



**LIBRE COMPETENCIA - Prácticas restrictivas / PRÁCTICA
CONSCIENTEMENTE PARALELA - Concepto / PRÁCTICA
CONSCIENTEMENTE PARALELA – Elementos / ACUERDOS CONTRARIOS A
LA LIBRE COMPETENCIA – Prueba / ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE
COMPETENCIA - Fijación indirecta de precios de compra del cacao en grano
en el territorio nacional**

[L]a fijación de precios iguales o similares para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto. En el caso sub examine, quedó plenamente demostrada la ocurrencia de un acuerdo contrario a la libre competencia, en tanto se cumplieron los siguientes presupuestos: 1) la existencia del acuerdo entre los actores, y 2) su objeto o efecto, indirecto o directo, consistente en fijar precios. En cuanto al primer presupuesto, cabe mencionar que el artículo 45, numeral 1, del Decreto 2153, define Acuerdo, así: “Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. De esas varias hipótesis posibles de dicho concepto, los hechos bajo estudio se encuadraron en la última, esto es, en la de “práctica conscientemente paralela entre dos o más empresas”, porque hubo: i) una práctica que involucró a las dos empresas demandantes, durante el lapso ya señalado, enero de 2005 y febrero de 2006, consistente en fijar, aumentar y disminuir el precio de compra de cacao de manera similar tanto en su magnitud como en sus circunstancias de tiempo; ii) la cual se dio de modo consciente, esto es, con pleno uso de sus sentidos y facultades, pues por la coincidencia en los precios de compra de cacao, fijados en las mismas fechas, en 7 memorandos, para diferentes modalidades de compra de cacao, que son adquiridos en distintas plazas, no resulta creíble que cada una de las empresas investigadas actuaron sin saber lo que estaban haciendo. [...] y iii) de manera paralela, en la medida en que los precios promedio del kilo de cacao corriente pagado por las empresas investigadas fueron similares y se comportaron de manera paralela durante el período de enero de 2005 a febrero de 2006, porque coinciden tanto las direcciones de las variaciones (en los aumentos y disminuciones) como su magnitud, y en algunos casos tuvieron un comportamiento idéntico. Y, respecto al segundo presupuesto, se debe advertir que dicho acuerdo tuvo como efecto la fijación indirecta de precios de la compra de cacao, con una sincronización y coincidencia notable.

**ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO – Concepto / CADUCIDAD DE LA
POTESTAD O FACULTAD SANCIONATORIA – Cómputo / CADUCIDAD DE LA
POTESTAD O FACULTAD SANCIONATORIA - No configuración**

En el presente caso, la conducta imputada a los actores es continuada o permanente, en la medida en que tuvo ocurrencia de manera prolongada y continuada, de tal manera que el cómputo de la caducidad para imponer la sanción debe hacerse a partir del último acto, esto es, desde la fecha en la cual cesó dicha conducta. En efecto, el acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, imputado a los actores, tuvo ocurrencia desde enero de 2005 y se mantuvo hasta el último día de febrero de 2006 y no solamente hasta el 18 de enero de 2006, fecha en que se envió el último memorando de fijación de precios, conforme lo adujo la COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES, dado que este memorando estuvo vigente hasta el final del período de investigación y el paralelismo de los precios se continuó observando después del 18 de enero de 2006. A este respecto, es importante precisar que dicha conducta fue considerada y



estudiada con una delimitación temporal mensual, de acuerdo con las gráficas y las tablas de las resoluciones acusadas, situación que refleja que la conducta se mantuvo durante el mes de febrero de 2006 y que no puede considerarse finalizada antes del día 28 de ese mismo mes y año, como alegó la demandante, si los investigados en ningún momento demostraron la terminación del acuerdo anticompetitivo en un momento anterior al que fuera analizado y definido por la SIC. Por lo tanto, a la luz de la Jurisprudencia consolidada tanto de la Corporación como de esta Sección, así como de lo previsto en el artículo 38 del CCA, la demandada tenía hasta el último día de febrero de 2009 para imponer y notificar la sanción respectiva antes de que caducara su facultad sancionadora, la que en efecto ejerció mediante la expedición de la Resolución núm. 04946 de 2 de febrero de 2009, notificada a la COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. el 16 de febrero de 2009 -folio 218 del cuaderno principal-, a CASA LUKER S.A. y al señor GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI, el 23 de febrero de 2009 -folio 138 del cuaderno principal-, esto es, sin que hubiese operado la caducidad erróneamente advertida por el a quo en la providencia impugnada de 19 de mayo de 2011 y sin que por lo mismo hubiese debido tener vocación de prosperidad dicho cargo de la demanda.

ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Principio de la publicidad / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD - Acceso a los expedientes por cualquier persona, salvo los de carácter reservado / EXAMEN DE LOS EXPEDIENTES – Excepciones. Restricción / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – No se vulnera al imponer la obligación de mantener la reserva de la información respecto de terceros

[L]a Sala debe señalar que no se violaron los derechos de defensa, de audiencia y del debido proceso, al mantener en reserva cierta información del expediente y no expedir copia de la totalidad del expediente administrativo, el cual constaba de 9 cuadernos, y que, por ende, resultan infundados los argumentos de la actora sobre el acceso restringido de dicha información, por lo siguiente: En primer lugar, se debe tener en cuenta que los investigados tienen derecho a obtener copias de los expedientes, pero que constituye una excepción a ello, cuando las actuaciones de los mismos tienen el carácter de reservada. [...] En segundo lugar, cabe advertir que desde que se le notificó a la mencionada actora, la Resolución núm. 28065 de 25 de octubre de 2006, “Por la cual se abre una investigación”, esto es, el 20 de noviembre de 2006, tanto la COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A., como todos los investigados, podían tener acceso, conocer y consultar toda la información de carácter reservado para el ejercicio de su derecho de defensa, con la salvedad de que dicha información reservada solo podía ser utilizada por sus apoderados para sus defensas, conforme se indicó en la constancia de 20 de noviembre de 2006, expedida por la SIC, [...] Ciertamente, el hecho de que a los actores se les permitiera tener acceso a la información reservada, con la obligación de mantener la reserva respecto de terceros, y sin que pudieran obtener copias de la misma, no constituye violación al derecho de defensa ni del debido proceso, pues a la luz de los apartes citados de la sentencia de 19 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo (C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas), traída a colación por el mismo apoderado de la COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A., solo constituye una violación a dichos derechos, cuando no se le permita a los investigados tener acceso a la información o documentos que gocen de reserva.

FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Para rechazar la práctica de pruebas



En lo concerniente a la negación de la práctica de algunas pruebas solicitadas, la Sala debe precisar que de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153, la SIC durante la investigación está facultada para practicar las pruebas solicitadas y las que de oficio considere procedentes. De ahí, que haya concedido la gran mayoría de las probanzas solicitadas y tan solo haya rechazado algunas, con la debida motivación, por considerar que las mismas ya obraban en el expediente y no eran necesarias. En el citado auto de pruebas, la demandada rechazó que se anexara copia de las bases de cálculo de las gráficas elaboradas por la SIC, dentro de la resolución núm. 28065 de 25 de octubre de 2006, al considerar “[...] que las gráficas que hacen parte del mencionado acto administrativo reflejan la información que fue suministrada por las empresas investigadas en la averiguación preliminar, por lo tanto esta información ya reposa en el expediente [...]”. [...] De acuerdo con lo anterior, en la Resolución núm. 28065 quedó claramente establecido cuál fue la información utilizada, así como la metodología empleada por la entidad demandada para obtener las cifras indicadas en los gráficos. Por tal razón, la Sala considera que no hubo violación a los derechos de defensa y del debido proceso de la SIC, al rechazar dicha prueba. [...] Además, debe precisarse que la SIC, en ejercicio de la facultad conferida por el citado artículo 52 del Decreto 2153, podía rechazar la práctica de las pruebas, con fundamento en que las mismas fueran impertinentes, inconducentes e innecesarias, así como considerar que el aludido testimonio no se ajustaba a lo establecido por el artículo 222 del Código de Procedimiento Civil.

PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN – No vulneración

[P]ara que una sanción impuesta cumpla con el requisito de proporcionalidad, es necesario demostrar la relación de la magnitud de dicha sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento. En el presente caso, la sanción impuesta es proporcional a los hechos que la motivaron, pues, además de que, los actores no demostraron que la conducta sancionada ameritara una sanción menor, según se infiere del contenido de los actos acusados, se analizó tanto la conducta desplegada, como las explicaciones dadas por los demandantes, a la luz de las disposiciones de la Ley 155 y del Decreto 2153, que le fueron imputadas, y atendiendo las circunstancias y la relevancia de las normas sobre libertad de competencia, se demostró que la conducta realizada por los demandantes tenía que ser sancionada, teniendo en cuenta la connotación negativa para el mercado de cacao que tiene la misma, así como la responsabilidad que le cabía a los actores al incurrir en una conducta contraria a la libre competencia.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 38 // LEY 155 DE 1959 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 2153 DE 1992 – ARTÍCULO 45 / DECRETO 2153 DE 1992 – ARTÍCULO 47 NUMERAL 1 / DECRETO 2153 DE 1992 – ARTÍCULO 52

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)



Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00161-01 Y 05001-23-31-000-20100-0487-01 (acumulados)

Actor: SUCESTORES DE JOSÉ RESTREPO Y CIA S.A. y COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - SIC

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tesis: LA CONDUCTA JURÍDICAMENTE ENDILGADA A LOS ACTORES SÍ SE REALIZÓ, TODA VEZ QUE SE EVIDENCIÓ UNA PRÁCTICA PARALELA Y CONSCIENTE POR PARTE SUYA, CUYO EFECTO FUE LA FIJACIÓN INDIRECTA DE PRECIOS, LO CUAL CONSTITUYE UN ACUERDO CONTRARIO A LA LIBRE COMPETENCIA, DE ACUERDO CON LO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 47, NUMERAL 1, DEL DECRETO 2153 DE 1992, Y COMO TAL UN COMPORTAMIENTO PROHIBIDO, SEGÚN LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1º DE LA LEY 155 DE 1959. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL FACULTAD SANCIONATORIA Y CADUCIDAD ARTÍCULO 38 DEL CCA

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala procede a decidir los recursos de apelación presentados por los actores, así: la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, en adelante **SIC**, contra la sentencia de 19 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, que declaró la nulidad de las resoluciones núms. 04946 de 2 de febrero de 2009 y 52202 de 16 de octubre del mismo año y como restablecimiento del derecho, ordenó a la **SIC** la devolución de las sumas pagadas por los demandantes por concepto de las multas impuestas mediante tales actos, debidamente actualizadas y negó la condena en costas; y la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.**, contra la sentencia de 20 de febrero de 2015, proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- PROCESO NÚM. 25000232400020100016101



I.1.1. La sociedad **SUCESORES DE JOSÉ JESUS RESTREPO & CIA. S.A. – CASA LUKER S.A.**, en adelante **CASA LUKER S.A.** y el señor **GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del CCA, presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) La **Resolución núm. 04946 del 2 de febrero de 2009**, *“Por la cual se imponen unas sanciones”*, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante la cual se declaró que **CASA LUKER S.A.** infringió el artículo 1º. de la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959¹ y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 30 de diciembre de 1992² y le impuso una multa de \$745.350.000 y que el señor **GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI** infringió las citadas disposiciones, así como el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 y le impuso una multa de \$111.802.500.

b) La **Resolución núm. 52202 de 16 de octubre de 2009**, *“Por la cual se resuelve un recurso”*, expedida por el mencionado funcionario, a través de la cual se confirmó la antes citada Resolución.

2ª. Que se declare que los actores no infringieron lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153.

3ª. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título del restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada o a la autoridad que corresponda,

¹ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.

² “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Ministro de Desarrollo Económico.



la restitución de las sumas de dinero a las que se refiere la pretensión primera y los intereses pagados, con su respectiva actualización.

4ª. Que se condene a la **SIC** a pagar las costas y gastos del presente proceso.

I.1.2. Los actores fundamentaron su demanda, en síntesis, en los siguientes hechos:

1º. Mediante la Resolución núm. 28065 de 25 de octubre de 2006, la **SIC** abrió investigación contra la sociedad **CASA LUKER S.A.**, la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** y sus representantes legales para establecer si actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153.

2º. El presunto acuerdo de precios en la modalidad de práctica conscientemente paralela, objeto de investigación, tuvo como mercados involucrados la compra de cacao y la venta de algunos productos terminados, específicamente cocoa, chocolate amargo y chocolate con azúcar.

3º. A juicio de la **SIC**, los precios de compra de cacao ofrecidos por las sociedades investigadas, en el mercado colombiano, mostraban movimientos paralelos que reflejaban posible acuerdo anticompetitivo, por lo cual consideró que los precios de venta de varios productos terminados tenían tendencias similares e injustificadas.

4º. **CASA LUKER S.A.** y la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** aportaron pruebas orientadas a demostrar la dinámica real de los mercados de compra de cacao y venta de productos terminados y las razones de los precios similares.



5°. El Informe Motivado, elaborado por la Delegatura de Promoción de la Competencia de la **SIC**, con el cual se dio por terminada la etapa de investigación, recomendó la imposición de una sanción por la existencia de paralelismo en los precios de compra de cacao en grano por parte de las citadas sociedades.

6°. En su defensa, ambas compañías argumentaron aspectos relativos a las características del mercado oligopsónico, la ausencia de análisis de los contraindicios del acervo probatorio de la investigación, la inexistencia de acuerdo unipersonal y el acuerdo nacional cacaotero que dispuso como referencia el precio internacional del producto.

7°. A través de la **Resolución núm. 04946 de 2 de febrero de 2009**, la **SIC** impuso sanción de multa a las dos sociedades investigadas y al señor Guillermo Eduardo Ponce de León Sarasti, por infracción de las normas antes citadas, pero no incluyó al representante legal de la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.**

8°. A través de la **Resolución núm. 52202 de 16 de octubre de 2009**, la **SIC** resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, en el sentido de confirmarla.

I.1.3. En apoyo de sus pretensiones, los actores adujeron la violación de los artículos 1° de la Ley 155 y 47, numeral 1, del Decreto 2153.

En síntesis, señalaron los siguientes cargos de violación:



Expresaron que dichas normas fueron indebidamente aplicadas, porque la **SIC** pretendió encontrar un acuerdo que no existió y endilgó a las empresas investigadas una infracción basada en comportamientos que son inherentes al mercado oligopsónico.

Indicaron que la entidad le restó importancia a las pruebas técnicas que demostraban la especial naturaleza del mercado de la compra de cacao y que no hubo acuerdo de precios en la modalidad de práctica conscientemente paralela.

Luego de transcribir las definiciones adoptadas por el organismo sobre el paralelismo en los precios, estimaron que hay ausencia de seguridad jurídica respecto a la definición del concepto de “paralelismo” y al criterio que tiene la **SIC** frente a la conducta investigada.

Resaltaron que este factor es relevante cuando la entidad está en presencia de un mercado oligopsónico, caracterizado por pocos oferentes con cuotas correlativas de participación, interdependencia entre los competidores y flujo perfecto de la información, que resulta de la estructura del mercado.

Señalaron que los precios de **CASA LUKER S.A.** y la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** no guardan niveles de aproximación sorprendente ni inexplicable, como lo exige la primera definición de la SIC, dado que las similitudes son el resultado de la estructura misma del mercado.

Advirtieron que la **SIC** ignoró que el mercado de compra de cacao en grano en Colombia, se caracteriza por ser semanal y no mensual y que tiene variaciones en cada Municipio.



Consideraron antitécnico el hecho de basarse en promedios nacionales de precios para establecer el paralelismo, como lo hizo la **Resolución núm. 04946 de 2009** sancionatoria, pues durante el período investigado existieron diferencias importantes de precios de compra entre las empresas en San Vicente de Chucurí, el Municipio más importante en esta materia.

Alegaron que durante todo el año los precios pagados por **CASA LUKER S.A.**, estuvieron por debajo de los de la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** con diferencias hasta de \$120 pesos entre ambas empresas y puso como ejemplo el caso de Neiva, donde los precios de la primera empresa tendieron a estar por debajo de la segunda, que fueron más estables.

En contra de la posición asumida por la **SIC**, estimaron que no es cierto que la diferencia en los precios sea irrelevante, ya que representa un elemento de competencia entre los agentes compradores del mercado.

Precisaron que en términos de la primera definición de paralelismo de precios adoptada por la **SIC**, las líneas de superposición de los precios de las empresas no eran casi perfectas.

Recalaron que no existe evidencia sobre el elemento consciente en la conducta atribuida por la entidad, debido a que en el mercado oligopsónico las actuaciones de cualquiera de los agentes económicos afectan a los otros participantes en mayor grado que en cualquier otra estructura del mercado.

Agregaron que la competencia entre las partes debe hacerse en forma no concertada ni colusiva en las estrategias desarrolladas por sus otros competidores, con lo cual se logra el denominado “Equilibrio de Nash”, dado que la opción más racional es fijar precios similares para no incurrir en pérdidas.



Insistieron en que si bien existe alguna correlación entre los precios de las dos empresas sancionadas, el análisis de sus promedios diarios de compra, para la fecha de los memorandos, permite establecer la existencia de importantes diferencias.

Destacaron que el Ministerio de Agricultura avaló la definición de los precios de compra del cacao y participó activamente en la elaboración del Acuerdo Sectorial de Competitividad de la Cadena de Cacao y su Agroindustria - ASCCCA, en adelante ASCCCA, por lo cual el supuesto paralelismo tiene sustento en los compromisos adquiridos por las empresas productoras.

Frente a la situación del señor **GUILLERMO PONCE DE LEÓN SARASTI**, sostuvieron que no hay certeza sobre la relación causal entre la responsabilidad del representante legal de **CASA LUKER S.A.** y la conducta investigada, pues el hecho de fijar directrices no puede interpretarse como actuación relacionada con el acuerdo objeto de sanción. Es diferente establecer directrices y parámetros a fijar un precio.

Adujeron que en este caso operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la **SIC**, ya que el período investigado va desde enero de 2005 a febrero de 2006 y la **Resolución núm. 52202 de 2009** fue notificada a los actores el 21 de octubre de 2009.

I.2.- PROCESO NÚM. 05001233100020100048701

I.2.1. La sociedad **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del



derecho, prevista en el artículo 85 del CCA, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

PRETENSIONES PRINCIPALES

1ª. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) La **Resolución núm. 04946 del 2 de febrero de 2009**, *“Por la cual se imponen unas sanciones”*, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante la cual se declaró que la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** infringió el artículo 1º. de la Ley 155 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153³ y le impuso una multa de \$745.350.000.

b) La **Resolución núm. 52202 de 16 de octubre de 2009**, *“Por la cual se resuelve un recurso”*, expedida por el mencionado funcionario, a través de la cual se confirmó la antes citada Resolución.

2ª. Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título del restablecimiento del derecho, se declare que la actora no incurrió en la violación de las normas sobre libre competencia y se ordene la restitución de lo que hubieren pagado al momento de la sentencia, por concepto de las sanciones monetarias impuestas en las resoluciones demandadas.

Así mismo y en el evento de que con fundamento en los actos acusados, la actora sea demandada y condenada a pagar sumas de dinero en otros procesos judiciales, se ordene a la demandada que, a título de restablecimiento del derecho,

³ “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Ministro de Desarrollo Económico.



proceda a pagar las sumas que los demandantes hayan cancelado o deban cancelar.

3ª. Que, a título de perjuicios, se condene a la entidad demandada a pagar intereses a la tasa máxima permitida por la ley y/o actualización monetaria sobre las sumas a que hace referencia la pretensión anterior.

4ª. Que en el evento de que, como consecuencia de los actos administrativos acusados, se deteriore el buen nombre de la actora, se condene a la **SIC**, a título de indemnización de perjuicios, a pagarle el valor de los efectos negativos que sobre el patrimonio de dicha sociedad ocasione tal deterioro.

5ª. Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1ª. Se declare que las **resoluciones núms. 04946 del 2 de febrero de 2009 y 52202 de 16 de octubre de 2009** son parcialmente nulas, en relación con la cuantía de las multas impuestas a la actora.

2ª. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título del restablecimiento del derecho, se declare que la multa impuesta a la actora debe ser la mínima posible, de acuerdo con los principios que regulan la dosimetría de las sanciones administrativas.

3ª. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título del restablecimiento del derecho, se ordene la restitución de la diferencia entre la multa



impuesta por la **SIC** y aquella que se haya declarado en la pretensión anterior, debidamente actualizada.

4ª. Que a título de indemnización de perjuicios, se condene a la demandada a pagar intereses a la tasa máxima por la ley y/o a la actualización monetaria sobre las sumas a que hace referencia la pretensión anterior.

I.2.2. La actora fundamentó su demanda, en síntesis, en los siguientes hechos:

1º. El 25 de octubre de 2006, la **SIC** ordenó abrir investigación contra la sociedad **CASA LUKER S.A.** y la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.**, al considerar que entre las investigadas existía paralelismo de los precios de compra de cacao, durante el período comprendido entre enero de 2005 y febrero de 2006, así como paralelismo de los precios de venta de algunos productos finales durante el mismo tiempo.

2º. El último memorando de precios de compra de cacao que expidió la actora, en la época objeto de investigación, tiene como fecha el 18 de enero de 2006.

3º. A través de la **Resolución núm. 04946 de 2 de febrero de 2009**, notificada el 16 de febrero de 2009, fecha posterior al vencimiento del plazo de 3 años, se señaló que la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** y **CASA LUKER S.A.** habían celebrado un acuerdo de precios para la compra de cacao.

4º. Al momento de resolver sobre la solicitud de pruebas presentadas por la actora, la **SIC** denegó el decreto y práctica de un dictamen pericial, por considerarlo improcedente.



5°. La **SIC** rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución, que denegó la práctica de pruebas solicitadas, por cuanto dicho acto administrativo es de trámite.

6°. Mediante escrito presentado el 14 de octubre de 2008 y de conformidad con lo previsto en el inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153, la actora realizó un ofrecimiento de garantías.

7°. A través de auto de 23 de diciembre de 2008, la **SIC** resolvió no aceptar las garantías ofrecidas, sin indicar, a su juicio, en parte alguna las razones o motivos que la mencionada entidad tuvo para negar la solicitud.

8°. Por medio de la **Resolución núm. 52202 de 16 de octubre de 2009**, la **SIC** resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión, en el sentido de confirmarla.

I.2.3. En apoyo de sus pretensiones, la actora adujo la violación de los artículos 6°, 29, 121 y 122 de la Constitución Política; 35, 38, 50 y 59 del CCA; 4°, 24, 45 y 47 del Decreto 2153; 178 y 248 del Código de Procedimiento Civil, en adelante C. de PC.; 31 de la Ley 1340 de 24 de julio de 2009⁴; y 3° del Decreto 2478 de 15 de diciembre de 1999.⁵

En síntesis, señaló los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO- LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS FUERON EXPEDIDOS SIN COMPETENCIA TEMPORAL E INFRINGIENDO LAS NORMAS EN QUE HAN DEBIDO FUNDARSE.

⁴ “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.”

⁵ “Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.



Señaló que de conformidad con el artículo 38 del CCA, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los 3 años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

Que de acuerdo con la jurisprudencia vigente, para la época en que la **SIC** expidió la decisión, de la Sección Primera del Consejo de Estado, que conoce de las demandas de los actos administrativos emanados de la mencionada entidad, las entidades administrativas tenían un plazo máximo de 3 años para expedir, notificar y resolver los recursos.

Indicó que en el caso concreto, el último hecho que la **SIC** tuvo en cuenta para la investigación fue el memorando de 18 de enero de 2006 y la **SIC** notificó la resolución, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, el 27 de octubre de 2009, esto es, pasados más de 3 años contados desde el 18 de enero de 2006.

Advirtió que aún en el evento de considerar que dentro del plazo de 3 años, la demandada solamente tenía que expedir y notificar el acto inicial y no resolver los recursos, lo cierto es que como la **Resolución núm. 04946 de 2009 acusada** fue notificada el 16 de febrero de 2009, para esa fecha ya habían transcurrido más de 3 años, contados desde el 18 de enero de 2006, fecha del último hecho que la **SIC** estimó al momento de abrir la investigación.

SEGUNDO CARGO- VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DE DEFENSA E INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE HAN DEBIDO FUNDARSE LOS ACTOS DEMANDADOS.

Expresó que la **SIC** adelantó una investigación administrativa, en la cual: i.) No se permitió a los apoderados de las empresas investigadas tener copia de la totalidad



del expediente para poder contestar las acusaciones y solicitar pruebas; ii.) Se negó la práctica de pruebas solicitadas con argumentos de rechazo que no eran congruentes con lo que se solicitaba y se negó el recurso de reposición interpuesto contra esas decisiones; iii.) La **SIC** decretó pruebas de oficio, que buscaban restarle valor a pruebas técnicas aportadas por las investigadas; iv.) Las empresas investigadas ofrecieron unas garantías que fueron descartadas, sin indicar en parte alguna los motivos por los cuales no eran suficientes; y v.) la resolución de apertura de investigación no indicó cuál era el hecho, en virtud del cual la **SIC** estimaba infringido el artículo 1º de la Ley 155.

TERCER CARGO- LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS FUERON EXPEDIDOS CON FALSA MOTIVACIÓN E INFRINGIERON LAS NORMAS EN QUE HAN DEBIDO FUNDARSE.

Señaló que los motivos en los que fundamentaron los actos administrativos acusados no son ciertos, habida cuenta que los hechos demostrados en el proceso administrativo no corresponden al concepto de paralelismo consciente que contiene la norma y porque los hechos, de los cuales se deduce la infracción, no son ciertos o no se encontraban debidamente motivados.

Anotó que los hechos que la SIC encontró demostrados en el proceso administrativo, no corresponden al concepto de paralelismo consciente, que contiene el artículo 47, numeral 1, del Decreto 2153, con lo cual se hace evidente la falsa motivación.

Que la **SIC** se basó en una prueba indiciaria, esto es, dedujo la existencia de un acuerdo de precios del cual no encontró una prueba directa, de la supuesta existencia de otros hechos que consideró plenamente probados.



Que los precios promedios semanales de compra de cacao durante el 2005 de las investigadas, muestran diferencias de más de \$20 pesos por kilo de cacao; es decir, no existe identidad de precios de compra entre las compañías.

Que la actora fue quien pagó un mayor valor por la materia prima.

Que las conclusiones de la demandada se fundamentan en precios promedios mensuales de 18 municipios, cuando la demandante compró cacao en 193 municipios y en 134 el mercado se mueve de forma semanal.

Que en 11 de los 18 municipios analizados, los precios promedios mensuales de ambas compañías nunca coinciden. De 252 datos, solamente coinciden 24, vale decir el 9,2%.

Que es absolutamente contrario al análisis crítico de las pruebas concluir que las empresas tienen precios paralelos en municipios, donde al menos una de las empresas no realizó compras durante todo el año sino de forma esporádica.

Que no existe prueba alguna en el expediente que permita afirmar que los memorandos son simultáneos y que, no son consecuencia de lo ocurrido en el mercado interno o internacional.

CUARTO CARGO- DESVIACIÓN DE PODER

Adujo que el fin perseguido por las normas de libre competencia se encuentra consignado en el artículo 2º, numeral 2, del Decreto 2153, que es sancionar a las personas que infrinjan las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y que en el presente caso, la intención de la **SIC** fue sancionar a la actora a como diera lugar, sosteniendo para ello los mismos hechos narrados en la demanda.



Sostuvo que ello se demuestra con los siguientes hechos, entre otros:

- La demandada abrió una investigación, en la que se indicó que se infringía una norma, pero no señaló hecho alguno que explicara tal violación y, a pesar de ello, decidió sancionar.

-La **SIC** se negó a decretar las pruebas pedidas por los investigados y negó la posibilidad de recurrir tal decisión.

-Que a pesar de que un argumento central de la **Resolución núm. 04946 de 2009** era señalar que el punto de compra conjunta de Tumaco y las reuniones del ASCCCA eran espacios propicios para el intercambio de información, la demandada, al resolver el recurso, concluyó que todo ello era legal y no restringía la competencia.

-La entidad demandada decidió de oficio decretar nuevas pruebas, cuyos objetos buscaban desvirtuar las conclusiones a las que había llegado el estudio de FEDESARROLLO y que respaldaban los argumentos de los investigados o testimonios de personas que estuviesen incurso en hechos que afectaban su imparcialidad frente a las compañías investigadas.

QUINTO CARGO- INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE HA DEBIDO FUNDARSE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LAS LEYES 1340 Y 101 DE 23 DE DICIEMBRE DE 1993⁶ Y DE LOS DECRETOS 2478 Y 2153.

Anotó que el hecho de que el precio de compra de cacao sea similar para las dos empresas investigadas no es extraño ni se debe a la realización de un acuerdo

⁶ "Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero".



anticompetitivo, ya que esas tendencias de precios son una consecuencia directa de la aplicación del ASCCCA y de las instrucciones dadas por el Gobierno Nacional dentro del marco de las normas antes anotadas.

SEXTO CARGO- VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 36 DEL CCA.

Indicó que se impuso una sanción equivalente al 75% de la cuantía máxima, que la entidad puede imponer, pues, a juicio de la **SIC**, la conducta imputada es negativa para el mercado, en tanto que afecta de forma importante un sector de la economía, entre otras razones.

Que no resulta acorde con el principio de proporcionalidad imponer una multa de la sanción máxima, cuando en uno de los elementos que componen la conducta por la cual se impone, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural participó, conoció e influenció de manera directa.

II.- CONTESTACIONES DE LAS DEMANDAS

II.1- PROCESO NÚM. 25000232400020100016101

II.1.1. La **SIC**, mediante apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Después de realizar algunas consideraciones acerca del régimen de promoción de la competencia y de las prácticas restrictivas, precisó que la definición de paralelismo de precios consignada en la **Resolución núm. 04946 de 2009** no se aparta del marco de referencia que inicialmente la **SIC** había utilizado para tales efectos.



Indicó que dicho concepto implica que la similitud en el comportamiento logre reflejarse en la evolución de las variables analizadas y agregó que en el mercado nacional fueron registradas variaciones armónicas de los precios de cacao corriente pagados por **CASA LUKER S.A.** y **LA COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** durante el período de investigación.

Mencionó que se pudo acreditar que existía una aproximación sorprendente en los precios pagados por ambas compañías y en las variaciones de los mismos y que esta situación no estaba explicada por la estructura deficitaria del mercado, ni por las decisiones independientes de tales sociedades.

Destacó que la existencia del paralelismo de precios entre las dos sociedades, fue demostrada con base en el análisis de los precios promedio nacionales mensuales y semanales.

Expresó que en algunos municipios y meses también pudo determinarse la identidad en los precios de compra de todas las transacciones hechas por **CASA LUKER S.A.** y **LA COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** y enfatizó que en casi tres cuartas partes del período investigado fueron hechas compras a precios que, entre las dos empresas, no superaron la diferencia de \$20 por kilo.

Advirtió que el fenómeno económico alegado por la parte actora para explicar este factor, no es común.

Que la situación ocurrida en Neiva, no implica que la diferencia de precio sea determinante en todo el mercado nacional.



Que no tienen razón los actores al afirmar que los precios que pagan las dos empresas difieren, en la mayoría de los casos, en una cuantía superior a \$20 pesos.

Respecto de la inexistencia del elemento consciente, exigido para la configuración de la situación sancionada, anotó que los 7 documentos, en los cuales las empresas fijaban el precio de compra del producto, fueron expedidos exactamente en la misma fecha y todos los precios eran idénticos.

Indicó que los actores tienen razón al afirmar que el mercado de compra de cacao es oligopsónico, pero advirtió que esta realidad económica no puede constituir una explicación razonable del comportamiento de los precios detectado durante la investigación que adelantó la **SIC**.

Resaltó que es poco probable que dos competidores en el mercado, en la misma fecha y hacia futuro, fijen los lineamientos bajo los cuales debe adquirirse la materia prima fundamental para su proceso productivo, como ocurrió en este caso.

Enfatizó que el hecho de haberse superado la cuota para el precio de compra de cacao no obsta para que se haya limitado la competencia entre **CASA LUKER S.A.** y la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.**, pues los memorandos de las empresas evidenciaron la limitación del proceso de formación de precios.

Señaló que los compromisos adquiridos por los firmantes del acuerdo sectorial ASCC CA, en el cual participó el Ministerio de Agricultura, no tuvieron como propósito la regulación de precios de compra del cacao, sino mejorar la competitividad de todos los eslabones de la cadena productiva.



Añadió que el hecho de haberse establecido un referente, como el precio internacional, que debía ser considerado por las empresas en el momento de la fijación del precio, tampoco puede ser entendido como una limitación a la competencia del mercado.

Alegó que a pesar de este parámetro que debe tenerse en cuenta al momento de iniciarse el proceso de negociación, en todo caso el resultado final deberá estar determinado por las leyes de la oferta y la demanda.

Aclaró que la **SIC** no reprochó la existencia de un puesto de compra conjunta por parte de las dos empresas, dado que lo que cuestionó, al imponer la sanción, fue que hubieran actuado en forma anticompetitiva al momento de fijar los precios de compra del producto en el resto del país.

Sobre la sanción contra el representante legal de **CASA LUKER S.A.**, advirtió que el directivo tuvo a cargo la política de fijación de precios de la compañía y estaba continuamente informado de las acciones llevadas a cabo por la persona que realizaba las compras de cacao, lo que compromete su responsabilidad.

Descartó que haya operado la caducidad de la facultad sancionatoria, porque la decisión administrativa fue expedida y notificada dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia de los hechos que originaron la sanción, esto es, antes del 28 de febrero de 2009.

Luego de hacer varias citas de la jurisprudencia de las Secciones Primera y Cuarta y de la Sala Plena del Consejo de Estado sobre la materia, señaló que la vía gubernativa es una etapa diferente y posterior a la actuación que pone fin al procedimiento en el cual la autoridad ejerce su potestad sancionatoria.



II.2- PROCESO NÚM. 05001233100020100048701

II.2.1. La **SIC**, solicitó que se denieguen, en su totalidad, las pretensiones de la demanda, porque carecen de fundamento legal.

Expresó que el papel fundamental del Estado, en relación con el derecho constitucional a la libre competencia, es el de garantizar a quienes desarrollan actividades económicas dentro del mercado nacional, el libre acceso a este e impedir que se obstruya o restrinja, así como evitar o controlar cualquier abuso de la posición dominante por parte de los agentes económicos, implicando con ello el ejercicio de atribuciones de policía administrativa sobre el mercado y sus actores, buscando de esta manera prevenir y/o corregir las restricciones que traten de imponer los agentes económicos.

Frente al primer cargo, argumentó que no operó el fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, porque contrario a la afirmación de la demandante, el último memorando de fijación de precios no indica la fecha del último hecho que la **SIC** consideró al momento de abrir la investigación.

Que el paralelismo de precios entre la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES** y **CASA LUKER S.A.** se continuó observando después del 18 de enero de 2006 y al menos hasta el último día de febrero de 2006, fecha última del período de investigación acotado en la resolución de apertura.

Que la **Resolución núm. 04946 de 2009 acusada** puso fin a la actuación administrativa y que la misma fue proferida y notificada dentro de los 3 años siguientes a la ocurrencia de los hechos que originaron las sanciones impuestas,



esto es, antes del 28 de febrero de 2009 y que otra cosa muy diferente era la vía gubernativa o la posibilidad de ejercer los recursos.

Sostuvo que adoptar la tesis según la cual la firmeza del acto administrativo es la que suspende el término de caducidad conduciría a que el plazo para las autoridades sería muy inferior al establecido en el artículo 38 del CCA.

Precisó que la tesis acogida por el Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia, sobre el régimen sancionatorio administrativo, también considera la diferencia de la actuación administrativa propiamente dicha, que culmina con la decisión principal de imponer la sanción y notificarla, lo cual debe realizarse dentro del término de caducidad, pues afirmar que en dicho lapso la Administración debe además resolver los recursos y notificar la decisión implica adicionar al citado artículo una exigencia que no tiene.

Con respecto al segundo cargo de violación del debido proceso y del derecho de audiencia y defensa, señaló que no es cierta su vulneración, dado que la actora con posterioridad a la fecha en que tuvo pleno acceso a la resolución de apertura, mediante memorial de 12 de diciembre de 2006, solicitó y aportó pruebas que consideró pertinentes, contravirtiendo las conductas anticompetitivas por las cuales se inició la investigación.

Que desde el 20 de noviembre de 2006, fecha a partir de la cual podía controvertir la resolución de apertura (porque en esa fecha se realizó la notificación), permitió a los investigados el acceso a los documentos públicos y reservados, provenientes de los investigados y de terceros, que obran en el expediente.



Advirtió que llama la atención el hecho de que el apoderado de la demandante haya manifestado que no se le permitió obtener copia de los documentos reservados contenidos en el expediente y, sin embargo, no haya acudido al mecanismo contenido en la Ley 57 de 5 de julio de 1985⁷, que lo faculta para que insista en su solicitud y sea el Tribunal Administrativo que, en definitiva, decida si es procedente o no la petición de copias.

Indicó que las autoridades no conceden recursos contra los actos de trámite o preparatorios, como se le consideraba al que abre la investigación a pruebas, de acuerdo con el artículo 49 del CCA.

Agregó que son infundados los argumentos de la actora sobre el acceso restringido de la información obrante en el expediente; y que las autoridades administrativas se encuentran facultadas para rechazar las pruebas que consideren inconducentes, impertinentes, inútiles o prohibidas por la ley, no estando obligadas a conceder recursos sobre actos de mero trámite.

Alegó que la demandada motivó cada una de las pruebas que habían sido negadas, lo que descarta la arbitrariedad de la Administración.

Señaló que el decreto de pruebas de oficio, es una herramienta para encontrar “la verdad de los hechos” que no sugiere un presunto actuar parcializado por parte de la **SIC**; y que cosa diferente es que tales evidencias resultaran acreditando la responsabilidad administrativa de los investigados.

En cuanto al ofrecimiento de garantías, afirmó que la **SIC** al resolver esa petición debe analizar si las obligaciones que se dispone contraer el investigado son suficientes para terminar la investigación; y que mediante acto motivado se

⁷ “Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales.”



consideró que no procedía la aceptación por no cumplir el ofrecimiento con el requisito de suficiencia a que se refieren los artículos 4º, numeral 12, y 52 del Decreto 2153.

Aclaró que el artículo 46 del Decreto 2153, al igual que el artículo 1º de la Ley 155, contienen una prohibición genérica contra todas las conductas restrictivas de competencia. En consecuencia, dado que los acuerdos a los que hace referencia el citado artículo 47 son conductas contrarias a la libre competencia, implican una infracción del régimen general.

Adujo que la definición de paralelismo consignada en la **Resolución núm. 04946 de 2009** no se aparta del marco de referencia, que inicialmente la misma **SIC** había utilizado para definir ese término.

Que en la Resolución núm. 7951 de 2002 se hace alusión es al concepto de identidad y aproximación sorprendente en las conductas de las investigadas, lo cual no implica que los valores de las variables observadas tiendan a ser iguales entre sí.

Que, por el contrario, el concepto referido sobre las conductas de los agentes implica precisamente que tal similitud en el comportamiento logre reflejarse en la evolución de las variables analizadas, en el que se puedan apreciar tendencias y variaciones armónicas, a través del tiempo de varios agentes económicos, tal como se propone en la página 21 de la **Resolución 04946 de 2009**.

Recalcó que los indicios son medios de prueba, siempre y cuando estos sean analizados en conjunto con los hechos debidamente probados o con otros indicios.



Que, en el caso concreto, los indicios referidos cobran singular importancia si se considera que estos son “la prueba indirecta por excelencia”, pues permiten que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establezca la existencia de una cosa desconocida, aunque su apreciación, desde luego deba realizarse en conjunto con el resto del acervo probatorio.

Alegó que en el presente caso se demostró que existía paralelismo en los precios de compra de cacao (nacional y municipal) y para series con distinta periodicidad (mensual y semanal). También, se probó que existía identidad en los precios de compra. Pero, que acreditar la identidad de los precios de transacción entre dos empresas no es una condición necesaria para probar una práctica conscientemente paralela entre estas.

Que menos del 50% de los precios difieren en un valor superior al que el apoderado asegura “los agricultores y acopiadores consideran un diferencial suficiente para decidir vender a una u otra empresa”.

Precisó que en la resolución sancionatoria se concluyó que, al analizar los precios promedio nacionales semanales, en casi tres cuartas partes del período investigado se hicieron compras a precios que, entre las dos empresas, no superan la diferencia de \$20 por kilo.

Que, en síntesis, lo que se demostró fue que el comportamiento medio de las transacciones estaba lejos de indicar una actitud competitiva entre las sociedades investigadas.



Manifestó que los memorandos fueron expedidos en la misma fecha, entraron en vigencia en el mismo momento y fijaron precios de compra idénticos para el cacao corriente que era comprado por cada compañía. Estas coincidencias, soportadas por la evidencia que obra en el expediente, son las que le permitieron concluir a la **SIC** que entre las investigadas existía el ánimo para actuar en forma coordinada y armónica con el objetivo de determinar el precio del cacao corriente en el mercado nacional.

Recalcó que lo que resulta reprochable en la conducta de las investigadas, es que los precios hayan sido fijados artificialmente y no por las condiciones de mercado.

Que la **SIC** se pronunció frente a un acuerdo para la fijación de precios de compra de cacao, como materia prima, el cual no necesariamente tiene implicaciones sobre el precio del producto final o las utilidades de las partes.

Expresó que las diferencias en los precios pagadas al productor, no desvirtúan la existencia de un acuerdo de precios de referencia para la compra de cacao.

En lo concerniente al cargo de falsa motivación, expresó que la demandada realizó un recuento de cada una de las razones aducidas en los actos administrativos, que en su criterio acreditan la responsabilidad de la actora en la conducta.

Con relación a la desviación de poder, manifestó que la información recaudada en el trámite no permite soportar tal información y con relación a la infracción de las normas en que han debido fundarse los actos administrativos demandados, sostuvo que las investigadas aceptaron en la actuación surtida, que los precios de compra de cacao en grano no son el resultado de la intervención estatal y que los



misimos se rigen por la oferta y la demanda y teniendo en cuenta el precio internacional.

Que la **Resolución núm. 04946 de 2009** no se construyó sobre la base de la existencia del ASCCCA ni del puesto de compra conjunta en Tumaco, sino que se basó en la acreditación de un acuerdo anticompetitivo.

Que fue extemporánea e impertinente la solicitud de tener como prueba el fax con la fecha y hora de envío de los memorandos de fijación de precios por parte de la actora.

Que no puede considerarse que el artículo 31 de la Ley 1340 establezca una exclusión sistemática del sector agrícola, respecto de la aplicación de las reglas de competencia.

Aclaró que el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los firmantes del Acuerdo ASCCCA no conlleva ineluctablemente a la violación de las normas de promoción de la competencia, específicamente, del artículo 47 del Decreto 2153 y que, por el contrario, los participantes del Acuerdo están en capacidad de cumplir tanto el Acuerdo de Competitividad como las normas de derecho de la competencia.

En lo que atañe a la violación del principio de proporcionalidad y dosimetría en la imposición de la multa, adujo que la cuantía no depende de la cantidad de normas vulneradas sino del efecto negativo que tuvieron las acciones de las empresas sobre el mercado.



Que el hecho de que el precio de compra de cacao en el mercado no hubiere correspondido al libre juego de la oferta y la demanda y, en consecuencia, fuere fijado artificialmente en el marco de un acuerdo anticompetitivo por las partes, constituye justificación para imponer la sanción consignada en la **Resolución núm. 04946 de 2009** acusada.

III.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

III.1.- PROCESO NÚM. 25000232400020100016101

Mediante sentencia de 19 de mayo de 2011, la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró la nulidad de las **resoluciones núms. 04946 de 2 de febrero de 2009 y 52202 de 16 octubre del mismo año**, expedidas por la **SIC**, y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la mencionada entidad, la devolución de las sumas pagadas por los actores, por concepto de las multas impuestas mediante tales actos debidamente actualizadas y no condenó en costas.

El Tribunal fundamentó su decisión en el segundo cargo de la demanda, que se sustenta en la violación del artículo 38 del CCA, porque a juicio de los actores, ya había operado el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de la **SIC**.

Indicó que los actores sostuvieron que los hechos investigados ocurrieron en el período comprendido entre enero de 2005 y febrero de 2006 y que la **Resolución núm. 55202 de 2009** fue notificada a los actores el 21 de octubre de 2009, cuando habían transcurrido los 3 años a que se refiere el citado artículo 38.



Expresó que de acuerdo con la citada disposición, la Administración tiene un límite de tres (3) años para ejercer su potestad sancionatoria, con lo cual se garantiza la seguridad y certeza en sus actuaciones y decisiones.

Advirtió que, en cuanto a la forma de contabilizar dicho término de caducidad, la Jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido uniforme, pues sobre el particular se han expuesto tres distintas directrices.

Estimó que, respecto de las interpretaciones jurisprudenciales frente a la caducidad de la facultad sancionadora, no es suficiente que la Administración dentro del lapso que establece el artículo 38 del CCA, decida de fondo la respectiva investigación administrativa, sino que es necesario, además, que tal decisión se encuentre debidamente ejecutoriada y sea dada a conocer al interesado.

Acogió la tesis esbozada por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de 25 de mayo de 2005, Consejero ponente ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO, (Expediente núm. 1632), según la cual la Administración cuenta con un término de tres años, contados a partir de la ocurrencia del hecho, para iniciar la investigación administrativa, proferir la decisión de fondo, resolver los recursos de la vía gubernativa y notificar cada una de las decisiones dictadas en la misma.

Observó que, como en el presente caso, los hechos objeto de investigación y sanción, por la compra de cacao en grano y la venta de productos terminados, tuvieron lugar en el lapso comprendido entre los meses de enero de 2005 y febrero de 2006 y el segundo de los actos acusados, esto es la **Resolución núm. 52202 de 16 de octubre de 2009**, que resolvió el recurso de reposición contra la resolución sancionatoria, y agotó la vía gubernativa, fue notificada al apoderado de los actores el 21 de octubre de 2009 y la



Administración tenía hasta el mes de febrero de 2009 para imponer la sanción, luego la facultad sancionatoria había caducado.

Finalmente, advirtió que en esta materia no puede adoptarse el criterio invocado por la **SIC**, expuesto por la Sala Plena en la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2009⁸, por cuanto no está referido a la caducidad de la facultad sancionatoria, prevista en el artículo 38 del CCA, sino a la prescripción de la acción disciplinaria, regulada por normas especiales aplicables a los procedimientos adelantados por la Procuraduría General de la Nación, sin perjuicio de que la decisión sólo produce efectos interpartes.

III.1.- PROCESO NÚM. 05001233100020100048701

Mediante sentencia de 20 de febrero de 2015, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, denegó las pretensiones de la demanda, al no prosperar los cargos, con base en los razonamientos, que pueden resumirse así:

Señaló que en atención a la sentencia proferida el 17 de marzo de 2010⁹, por la Sección Tercera del Consejo, no es posible afirmar que en materia administrativa, en especial, con relación a la facultad impositiva y sancionatoria, se pueden flexibilizar las condiciones para la aplicación del debido proceso, contrario a ello las exigencias frente al mismo se mantienen en aras del respeto a la Constitución Política.

Respecto a la falta de competencia temporal de la Administración para ejercer la potestad sancionatoria, indicó que el término de los 3 años previsto en el artículo

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 29 de septiembre de 2009, C.P. Susana Buitrago Valencia, número único de radicación 1101031500020030044201.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, número único de radicación 05001232600019920011701 (18394).



38 del CCA se debe contabilizar desde la fecha en que se produjo el acto que ocasiona la sanción hasta la notificación del acto administrativo que la impone, independientemente de la interposición de los recursos en la vía gubernativa, conforme lo indicó la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado¹⁰.

Expresó que el momento a partir del cual se inicia el conteo de la caducidad, tratándose de conductas infractoras, que en el tiempo son permanentes o continuadas, se tiene que será aquél en el cual cesó la conducta investigada y no la de su iniciación. Para el efecto, citó la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2004, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado¹¹.

Indicó que la conducta, materia de sanción, en el presente caso, no concluyó con el último memorando de fijación de precios de compra de cacao, esto, es el del 18 de enero de 2006, que tuvo en cuenta la entidad demandada para expedir **la Resolución núm. 04946 de 2009**, por cuanto si bien este junto a los otros memorandos constituyeron la prueba del “elemento consciente”, no por ello puede decirse que la conducta infractora investigada cesó esa fecha, o que la realización de ese acto en sí mismo configuró la razón de la sanción impuesta.

Anotó que, por el contrario, fueron los efectos de cada uno de los memorandos de fijación de precios materia de investigación por parte de la **SIC**, lo que implica que se trata de una conducta permanente o continuada en el tiempo y no instantánea, por lo que el cómputo de la caducidad debe iniciar es cuando cesó la infracción, que se infiere tuvo lugar hasta el final del período materia de investigación o hasta cuando estuvo vigente ese último memorando de precios.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de septiembre de 2008, C.P. Héctor J. Romero Díaz, número único de radicación 25000232400020030022801 (15106).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de diciembre de 2004, C.P. María Inés Ortiz Barbosa, número único de radicación 25000232400020019012901 (14062).



Precisó que la práctica anticompetitiva de la actora se mantuvo hasta febrero de 2006 y como la decisión sancionatoria le fue notificada el 16 de febrero de 2009, “no probándose por quien alega la caducidad, que la conducta censurable cesó antes”, no había lugar a declarar la prosperidad del cargo de incompetencia temporal de la Administración, porque se entiende así ejercida la facultad dentro de los 3 años que establece la norma y, por lo tanto, no es procedente declarar la caducidad alegada.

Manifestó que no hay violación del debido proceso y de los derechos de audiencia y de defensa, porque no hay prueba que indique acerca de la negación de la demandada para que el apoderado obtuviera copia de la totalidad de los anexos al momento de notificarse del auto de apertura de investigación, en tanto que no obran antecedentes administrativos que así lo demuestren.

Que no obstante se tiene por cierto que sí se permitió el acceso a dicha información porque así fue afirmado por el mismo apoderado de la actora y por el testigo **JULIO CÉSAR CASTAÑEDA**, quien para la época de los hechos, se desempeñó como funcionario de la **SIC**, razón por lo cual no puede sostenerse que el carácter reservado de algunos documentos le fueron oponibles a la demandante.

Que si en gracia de discusión se aceptara que la demandada negó la copia de algunos documentos dado su carácter reservado, debió el interesado insistir en la solicitud ante el funcionario correspondiente, esto es, ante el Tribunal Contencioso Administrativo que tuviera jurisdicción en el lugar donde se encontraban los documentos para que decidiera, en única instancia, si se aceptaba o no la petición formulada, con lo cual puede decirse que como no fueron agotados los recursos



disponibles quedó saneada, de ese modo, cualquier presunta irregularidad cometida.

Sostuvo que no se vulneró derecho alguno con el decreto de pruebas, toda vez que fueron aceptadas por la Administración las solicitadas por la actora, aunque se negaran otras con indicación de cada uno de los motivos para su rechazo.

Señaló que no son incongruentes las razones para negar el dictamen pericial, por cuanto se dejó la salvedad de que “en todo caso, si los investigados consideran pertinente contar con el apoyo de un profesional especializado para explicar lo que ellos conocen, pueden presentar con su apoyo un estudio en ese sentido. Para lo anterior se concede un término que vence el próximo 22 de enero de 2007”, lo cual demuestra que se abrió la posibilidad de rendir el informe especializado con las variables que pretendían demostrarse, no violándose por ello el derecho de defensa.

Advirtió que las razones de la denegación de la solicitud de un oficio, dirigido a la **SIC** para que anexara copia de las bases de cálculo con que se realizaron las gráficas elaboradas dentro de la investigación, resultan ajustadas y congruentes con lo pedido, por cuanto si lo que pretendía probar la actora era el uso de una metodología apropiada para el análisis de los resultados, no debió solicitar la prueba en la forma como lo hizo, dado que el objetivo que se buscaba no era claro para la demandada.

Anotó que no se dio la oportunidad de ejercer recursos contra la decisión que negó la práctica de pruebas, de conformidad con el artículo 49 del CCA, que era la norma vigente para la época, y que a pesar de ello, lo cierto fue que la actora hizo uso del recurso manifestando sus inconformidades, pero sin que el Tribunal pueda



realizar conclusiones más allá de ese escrito, debido a que no obran los antecedentes administrativos objeto de la actuación.

Mencionó que la práctica de pruebas de oficio no menoscaban los derechos al debido proceso y de defensa del investigado, pues su finalidad busca el esclarecimiento de la verdad ante la incertidumbre de un hecho y, en esa medida, la **SIC** cuenta con las potestades para practicar las pruebas que estime necesarias para concluir la actuación administrativa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153.

Expresó que la **SIC** no aceptó el ofrecimiento de garantías para terminar anticipadamente la investigación, en los términos de los artículo 52 y 4º, numeral 12, del citado Decreto, y que dicha decisión es de trámite y no fue innecesaria ni inadecuada al objeto de las mismas.

Afirmó que el artículo 1º de la Ley 155 constituye una disposición de carácter general, en la cual subyace la práctica anticompetitiva de acuerdos para la fijación de precios bajo la modalidad de práctica consciente paralela.

En lo concerniente a la falsa motivación, advirtió que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* y que la ausencia de los antecedentes administrativos que dieron origen a la actuación que se cuestiona, conllevan necesariamente a la no apreciación de datos o información relevante que tuvo en cuenta la **SIC** para expedir las decisiones demandadas, motivo por el cual no podía apreciar lo sucedido en la etapa de la investigación por las partes intervinientes, ni datos, ni pruebas, ni otras variables que interesen al proceso.



Señaló que del dictamen pericial rendido por el profesional en economía, con conocimientos en estadística, no puede determinarse la inexistencia de violación al régimen de protección de la competencia, dado que no fue probado que no se incurrió en la práctica restrictiva de acuerdos para la fijación de precios de cacao, bajo la modalidad de práctica consciente paralela, en tanto que sus conclusiones no cumplen con la idoneidad necesaria para constituir prueba.

Indicó, en cuanto a la alegada desviación de poder, que tampoco hay prueba que conduzca al mínimo convencimiento acerca de que los actos acusados se hubieran expedido con un fin torcido o dañino, esto es, para un beneficio o perjuicio antijurídico de alguien en particular, además de que las razones aducidas para demostrar dicha desviación no son situaciones que acrediten que el fin perseguido por el agente fue distinto de las funciones encomendadas a él por la Ley 155 y el Decreto 2153.

Por último, mencionó que la multa impuesta fue fijada dentro de los parámetros o topes legales otorgados para la dosificación de la sanción, considerando el efecto negativo que tuvo la práctica sancionada en el mercado y la posición representativa que la actora tiene en la compra de cacao.

Anotó que la norma no señala causales de atenuación.

IV.- FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

III. 1- PROCESO NÚM. 25000232400020100016101

La **SIC** fincó su inconformidad, en esencia, así:



Señaló que no solo la sentencia de 29 de septiembre de 2009 de la Sala Plena del Consejo de Estado, a que hace alusión el Tribunal de primera instancia, sino también, la sentencia proferida por la Sección Primera el 26 de noviembre de 2009¹², se refieren a la cuestión precisa y puntual de la “unificación de jurisprudencial” con respecto al tema de la caducidad de la facultad sancionatoria del artículo 38 del CCA, en el sentido de que la posición jurisprudencial sostenida mayoritariamente, consiste en que la sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, es decir el que pone fin a la actuación administrativa.

Que los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal, no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que aquél incluye, sino permitir a la administración que ese pronunciamiento sea revisado a instancias del administrado.

Indicó que la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 9 de diciembre de 2004¹³, reiteró el criterio expuesto por la Sección Primera en la providencia aludida, en el sentido de que es la notificación del acto sancionatorio lo que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos.

Concluyó que la **SIC** ejerció legal y válidamente la facultad sancionatoria, con observancia plena del artículo 38 del CCA, dado que la **Resolución núm. 04946 de 2 de febrero de 2009 acusada**, por la cual se le impuso una sanción pecuniaria, se expidió y notificó a los

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de noviembre de 2009, C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta, número único de radicación 25000232400020040033901.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9 de diciembre de 2004, C.P. María Inés Ortiz Barbosa, número único de radicación 25000232400020019012901 (14062).



actores dentro de los tres (3) años siguientes a los hechos, que originaron las sanciones impuestas, esto es, el 16 de febrero de 2009.

Explicó que, teniendo en cuenta las conductas continuadas en que incurrieron los actores, la **SIC** tenía por lo menos hasta el 28 de febrero de 2009 para expedir y notificar a los sancionados, mediante el acto administrativo principal, que puso fin a la actuación administrativa, vale decir, la **Resolución núm. 04946 de 2 de febrero de 2009**.

Resaltó que, conforme lo indican las citadas sentencias del Consejo de Estado, una vez expedido el acto principal, la actuación administrativa culmina y que la vía gubernativa es una etapa diferente a aquella, en que la autoridad ejerce su facultad sancionatoria, no solo porque el artículo 50 del CCA dispone la procedencia de recursos contra los actos que ponen fin a la actuación administrativa, sino porque dicho Código diferencia las dos etapas claramente.

Advirtió que la **Resolución núm. 04946 de 2009**, por la cual se impuso la sanción, solo es susceptible del recurso de reposición, cuya interposición no es obligatoria para agotar la vía gubernativa.

Manifestó que, con respecto al tema de la caducidad de la facultad sancionatoria del artículo 38 del CCA, las antes citadas sentencias del Consejo de Estado son posteriores al concepto de 25 de mayo de 2005, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero ponente doctor Enrique José Arboleda Perdomo (Expediente núm. 1632), así como en la sentencia de esta Sección de 5 de febrero de 2009¹⁴.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de febrero de 2009, C.P. María Claudia Rojas Lasso, número único de radicación 25333232433320000064301.



IV. 2- PROCESO NÚM. 05001233100020100048701.

La actora fincó su inconformidad, en esencia, así:

Señaló que a pesar de la advertencia que realizó mediante memorial presentado el 6 de febrero de 2014, de que en el expediente no aparecían los antecedentes administrativos que la **SIC** dijo haber remitido al Tribunal de primera instancia, este decidió continuar el trámite del proceso, cuando lo que ha debido es requerir a la demandada o reconstruir el expediente.

Expresó que el *a quo* decidió que la caducidad se interrumpía con el simple hecho de expedir el acto administrativo inicial, sin tener en cuenta el plazo que se hubiese tomado para resolver el recurso de reposición.

Que sobre esa interpretación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 19 de mayo de 2011 (Expediente núm. 2010-00161-01), declaró la nulidad de las mismas resoluciones objeto de este proceso.

Indicó que la interpretación adoptada por el fallo de primera instancia resulta contraria a las disposiciones constitucionales y al CCA.

Que en el concepto de 25 de mayo de 2005, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, C.P. Enrique Arboleda Perdomo, número único de radicación 1632, se señaló que la sola expedición y notificación de la primera decisión no es suficiente para interrumpir la caducidad de la acción, pues



en este momento procesal aún no hay decisión en firme constitutiva de antecedente sancionatorio.

Anotó que aún en el evento de considerar que dentro del plazo de 3 años la autoridad solamente tenía que expedir y notificar el acto inicial y no resolver los recursos, lo cierto es que como la **Resolución núm. 04946 de 2009** fue notificada el 23 de febrero de 2009, para esa fecha ya habían pasado más de 3 años contados desde el 18 de enero de 2006, fecha del último hecho que la **SIC** estimó al momento de abrir esa investigación.

Que no puede aceptarse la tesis del *a quo*, según la cual el término de caducidad debe contarse desde el 28 de febrero de 2006, ya que lo que determina el inicio del término de caducidad son los hechos investigados y el último hecho investigado fue el cambio de precios que la actora realizó en el memorando enviado el 18 de enero de 2006.

Que más grave aún es que el Tribunal de primera instancia afirmó que los efectos de ese memorando iban por lo menos hasta el 28 de febrero de 2006, sin siquiera tener en el expediente el mismo y que por ese motivo no haya decretado la prueba solicitada por la actora.

Adujo que mantener en reserva pruebas que se utilizarán contra una persona en un proceso, es violación del derecho de defensa y del debido proceso y dicha violación no es saneable, como se señala en la sentencia apelada.

Alegó que el testigo **JULIO CÉSAR CASTAÑEDA**, manifestó que no se había permitido tener copia del expediente a los apoderados antes de que se les venciera el plazo para solicitar y aportar pruebas y que simplemente lo podían revisar, cuando el expediente tenía 9 cuadernos y más de 1000 folios.



Sostuvo que resulta violatoria del derecho de defensa y del debido proceso la posición de la **SIC**, avalada por el *a quo*, que negó el decreto como prueba de la copia de las bases del cálculo de las gráficas elaboradas por la mencionada entidad dentro de la Resolución núm. 28065 de 25 de octubre de 2006, porque era necesario establecer cuál información se utilizó para la elaboración de cada una de las gráficas y la metodología empleada para ello.

Afirmó que la sentencia recurrida nada dijo sobre que la **SIC** negó el decreto como prueba de los memorandos enviados a la actora, por medio de los cuales les informaba los precios a sus bodegas, junto con el reporte de fax, en donde constaba exactamente el día y hora en que fueron remitidos, así como lo referente a la negación del decreto del testimonio del Ministro de Agricultura.

Argumentó que el hecho, en virtud del cual la **SIC** consideró infringido el artículo 1º de la Ley 155, es el mismo del supuesto acuerdo de precios y que el fallo apelado tácitamente reconoce que nunca existió una acusación que diera a entender que se habían infringido dos disposiciones y a pesar de ello, válida que se imponga una sanción por la supuesta infracción de dos normas.

Adujo que el fallo apelado para negar la falsa motivación, sostuvo que como no estaban los antecedentes administrativos en el expediente, no era posible definir si lo señalado por la actora encuentra sustento y que el *a quo* no decretó la prueba de que los enviaran.

Que quedó probado que no existió un acuerdo, bajo la definición de conducta conscientemente paralela y que el concepto de paralelismo consciente que se empleó en este caso es distinto al utilizado en otras ocasiones.



Que en la **Resolución núm. 52202 acusada**, la demandada reconoce que no ha aplicado una única solución al asunto planteado, sino que cambió la misma para este caso en particular con respecto a dicho concepto, y que según dicha entidad, lo que debe entenderse por una conducta sancionable puede “evolucionar”, esto es, cambiar dependiendo del funcionario de turno.

Agregó que no es cierto que el dictamen no desvirtuó lo afirmado por la **SIC**, porque el mismo Consejo Asesor del Superintendente tenía dudas acerca del valor de los análisis que había realizado la entidad demandada y dado que el perito descartó la validez de la conclusión de la **SIC** de la existencia de un paralelismo de precios.

Que, precisamente, el supuesto acuerdo lo dedujo la demandada de la existencia de un paralelismo de precios.

Que en la Tabla 6, que aparece en la **Resolución núm. 04946 de 2009**, muestra que en 11 municipios los precios promedios mensuales de ambas compañías nunca coinciden y en el 90,8% de los datos se presentan diferencias.

Que en los municipios en los que existieron coincidencias de precios promedios mensuales, las mismas no se presentaron en todos los meses sino en algunos de ellos y en ellos la actora solamente compró el 20, 49% del cacao.

Que en varios municipios las empresas tuvieron diferencias de precios todo el período y solamente coinciden en pocas ocasiones y que en el Municipio de San Vicente del Chucurí las diferencias mencionadas en pesos, le significaron a la actora haber pagado por la materia prima \$137.248.510 más de lo que le hubiese costado si hubiese pagado lo que **CASA LUKER S.A.** canceló.



Que de 216 datos, 115 de la Tabla 6 tienen diferencias superiores a \$20 pesos, esto es, más del 50% de las veces, los precios difieren en un valor superior a aquel que los participantes del mercado consideran suficiente para decidir si le venden el cacao a uno u otro comprador.

Advirtió que en relación con los efectos jurídicos del ASCCCA, la violación de las normas del sector agrícola y del artículo 31 de la Ley 1340 y las conductas que constituían contraindicios de un acuerdo de precios, el Tribunal no dijo nada.

Adujo que en cuanto a la proporcionalidad de la sanción, el fallador de primera instancia no analizó los argumentos planteados. Simplemente, se limitó a decir que la norma no prevé criterios de atenuación y que la actora tenía una posición importante en la compra del cacao.

Señaló que el *a quo* tampoco se pronunció sobre la infracción de todas las normas, sino solo de una; ni sobre la capacidad de negociación de los agricultores y no analizó lo alegado respecto de la influencia del Estado en el tema del comportamiento de los precios de las empresas a través del ASCCCA.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta etapa procesal, el Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA



La Sala es competente para resolver los recursos de apelación presentados contra los fallos de primera instancia en aquellos temas que constituyeron la oposición específica a la decisión de los Tribunales. De este modo, el estudio y la competencia del fallador de segunda instancia, se limitará a examinar los reproches contra los razonamientos y consideraciones que tuvieron los mismos para resolver las demandas respectivas.

Esta Corporación, en reiterados pronunciamientos, ha delimitado el objeto del recurso de apelación y de conformidad con el artículo 357 del CPC, el juez de instancia deberá pronunciarse solamente frente a los argumentos expuestos por el apelante y, en específico, a las referencias argumentativas que aduce en el escrito contentivo del recurso contra la decisión que adoptó la primera instancia.

Ahora, el presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las **resoluciones núms. 04946 de 2 de febrero de 2009 y 52202 de 16 de octubre de 2009**, expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio, por medio de las cuales, respectivamente, se impuso a **CASA LUKER S.A.** y a la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** una multa de \$745.350.000. por infringir el artículo 1º de la Ley 155 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153. Así mismo, se sancionó con una multa de \$111.802.500 al señor **GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI**, por violar las citadas disposiciones, así como el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153; y se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera Resolución, en el sentido de confirmar la decisión recurrida.

Las anteriores sanciones pecuniarias fueron impuestas como resultado de la investigación administrativa adelantada contra los actores, por la violación de los artículos 1º de la Ley 155 y 47, numeral 1, del Decreto 2153, al comprobar que



incurrieron en un acuerdo contrario a la libre competencia, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, por el comportamiento paralelo de los precios de compra del cacao en grano en el territorio nacional, durante el período comprendido entre enero de 2005 y febrero de 2006, ya que coincidieron tanto en la magnitud y dirección de las variaciones, en el aumento y en la disminución, así como en el nivel de los precios promedio de las empresas investigadas.

CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA

De manera preliminar, la Sala debe determinar si caducó la facultad sancionadora de la **SIC** para investigar la conducta antes anotada, que culminó con la expedición de las resoluciones acusadas.

Por una parte, mediante la **sentencia de 19 de mayo de 2011**, la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declaró la nulidad de las **resoluciones acusadas**, al considerar que la facultad sancionatoria de la **SIC** se encontraba caducada, dado que dicha entidad tenía hasta **febrero de 2009** para sancionar a los actores, esto es, dentro de los tres (3) años establecidos por el artículo 38 del CCA, como término para imponer sanciones por parte de las autoridades administrativas, lo que sin embargo no ocurrió sino hasta el día **21 de octubre de 2009**, cuando se le notificó, a la parte actora dentro del radicado núm. 2010-00161-01, el acto que resolvió el recurso de reposición en vía gubernativa - **Resolución núm. 52202 de 16 de octubre de 2009**-.

La **SIC** discrepó de tal conclusión y afirmó, contrario a ello, que su sanción fue oportunamente impuesta a la actora, ya que la **Resolución núm. 04946 de 2 de febrero de 2009**, mediante la cual se impuso la sanción, fue expedida y notificada el



23 de febrero de 2009 a los sancionados, esto es, dentro de los (tres) 3 años siguientes a la ocurrencia de los hechos que originaron las sanciones impuestas, conforme lo ha sostenido el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación jurisprudencial.

Y explicó en esta impugnación que, por lo tanto, la posición jurídica que debió prevalecer en el análisis del *a quo*, es la contenida en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación de 29 de septiembre de 2009¹⁵, así como en la sentencia proferida por la Sección Primera el 26 de noviembre de 2009¹⁶, con las cuales se definió que la sanción queda impuesta oportunamente una vez concluye la actuación administrativa, al expedirse y notificarse el acto administrativo principal dentro del término previsto por la respectiva norma, lo cual sucedió en este caso concreto, sin que dentro del mismo deban quedar comprendidos las decisiones que posteriormente resuelvan los recursos en vía gubernativa y sus notificaciones.

Por otra parte, a través de la **sentencia de 20 de febrero de 2015**, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, denegó las pretensiones de la demanda¹⁷, y frente a la facultad sancionatoria de la **SIC**, señaló que no era procedente declarar su caducidad, en tanto que como la conducta censurable, la cual, a su juicio, es permanente o continuada, se mantuvo hasta **febrero de 2006**, y la decisión sancionatoria (**la Resolución núm. 04946 de 2009**) fue notificada a la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES** el **16 de febrero de 2009**, se entiende que dicha facultad fue ejercida dentro de los tres (3) años, que establece el artículo 38 del CCA, los cuales se

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de septiembre de 2009, C.P. Susana Buitrago Valencia, número único de radicación 11001031500020030044201(S).

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de noviembre de 2009, C.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta, número único de radicación 25000232400020040033901.

¹⁷ Posteriormente, mediante proveído de 27 de julio de 2018, este Despacho decretó la acumulación del proceso núm. 2010-00487-01 al radicado de núm. 2010-00161-01, para que fueran tramitados y decididos conjuntamente bajo la misma cuerda procesal.



deben contabilizar hasta la notificación del acto administrativo que impone la sanción, independientemente de la interposición de los recursos en la vía gubernativa.

La mencionada demandante adujo, al respecto, que el *a quo* decidió que la caducidad se interrumpía con el simple hecho de expedir el acto administrativo inicial y no tuvo en cuenta la fecha en que se resolvió el recurso de reposición, es decir, hasta el agotamiento de la vía gubernativa, exigiendo en todo caso la ejecutoria de dicho acto, de acuerdo con lo observado en el concepto de 25 de mayo de 2005, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero ponente doctor Enrique José Arboleda Perdomo (Expediente núm. 1632).

Además, anotó que el término de caducidad debe contarse desde el 18 de enero de 2006 y no desde el 28 de febrero de 2006, ya que lo que determina el inicio de dicho término es el último hecho investigado, esto es, el cambio de precios que la actora realizó en el memorando enviado el 18 de enero de 2006.

Al respecto, la Sala advierte que evidentemente le asiste razón a los fundamentos de la **SIC**, e insiste en el criterio que habiéndose fijado con la referida sentencia de unificación, ha sido objeto de reafirmación sistemática¹⁸ por parte de esta Corporación sin que resulte justificable su inobservancia.

Con relación a ello vale la pena traer a colación lo manifestado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sobre lo que debe entenderse como acto sancionatorio y el cómputo de su caducidad:

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 10 de mayo de 2018, C.P. María Elizabeth García González, número único de radicación 25000232400020110006801.



Al efecto, la Sala dijo en la precitada sentencia:

“[...] Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que **la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción (...) se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve el fondo del asunto (...)**. Este es el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta... En él se concreta la expresión de la voluntad de la Administración.

Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la Administración que éste sea revisado a instancias del administrado.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la Administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada [...]”¹⁹ (Negrillas por fuera de texto).

En igual sentido, esta Sala en sentencia de 23 de febrero de 2012 prohió la anterior postura jurisprudencial, de la siguiente manera:

“[...] En lo concerniente al fenómeno relacionado con la caducidad de la acción sancionatoria, la Sección Primera del Consejo de Estado, en reciente sentencia de 9 de junio de 2011 (Expediente núm. 2004-00986, Actor: Termoflores S.A. E.S.P., Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), señaló:

“Las diversas tesis aplicadas en su momento por el Consejo de Estado, fueron recogidas por la sentencia de 29 de septiembre de 2009, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en la que se unifican los criterios de las Secciones, concernientes a la caducidad de la sanción, cuyos

¹⁹Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 29 de septiembre de 2009, C.P. Susana Buitrago Valencia, número único de radicación 11001031500020030044201(S).



aportes más importantes para el sub judice, se transcriben a continuación:
[...]

La norma que el demandante sostiene que ha violado la Administración al imponerle la sanción pecuniaria, es el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, el cual señala:

“CADUCIDAD RESPECTO DE LAS SANCIONES. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”.

Es importante destacar de esta sentencia la unificación de las diferentes posturas que antes se habían adoptado, y por cuanto a pesar de que no se refiere al artículo 38 antes citado que se ocupa de la caducidad y no de la prescripción enunciada en la norma disciplinaria, es perfectamente aplicable al caso que en esta oportunidad se ventila”.

De conformidad con lo expuesto y tal y como lo señala la Jurisprudencia anteriormente transcrita, que se prohija en esta ocasión, **la sanción se considera oportunamente impuesta si dentro del término de tres años que establece el artículo 38 del C.C.A., se ejerce esta potestad, es decir, se expide el acto que concluye con la actuación administrativa,** en este caso, el sancionatorio contenido en la Resolución núm. 3263 de 23 de julio de 2003 y su correspondiente notificación, la que se realizó por edicto desfijado el día 29 de agosto de 2003 [...]” (Negritas por fuera de texto).

En el presente caso, la conducta imputada a los actores es *continuada o permanente*, en la medida en que tuvo ocurrencia de manera prolongada y continuada, de tal manera que el cómputo de la caducidad para imponer la sanción debe hacerse a partir del último acto, esto es, desde la fecha en la cual cesó dicha conducta.

En efecto, el acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, imputado a los actores, tuvo ocurrencia desde enero de 2005 y se mantuvo hasta el último día de febrero de 2006 y no solamente hasta el 18 de enero de 2006, fecha en que se envió el último memorando de fijación de precios, conforme lo adujo la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES**, dado que este memorando estuvo vigente hasta el final del período de investigación y el



paralelismo de los precios se continuó observando después del 18 de enero de 2006.

A este respecto, es importante precisar que dicha conducta fue considerada y estudiada con una delimitación temporal mensual, de acuerdo con las gráficas y las tablas de las resoluciones acusadas, situación que refleja que la conducta se mantuvo durante el mes de febrero de 2006 y que no puede considerarse finalizada antes del día 28 de ese mismo mes y año, como alegó la demandante, si los investigados en ningún momento demostraron la terminación del acuerdo anticompetitivo en un momento anterior al que fuera analizado y definido por la **SIC**.

Por lo tanto, a la luz de la Jurisprudencia consolidada tanto de la Corporación como de esta Sección, así como de lo previsto en el artículo 38 del CCA, la demandada **tenía hasta el último día de febrero de 2009** para imponer y notificar la sanción respectiva antes de que caducara su facultad sancionadora, la que en efecto ejerció mediante la expedición de la **Resolución núm. 04946 de 2 de febrero de 2009**, notificada a la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. el 16 de febrero de 2009** -folio 218 del cuaderno principal²⁰-, a **CASA LUKER S.A.** y al señor **GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI**, el **23 de febrero de 2009** -folio 138 del cuaderno principal-, esto es, sin que hubiese operado la caducidad erróneamente advertida por el *a quo* en la providencia impugnada de **19 de mayo de 2011** y sin que por lo mismo hubiese debido tener vocación de prosperidad dicho cargo de la demanda.

La Sala procederá, entonces, a revocar los artículos Primero, y Segundo, de la parte resolutive de la sentencia de **19 de mayo de 2011** de la Sección Primera -

²⁰ Expediente núm. 2010-00161



Subsección “B”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de los cuales se resolvieron las pretensiones de la demanda a partir del equívoco análisis de la “caducidad de la sanción” que ahora se desestima.

Consonante con lo anterior, la Sala adelantará el estudio de los demás cargos enlistados en el libelo demandatorio, presentado por **CASA LUKER S.A.** y **GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI**, los cuales se resumen así: (i) Indebida aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 1º de la Ley 155 y 47, numeral 1, del Decreto 2153, e inexistencia de un acuerdo de precios en la modalidad de práctica conscientemente paralela; y (ii) no existe prueba de la responsabilidad del señor **GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI**.

En cuanto al **cargo de indebida aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 1º de la Ley 155 y 47, numeral 1, del Decreto 2153, e inexistencia de un acuerdo de precios en la modalidad de práctica conscientemente paralela**, **CASA LUKER S.A.** y **GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI** señalaron que la **SIC** pretendió encontrar un acuerdo de precios, en la modalidad de práctica conscientemente paralela, que no existió, dado que hay diferencias entre los precios de las empresas investigadas, no existe evidencia sobre el elemento consciente en la conducta imputada, no tuvo en cuenta que el mercado de compra de cacao en grano en Colombia se caracteriza por ser semanal y no mensual y que varía por Municipio y que les endilgó una infracción basada en un comportamiento que es inherente al mercado oligopopsónico²¹.

²¹ (Mercado pequeño de demandantes frente a gran número de oferentes. Es un escenario en el que los demandantes tienen poder sobre los precios).



Adujeron, además, que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural avaló e influenció la definición de los precios de compra de cacao y participó en la elaboración del ASCCCA.

En igual sentido, la Sala adelantará el estudio de los motivos de inconformidad expuestos por la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.**, en el recurso de apelación, los cuales, reiteran los argumentos expresados en los cargos de la demanda, y se pueden resumir, así: (i) violación del debido proceso y derecho de defensa; (ii) falsa motivación; (iii) violación del principio de la proporcionalidad de la sanción, al considerar que la sentencia recurrida no desvirtuó la validez de los cargos formulados, razón por la cual la Sala procederá a examinarlos, en aras de establecer la legalidad de los actos demandados.

En lo concerniente al **cargo de violación del debido proceso y derecho de defensa**, la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** alegó que: i.) Se mantuvieron pruebas en reserva, que se utilizarían contra una persona y no se permitió a los apoderados de las empresas investigadas tener copia del expediente para poder solicitar y aportar pruebas; ii.) Se negó la práctica de pruebas solicitadas; iii.) La sentencia recurrida tácitamente reconoce que nunca existió una acusación que diera a entender que se habían infringido dos disposiciones y a pesar de ello, valida que se imponga una sanción por la supuesta infracción de dos normas.

En cuanto a la **falsa motivación**, la mencionada demandante señaló: i.) Que para negar dicho cargo, el fallo apelado sostuvo que como no estaban los antecedentes administrativos en el expediente, no era posible definir si lo señalado por la actora encuentra sustento y que el *a quo* no decretó la prueba de que los enviaran; ii.) Que quedó probado que no existió un acuerdo, bajo la definición de conducta



conscientemente paralela y que el concepto de paralelismo consciente que se empleó en este caso es distinto al utilizado en otras ocasiones; iii) el dictamen pericial practicado dentro del proceso descartó la validez de la conclusión de la **SIC** acerca de la existencia de un “*paralelismo de precios*”.

Respecto al **cargo de violación de la proporcionalidad de la sanción**, el fallador de primea instancia no analizó los argumentos planteados. Simplemente, se limitó a decir que la norma no prevé criterios de atenuación y que los actores tenían una posición dominante en la compra del cacao.

INDEBIDA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 1º DE LA LEY 155 Y 47, NUMERAL 1, DEL DECRETO 2153, E INEXISTENCIA DE UN ACUERDO DE PRECIOS EN LA MODALIDAD DE PRÁCTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA

Ahora bien, en cuanto al **cargo de indebida aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 1º de la Ley 155 y 47, numeral 1, del Decreto 2153, e inexistencia de un acuerdo de precios en la modalidad de práctica conscientemente paralela**, la Sala considera:

Las disposiciones que se consideraron violadas por las resoluciones demandadas, son del siguiente tenor:

El **artículo 1º de la Ley 155**, dispone:

“[...] **ARTÍCULO 1º.** (Modificado por el artículo 1º del Decreto 3307 de 1963). **Quedan prohibidos los acuerdos** o convenios **que directa o indirectamente tengan por objeto** limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a **limitar la libre competencia** y a mantener o determinar precios inequitativos [...]” (Las negrillas fuera de texto)



El artículo 47, numeral 1, del Decreto núm. 2153, prevé:

“[...] ARTÍCULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios. [...]” (Las negrillas fuera de texto.)

Además, es del caso citar el **artículo 45, numeral 1**, del antes citado Decreto, que guarda relación con la misma materia.

Este precepto establece:

“[...] ARTÍCULO 45. DEFINICIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”[...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto.)

En relación con los acuerdos contrarios a la libre competencia y su prueba, es preciso traer a colación la sentencia de 23 de enero de 2003²² de esta Sección, en la cual se dijo:

“[...] Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;”

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de enero de 2003, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola, número único de radicación 25000-23-24-000-2000-0665-01 (7909).



“Se establece así que hay violación de la libre competencia cuando se dan acuerdos cuyo objeto o efecto sea la fijación directa o indirecta de precios.

La apreciación sistemática de la norma permite establecer que la locución **acuerdos** a que se refiere la norma ha de tomarse en el sentido que se define en el artículo 45, numeral 1, del mismo decreto en el cual se señalan varias definiciones *“Para el cumplimiento de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas previstas en la Ley 155 de 1959”*.

Al respecto se dice: **“1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, *práctica* concertada o *conscientemente paralela* entre dos o más empresas”**.

De esas varias hipótesis posibles de dicho concepto, **los hechos del sub lite se encuadraron en la última, esto es, en la de “práctica conscientemente paralela entre dos o más empresas”**.

La Sala observa que la advertida igualdad en los precios en comento permite inferir esa conducta puesto que la simetría que se dio entre ellos en un período tan prolongado no es posible que hubiere sido casual atendiendo la complejidad de las variables que afectan todas las actividades relativas a la leche hasta ponerla en manos del consumidor final.

“[...]”

“Habida cuenta de que el precio de dicho producto está determinado por factores como los costos de producción - que a su vez dependen del precio de los insumos y del nivel de eficiencia de cada empresa así como de las condiciones socioeconómicas del lugar en que se produce-, *por las expectativas de utilidad del productor, los costos de distribución, el margen de utilidad del distribuidor, el posicionamiento o acreditación del producto y la calidad del mismo, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto, es poco probable que dos empresas coincidan en todos esos factores [...]*

Ante esas condiciones objetivas de toda actividad económica, más cuando se desarrolla dentro de una libre competencia, esto es, cuando no se realiza en forma monopólica o con sujeción a precios regulados por el Estado, **no es admisible, por razones prácticas, que como resultado de tales condiciones o factores dos empresas diferentes lleguen a fijar precios idénticos para un mismo producto, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción... De modo que tanta coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo como efecto la fijación indirecta de precios del producto ya especificado.** (Las negrillas y subrayas fuera de texto).



En el mismo sentido, en sentencia de 30 de noviembre de 2006²³, la Sección Primera se refirió acerca de la prueba de los acuerdos contrarios a la libre competencia:

“[...] Como bien lo advierte el a quo y la entidad demandada, tanta coincidencia no puede resultar de la casualidad, menos cuando el precio de dicho producto no está determinado por la ley, ya que está sometido a libre competencia, por lo tanto depende de factores variables como los costos de transporte, de los costos de operación de cada estación y, por ende, del nivel de eficiencia de ellas, así como de las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto. En esas condiciones es poco probable que 4 empresas coincidan en todos esos factores. De modo que esa coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo indirecto que tuvo como efecto la fijación de precios del producto gasolina extra [...]”
(Las negrillas y subrayas fuera de texto).

De conformidad con los precedentes jurisprudenciales antes señalados, que obviamente reitera la Sala, la fijación de precios iguales o similares para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto.

En el caso sub *examine*, quedó plenamente demostrada la ocurrencia de un **acuerdo contrario a la libre competencia**, en tanto se cumplieron los siguientes presupuestos: 1) la existencia del acuerdo entre los actores, y 2) su objeto o efecto, indirecto o directo, consistente en fijar precios.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, número único de radicación 25000-23-24-000-2002-00678-01.



En cuanto al **primer presupuesto**, cabe mencionar que el artículo 45, numeral 1, del Decreto 2153, define **Acuerdo**, así: “*Todo contrato, convenio, concertación, **práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas***”.

De esas varias hipótesis posibles de dicho concepto, los hechos bajo estudio se encuadraron en la última, esto es, en la de “**práctica conscientemente paralela entre dos o más empresas**”, porque hubo:

i) una **práctica** que involucró a las dos empresas demandantes, durante el lapso ya señalado, enero de 2005 y febrero de 2006, consistente en fijar, aumentar y disminuir el precio de compra de cacao de manera similar tanto en su magnitud como en sus circunstancias de tiempo;

ii) la cual se dio de modo **consciente**, esto es, con pleno uso de sus sentidos y facultades, pues por la coincidencia en los precios de compra de cacao, fijados en las mismas fechas, en 7 memorandos, para diferentes modalidades de compra de cacao, que son adquiridos en distintas plazas, no resulta creíble que cada una de las empresas investigadas actuaron sin saber lo que estaban haciendo.

En efecto, los memorandos, descritos en la **Resolución núm. 04946 de 2009 acusada**, expedidos por las empresas investigadas, de manera conjunta, en las mismas fechas: 18 de enero de 2005, 28 de febrero de 2005, 16 de marzo de 2005, 29 de marzo de 2005, 27 de abril de 2005, 13 de julio de 2005 18 de enero de 2006²⁴, a través de los cuales ellas informan, a las personas encargadas de realizar las compras de cacao, el mismo valor de los precios de compra de cacao por kilo que deberán pagar, son prueba de que las dos empresas investigadas tenían la intención de actuar en forma coordinada y armónica;

²⁴ Folios 72 a 78 y 97 a 109 del C4 (Radicación núm. 06-025839)



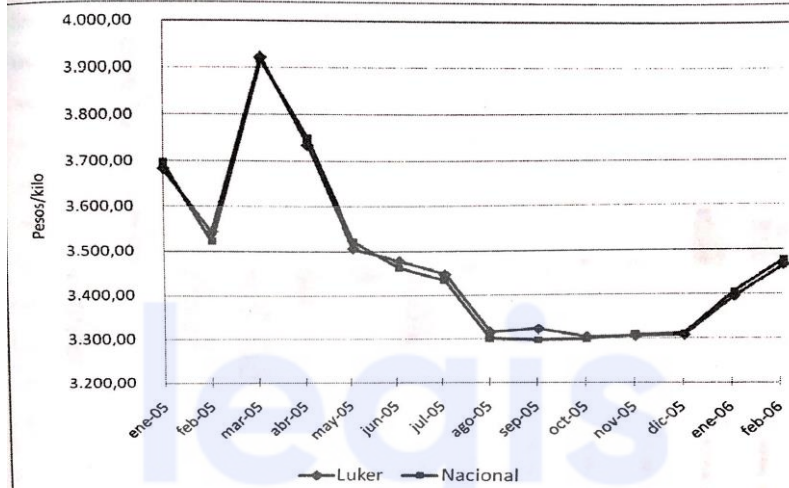
y **iii)** de manera **paralela**, en la medida en que los precios promedio del kilo de cacao corriente pagado por las empresas investigadas fueron similares y se comportaron de manera paralela durante el período de enero de 2005 a febrero de 2006, porque coinciden tanto las direcciones de las variaciones (en los aumentos y disminuciones) como su magnitud, y en algunos casos tuvieron un comportamiento idéntico.

Y, respecto al **segundo presupuesto**, se debe advertir que dicho acuerdo tuvo como efecto la fijación indirecta de precios de la compra de cacao, con una sincronización y coincidencia notable.

Esa sincronización y coincidencia está demostrada en el plenario con base en los datos suministrados en la investigación, por las actoras, en relación con el precio de cacao en las 2 empresas investigadas, entre enero de 2005 y el febrero de 2006, datos que se extraen de los Gráficos 2 y 3, consignados en las páginas 24 y 25 de la **Resolución núm. 04946 de 2009**, cuyos contenidos se presumen ciertos, y en los que aparecen que los precios promedios del kilo pagado por las empresas demandantes fueron similares y se comportaron de manera paralela durante el período antes descrito; coinciden tanto las direcciones de las variaciones como su magnitud.

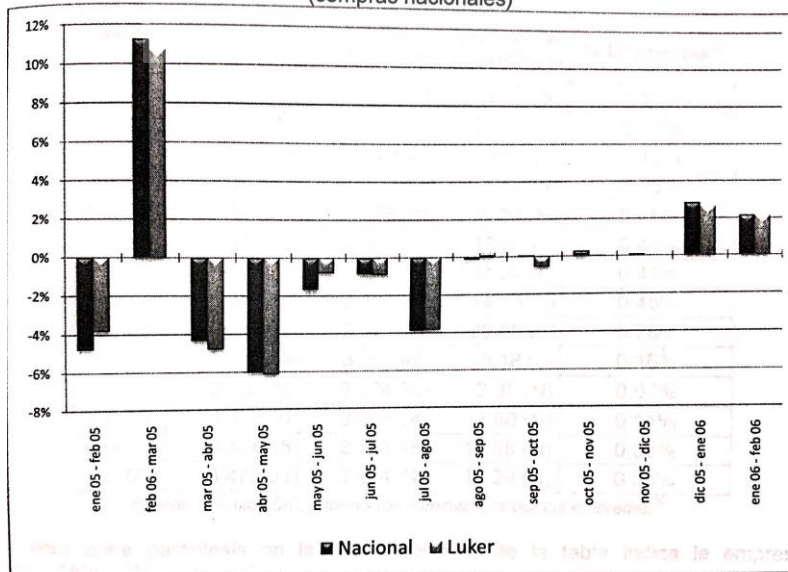


Gráfico 2
Precio promedio nacional de compra de cacao corriente
NACIONAL vs. LUKER

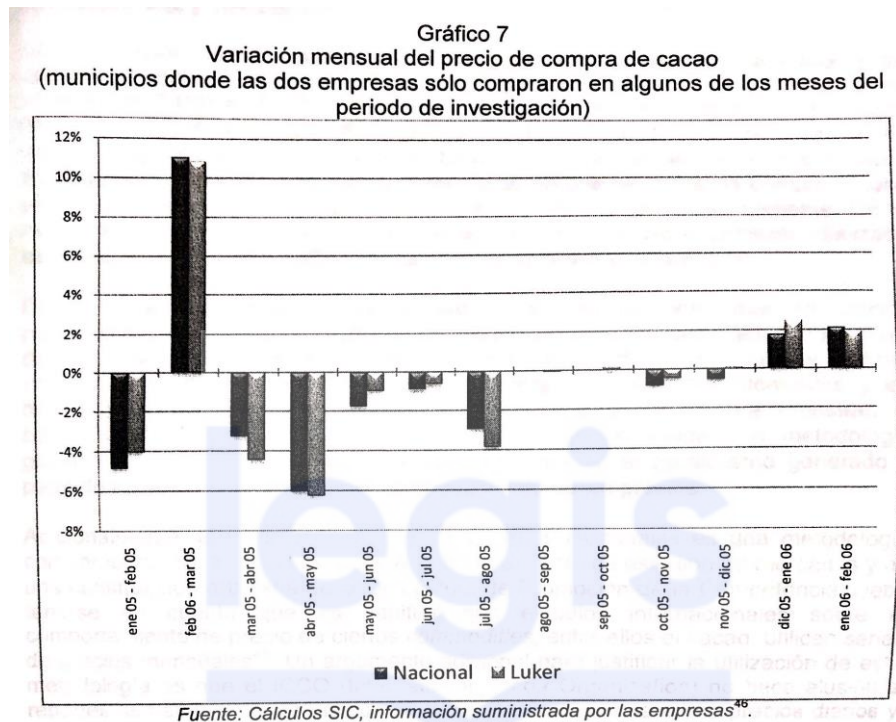


Fuente: Cálculos SIC, información suministrada por las empresas³³.

Gráfico 3
Variación mensual del precio de compra de cacao
(compras nacionales)



Fuente: Cálculos SIC, información suministrada por las empresas³⁴.



Dichas coincidencias o similitudes presentadas en un período determinado de tiempo, por dos empresas, no puede ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el cacao, en este caso, depende de factores variables, como son: los costos de transporte, los inventarios disponibles que tenga cada compañía, el nivel de eficiencia, las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, estructuras de costos, los cuales varían necesariamente de una empresa a otra y no pueden resultar idénticos, así se trate de un mismo producto.

En esas condiciones es poco probable que empresas diferentes coincidan en todos esos factores. De modo, que esa coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo indirecto que tuvo como efecto la fijación de precios de la compra del producto cacao.

Así las cosas, la Sala estima que la conducta jurídicamente endilgada a las empresas demandantes sí se realizó, toda vez que la situación descrita pone en



evidencia una práctica paralela y consciente por parte suya, cuyo efecto fue la fijación indirecta de precios, lo cual constituye un **acuerdo contrario a la libre competencia**, de acuerdo con lo señalado en el artículo 47, numeral 1, del Decreto 2153, y como tal un comportamiento prohibido, según lo previsto en el artículo 1º de la Ley 155.

En otras palabras, como quiera que existió un acuerdo contrario a la libre competencia se violó el citado artículo 47, numeral 1, del Decreto 2153, así como el artículo 1º de la Ley 155.

Por tal razón, le asistió razón a la **SIC** en la **Resolución núm. 52202 de 2009 demandada**, cuando sobre este asunto, señaló:

“[...] Al respecto es importante aclarar que esta autoridad de competencia ha interpretado la disposición contenida en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 como una cláusula general de protección de la competencia. Según lo establecido en esta norma, están prohibidas *“[...] toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”*. La norma es clara en señalar que cualquier práctica que limite la libre competencia está prohibida. Además, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 determina algunas acciones que, en concreto, limitan la libre competencia y en consecuencia también constituyen una infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En el mismo sentido, la doctrina ha interpretado que el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, al igual que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, “[...] contiene una prohibición genérica contra todas las conductas restrictivas de la competencia [...]”. En consecuencia, dado que los acuerdos a los que hace referencia el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 son conductas contrarias a la libre competencia, implican una infracción del régimen general.

Así las cosas, la SIC considera que las conductas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 suponen una violación de la disposición general de la Ley 155 de 1959. Luego, la norma general no tiene un carácter residual. Es decir, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 abarca las conductas del Decreto 2153 de 1992 y cualquier otra que, aunque no haga parte de ese Decreto, termine afectando la dinámica competitiva del mercado. Lo anterior implica que si la autoridad de competencia concluye que una conducta es anticompetitiva, al menos se estaría violando la disposición general [...] (Las negrillas y subrayas fuera de texto).



Ahora, la Sala advierte que las coincidencias o similitudes en tiempo y valor de los precios de compra de cacao no pueden ser explicadas con comportamientos que son inherentes al mercado oligopsónico, en los cuales hay un alto grado de interdependencia entre los agentes económicos, de manera que cualquier decisión de uno de sus miembros va a provocar una reacción o respuesta de los competidores, pues ello no impedía que cada una de las empresas investigadas tuviera su propia concepción acerca de la forma en que se maximizan los beneficios y desarrollara estrategias particulares, en vez de crear estrategias comunes, a través de un acuerdo que no consultaba las condiciones de libre competencia, lo cual cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que cada una presenta niveles de inventario, niveles de eficiencia, expectativas de utilidad y otras variables diferentes.

Dicha conducta tampoco puede ser justificada en el acuerdo de cadena de cacao ASCCCA, en el cual las investigadas adquirieron compromisos, ni en el hecho de que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural participó activamente en su elaboración, ni en que avaló la definición de precios de compra de cacao.

La Sala considera que de lo establecido en dicho acuerdo no se evidencia que las empresas investigadas puedan fijar precios de compra de cacao uniformes que limiten la libre competencia en el mercado.

Por el contrario, la finalidad de este acuerdo, así como del mencionado Ministerio, es mejorar la competitividad de todos los eslabones de la cadena, tanto en el mercado internacional como en el nacional, y no la regulación de precios de compra de cacao.



En la página 2 de dicho Acuerdo, se estableció:

“[...] El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural [...] ha desarrollado estrategias que le permitan a los productos agrícolas y pecuarios ser competitivos en los mercados internacionales y nacionales. Una de las estrategias fundamentales para lograr esta condición es consolidar la VISIÓN DE CADENA, que permite una identificación de las principales limitantes, debilidades, amenazas y oportunidades, a lo largo de los diferentes eslabones en los cuales participa un producto agropecuario hasta el consumidor final [...]”.

Y, en el Acta de Reunión núm. 23²⁵ del Consejo Nacional Cacaotero quedó demostrado que la posición del mencionado Ministerio no era fijar los precios de los productos agrícolas, porque, a su juicio, ello genera corrupción y politiquería.

Al respecto, se precisa que el hecho de que el acuerdo establezca un referente para formación del precio de compra de cacao, como lo es, el precio internacional, no puede entenderse como una limitación a la competencia en el mercado, ni como un parámetro que determine el precio local, sino como un referente para que los empresarios decidan si deben comprar cacao en el mercado local o importarlo.

Por consiguiente, la Sala comparte los siguientes argumentos expuestos en la **Resolución núm. 04946 acusada**, sobre este asunto:

“[...] Así, el paralelismo en el comportamiento de precios acreditado en el expediente no puede entenderse como una consecuencia directa del ASCCA, pues este (i) no tiene como fin ni pretensión la fijación de precios, (ii) señala además del precio internacional, dentro de las variables a tener en cuenta, la calidad y los costos de importación, situación que no se ve reflejada en los precios pagados por las empresas a los cacaoteros y (iii) como lo evidencian las pruebas aportadas a la investigación y ya se ha anotado en la presente decisión, el comportamiento paralelo de los precios en el mercado de compra de cacao corriente guarda una mayor relación con los precios de lista establecidos en los memorandos internos, que con los movimientos de los precios internacionales.

[...] por cuanto el ASCCCA no constituye bajo ningún punto de vista una justificación del acuerdo de precios censurado en la presente Resolución, en la medida en que no autoriza la ejecución de conductas que bajo la

²⁵ Acta de la Reunión núm. 23 del Consejo Nacional Cacaotero (folio 127 del Cuaderno principal del Expediente núm. 2010-00161).



normativa general se consideren ilegales. En efecto, establece expresamente el ASCCCA que su finalidad es la de ser un “*escenario para compartir la visión estratégica de la cadena, establecer propósitos y metas comunes y coordinar acciones que garanticen el logro de ellas*”, finalidad esta que no puede entenderse como un espacio para la fijación de precios, como lo interpreta el apoderado de NACIONAL.

[...]

En otras palabras, el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los firmantes del ASCCCA no conlleva ineluctablemente a la violación de las normas de promoción de la competencia, específicamente del artículo 47 del decreto 2153 de 1992. Por el contrario, los participantes del Acuerdo en mención, concretamente las empresas investigadas, estaban en plena capacidad de cumplir tanto el Acuerdo de Competitividad como las normas de derecho de la competencia [...] (Las negrillas y subrayas fuera de texto”).

Ahora bien, para la Sala, no es cierto que la **SIC** desconociera el hecho de que el mercado de compra de cacao en grano en Colombia se caracteriza por ser semanal y no mensual y que este varía en cada Municipio.

Se observa que la demandada utilizó la metodología de precios mensuales para estudiar el comportamiento del mercado de compra de cacao, por considerar que dicha metodología es la comúnmente utilizada para analizar el comportamiento y la tendencia general de este tipo de mercados.

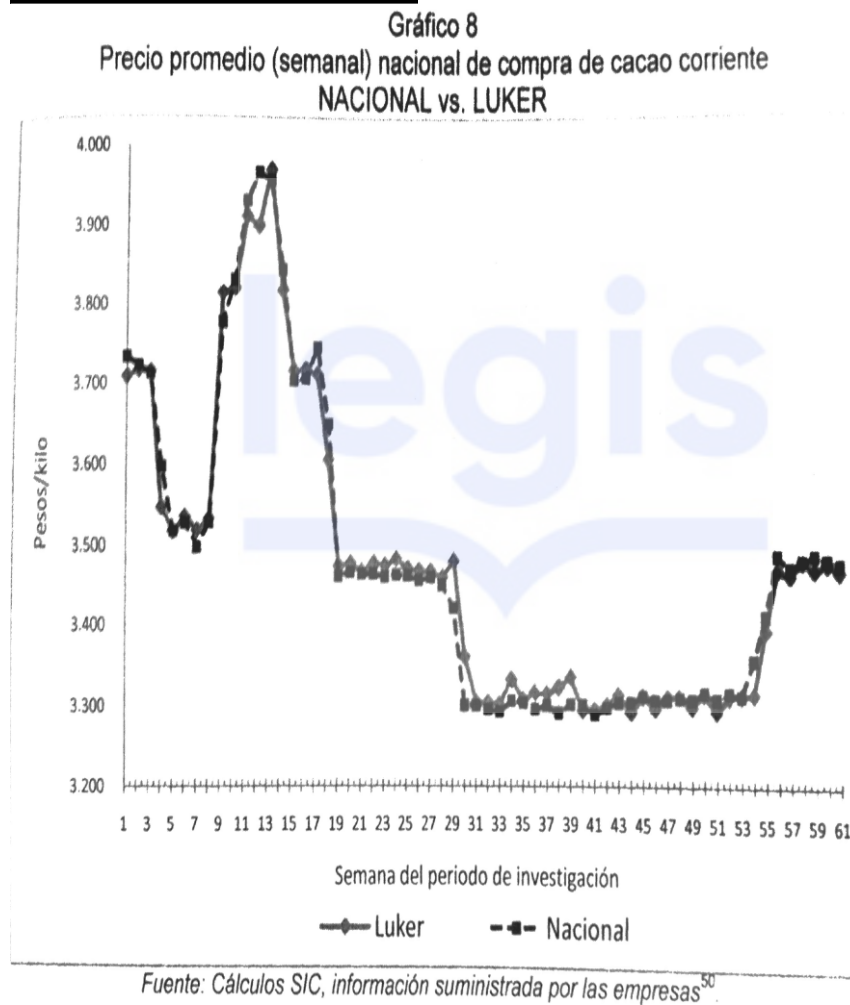
No obstante ello, en atención a la solicitud de las empresas investigadas, la **SIC** procedió a estudiar la evolución de los precios semanales del cacao, con base en la información contenida en el expediente administrativo, a partir del cual concluyó que el comportamiento de los precios de compras semanales entre las investigadas fue paralelo.

En efecto, en la página 34 de la **Resolución núm. 04946 de 2009 acusada**, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, se señaló lo siguiente:

“[...] a partir del argumento de los apoderados que pretenden encontrar en el análisis semanal una tendencia en el comportamiento de precios sustancialmente diferente de aquella que revela los precios mensuales, este Despacho procedió a estudiar la evolución de los precios semanales a partir de la información contenida en el expediente, esto es, los precios promedio semanales nacionales de cacao corriente.”



El paralelismo observado en el análisis mensual se mantiene en el de precios de compra semanales de cacao corriente. El siguiente gráfico lo ilustra.



[...]

En conclusión este Despacho ha verificado que el paralelismo encontrado en el análisis de precios mensuales se mantiene al considerar precios semanales [...] (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Y en lo concerniente a la variación de los precios de compra de cacao en los municipios, cabe advertir que la **SIC**, en los actos acusados, sí realizó un análisis por municipios y que, de acuerdo con la información suministrada por las actoras, las diferencias encontradas por la demandada, entre los precios pagados por las dos empresas investigadas en los municipios no superaron en ningún mes el 0,54% y en promedio fueron de tan solo 0,16.% y en ninguna semana el 1,79% y



en promedio fueron de tan solo 0,45%²⁶, de acuerdo con lo señalado en la Tabla 5 y en el referido Gráfico 8.

Incluso, en los municipios en que las diferencias eran relativamente altas, el paralelismo se mantuvo y la coincidencia en magnitud y dirección de las variables.

Tabla 5
Precio promedio de compra de cacao corriente
(18 municipios donde las dos empresas compraron cacao durante todo el periodo de investigación)
NACIONAL vs. LUKER

Mes	NACIONAL (pesos/kilo)	LUKER (pesos/kilo)	Diferencia (pesos/kilo)	% Diferencia ³⁹
ene-05	3.636,45	3.625,91	10,54 (N)	0,29%
feb-05	3.493,69	3.494,72	1,04 (L)	0,03%
mar-05	3.867,95	3.848,57	19,38 (N)	0,50%
abr-05	3.679,13	3.678,94	0,19 (N)	0,01%
may-05	3.444,21	3.440,34	3,87 (N)	0,11%
jun-05	3.438,16	3.438,02	0,14 (N)	0,00%
jul-05	3.376,19	3.374,43	1,76 (N)	0,05%
ago-05	3.291,09	3.292,16	1,07 (L)	0,03%
sep-05	3.289,71	3.291,99	2,28 (L)	0,07%
oct-05	3.285,20	3.291,31	6,11 (L)	0,19%
nov-05	3.283,64	3.295,28	11,64 (L)	0,35%
dic-05	3.288,99	3.291,25	2,26 (L)	0,07%
ene-06	3.348,94	3.367,00	18,06 (L)	0,54%
feb-06	3.438,43	3.437,16	1,26 (N)	0,04%

Fuente: Cálculos SIC, información suministrada por las empresas⁴⁰.

Ahora, es del caso señalar que la SIC dejó muy claro, en la **Resolución núm. 52202 de 2009 demandada**, que utilizó dos indicadores: el coeficiente de correlación y el error cuadrático medio, para establecer el grado de asociación o disociación entre los precios de venta de cacao y, por ende, cuantificar el paralelismo observado en los precios de compra de cacao corriente durante el período investigado.

También, precisó que utilizó la “media muestral” por ser “*el mejor estimador lineal insesgado del valor esperado de una variable*” y promedios ponderados, teniendo en cuenta la participación que cada uno de los municipios tiene sobre el volumen de compra total nacional.

Ciertamente, la entidad demandada demostró la existencia de un paralelismo de precios entre las actoras, durante el período de investigación, para diferentes niveles de

²⁶ Página 174 de la **Resolución núm. 04946 acusada**.



agregación (nacional y municipal), y para series con distinta periodicidad (mensual y semanal), al utilizar esta metodología y al analizar: los precios promedio nacionales mensuales y semanales; los precios promedio mensuales en aquellos municipios en los que hay datos de las dos empresas para cada uno de los meses del período de investigación; y los precios promedio mensuales de los demás municipios.

Sobre este asunto, es del caso señalar que los recurrentes adujeron que no se tuvo en cuenta que la Tabla 6, de la **Resolución núm. 04946 de 2009 demandada**, muestra que en 11 de los de 18 municipios los resultados de los precios nunca coinciden, que en varios de los municipios las actoras tuvieron diferencias de precios todo el período y solamente coinciden en pocas ocasiones y que de 216 datos, 115 tienen diferencias superiores a \$20 pesos, esto es, más del 50 % de las veces.

Al respecto, se debe señalar que no le asiste razón a los apelantes, por cuanto el paralelismo imputado fue demostrado a partir de un análisis de variación del precio de compra de cacao entre las empresas período a período, de la correspondencia entre las tendencias y variaciones de los precios y de una aproximación o similitud en los precios pagados por ambas compañías y no a partir de un análisis de identidad en los precios de todas las transacciones realizadas en el territorio nacional o de cierto porcentaje de ellas, en tanto esta no es una condición necesaria para probar una práctica conscientemente paralela.

Y en lo concerniente a la diferencia de \$20 pesos por kilo en el precio de compra de cacao, que a juicio de los actores, representa un elemento de competencia entre los agentes compradores, cabe advertir que en los actos acusados se probó que en casi tres cuartas partes del período investigado se hicieron compras a precios que, entre las dos empresas demandantes, no superaron la diferencia de \$20 pesos por kilo, conforme se puso de presente en la Hoja núm. 35 de la **Resolución núm. 04946 de 2009 acusada**.



Además, en el proceso no se acreditó que no fuera cierta la información registrada en las tablas y en los gráficos de los actos acusados.

Sin embargo, vale la pena aclarar que aún diferencias promedio entre los precios de las investigadas superiores a \$20 demostrarían un comportamiento paralelo y anticompetitivo, si se acredita que las tendencias y variaciones del tiempo los hacen paralelos, pues lo que se censura es el ánimo de las empresas de no competir.

RESPONSABILIDAD DEL SEÑOR GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI

Con relación al cargo, consistente en que **no existe prueba de la responsabilidad del señor GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI, representante legal de la empresa investigada CASA LUKER S.A.,** cabe precisar que para que se configure la responsabilidad y haya lugar a imponer una sanción, de acuerdo con el artículo 4º, numeral 16, del Decreto 2153, se requiere que él haya colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o *torelado* conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155.

Conforme se puso de presente anteriormente, en el presente caso, se demostró la participación de la referida empresa en un acuerdo restrictivo de la competencia.

En declaración, el representante legal en mención señaló:

“[...] Pues yo creo que **me toca dar las directrices de** la materia prima, que toca tener en la compañía, las directrices en cuanto sus volúmenes en los momentos de compra, **los precios de compra**, el inventario, el almacenaje, bueno todo. Puedo que yo no sea el que compra, **me toca decirle a mi**



equipo cuáles son los parámetros con los cuales nos vamos a comportar [...] (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Y el señor FRANCISCO JAVIER GÓMEZ, Gerente de Producción de **CASA LUKER S.A.**, en el testimonio rendido el 25 de abril de 2007, declaró:

“[...] Dentro de la compañía, yo, a ver, yo hago el análisis matemático y el análisis de mercado, que se requiere para saber el precio de mercado, la decisión la tomo yo, realmente, y en algún momento determinado, yo hablo con el gerente la compañía, para decirle, oiga voy a hacer esto. Más que, como una consulta, es como un informe al resto de la compañía para que sepa que estoy haciendo. Pero realmente yo fijo el precio.

[...]

A ver, yo tengo un informe semanal de materia prima, en el cual estoy reportando la compra que se hizo de cacao por agencia. Ya con este tema de precios y esas cosas los resúmenes de compra se presentan en comités, que se hacen periódicamente de materia primas en el cual nos muestra cuánto compró, cuál fue el precio de compra del cacao [...]

 (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

De acuerdo con las declaraciones antes descritas, el mencionado representante legal daba las directrices o definía los parámetros de fijación de los precios de compra de cacao y tenía conocimiento de la forma en que se ejecutaba esta, dentro de la empresa, en tanto estaba continuamente informado de ello por el Gerente de Compras.

De manera que, el mencionado representante legal, al definir la política de fijación de precios de compra de cacao y tener conocimiento de la forma en que se ejecutaba esta, toleró el acuerdo de fijación de precios en la compra de cacao durante el período de investigación, pues como se señaló en la **Resolución núm. 04946 de 2009 acusada**, “[...] si bien otra dependencia es la que finalmente fijaba el precio, como lo afirma en su declaración el señor Francisco Javier Gómez, Gerente de Producción, debe tenerse en cuenta que dicho precio se fijaba con base en los parámetros y directrices establecidos por el Gerente General de **LUKER** [...]”.

Así las cosas, la Sala observa, al igual que lo consideró la demandada, en los



actos acusados, que el señor **PONCE DE LEÓN SARASTI** se hallaba incurso en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153, toda vez que toleró la conducta anticompetitiva imputada.

VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA

Sobre el **cargo de violación del debido proceso y derecho de defensa**, la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** alegó que se mantuvieron en reserva algunas pruebas y que no se permitió a los apoderados de las empresas investigadas tener copia de la totalidad de expediente para poder solicitar y aportar pruebas.

Al respecto, la Sala debe señalar que no se violaron los derechos de defensa, de audiencia y del debido proceso, al mantener en reserva cierta información del expediente y no expedir copia de la totalidad del expediente administrativo, el cual constaba de 9 cuadernos, y que, por ende, resultan infundados los argumentos de la actora sobre el acceso restringido de dicha información, por lo siguiente:

En primer lugar, se debe tener en cuenta que los investigados tienen derecho a obtener copias de los expedientes, pero que constituye una excepción a ello, cuando las actuaciones de los mismos tienen el carácter de reservada.

Al efecto, es del caso traer a colación la sentencia proferida por esta Sección el 25 de abril de 2002²⁷, en la que al efecto, se dijo:

“[...]se ha de señalar que uno de los principios que rigen la actividad administrativa, y dentro de ella las actuaciones administrativas, es la publicidad, el cual comporta un deber para las autoridades de permitir el acceso a las mismas de cualquier persona, de acuerdo a lo consagrado por el artículo 29, inciso tercero, del C.C.A., cuyo texto

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de abril de 2002, C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola, número único de radicación 11001-03-24-000-2000-00163-01(7261).



prevé que cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren y de obtener copias y certificaciones sobre los mismos, salvo los que tengan carácter de reservados por mandato de la Constitución o de la ley [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

En segundo lugar, cabe advertir que desde que se le notificó a la mencionada actora, la Resolución núm. 28065 de 25 de octubre de 2006, “*Por la cual se abre una investigación*”, esto es, el 20 de noviembre de 2006²⁸, tanto la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.**, como todos los investigados, podían tener acceso, conocer y consultar toda la información de carácter reservado para el ejercicio de su derecho de defensa, con la salvedad de que dicha información reservada solo podía ser utilizada por sus apoderados para sus defensas, conforme se indicó en la constancia de 20 de noviembre de 2006, expedida por la **SIC**, que es del siguiente tenor:

“[...] Que dado que la Resolución 28065 del 25 de octubre de 2006 contiene información considerada como reservada, el Despacho advierte al apoderado sustituto de la COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES y de SOL BEATRIZ ARANDO MESA, que es su deber y obligación mantener la reserva de la información contenida en ella, así como de los documentos que hacen parte del expediente radicado bajo el número 06025839. Por tal razón, la misma debe ser utilizada para uso exclusivo de la defensa de sus poderdantes en el presente caso [...].”

Ciertamente, el hecho de que a los actores se les permitiera tener acceso a la información reservada, con la obligación de mantener la reserva respecto de terceros, y sin que pudieran obtener copias de la misma, no constituye violación al derecho de defensa ni del debido proceso, pues a la luz de los apartes citados de la sentencia de 19 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo (C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas), traída a colación por el mismo apoderado de la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.**, solo constituye una violación

²⁸ Folio 209 del cuaderno núm. 1 del Expediente núm. 2010-00487.



a dichos derechos, cuando no se le permita a los investigados tener acceso a la información o documentos que gocen de reserva.

Así, se expresó en la citada sentencia:

“[...] Para la Sala constituiría una flagrante violación al derecho y, por consiguiente, del debido proceso, el hecho de que BAVARIA S.A. no tuviese acceso a la información que, en definitiva, dio lugar a la apertura de una investigación en su contra. El hecho de que los documentos gocen de reserva legal no es óbice para que, en aplicación de esa reserva, se impida al peticionario el acceso a una información que tienen derecho a conocer para que así ejerza el derecho de defensa en los términos y condiciones previstos en la Constitución y la ley.”

Es evidente que, en el caso bajo examen, la información que solicita la empresa BAVARIA S.A., a pesar de gozar de reserva, de acuerdo con lo expuesto y, principalmente, en aras de garantizar el derecho de defensa de la peticionaria, debe ser conocida por la empresa BAVARIA S.A., pero con la obligación de mantener la reserva respecto de terceros so pena de las consecuencias legales [...].”

En tercer lugar, la Sala debe señalar que si bien es cierto que a los a los apoderados de las empresas investigadas no se les permitió tener copia de la información reservada del expediente, también lo es que al poder tener acceso y conocimiento de la totalidad del mismo, podían solicitar y aportar pruebas, conforme lo realizaron, y consta en el auto de pruebas de 22 de diciembre de 2006²⁹, expedido por la **SIC**.

En lo concerniente a la negación de la práctica de algunas pruebas solicitadas, la Sala debe precisar que de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153, la **SIC** durante la investigación está facultada para practicar las pruebas solicitadas y las que de oficio considere procedentes.

²⁹ Folios 234 a 243 del C.1 del Expediente núm. 2010-00487.



De ahí, que haya concedido la gran mayoría de las probanzas solicitadas y tan solo haya rechazado algunas, con la debida motivación, por considerar que las mismas ya obraban en el expediente y no eran necesarias.

En el citado auto de pruebas, la demandada rechazó que se anexara copia de la bases de cálculo de las gráficas elaboradas por la SIC, dentro de la resolución núm. 28065 de 25 de octubre de 2006, al considerar “[...] *que las gráficas que hacen parte del mencionado acto administrativo reflejan la información que fue suministrada por las empresas investigadas en la averiguación preliminar, por lo tanto esta información ya reposa en el expediente [...]*”.

En efecto, en la referida resolución núm. 28065, se señaló lo siguiente:

“[...] Con el fin de comparar los precios que Nacional y Lúker pagaron en promedio por kilo de cacao en grano, se construyeron las siguientes gráficas utilizando la información suministrada por las dos empresas sobre volúmenes y el valor total de las compras de cacao en grano, discriminadas por mes y por municipio.”

Cada uno de los puntos de la gráfica muestra el resultado de dividir el valor total de las compras nacionales en un mes determinado entre los volúmenes totales, en el mismo mes, comprados en los municipios reportados por las empresas. Lo anterior significa que cada punto de la gráfica corresponde al **precio promedio de compra ponderado por el volumen (en kilos) de la compra**. Este ejercicio se realizó para 124 municipios en el caso de **Lúker** y para 182 municipios en el caso **Nacional**. Los resultados se muestran en el gráfico 1.

[...]

GRÁFICO 1

[...]

Fuente: cálculos SIC a partir de información suministrada por las empresas.

[...]

La misma comparación de precio promedio de compra ponderado se hizo para cinco (5) municipios en los cuales **Nacional** y **Lúker** reportaron los mayores volúmenes de compras de grano para el año 2005. Esto con el fin de examinar el comportamiento de los precios a



escala municipal y su relación con el comportamiento del precio promedio a nivel nacional, como más adelante se ilustra.

Los cinco (5) municipios son: Neiva, San Vicente de Chucurí, Tumaco, Rivera y Garzón. Los gráficos 2 a 6 muestran la citada comparación.

GRÁFICO 2

[...]

Fuente: cálculos SIC a partir de información suministrada por las empresas.

[...]

GRÁFICO 3

[...]

Fuente: cálculos SIC a partir de información suministrada por las empresas.

[...]

GRÁFICO 4

[...]

Fuente: cálculos SIC a partir de información suministrada por las empresas.

[...]

GRÁFICO 5

[...]

Fuente: cálculos SIC a partir de información suministrada por las empresas.

[...]

GRÁFICO 6

[...]

Fuente: cálculos SIC a partir de información suministrada por las empresas.

[...]

Al comparar la relación existente entre el volumen de compra y el precio promedio pagado en los municipios por mes, se observa:

GRÁFICO 7

[...]

Fuente: cálculos de las SIC con base en información suministrada por las empresas.

GRÁFICO 8

[...]

Fuente: cálculos de las SIC con base en información suministrada por las empresas.

[...]

GRÁFICO 9

Fuente: cálculos SIC con información de Fedecacao.

Nota: Otras corresponde a las 21 empresas restantes.

[...]

GRÁFICO 10

[...]

Fuente: cálculos SIC con información de Fedecacao.

En la construcción del gráfico 10 se ha utilizado un período más amplio al de investigación, con el fin de observar el comportamiento



de las estacionalidad en la cosecha de grano mencionada anteriormente.
[...]

GRÁFICO 16

[...]
Fuente: cálculos SIC con información suministrada por las empresas.
[...]

GRÁFICO 18

[...]
Fuente: información suministrada por las empresas [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Y en los pies de página números 10 y 13 de la citada resolución, respectivamente, se anotó:

“[...] Folios 256 a 262 del cuaderno público No. 8 y folios del 3 al 54 del cuaderno público No. 9 del expediente [...]”.

“[...] Los costos de **Nacional** y **Lúker** a que se hace referencia corresponden a los costos derivados exclusivamente de la actividad de producción en las plantas de cada empresa. No incluyen costos derivados de la distribución ni de la comercialización [...]”.

De acuerdo con lo anterior, en la Resolución núm. 28065 quedó claramente establecido cuál fue la información utilizada, así como la metodología empleada por la entidad demandada para obtener las cifras indicadas en los gráficos.

Por tal razón, la Sala considera que no hubo violación a los derechos de defensa y del debido proceso de la SIC, al rechazar dicha prueba.

En lo atinente a que la sentencia recurrida nada dijo sobre que la **SIC** negó el decreto como prueba de los memorandos enviados a la actora, por medio de los cuales les informaba los precios a sus bodegas, junto con el reporte de fax, en donde constaba exactamente el día y hora en que fueron remitidos, así como lo referente a la negación del decreto del testimonio del Ministro de Agricultura, la Sala debe advertir que si bien dicho fallo no se refirió, de manera expresa, sobre la



negación de la prueba de los memorandos, ni sobre el testimonio del Ministro de Agricultura, lo cierto es que de manera general, respondió a ello, cuando sobre el particular, consideró:

“[...] De otro lado, tampoco encuentra la Sala que con el decreto de pruebas se haya vulnerado algún derecho a la Compañía Nacional de Chocolates, toda vez que fueron aceptadas por la Administración pruebas pedidas por esa sociedad, aunque se negarán otras con indicación de los motivos para su rechazo [...]”
(Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Además, debe precisarse que la **SIC**, en ejercicio de la facultad conferida por el citado artículo 52 del Decreto 2153, podía rechazar la práctica de las pruebas, con fundamento en que las mismas fueran impertinentes, inconducentes e innecesarias, así como considerar que el aludido testimonio no se ajustaba a lo establecido por el artículo 222 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto al argumento del apelante, en el sentido de que la sentencia recurrida afirma que el hecho, en virtud del cual la **SIC** consideró infringido el artículo 1º de la Ley, es el mismo del supuesto acuerdo de precios y que *“tácitamente reconoce que nunca existió una acusación que diera a entender que se habían infringido dos disposiciones y a pesar de ello valida que se impongan sanciones por la supuesta infracción de dos normas”*, la Sala debe precisar que el a quo nunca dio a entender eso.

En efecto, el fallo apelado lo que hizo fue explicar porqué los hechos cometidos por la demandante encajaban dentro de la citada norma, cuando al efecto, expresó:

“[...] se tiene que la norma se refiere a la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos, lo que



constituye a juicio de la Sala una disposición de carácter general en la cual subyace la práctica anticompetitiva de Acuerdos para la fijación de precios bajo la modalidad de práctica consciente paralela [...]”.

Para la Sala el anterior análisis pone de presente que el Tribunal sí respondió sobre la infracción de las normas y que le asistió razón al dar dicha explicación en la sentencia recurrida, pues la conducta investigada constituye un **acuerdo contrario a la libre competencia**, de acuerdo con lo señalado en el artículo 47, numeral 1, del Decreto 2153, y como tal un comportamiento prohibido, según lo previsto en el artículo 1º de la Ley 155, conforme se puso de presente anteriormente.

Se reitera que como quiera que existió un acuerdo contrario a la libre competencia, se violó el citado artículo 47, numeral 1, del Decreto 2153, así como el artículo 1º de la Ley 155, dado que los acuerdos, a que hace referencia la citada disposición del Decreto 2153, son contrarios a la libre competencia e implican una infracción del régimen legal, establecido en la Ley 155.

FALSA MOTIVACIÓN

Con respecto al **cargo de falsa motivación**, la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** estimó que el fallo apelado para negar dicho cargo, sostuvo que como no estaban los antecedentes administrativos en el expediente, no era posible definir si lo señalado por la actora encuentra sustento y que el *a quo* no decretó la prueba de que los enviaran.

Al respecto, la demandante en mención explicó que en el memorial, presentado el 6 de febrero de 2014³⁰, advirtió que en el expediente no aparecían los antecedentes administrativos y que sin estos no existe en este proceso prueba

³⁰ Folio 765 del Cuaderno 3 del expediente núm. 2010-00487.



alguna que demuestre la veracidad y soporte de los argumentos, así como de los actos administrativos.

Sobre el particular, se observa que los mismos ya obran en los anexos adjuntos del expediente identificado con el número único de radicación 2010-00161-01, al cual se acumuló el núm. 2010-00161-01, conforme se puso de presente en el proveído de 14 de marzo de 2019, proferido por este Despacho, visible a folio 106 del cuaderno “apelación sentencia”.

Además, estima que si bien es cierto que sentencia apelada señaló que la falta o ausencia de los antecedentes administrativos conllevaba a la no apreciación de los datos o información relevante, en la etapa de investigación, que tuvo en cuenta la SIC para expedir las resoluciones acusadas, también lo es que las consideraciones expuestas en este acápite de la sentencia recurrida demuestran que la Superintendencia demandada expresó, de manera clara y precisa, los motivos determinantes que la llevaron a sancionar a los actores, vale decir, por un **acuerdo contrario a la libre competencia**, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, así como que quedó plenamente demostrada la existencia de dicho acuerdo.

Con respecto al “**paralelismo**”, se debe precisar que si bien es cierto que la **SIC**, en las resoluciones núms. 369303 de 2001 y 7951 de 2002, no definió dicho término en idénticos términos, también lo es que la conducta sancionada sí encaja dentro de dicho concepto, conforme se puso de presente anteriormente, habida cuenta que las empresas investigadas fijaron y variaron los precios de compra de cacao corriente en el mercado nacional y en los municipios, en los que ambas empresas compraron cacao en todos los meses del período investigado, así como en los municipios en los que no compraron en todos los meses del período investigado, con una



sincronización y coincidencia notable (tanto en los períodos como en las magnitudes de cambio), pese a que sus condiciones no eran homogéneas.

DICTAMEN PERICIAL

Ahora, en cuanto al dictamen pericial practicado dentro del proceso³¹, que, a juicio del apelante, descartó la validez de la conclusión de la **SIC**, según la cual los precios de compra de cacao de las compañías investigadas eran paralelos, se debe tener en cuenta que el mismo tenía por objeto “determinar el grado de certeza y significatividad estadística que permite tener un análisis sobre paralelismo de precios de compra de cacao fundamentado en: i) precios promedio mensuales y semanales nacionales; ii) precios promedios mensuales de 18 municipios cuando una de las compañías compra cacao en por lo menos 136 municipios y la otra en 193 municipios y, iii) precios promedios mensuales de municipios en los que no existieron compras permanentes de las compañías comparadas”.

Y que sobre ello, el perito concluyó:

“[...] . La SIC inició el procedimiento para aplicar la Ley, realizó las investigaciones preliminares y luego abrió investigación propiamente dicha.

. Según el modo de proceder del investigador puede establecerse que su modo de operar probablemente lo llevó a primero establecer una hipótesis con base en intuiciones y valoraciones extraídas de un entorno informado. Luego pudo haber concluido la necesidad de proceder, a partir del hecho presumido.

[...]

. Aunque se argumenta que la investigación se abre de oficio, para este dictamen existe duda acerca de la existencia de un documento previo que expresaba la queja y que no fue usado para argumentar la resolución de apertura.

. Los datos y gráfica expresan lo que parece un hecho cumplido. Pues se demandan es en esta fase de apertura de investigación, los datos que son precisamente usados en la argumentación.

. La acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho desde su enunciado se propone anular la decisión que se considera esta fundada en procedimientos incorrectos realizados por un ente gubernamental.

³¹ Visible a folios 595 a 619 del cuaderno núm. 3 del expediente núm. 2010-00487.



Para ello se debe ser capaz de probar el evento. Entre los varios eventos, el abogado demandante considera que el manejo de la información aportada por la empresa y la capturada por el procedimiento de la vista a la sede de la empresa contiene algún vicio.

. Ahora bien, con los datos obtenidos, la SIC procedió a realizar estudios, análisis e inferencias. Los manejos de los datos obtenidos no obedecen a ningún criterio previo dispuesto por la Ley, que no sea lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo. La Ley, al momento, no consideraba un procedimiento para demostrar hecho tal, es decir, que no exige estudio técnico con lineamientos académicos y científicos.

[...]

. Entonces puede afirmarse que los datos obtenidos, posiblemente, no obedecen a un procedimiento de validación y este no se hace evidente en las diversas Resoluciones de la SIC y los abogados de las empresas, en sus recursos, llaman la atención sobre el hecho.

. La estadística utilizada y aplicada a los datos, estadística descriptiva, permitió construir una imagen visual del comportamiento de los precios de compra y de venta expresados en el plano cartesiano.

[...]

. Los lenguajes de la estadística, la matemática y la geometría permiten unas afirmaciones sobre lo que se ve en las imágenes y sobre los datos, pero no permite inferir comportamientos propios de la ética o de la psicología (sic).

. El manejo de los datos solo permite afirmar algo acerca del comportamiento de los precios en intervalos de tiempo, pero no que se trata de líneas paralelas. La observación de cada segmento permite descartar un análisis de líneas paralelas.

. En su mayoría, los segmentos de recta observados en cada intervalo, para ambos conjuntos de datos, no son paralelos. Entonces, las dos líneas quebradas resultantes tampoco son paralelas en conjunto. No existe, en los documentos conocidos, manera de afirmar que el investigador usó método alguno diferente al descriptivo, para manipular los datos capturados y obtenidos en los archivos de las empresas.

. La demostración por cualquier método, que lleve a determinar que las líneas sean paralelas, no permite concluir "Paralelismo" en el sentido usado por el investigador de la SIC.

. La gráfica dibujada a partir de los datos obtenidos, puede servir, como efectivamente sucedió, para crear una duda razonable, así posiblemente haya sido mal interpretada por el investigador, quien observó en el dibujo una tendencia y justificó a partir de ella un comportamiento.

. Pero una gráfica no es explicativa de ningún comportamiento referido a personas o voluntades. Asuntos como esos deben ser explicados por otros métodos [...]."

Al respecto, la Sala considera que dicho dictamen además de que no concluyó nada sobre los precios promedio mensuales y semanales nacionales de la compra de cacao, sobre los cuales debía fundamentarse, a fin de determinar el grado de certeza y significatividad estadística para tener un análisis sobre el paralelismo de



precios de compra de cacao, tampoco servía para descartar o desvirtuar la existencia de un paralelismo de precios, en cuanto se trataba de un asunto de derecho, que debía ser definido por esta jurisdicción.

Al efecto, es del caso advertir que de acuerdo con el artículo 236, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil, el dictamen pericial resulta improcedente para verificar dichos aspectos de derecho, que son competencia de esta jurisdicción al momento de definir el asunto.

VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

Con relación al **cargo de desproporción de la sanción**, es preciso traer a colación la sentencia proferida el 18 de agosto de 2005³², en la que esta Sección señaló:

“De suerte que atendiendo esas circunstancias y la relevancia de los derechos e intereses colectivos que se buscan proteger con las normas vulneradas por la actora, la Sala estima que la sanción impuesta es proporcional a los hechos sancionados, siendo conveniente advertir que **la proporcionalidad no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento**, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del C.C.A., esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos. Es, entonces, ante todo un problema de relación axiológica entre la situación fáctica del caso y la sanción impuesta, que en principio se presume ajustada a la normativa pertinente, dada la presunción de legalidad del acto administrativo, y que por lo mismo el afectado debe desvirtuar cuando la controvierta, debiéndose decir que por las razones antes expuestas no ha sido desvirtuada en este caso.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, para que una sanción impuesta cumpla con el requisito de proporcionalidad, es necesario demostrar la relación de la magnitud de dicha

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de agosto de 2005, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, número único de radicación 2002-00524-01.



sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento.

En el presente caso, la sanción impuesta es proporcional a los hechos que la motivaron, pues, además de que, los actores no demostraron que la conducta sancionada ameritara una sanción menor, según se infiere del contenido de los actos acusados, se analizó tanto la conducta desplegada, como las explicaciones dadas por los demandantes, a la luz de las disposiciones de la Ley 155 y del Decreto 2153, que le fueron imputadas, y atendiendo las circunstancias y la relevancia de las normas sobre libertad de competencia, se demostró que la conducta realizada por los demandantes tenía que ser sancionada, teniendo en cuenta la connotación negativa para el mercado de cacao que tiene la misma, así como la responsabilidad que le cabía a los actores al incurrir en una conducta contraria a la libre competencia.

En consecuencia, le asistió razón al fallador de primera instancia, al resolver dicha censura, dentro de la siguiente perspectiva:

“[...] atendiendo a que la sanción impuesta fue fijada dentro de los parámetros o topes legales otorgados para la dosificación de la sanción, toda vez que la disposición normativa prevé: *“imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas a que se refiere el presente decreto”*, y que la norma no consagra causales de atenuación, **puede definirse que la multa cumplió con los objetivos trazados, considerándose el efecto negativo que tuvo la práctica sancionada en el mercado y la posición representativa que la Compañía demandante tiene en la compra de cacao [...]**”
(Las negrillas y subrayas fuera de texto).

Ahora, la **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** alegó que el Tribunal de primera instancia no dijo nada en relación con los efectos de las normas del sector agrícola y del artículo 31 de la Ley 1340 y que el Estado influenció el tema de comportamientos de precios de las empresas, a través del ASCCCA.



En la demanda la mencionada actora explicó, en torno a dicho asunto, que esas tendencias de precios paralelos son una consecuencia directa de la aplicación del ASCCCA y de las instrucciones dadas por el Gobierno Nacional dentro del marco de las Leyes 1340 y 101 y de los decretos 2478 y 2153.

Sobre el particular, se estima que si bien el *a quo* no se pronunció, de manera expresa sobre esta censura, lo cierto es que en este acápite de la sentencia quedó muy claro que el paralelismo de precios no puede ser justificado en el ACCCSA, ni en hecho de que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, avaló la definición de precios de compra de cacao, en tanto que de lo establecido en dicho acuerdo no se evidencia que las empresas investigadas puedan fijar precios de compra de cacao uniformes que limiten la libre competencia en el mercado, aunado al hecho de que el Ministerio en mención no tiene como finalidad regular los precios de compra de cacao.

Así mismo, cabe mencionar que de lo establecido en el artículo 31 de la Ley 1340 no se infiere una exclusión sistemática del sector agrícola respecto de la aplicación de normas sobre la libre competencia.

Y en lo atinente a que al argumento del recurrente en mención, en el sentido de que el fallador de primera instancia tampoco se pronunció sobre que no es cierto que los agricultores no tienen capacidad de negociación, la Sala advierte que si bien el *a quo* no se pronunció sobre el particular, también lo es que las razones aducidas por la **SIC**, en la **Resolución núm. 52202 de 2009 acusada**, resultan válidas para fundamentar que los agricultores no tienen capacidad de negociación y que, por ende, no influyen en la fijación de los precios de compra de cacao en el mercado, cuando al efecto señaló:

“[...] quedó claramente demostrado en el expediente que la fijación de los precios de compra en el mercado nacional obedeció al acuerdo de



precios de los investigados más que a cualquier otra circunstancia. También quedó demostrado que el precio internacional puede funcionar como una variable importante que las partes involucradas en la comercialización del cacao tienen en consideración al momento de fijar el precio nacional de compra de cacao. Sin embargo, **esta circunstancia en sí misma considerada no constituye una prueba de la capacidad de negociación de los agricultores, tal y como lo plantea el apoderado de NACIONAL.**

Para el Despacho, las pruebas que obran en el expediente demuestran la inmensa capacidad de compra y superioridad contractual de las empresas investigadas en el mercado de compra de cacao. El hecho de que NACIONAL y LUKER adquieran más del 80% del total de la producción nacional de cacao corriente, es un claro indicador de poder de compra en dicho mercado. Adicionalmente, existen declaraciones de empleados de ambas empresas en las que se establece que NACIONAL y LUKER determinan un precio fijo al que van a comprarle el cacao a los acopiadores, lo que a su vez determina el precio que van a recibir los productores. **Así las cosas, los agricultores se limitan a aceptar o rechazar los términos que son fijados por las empresas y transmitidos por los acopiadores.**

Sumado a lo anterior, debe tenerse en consideración las particulares características del negocio del cacao antes mencionadas con el fin de responder este argumento bajo estudio. El hecho de que el conjunto de agricultores esté compuesto por pequeñas unidades productivas, de tipo familiar con bajo niveles de desarrollo tecnológico y que sea un cultivo utilizado como sustitución de cultivos ilícitos **caracteriza a los cultivadores de cacao como pequeños productores y no grandes negociantes** [...]” (Las negrillas y subrayas fuera de texto).

En conclusión, debe mantenerse incólume la presunción de legalidad, que ampara a los actos acusados y, en consecuencia, se deben **REVOCAR** los artículos **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia de **19 de mayo de 2011**, proferida por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal de Cundinamarca, y, en su lugar, se dispone: **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

Así mismo, se debe **CONFIRMAR** la sentencia de **20 de febrero de 2015**, proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las súplicas de la demanda.



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:

PRIMERO: REVOCAR los artículos **PRIMERO** y **SEGUNDO** de la parte resolutive de la **sentencia de 19 de mayo de 2011**, proferida por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal de Cundinamarca, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, se dispone: **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONFIRMAR la **sentencia de 20 de febrero de 2015**, proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las súplicas de la demanda.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en la sesión del día 18 de julio de 2019.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Presidente

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS