 9º de la Ley 155 de 1959² es aplicable a este caso. Al respecto, esta Sala comparte el criterio del a quo, quien señala que esta disposición se encuentra derogada, por ser contraria a las finalidades del artículo 48 del Decreto Ley 2153 de 1992.

En consecuencia, es del caso confirmar la sentencia recurrida, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

² *"Cuando las Empresas Industriales fijan precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidoras, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal".*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala el 19 de noviembre de 2009.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO