



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

RESOLUCIÓN **18 - 7825** DE 2019

( **02 ABR 2019** )

Radicación 13-103403

**VERSIÓN ÚNICA**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente la prevista en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 72158 del 27 de septiembre de 2018<sup>1</sup> (en adelante "Resolución No. 72158 de 2018" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que las personas jurídicas relacionadas en la Tabla No. 1 del presente acto administrativo, infringieron lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 (influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Así mismo, se determinó que las personas naturales relacionadas en la Tabla No. 2 del presente acto administrativo, incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones pecuniarias a las personas jurídicas y naturales, así:

**Tabla No. 1. Sanciones Personas Jurídicas - Resolución No. 72158 de 2018**

PERSONAS JURÍDICAS		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS ACC EN LIQUIDACIÓN	\$ 500.776.122.00
2	ASOCIACIÓN DE TRANSPORTADORES DE CARGA ATC	\$ 100.780.218.00
3	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL ANTIOQUIA - CHOCÓ EN LIQUIDACIÓN	\$ 50.780.730.00
4	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL QUINDÍO	\$ 50.780.730.00
5	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL SANTA MARTA EN LIQUIDACIÓN	\$ 50.780.730.00
6	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOYACÁ EN LIQUIDACIÓN	\$ 50.780.730.00
7	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL HUILA EN LIQUIDACIÓN	\$ 50.780.730.00
8	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOGOTÁ CUNDINAMARCA EN LIQUIDACIÓN	\$ 50.780.730.00
9	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL	\$ 50.780.730.00

<sup>1</sup> Folios No. 4270 a 4387 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente No. 13-103403 (en adelante "el Expediente"). Entiéndase que cada vez que en el presente acto administrativo se haga alusión al Expediente, se hace referencia a la actuación administrativa con el Radicado No. 13-103403.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

PERSONAS JURÍDICAS		
	CAQUETA EN LIQUIDACIÓN	
10	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL TOLIMA EN LIQUIDACIÓN	\$ 50.780.730.00
11	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL RISARALDA EN LIQUIDACIÓN	\$ 50.780.730.00
12	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL VALLE	\$ 50.780.730.00
13	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL VALLE DEL CAUCA EN LIQUIDACIÓN	\$ 50.780.730.00
14	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL PASTO	\$ 50.780.730.00
15	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL IPIALES	\$ 50.780.730.00

Tabla No. 2. Sanciones Personas Naturales - Resolución No. 72158 de 2018

PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRIGUEZ	\$ 25.780.986.00
2	LUIS ORLANDO RAMÍREZ VALENCIA	\$ 25.780.986.00
3	ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA	\$ 25.780.986.00
4	JUAN CARLOS MORENO PÉREZ	\$ 15.624.840.00
5	GUILLERMO CHICA RIVERA	\$ 15.624.840.00
6	DAYRON DE JESÚS GÓMEZ MEJÍA	\$ 15.624.840.00
7	OLIVIA ELENA RENDÓN RESTREPO	\$ 15.624.840.00
8	WEIMAR VALLEJO ARIAS	\$ 15.624.840.00
9	JOSÉ JESÚS JIMÉNEZ URREA	\$ 15.624.840.00
10	JUAN DAVID ZULUAGA SALAZAR	\$ 15.624.840.00
11	GUSTAVO MONTOYA URREGO	\$ 15.624.840.00
12	OMAR DE JESÚS VILLEGAS QUINTANA	\$ 15.624.840.00
13	JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ	\$ 15.624.840.00
14	JUAN JAVIER AMAYA GRIMALDO	\$ 15.624.840.00
15	JORGE ANDRÉS CHARFUELAN MORENO	\$ 15.624.840.00
16	JAVIER DARIO LEAL MARINO	\$ 15.624.840.00
17	GUSTAVO BETANCOURT PRADA	\$ 15.624.840.00
18	OLGA PIEDAD SUA VANEGAS	\$ 15.624.840.00
19	JOSÉ ORLANDO CASTELLANOS BUENO	\$ 15.624.840.00
20	JUAN GABRIEL MARIN CADAVID	\$ 15.624.840.00
21	JUAN PABLO MARTINEZ SALAZAR	\$ 15.624.840.00
22	JOSÉ IGNACIO MONTEALEGRE PUENTES	\$ 15.624.840.00
23	WILLIAM HERNAN CHANTRE MANCERA	\$ 15.624.840.00
24	ELIZABETH GUERRA RICO	\$ 15.624.840.00
25	ÓSCAR ALFREDO VILLOTA JURADO	\$ 15.624.840.00
26	ALBERTO ARANGO PERDOMO	\$ 15.624.840.00
27	TOMÁS DE JESÚS PRADA MORA	\$ 15.624.840.00
28	OCTAVIO FIERRO POLANCO	\$ 15.624.840.00
29	HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO	\$ 15.624.840.00
30	DAIRO MURILLO CHALARCA	\$ 15.624.840.00
31	PEDRO ANIBAL ACHURY QUINTERO	\$ 15.624.840.00

En la Resolución Sancionatoria, también se decidió archivar la actuación administrativa en favor de los investigados, por la infracción del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, con fundamento en lo siguiente:

"Tras analizar los resultados de la investigación y el acervo probatorio del Expediente, el Despacho encuentra que, en efecto, se concretaron actos de influenciación en el mercado de transporte de carga terrestre por parte de la ATC y la ACC, que encajan en los supuestos del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 (actos de influenciación), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general). Respecto a esta última disposición, el Despacho considera que la misma, en

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

atención a su generalidad y amplitud, subsume la prohibición prevista en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 (prohibición de conductas que afectan la libre competencia), de manera que no resulta necesario imputar cada prohibición por separado ni mucho menos sancionarlas de manera independiente.

En consecuencia, el Despacho ordenará el archivo de la investigación en lo que concierne al artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, no porque considere que no se cumplen sus supuestos, sino porque con la sanción de los actos de influenciación en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 queda totalmente acreditado que las conductas imputadas y demostradas constituyen una práctica que, además de representar un acto anticompetitivo, tiende a limitar la libre competencia económica."

De otra parte, la Superintendencia de Industria y Comercio también decidió **archivar** la actuación administrativa en favor de la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL CAUCA** por la infracción del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Adicionalmente, se decidió **archivar** la actuación administrativa en favor de **ÁLVARO DARÍO SANÍN CALAD, HÉCTOR MAURICIO REYES y TULIO ENRIQUE PRADO CERÓN** por la infracción prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la conducta anticompetitiva descrita en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución No. 72158 de 2018 y dentro del término legal, algunas personas jurídicas y naturales investigadas y sancionadas, interpusieron recursos de reposición.

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por los recurrentes:

**2.1. Argumentos presentados por la ASOCIACIÓN DE TRANSPORTADORES DE CARGA - ATC, DAYRON DE JESÚS GÓMEZ MEJÍA - Vicepresidente miembro de Junta Directiva de la ATC, LUIS ORLANDO RAMÍREZ VALENCIA - Director Ejecutivo Nacional de la ATC y los miembros de Junta Directiva de la ATC JUAN DAVID ZULUAGA SALAZAR, GUSTAVO MONTOYA URREGO, OLIVIA ELENA RENDÓN RESTREPO, WEIMAR VALLEJO ARIAS, JUAN CARLOS MORENO PÉREZ, GUILLERMO CHICA RIVERA y JOSÉ JESÚS JIMÉNEZ URREA**

- El proceso administrativo sancionatorio debe iniciar por unos hechos establecidos con precisión y claridad en el acto de apertura de la investigación. No obstante, en un ejercicio abusivo del poder, y un atropello al debido proceso sancionatorio, se modificó el supuesto fáctico en el informe final de recomendaciones.
- La investigación inició por los siguientes hechos: (i) una reunión de la junta directiva de la ATC del 15 de noviembre de 2012; (ii) una noticia relacionada con que "los transportadores desconocerán las medidas adoptadas por el gobierno nacional para regular las relaciones económicas entre los distintos agentes que participan en el mercado del transporte terrestre automotor de carga, promoviendo su propia tabla de fletes" del 11 y 13 de febrero de 2013; (iii) una publicación en la página web de la ATC, de una tabla emitida conjuntamente entre la ATC y la ACC del 13 de febrero de 2013, y por último; (iv) una publicación de la ATC en su página web de una nota titulada "camioneros le dicen no más a la libertad regulada de fletes" del 24 de febrero de 2013. Los anteriores hechos no sucedieron, son falsos o no fueron probados conforme a las reglas del derecho probatorio. En todo caso, respecto de cada hecho operó la caducidad de la facultad sancionatoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.
- En virtud del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, cuando se formulan cargos al investigado, los hechos deben señalarse con precisión y claridad para no desconocer los principios de imparcialidad, buena fe, moralidad y transparencia. En la apertura de investigación no se aludió a una conducta de tracto sucesivo, nunca se señaló que los hechos sucedieron en un periodo comprendido entre el 12 o 13 de febrero y el 11 de octubre de 2013 y nunca se señaló que se publicaron trimestralmente otras tablas de fletes.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Se violó el derecho al debido proceso, defensa, contradicción y al principio de congruencia al sancionar a los investigados por unos hechos que no fueron señalados con precisión y claridad en el acto administrativo de apertura de investigación y formulación de cargos.
- El 31 de mayo de 2018 se decretaron unas pruebas de oficio "(...) y tales pruebas su paupérrimo equipo de trabajo olvidó practicarlas".
- Hubo irregularidades en la audiencia de conciliación –declarada fallida por la inasistencia del quejoso- que hacen evidentes la temeridad y mala fe, por los siguientes aspectos: (i) se ocultó la citación al quejoso, pues se envió a una dirección errada; (ii) existen tachones y enmendaduras en los números de folios; (iii) se incorporó la citación después de varios meses; (iv) se omitió citar al quejoso nuevamente una vez se evidenció que la dirección no correspondía; (v) se omitió levantar un acta donde se dejara constancia de los motivos reales por los cuales el quejoso no asistió a la audiencia, entre otros. Se reiteró la solicitud de nulidad de tal diligencia y de las etapas siguientes, en consideración a las irregularidades presentadas en esta fase.
- En el acto administrativo recurrido se argumentó falsa, temeraria y abusivamente que "la conciliación no era procedente" y, por ello, no se configuraría el "principio de trascendencia", con lo cual se demuestra no solo una irregularidad procesal, sino la temeridad con que han actuado los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Varios de los investigados -ATC, **ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA** y **HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO**- no fueron citados y notificados en debida forma dentro del trámite administrativo.
- Las pruebas que fundamentaron los cargos, recaudadas antes de la apertura de investigación, están "contaminadas" por vicios de nulidad, pues las visitas de inspección no cumplieron con las formalidades probatorias previstas en el Código General del Proceso para la inspección judicial, las declaraciones tampoco cumplieron con las formalidades procesales correspondientes y las pruebas no fueron objeto de contradicción.
- El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia eligió entender el concepto de "indagación preliminar" como a bien le pareció, pese a que existe una norma con rango de Ley Estatutaria que definió y desarrolló el concepto en procesos administrativos. En lugar de aplicar la analogía, prefirió "preponderar su ego y arbitrariedad", sin tener en cuenta que la Corte Constitucional, en Sentencia C-284 de 2015, sostuvo que los jueces deben ajustar todas sus decisiones a la Ley.
- En las declaraciones practicadas el 30 y 31 de enero de 2018 a los gerentes de las empresas de transporte público de carga, donde se garantizó el derecho de contradicción de la prueba, se puede deducir que nunca los investigados influenciaron el mercado, nunca se reunieron con tal propósito y nunca han tenido la posibilidad fáctica o potencialidad necesaria para influenciar el mercado.
- Las declaraciones que ilegítima e irregularmente se tomaron en inspecciones judiciales que se practicaron a las agremiaciones **ATC** y **ACC** son nulas de pleno derecho y no pueden servir como fundamento probatorio para soportar los cargos. El derecho de contradicción de una declaración no se ejerce permitiendo acceder a una grabación. Este se garantiza en audiencia pública, con la posibilidad de interrogar al declarante, lo cual evidentemente no ocurrió por la temeridad e irregularidad con que actuó la Entidad.
- La lectura y alcance de las ilegales declaraciones, más que prácticas restrictivas de la competencia por parte de los transportadores de carga, permiten inferir unas prácticas abusivas de posición dominante de los generadores de carga y una legítima protesta del gremio transportador quien, más allá de pretender influenciar el mercado, pretendía que el Gobierno interviniera para garantizar su mínimo vital, su dignidad humana y sus derechos fundamentales.
- Se desconoció el derecho de defensa y contradicción al no decretar la totalidad de las pruebas que se solicitaron y que eran pertinentes, conducentes y útiles para una investigación objetiva e imparcial.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Existió un entendimiento amañado del mercado del servicio público esencial de transporte público terrestre automotor de carga. Los hechos objeto de investigación datan de noviembre de 2012 a febrero de 2013 con la supuesta expedición de una tabla de fletes. Para tal fecha, se encontraba vigente el Decreto 2092 de 2011, que introdujo cambios significativos al régimen de relaciones económicas entre los actores que intervienen en el transporte de carga, estableciendo un modelo de libertad vigilada. No obstante, dicho Decreto no respetó lo dispuesto en la Ley 336 de 1996, pues no se efectuaron los estudios de costos que servirían de base para el establecimiento de tal sistema.
- La Delegatura para la Protección de la Competencia no hizo nada para investigar y atender la problemática de abuso de posición de dominio de los generadores de carga en las contrataciones de transporte de carga en Colombia, aun cuando la Resolución No. 757 de 2015, en su artículo 4, ordenó efectuar acciones al respecto.
- Las conocidas "*tablas de fletes*" y su entendimiento bajo todas las regulaciones de relaciones económicas en la historia de Colombia, no han establecido "*precios*" o "*tarifas*" al transporte público terrestre automotor de carga, sino "*valores de referencia*" de los "*costos*" de la operación del transporte. Si acaso se expidió una tabla de fletes, dicha tabla únicamente vendría a sugerir unos valores promedio de los "*costos de referencia*" para que los transportadores pudieran conocer y negociar, sin afectar sus condiciones laborales, pero en ningún caso afectar la competencia.
- Existió ausencia de pruebas de la realización de las conductas. Ninguno de los hechos por los cuales se formularon cargos a los investigados se encuentra probado.
- La noticia de que "*los transportadores desconocerán las medidas adoptadas por el gobierno nacional para regular las relaciones económicas entre los distintos agentes que participan en el mercado del transporte terrestre automotor de carga, promoviendo su propia tabla de fletes*" y la publicación de una tabla de fletes, se soporta en publicaciones de prensa y de un blog cuya propiedad no se encuentra acreditada que sea de la **ATC** o alguno de sus miembros, tampoco que dicho blog sea administrado por la **ATC** o algunos de sus miembros, no se tiene conocimiento a la fecha quien es el propietario o administrador de dicho blog. Lo cierto, en todo caso, es que el dominio propiedad de la **ATC** es [www.atc.com.co](http://www.atc.com.co).
- Existió ausencia de antijuridicidad e imposibilidad de ejercer influencia en la política de precios de una empresa. En materia de transporte público terrestre automotor de carga, la relación contractual se da entre la empresa de transporte de carga y el usuario del servicio. Son las partes las que determinan el precio o tarifa, con cierto sometimiento a normas imperativas de orden público, ya que el contrato versa sobre un servicio público esencial. En dicha relación contractual, ni la **ATC** ni la **ACC**, así como ninguno de sus miembros, podría influenciar los precios, toda vez que ninguna de las agremiaciones representa empresas de transporte o empresas usuarias de servicio de transporte.
- De manera "*mentirosa y temeraria*", se afirmó que la **ATC** agremiaba a 2.000 afiliados a nivel nacional. La **ATC** no tiene seccionales por todo el país sino únicamente una oficina en la ciudad de Medellín y, además, para la época de los hechos, el número de afiliados no superaba 332 propietarios y/o conductores de vehículos, número que resulta irrisorio e insignificante comparado con el número de transportadores de carga a nivel nacional, que para la época de los hechos se estimaba en 314.000.
- En relación con el elemento subjetivo de la conducta, debe determinarse la empresa sobre la cual se ejerció el acto de influencia con el ánimo de incidir en su política de precios. Si es **CETER**, es necesario tener presente (i) que dicha empresa no ejerce operación de transporte de carga en Colombia; (ii) que el lugar de su supuesto domicilio es Bucaramanga y (iii) que ni siquiera el **MINTRANSPORTE** tiene información sobre su operación.
- En relación con el elemento objetivo de la conducta, no se afectó el libre albedrío de ninguna empresa. Además, la supuesta tabla no estaba dirigida a establecer el valor que debe cobrarse al público consumidor ni a las empresas de transporte, sino a los propietarios de equipos.
- Con "*temeridad*" se utilizó la declaración de **ÁLVARO SANÍN CALAD**, practicada el 31 de enero de 2018, para justificar el grado de influencia de la **ATC** en el transporte de carga, pese a que

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la pregunta que se le realizó y su respuesta aludían a la representación actual del gremio y no a aquella que tenía durante la época de los hechos. Solo se tuvo en cuenta lo que incriminaba a los investigados y lo que no se malinterpretó para incriminarlos, con lo cual se olvidó que debe investigarse con transparencia y objetividad.

- Existió ausencia de responsabilidad y adecuación típica de la conducta. Está plenamente probado que las agremiaciones investigadas no representan empresas, sino propietarios y conductores de vehículos. Las empresas que concurren a rendir sus declaraciones dejaron claro que los investigados no ejercieron ningún acto de influencia sobre ellas y, por el contrario, las veces que se reunieron o compartieron han tenido fines académicos para analizar los problemas del sector.
- Pese a la solicitud de ratificación y declaración de los representantes legales de **CETER**, estos no comparecieron, pues se omitió notificarles la fecha y hora de la audiencia.

## **2.2. Argumentos presentados por ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA - Presidente de la ATC**

- Se adhirió "(...) a todos los argumentos, solicitudes y sustentación invocada por el Abogado Sebastián Sandoval Pérez en calidad de apoderado de la Asociación de Transportadores de Carga ATC y personas naturales que integraron la junta directiva".
- La investigación y la decisión adolece de imparcialidad y legalidad. Se fundamentó en pruebas flagrantemente nulas de pleno derecho por haber sido practicadas con infracción al debido proceso.
- Los hechos por los cuales se abrió la investigación fenecieron en octubre y febrero de 2018.
- Hubo corrupción de los funcionarios en el trámite de conciliación, lo que parece inferir una relación entre el quejoso y funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio.

## **2.3. Argumentos comunes presentados por la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOYACÁ, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL IPIALES, JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO - Presidente seccional Pasto de la ACC, HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO - Presidente seccional Boyacá de la ACC, JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ - Secretario de la ACC, OCTAVIO FIERRO POLANCO - miembro de Junta Directiva de la ACC y JUAN GABRIEL MARÍN CADAVID - Presidente seccional Risaralda de la ACC**

- De conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene un término de cinco (5) años para poder sancionar, de igual forma también es claro que dicho término empieza a contarse desde el último hecho generador de la conducta si es falta instantánea o, si es falta continuada, desde que la Entidad tuvo conocimiento de su ocurrencia.
- Si la conducta investigada, que se endilgó a la **ACC** y a sus representantes legales, la determina el conocimiento del último hecho generador, este debe ser tomado el 23 de febrero de 2013, ya que está plenamente probado que la conducta fue desplegada, por la **ACC**, este día, y no se tiene más pruebas concretas de otra fecha cierta.
- Si la conducta investigada fue desplegada durante todo lo corrido del 2013 (a partir del 23 de febrero de 2013 hasta el 11 de octubre de 2013, fecha en que entró en vigencia el Decreto 2228 de 2013) debe tomarse como conducta continuada y su fecha es el 13 de abril de 2013, desde que se tuvo conocimiento de la conducta.
- El material probatorio para establecer la fecha de la comisión de la conducta, después del 23 de febrero de 2013, no es suficientemente claro. La simple expresión "*se reajustara cada tres meses*" no es indicativo de que se realizó. Ante la duda, debe darse aplicación al principio del "INDUBIO PRO REO", la duda debe resolverse a favor del investigado.
- Los testigos en sus declaraciones afirmaron que sí se hizo la "*tabla de fletes*", pero no señalaron fechas ciertas y determinadas. Además, las declaraciones del 2013 (como la declaración de **OLIVA ELENA RENDÓN RESTREPO** del 7 de junio de 2013) nunca señalaron la realización

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de la actualización de dicha tabla y las declaraciones del 2015 pueden haber estado desajustadas, por el paso del tiempo en los declarantes.

- Se debe tomar como fecha de la comisión de los hechos el 13 de junio de 2013 o establecer que la conducta fue continuada, ya que no fue probada la realización de hechos generadores de la conducta más allá del 13 de junio de 2013. No puede tomarse como fecha cierta y determinada la entrada en vigencia del Decreto 2228 de 2013.
- Debe darse aplicación al principio del "*in dubio pro administrado*". Se presentaron muchas dudas respecto a la participación de **ACC - Boyacá**, en cuanto no se tiene el Acta de la realización de Junta Directiva Nacional, o de la asistencia a la presunta asamblea de Junta Directiva Nacional, o los valores del **SICE-TAC** para la fecha de los hechos o los datos estadísticos efectivamente recolectados de la influencia que pudo tener en los valores a pagar la tabla de fletes.
- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la nulidad de los actos administrativos procede, entre otros supuestos, cuando media falsa motivación. En este caso, a partir de los hechos endiligados se tomaron connotaciones diferentes a su realidad, ya que claramente la "*tabla de fletes*" únicamente es un documento informativo con datos ya publicados por el **MINTRANSPORTE** en el sistema **SICE-TAC**, como lo afirmó **PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ**.
- La redacción de la norma que prohíbe la fijación de precios en Colombia no permite inferir con total certeza que tales acuerdos tengan un carácter restrictivo absoluto, que haga innecesario comprobar que estos verdaderamente menoscaban la libre competencia. En línea con lo anterior, la aplicación de las normas sobre libre competencia debe ser el producto de un análisis económico tendiente a identificar el efecto general que sobre la competencia causó el respectivo acuerdo o práctica. Puede haber acuerdos que conduzcan a mayores eficiencias.
- Para el Consejo de Estado lo que resulta determinante, además de la existencia del acuerdo, es que este haya tenido por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Sin embargo, se omitió definir el sentido de las expresiones "*por objeto*" o "*como efecto*" y no estableció criterios para poder distinguir un concepto de otro. Esta imprecisión condujo al Consejo de Estado a fundamentar su decisión en consideraciones que no guardan relación con el principio de eficiencia económica y que conducen a la responsabilidad objetiva.
- En Colombia no existen acuerdos ilegales *per se*, porque esta categoría de acuerdos no se encuentra expresamente regulada en las normas de competencia. Además, en el país no existen directrices como en Europa que permitan inferir que las restricciones por objeto suelen ser más gravosas y que, por lo tanto, no es necesario demostrar sus efectos restrictivos.
- El Consejo de Estado no aceptó la tesis de la Superintendencia de Industria y Comercio consistente en que los acuerdos de precios son anticompetitivos por el solo hecho de existir, sino que, por el contrario, le atribuyó relevancia a las expresiones "*por objeto*" y "*por efecto*". Por eso resulta desafortunado que haya omitido explicar el alcance de ambos términos y que los haya relacionado con la comprobación de la existencia de un componente subjetivo en la norma, máxime cuando es claro que no es la intención de las partes lo que determina el carácter anticompetitivo de una conducta empresarial, sino su efecto general sobre el principio de eficiencia económica.
- Se inició y decidió una actuación administrativa por hechos generados en 2013 a personas que en su momento no conformaban la Junta Directiva de la **ACC**. Está demostrado con los miembros de la Junta Directiva Nacional de la **ACC** que se encontraban inscritos en el Registro Mercantil de Cámara de Comercio para 2013, que nunca aparece **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**, pues no fungía como miembro de Junta Directiva Nacional de la **ACC**.
- Se inició y decidió una actuación administrativa por el hecho de tener el nombre de la **ACC**, pero no se profundizó en determinar que cada investigado es una persona jurídica diferente, como es el caso de la **ACC** seccionales Nariño, Boyacá e Ipiales; entidades sin ánimo de lucro diferentes todas ellas y que en sus estatutos en nada dependen de la **ACC** en que funge como presidente y representante legal, **PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**2.4. Argumentos específicos presentados por HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO - Presidente seccional Boyacá de la ACC, JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ - Secretario de la ACC, OCTAVIO FIERRO POLANCO - miembro de Junta Directiva de la ACC y JUAN GABRIEL MARÍN CADAVID - Presidente seccional Risaralda de la ACC**

- El 19 de octubre de 2018 conocieron la Resolución No. 72158 del 27 de septiembre de 2018, toda vez que les fue compartida por el abogado **OSCAR TAPIA VELA**, quien funge como apoderado de otros investigados.
- En virtud de los artículos 56, 66, 67, 68 y 72 de la Ley 1437 de 2011, en ninguna parte del procedimiento se realizó alguna clase de citación o de notificación de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Nunca se autorizaron notificaciones electrónicamente.
- Con fundamento en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 y teniendo en cuenta que fueron notificados el 20 de agosto de 2018, a través de conducta concluyente, ha operado el fenómeno de la caducidad, por cuanto el último hecho generador de la conducta, según los testimonios debidamente recaudados y el material probatorio, fue el 13 de junio de 2013.
- Se inició y decidió una actuación administrativa por hechos generados en 2013 a personas que en su momento no conformaban la Junta Directiva de la **ACC**. Está demostrado con los miembros de la Junta Directiva Nacional de la **ACC** que se encontraban inscritos en el Registro Mercantil de Cámara de Comercio para el 2013, que nunca fungieron como miembros de Junta Directiva Nacional de la **ACC**.

**2.5. De las solicitudes de nulidad presentadas en los recursos de reposición**

La **ASOCIACIÓN DE TRANSPORTADORES DE CARGA - ATC**, **DAYRON DE JESÚS GÓMEZ MEJÍA** - Vicepresidente miembro de Junta Directiva de la **ATC**, **LUIS ORLANDO RAMÍREZ VALENCIA** - Director Ejecutivo Nacional de la **ATC** y los miembro de Junta Directiva de la **ATC**, **JUAN DAVID ZULUAGA SALAZAR**, **GUSTAVO MONTOYA URREGO**, **OLIVIA ELENA RENDÓN RESTREPO**, **WEIMAR VALLEJO ARIAS**, **JUAN CARLOS MORENO PÉREZ**, **GUILLERMO CHICA RIVERA** y **JOSÉ JESÚS JIMÉNEZ URREA** alegaron como circunstancias que, a su juicio, configuran la nulidad de la actuación, las siguientes:

(i) Una supuesta vulneración del derecho al debido proceso como consecuencia de que mediante la Resolución No. 38142 del 31 de mayo de 2018 se decretaron unas pruebas de oficio dentro de la actuación administrativa que no se practicaron, no se sometieron al ejercicio del derecho de contradicción y, adicionalmente, tampoco se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión de conformidad con lo establecido en los artículos 40 y 48 de la Ley 1437 de 2011;

(ii) Una supuesta vulneración del derecho de defensa como consecuencia de que no reposa en el Expediente ningún acta de la sesión del Consejo Asesor del 16 de agosto de 2018, así como tampoco ningún documento mediante el cual se haya dado traslado del Expediente para su correspondiente estudio. Adicionalmente, por el hecho de que "*quien escuchó al consejo asesor no haya tomado la decisión y quien tomó la decisión no haya escuchado al consejo asesor*" y, por último;

(iii) Una supuesta vulneración del derecho al debido proceso, defensa y contradicción como consecuencia de que la **ATC** no fue notificada de la apertura de la investigación y formulación de cargos y únicamente recibió la citación para notificación personal, mas no la notificación por aviso, en consecuencia, no fue debidamente notificada de la actuación administrativa sancionatoria. En ningún momento, la **ATC** aceptó o autorizó la notificación electrónica. La notificación no se realizó en los términos establecidos en los artículos 47 y 56 de la Ley 1437 de 2011.

De otra parte, **ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA** - Presidente de la **ATC**, alegó como circunstancia que, a su juicio, configura la nulidad de la actuación, la siguiente:

(i) Una supuesta vulneración del derecho a la defensa y contradicción como consecuencia de que no se le notificó el acto de apertura de la investigación ni ningún acto administrativo en desarrollo de la investigación administrativa sancionatoria (audiencia de conciliación, práctica de pruebas, entre otros).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**TERCERO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

En los recursos de reposición interpuestos por la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOYACÁ**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL IPIALES**, **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**, **HÉCTOR ALFONSO MEDRANO**, **JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ**, **OCTAVIO FIERRO POLANCO** y **JUAN GABRIEL MARÍN CADAVID**, se aportaron unas pruebas documentales.

Mediante Resolución No. 341 del 9 de enero de 2019, se decretó tener como prueba los documentos allegados por la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOYACÁ**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL IPIALES**, **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**, **HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO**, **JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ** y **OCTAVIO FIERRO POLANCO**. Así mismo, se corrió traslado de las pruebas aportadas por los recurrentes a los demás investigados por un término de cinco (5) días.

Por otra parte, se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto por **JUAN GABRIEL MARÍN CADAVID**, con fundamento en el artículo 78 de la Ley 1437 de 2011, por no cumplir con el requisito previsto en el numeral 1 del artículo 77 *ibídem*.

Dentro del término de traslado concedido a los recurrentes, en relación con las pruebas documentales que fueron decretadas e incorporadas al Expediente, no se recibió ningún tipo de pronunciamiento.

**CUARTO:** Que mediante comunicación trasladada a este Despacho con radicado No. 18-268719 del 18 de octubre de 2018, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** informó sobre una denuncia presentada por **DAYRON DE JESÚS GÓMEZ MEJÍA** relacionada como "*[d]enuncia de persecución por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio a los gremios de Carga ATC y ACC*" y, en consecuencia, se solicitó "*(...) ordenar lo pertinente a fin de adelantar el estudio del (de los) caso(s) y efectuar las acciones que le correspondan, informando al peticionario y a esta Delegada las conclusiones respectivas*"<sup>2</sup>.

Que mediante comunicación con Rad. No. 18-268719- -3-0 del 19 de noviembre de 2018 se le informó a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** que "*[d]icho acto administrativo (el que resuelva los recursos presentados contra la Resolución No. 72158 de 2018) se le notificará a los impugnantes, incluido DAYRON DE JESÚS GÓMEZ MEJÍA. Igualmente, y (sic) se enviará copia del mismo a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de manera que su Despacho conozca las conclusiones de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de los argumentos presentado por el peticionario y los demás recurrentes*"<sup>3</sup>.

En razón de lo anterior, en la parte resolutive de este acto administrativo se dispondrá comunicar las determinaciones que se adopten en el presente asunto a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

**QUINTO:** Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), este Despacho procede a resolver sobre los recursos de reposición interpuestos por los sancionados, dando respuesta a los argumentos presentados en la oportunidad legal pertinente por los impugnantes.

### 5.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria es importante llamar la atención respecto del hecho indiscutible de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio

<sup>2</sup> Folio No. 4734 del Cuaderno Público No. 21 del Expediente.

<sup>3</sup> Folio No. 4728 y 4729 del Cuaderno Público No. 21 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales previsto en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En esa medida, el artículo 333 de la Constitución Política, además de establecer este derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica, impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos como los carteles empresariales, abusos de posición de dominio, o incluso, actos de naturaleza unilateral como los actos de influenciación de precios en el mercado u otras conductas.

Las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de "consumidores" en algún punto de la cadena de valor, a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena.

Así, para este Despacho no puede ser de recibo el argumento de algunos recurrentes, según el cual existió ausencia de responsabilidad y adecuación típica de la conducta por estar probado que las agremiaciones investigadas no representan empresas, sino propietarios y conductores de vehículos, pues precisamente, el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, señala que lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico. Así que aun cuando la circunstancia alegada por los recurrentes este supuestamente "probada", la misma no anula en ninguna medida el juicio de reproche que se realizó.

Bajo la anterior perspectiva, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad encargada de proteger en Colombia la libre competencia económica, y por esta vía, tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per capita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia<sup>4</sup>. De acuerdo con la OCDE<sup>5</sup>:

*"Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).*

<sup>4</sup> Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?". No. 4. 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad. "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012". Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". 2012.

<sup>5</sup> OCDE corresponde a la sigla en español para Organisation for Economic Cooperation and Development (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.*

*Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, **una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.***

*Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios"<sup>6</sup>. (Negrilla fuera de texto original).*

En efecto, la libre competencia constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios (consumidores) reciban precios más bajos y bienes y servicios de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan los recursos de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, entre otras. Estudios recientes sobre el impacto de las prácticas restrictivas de la competencia afirman que, en promedio, los productos sometidos a estas conductas sufren aumentos del 20% de su valor real, por lo que se hace necesario aumentar la capacidad investigativa de las autoridades de competencia, así como el monto de las sanciones a imponer en orden a prevenir que se sigan cometiendo estas prácticas ilegales<sup>7</sup>. Otros documentos académicos hablan de incrementos de hasta el 60%<sup>8</sup> en los productos o servicios afectados por los carteles o conductas anticompetitivas, e igualmente muestran cómo los Estados deben contar con normas y capacidad sancionatoria suficientes que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas, de tal forma que los agentes del mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas.

De allí que la efectiva protección de la libre competencia económica y la aplicación eficiente de sus normas y sanciones sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar general de los consumidores, entre los que se encuentran tanto consumidores finales como compradores intermedios, quienes tienen derecho a que sus proveedores de materias primas, insumos o servicios se ajusten a las normas de protección de la libre competencia económica para poder ellos acceder a más y mejores bienes y servicios.

Como puede verse de todo lo anteriormente dicho, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de

<sup>6</sup> OCDE. "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia". 2014. p. 2 y 3.

<sup>7</sup> Connor, J.M. y Lande, R.H. "Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays". *Cardozo Law Review* 427. 2012.

<sup>8</sup> Levenstein, M., y Suslow, V. "Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy". *Antitrust Law Journal* 71 (3). 2004. p. 801 a 852.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, se protege a los empresarios generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos y servicios, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes y servicios con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, coludidos, cartelizados o influenciados por actos unilaterales, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por unos pocos. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y servicios y, por otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2009, la libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes y servicios, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia, abarca tanto a consumidores intermedios como finales. Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

*"El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.*

(...)

*La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigados, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos – ubicados en otros eslabones–, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.*

*En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción"<sup>9</sup>.*

Vale indicar que estos mismos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional:

*"En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención "no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella". Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en*

<sup>9</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

***últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos***<sup>10</sup>.  
(Negrillas fuera de texto).

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley, no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la columna vertebral de la economía social de mercado y el bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio.

Así, en el marco de tal propósito estatal, el ordenamiento jurídico colombiano estableció en el Decreto 2153 de 1992 la lista de algunas prácticas específicas que se consideran contrarias a la libre competencia. Dentro de las conductas que la ley considera anticompetitivas se encuentran (i) los acuerdos restrictivos de la competencia; (ii) los abusos de posición dominante; y (iii) los actos restrictivos de la competencia.

Frente a estos últimos, esto es, los actos restrictivos de la competencia, es preciso reiterar que estos representan comportamientos unilaterales, cuestión que los diferencia de los acuerdos restrictivos de la competencia (o carteles empresariales), que suponen la participación de dos o más agentes del mercado. Adicionalmente, los actos restrictivos de la competencia, para configurarse, no requieren ser llevados a cabo por un sujeto calificado o dominante, elemento que diferencia esta conducta de aquellas constitutivas de abuso de la posición dominante, las cuales sí requieren o exigen que el agente que las realiza ostente dicha calidad.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que para que los actos unilaterales restrictivos de la competencia dispuestos en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 gocen de la entidad suficiente para generar efectos anticompetitivos en el mercado, se requiere que el sujeto activo que despliega el comportamiento, por lo menos, tenga la posibilidad de influir en el funcionamiento del mercado o de modificar su estructura. Por ende, aunque no se requiere que quien realice este tipo de comportamientos ostente posición de dominio, sí resulta necesario que el agente que los desarrolle tenga algún grado de influencia relevante en el mercado.

Aclarado lo anterior, el comportamiento proscrito en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 (actos de influenciación), se refiere particularmente a la conducta a través de la cual un sujeto activo influencia a otro para que incremente los precios de sus productos o servicios, o para que desista de su intención de rebajarlos. Específicamente, la conducta está dispuesta en los siguientes términos:

***"Artículo 48. Actos 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 los siguientes actos:***

(...)

***2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para (sic) desista de su intención de rebajar los precios.***

(...)"

De conformidad con la norma transcrita y en consonancia con lo dispuesto hasta este punto, lo determinante está en la posibilidad de influenciar, de manera que, si bien se requiere que el agente económico que despliega la conducta tenga la entidad o potencialidad suficiente para influenciar a otro agente para que modifique su política de precios, no resulta necesario comprobar el efecto para que la violación se entienda concretada y sea merecedora de juicio de reproche. Lo que debe comprobarse es la mera realización de la conducta sugestiva por parte de un sujeto activo, quien debe tener la entidad suficiente para hacer que el sujeto pasivo reaccione ante su influencia, y cuyo juicio de reproche tendrá lugar independientemente de que se pruebe que la conducta tuvo efectos.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así lo ha corroborado el Consejo de Estado, al señalar en su jurisprudencia que la conducta no requiere la condición o configuración de una respuesta positiva por parte del sujeto pasivo<sup>11</sup>:

"(...)

*Ahora, para los efectos que consagra **la conducta sancionada es irrelevante que la influencia hubiera obtenido o no el resultado esperado por la actora**, pues no solo en ella no se establece ningún tipo de condicionamiento, lo que hace suponer que se tipifica con su sola realización, sino porque según el artículo 45 (sic, correcto artículo 48) del Decreto 2153 de 1992 **lo determinante está en la posibilidad de influenciar**. (...)"*. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

En virtud de lo anterior, se rechazan los argumentos presentados por los recurrentes en relación con que no debe proceder juicio de reproche alguno, ya que no se ha demostrado afectación al libre albedrío de ninguna empresa y no se ha hecho un análisis económico tendiente a identificar el efecto general que sobre la competencia causó la conducta investigada. Como se dispuso previamente y considerando que el comportamiento que es objeto de estudio en la presente actuación corresponde a actos de influenciación, el juicio de reproche, según la ley y la jurisprudencia, no está condicionado a la demostración de efectos sino que se centra específicamente en la efectiva posibilidad de influenciar que logre acreditarse.

Adicionalmente, el Consejo de Estado que indicado que "[p]ara que la conducta sea considerada como contraria a la libre competencia, es necesario que concurren los elementos subjetivo y objetivo que integran la estructura jurídica de la citada norma"<sup>12</sup>. Tales elementos, han sido definidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en diferentes oportunidades<sup>13</sup> en los siguientes términos:

**"1. Elemento subjetivo:** Alude a los sujetos activos o pasivos que intervienen en la conducta, así como a las cualificaciones que la misma norma establece. Siendo entonces, el sujeto activo, quien ejerce el acto de influenciar sobre una empresa determinada, con el ánimo de incidir en su política de precios. Y en correlación, el sujeto pasivo, es la empresa sobre la que se pretende influir, esto es, la que recibe el mensaje u orden.

**2. Elemento objetivo:** Corresponde a la **conducta unilateral desplegada por el sujeto activo**, que en ejercicio de su actividad económica orienta sus actos a alterar el libre albedrío de otra empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los productos y servicios que ofrece. En efecto, la conducta de "influenciar" presupone "incidir", "sugerir", esto es, "insinuar" o "inspirar" una idea, en el parecer de otro sobre el monto del precio que debe cobrarse al público consumidor por un determinado producto, bien sea para aumentarlo o disminuirlo

(...)" (Negrilla fuera del texto).

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta de que la ATC y la ACC incurrieron conjuntamente en actos de influenciación de precios en el mercado del servicio público de transporte terrestre de carga en todo el territorio nacional, al fomentar la iniciativa de una "tabla de fletes", crearla efectivamente, socializarla y difundirla para su aplicación entre los transportadores de carga. Esta "tabla de fletes", en contravención del mecanismo de oferta y demanda y libertad tarifaria dispuesto en el Decreto 2092 de 2011, empezó a regir a partir de enero de 2013. Con con ella pretendía fijarse la tarifa del "valor a pagar" para el mayor número de rutas a nivel nacional, buscando influenciar al alza la remuneración que debía cobrar el propietario/conductor a las empresas de transporte y establecer valores en los que las distancias más cortas se cobraran con tarifas significativamente más altas de las estimadas por el **MINTRANSPORTE**.

A efectos de dar cuenta de la anterior conducta, bajo la metodología adoptada en la Resolución Sancionatoria, en primer lugar, se determinó el cumplimiento del **elemento subjetivo** de la

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 19 de noviembre de 2009. Rad. No. 250002324000 2001 01261 01.

<sup>12</sup> *ibidem*.

<sup>13</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 71794 de 2012 y Resolución No. 16562 de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

conducta y se explicó detalladamente por qué el sujeto activo (en este caso, las asociaciones sancionadas) tenía representatividad y grado de influencia suficientes para intervenir en el mercado del transporte de carga o modificar su estructura. Sobre el particular, se determinó que las asociaciones sancionadas representan el sujeto activo de la conducta, ya que fueron los agentes que, aprovechándose de su calidad de asociaciones y de su capacidad de atracción y difusión en el mercado, crearon una "tabla de fletes" para los transportadores de carga afiliados y no afiliados, que habrían buscado publicar, promover e implementar en todo el país.

De tal manera, en la Resolución No. 72158 de 2018 logró concluirse que las asociaciones referidas tenían representatividad y capacidad de influenciar el funcionamiento del mercado de transporte de carga. Para ello, entre otros aspectos, se tuvo en cuenta que la **ACC** y la **ATC** eran las dos mayores agremiaciones de transportadores de carga del país para la época de los hechos investigados, las cuales representaban a los propietarios, poseedores, tenedores o conductores de vehículos y contaban con alrededor de 100.000<sup>14</sup> y 2.000<sup>15</sup> afiliados a nivel nacional, respectivamente. Aspecto relevante en la medida en que su capacidad de convocatoria y su presencia a nivel nacional fueron determinantes para desarrollar acciones tendientes a influir en las tarifas del "valor a pagar".

En este punto, es pertinente indicar que varios de los recurrentes señalaron que de manera "mentirosa y temeraria", en la Resolución Sancionatoria se afirmó que la **ATC** agremiaba a 2.000 afiliados a nivel nacional. Así mismo, afirmaron que la **ATC** no tiene seccionales por todo el país sino únicamente una oficina en la ciudad de Medellín y, además, que para la época de los hechos, el número de afiliados no superaba 332 propietarios y/o conductores de vehículos, número que resulta irrisorio e insignificante comparado con el número de transportadores de carga a nivel nacional, que se estimaría en 314.000.

Al respecto, debe reiterarse lo expuesto en la Resolución Sancionatoria en relación con que el número de afiliados de la **ATC** provino de esta misma asociación de transportadores, la cual, mediante comunicación del 29 de julio de 2013<sup>16</sup>, remitió el listado de sus asociados y adherentes, conformado por más de 2.000 propietarios. Por su parte, esta Entidad nunca ha afirmado que la **ATC** cuente con seccionales; la mención de que esta asociación tenía afiliados "a nivel nacional" se debe a que, como la misma asociación aclaró en la comunicación antes referida, sus asociados y adherentes operan rutas a nivel nacional. Finalmente, los cálculos de 314.000 transportadores de carga activos para la época de los hechos no tiene sustento, y aun si lo tuviera, el dato no tiene la entidad suficiente para desvirtuar la conclusión según la cual la **ATC** es una de las dos mayores agremiaciones de transportadores de carga del país, pues tal criterio no se mide únicamente considerando el número de transportadores que operan en el país, sino también teniendo en cuenta el tamaño de otras asociaciones afines y comparables, activas en el sector. En virtud de lo expuesto, este argumento debe rechazarse por resultar infundado.

Así mismo, la Resolución No. 72158 de 2018 presentó varias evidencias que permiten demostrar que las agremiaciones en varias ocasiones actuaron como interlocutores permanentes con las autoridades de transporte, en particular, con el propio **MINTRANSPORTE**, aspecto que es bastante dicente no solo de su fuerte rol de representatividad, sino de la identificación, aceptación y seguimiento que podía lograr por parte de los agentes económicos que participan en el mercado del transporte terrestre de carga. Circunstancia que permitió establecer que las agremiaciones no solo se han caracterizado por perseguir objetivos comunes en el sector económico donde se desempeñan, sino por ser voceras visibles del gremio del transporte terrestre de carga ante el Gobierno y por representar con plena convicción y legitimación sus intereses y visiones.

En línea con lo anterior, es pertinente señalar que algunos recurrentes manifestaron que resulta temerario el uso de la declaración practicada el 31 de enero de 2018 a **ÁLVARO SANÍN CALAD**, para intentar justificar el grado de influencia de la **ATC** en el mercado de transporte terrestre de carga, en la medida en que se refería en su dicho a la representación actual del gremio y no a aquella que tenía durante la época de los hechos. Sobre el particular, se reitera lo expuesto en la Resolución Sancionatoria de que en cualquier caso las afirmaciones contenidas en dicha

<sup>14</sup> Esta cifra se obtuvo de fuentes públicas para 2009 y 2011. Ver: <http://www.infobae.com/2011/02/16/1019182-paro-camioneros-colapsa-bogota/> y <http://historico.elpais.com.co/paionline/notas/Abril212009/Nal1.html>

<sup>15</sup> Folios No. 311 al 360 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Cifra del año 2013.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

declaración son igualmente aplicables a la época de los hechos investigados, ya que se fundamentan en los estudios que las asociaciones han adelantado sobre el mercado de transporte de carga y en la participación activa que han tenido en iniciativas adelantadas con el Gobierno. Lo anterior, se encuentra ratificado con otras evidencias y que dan cuenta de la representatividad e importancia que estas agremiaciones han ostentado, incluso, desde mucho antes del inicio de la investigación, por lo que el reproche presentado no tiene ningún mérito de prosperidad y se rechaza en esta sede.

En resumen, la Resolución Sancionatoria concluyó que las asociaciones ACC y ATC efectivamente cuentan con la posibilidad de influir en el funcionamiento del mercado de transporte terrestre de carga –y por ende, en el comportamiento de sus agremiados y no agremiados–, pues su presencia en zonas que representan los mayores niveles de atracción y generación de la carga en el país, su visible gestión en la representación de los intereses de su gremio, su reconocimiento gubernamental, su previa participación en iniciativas relacionadas con costos de operación del transporte de carga y el reconocimiento expreso de sus integrantes, así lo acredita. Por lo anterior, se encuentra probada la capacidad de influencia con carácter relevante y suficiente para catalogar a las asociaciones como sujetos activos de la infracción prevista en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

Es pertinente señalar que algunos recurrentes sostuvieron que en materia de transporte público terrestre automotor de carga, la relación contractual se da entre la empresa de transporte de carga y el usuario del servicio, y que como ninguna de las agremiaciones representa empresas de transporte o empresas usuarias de servicio de transporte, en la práctica, ni la ATC ni la ACC podría influenciar precios en el mercado. Sobre el particular, se reitera que ambas agremiaciones representan operadores del transporte de carga, sean propietarios o conductores, y que es precisamente a través de estos agentes que se manifiesta la voluntad y se transmiten los intereses de los diferentes sujetos que operan en el mercado de transporte de carga. Adicionalmente, la capacidad de influenciación de la ATC y de la ACC no está dada por la calidad de personas jurídicas o naturales de los agremiados, sino por las importantes y reconocidas gestiones de representación que han adelantado en el mercado de transporte de carga objeto de estudio y por su amplio reconocimiento sectorial y gubernamental. Por lo anterior, el argumento se rechaza por resultar infundado.

De otra parte, respecto al sujeto pasivo, se determinó que los diferentes agentes que participaban en el mercado de transporte terrestre de carga eran los destinatarios de los actos de influenciación, tanto agremiados como no agremiados de la ACC y ATC, ya que hacia estos sujetos estaba dirigida la "tabla de fletes", mediante la cual tales asociaciones habrían buscado influenciar la remuneración que debía cobrar el propietario/conductor a las empresas de transporte.

En segundo lugar, la Resolución Sancionatoria abordó la configuración del elemento objetivo, esto es, la conducta restrictiva en sí misma considerada. Para tal análisis, la metodología utilizada abarcó (i) el contexto regulatorio dentro del cual la conducta tuvo lugar; (ii) las discusiones previas que se adelantaron acerca de la "tabla de fletes"; (iii) los elementos de prueba que dan cuenta de la efectiva creación de este instrumento; (iv) el esquema de socialización y distribución que se diseñó para este último; y (v) finalmente, otras características relevantes tanto del actuar desplegado como de la "tabla de fletes".

En consecuencia, el contexto regulatorio en el marco del cual la conducta tuvo lugar, permitió conocer los móviles que tenían los sujetos investigados para influenciar la remuneración que debía cobrar el propietario/conductor a las empresas de transporte y, a su vez, establecer que entre los años 2011 (expedición del Decreto 2092 de 2011) y 2013 (expedición del Decreto 2228 de 2013), las relaciones económicas entre el generador de carga y la empresa de transporte, y de ésta con los propietarios, poseedores o tenedores de vehículos, debían fijarse libremente entre las partes dependiendo de las condiciones del mercado, por lo que el argumento presentado por algunos investigados en relación con que existió un entendimiento amañado del mercado del servicio público de transporte de carga, es a todas luces improcedente.

Así mismo, no es de recibo para este Despacho y resulta impertinente el argumento dirigido a señalar que, a juicio de los recurrentes, el Decreto 2092 de 2011 no respetó lo dispuesto en la Ley 336 de 1996 pues en la misma no se efectuaron los estudios de costos que servirían de base para el establecimiento de tal sistema, debido a que no es competencia de esta Superintendencia determinar la legalidad o ilegalidad del referido Decreto y, en cualquier caso, tal señalamiento no



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Incluso, existen correos institucionales de estas asociaciones donde se habla del "regreso" a la "tabla de fletes" en el sector y donde se adjunta este instrumento. Los contenidos de tales correos coinciden con lo dispuesto en otros medios de comunicación (como *blogs*) también atribuibles a las asociaciones. Entre otros, obra en el Expediente un correo electrónico del 11 de febrero de 2013, con el asunto "*Fwd: Volvemos a la tabla de fletes!*", remitido por la ATC a través de la dirección *comunicaciones@atc.com.co*, en el que se le comunicó a **CARLOS HUMBERTO BALLESTEROS**, representante legal de **CETER** (empresa de transporte), acerca de las decisiones adoptadas sobre la "tabla de fletes" en mención. Se resalta en este punto que el correo citado tenía como archivo adjunto la denominada "tabla de fletes para vehículos de transporte terrestre" elaborada por la ATC y la ACC, la cual, según se dispuso en su mismo contenido, habría de entrar en vigencia a partir de enero de 2013 —es decir, desde el mismo momento en que se hizo pública por sus autores— junto a los incrementos de peajes, y se ajustaría cada tres (3) meses a partir de marzo de ese mismo año.

En este punto, es pertinente indicar que algunos de los recurrentes señalaron que en relación con el elemento subjetivo de la conducta, es preciso determinar la empresa sobre la cual se ejerció el acto de influencia con el ánimo de incidir en su política de precios y, si es **CETER**, es necesario tener presente (i) que dicha empresa no ejerce operación de transporte de carga en Colombia; (ii) que el lugar de su supuesto domicilio es Bucaramanga y (iii) que ni siquiera el **MINTRANSPORTE** tiene información sobre su operación.

Al respecto, debe reiterarse lo expuesto en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que el elemento subjetivo de la conducta está conformado por el sujeto activo, que corresponde a las asociaciones sancionadas, y el sujeto pasivo, que corresponde a los transportadores de carga agremiados y no agremiados a la ATC y la ACC, por lo cual el alegato que pone en duda la concreción de este elemento se rechaza por resultar infundado, en la medida en que nunca se ha supeditado su cumplimiento a una empresa particular, como **CETER**. Ahora bien, el hecho de que tal empresa eventualmente no se encuentre activa, tenga domicilio en una ciudad diferente al lugar donde está ubicada la ATC (Medellín) y el **MINTRANSPORTE** no cuente con información sobre su operación resulta irrelevante, ya que lo que se quería poner de presente con la referencia del correo en mención es que, efectivamente, existió una "tabla de fletes" con elementos identificadores de las asociaciones sancionadas que, incluso, fue socializada por diferentes medios, lo cual por su contundencia no ha sido desvirtuado en esta sede.

De otra parte, la Resolución Sancionatoria da cuenta de la difusión de la "tabla de fletes" entre los transportadores de carga, dejando en evidencia que el fin de tal instrumento era ser socializado y aplicado masivamente. En efecto, los actos de influenciación desplegados por la ATC y la ACC, los cuales se fundamentaron en la previa discusión de la tabla de fletes y su efectiva creación, se concretaron adicionalmente mediante diferentes actos de difusión y socialización que buscaron, precisamente, crear adeptos y seguidores estrictos de los valores ahí consignados. Sobre el particular, en el Expediente obran diferentes pruebas de la distribución y socialización de la "tabla de fletes". Así, existen mensajes, previos y posteriores a la implementación del instrumento, que dejaron ver que la ATC y la ACC lo concibieron desde sus inicios para divulgarlo masivamente, pues contaban para tal efecto con un plan de acción confeccionado y que incluía patrocinios y un presupuesto organizado, en virtud del cual pretendían adelantarse viajes a diferentes ciudades del país y llevar a cabo, incluso, ruedas de prensa. En últimas, la tabla buscaba generar adeptos y lograr reacciones positivas de aceptación y seguimiento en el sector.

Precisamente, en relación con la difusión de la "tabla de fletes", algunos de los recurrentes sostuvieron que la Resolución Sancionatoria se soportó en publicaciones de prensa y de un *blog* cuya propiedad no se encuentra acreditada que sea de la ATC o alguno de sus miembros, tampoco que dicho *blog* sea administrado por la ATC o algunos de sus miembros y que a la fecha no se tiene conocimiento quién es el propietario o administrador del mismo.

El anterior argumento se rechazará por improcedente en razón a que la vinculación entre el *blog* y la ATC se demuestra a través de los correos electrónicos enviados desde cuentas institucionales de tal asociación, y se aclara que, en todo caso, estas publicaciones son solo uno de los medios probatorios que dan cuenta de la difusión de la "tabla de fletes" efectivamente creada por las asociaciones. Por tal motivo, independientemente de la titularidad de la cuenta, lo que se demostró es que los agentes del sector transportador buscaron comunicar masivamente, a través de distintos medios (como, en este caso, *blogs*), la intención de emitir y promover su propia "tabla de fletes" y desconocer la medida de libertad tarifaria adoptada por el **MINTRANSPORTE**. Adicionalmente, si

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

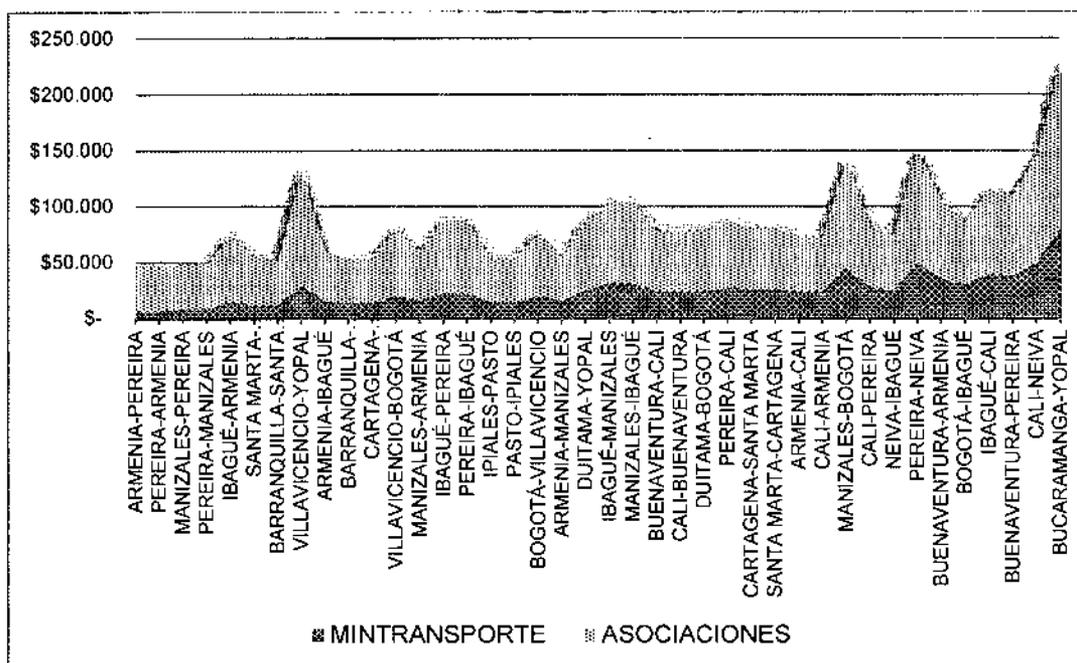
lo que pretenden los recurrentes es desvincular a la ATC de la difusión de la tabla que directamente creó —hecho que de por sí resulta reprochable para esta Superintendencia—, no puede perderse de vista que existe abundante material probatorio (correos electrónicos y actas de junta directiva) que corroboran la vinculación directa de tal asociación con los actos de socialización del instrumento.

En la Resolución Sancionatoria también se presentaron otras características especiales del comportamiento desplegado y de la "tabla de fletes". En efecto, al contrastar los valores de la tabla con la información de referencia del **MINTRANSPORTE**, se encontró que tales agremiaciones: (i) buscaron establecer unas tarifas que estuvieron al alza en la mayoría de las rutas de transporte terrestre que pretendieron intervenir y (ii) fijaron su instrumento de manera que los trayectos origen-destino con distancias más cortas tuvieran valores sustancialmente superiores a los establecidos por el **MINTRANSPORTE**.

Al respecto, se realizó un análisis que da cuenta de las diferencias entre la tabla expedida por las asociaciones y la tabla que contiene los valores calculados por el **MINTRANSPORTE** —estos valores se calcularon por dicha autoridad para propósitos diferentes de los de la regulación del precio en forma directa<sup>18</sup>. Tales diferencias están dispuestas en valores y en porcentajes para enero de 2013, época que se enmarca en el periodo de investigación. Los valores contenidos en las tablas se refieren a las tarifas del "valor a pagar", cuya expedición, únicamente le competía al **MINTRANSPORTE**. A continuación se presenta el análisis referido:

"Con el fin de realizar la comparación, se calcularon las diferencias absolutas para las rutas coincidentes entre las dos tablas (324 en total). Allí se encontró que las agremiaciones fijaron una tarifa del "valor a pagar" superior al del **MINTRANSPORTE** en el 85% (277) de estos trayectos. Posteriormente, se obtuvo la diferencia porcentual entre la tarifa del "valor a pagar" de referencia expedido por las asociaciones investigadas y los valores calculados por el **MINTRANSPORTE**. Una vez hechos estos cálculos, se ordenaron las rutas de mayor a menor según la diferencia porcentual y se tomaron las primeras cuarenta para realizar el siguiente análisis"<sup>19</sup>.

**Gráfica No. 1 Comparativo de los valores de referencia expedidos por el MINTRANSPORTE vs los expedidos por las asociaciones ACC y ATC para enero de 2013**



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio, basado en información del Expediente<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Folio No. 1185 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente. Esta tabla hace parte de uno de los anexos presentados en el escrito de descargos del apoderado **SEBASTIÁN SANDOVAL PÉREZ** y corresponden a la "Copia de las publicaciones de La República, en su revista Agronegocios, de fechas octubre, noviembre de 2012 y enero de 2013, en donde se advierte la publicación de una tabla de costos de referencia cuya fuente es el Ministerio de Transporte." (Folio No. 1177 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente).

<sup>19</sup> Informe Motivado. p. 64.

<sup>20</sup> Folio No. 1185 del Cuaderno Público No. 6 y Folio No. 17 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

La gráfica citada muestra la diferencia entre las tarifas del "valor a pagar" expedidos por la ACC y la ATC, y los valores estimados por el MINTRANSPORTE para las mismas rutas y para el mismo periodo. Tal y como puede advertirse, las tarifas del "valor a pagar" expedidas por las asociaciones estuvieron entre \$24.732 y \$73.562 por encima de las cifras del MINTRANSPORTE.

En razón a lo anterior, los argumentos de los recurrentes en relación con que existió falsa motivación debido a que la "tabla de fletes" únicamente es un documento informativo con datos ya publicados por el MINTRANSPORTE en el sistema SICE-TAC y que dicha tabla únicamente vendría a sugerir unos valores promedio de los "costos de referencia" para que los transportadores pudieran conocer y negociar sin afectar sus condiciones laborales, no tienen ningún mérito de prosperidad y deben ser rechazados por improcedentes. La evidencia presentada demuestra todo lo contrario, es decir, que la "tabla de fletes" no tenía un fin meramente informativo y que los valores allí contenidos tampoco correspondían a la reproducción de la información publicada en la página web de tal autoridad.

Por último, la Resolución Sancionatoria determinó que el comportamiento de influenciación descrito y acreditado se mantuvo en el tiempo, cuanto menos, hasta la expedición del Decreto 2092 de 2011, es decir, hasta el 11 de octubre de 2013. De ello da cuenta la continuidad indefinida de la "tabla de fletes" y su proyección de actualización trimestral. Así mismo, existen pruebas que dan cuenta de su frecuente expedición e incluso que ponen de presente que la misma estuvo vigente aún después de la entrada en vigencia del mencionado decreto.

A partir de lo expuesto, se encuentra acreditado el cumplimiento del elemento objetivo de la conducta imputada y, por tal vía, la existencia de los actos de influenciación por parte de las agremiaciones ATC y ACC sobre los transportadores de carga terrestre agremiados y no agremiados, al fomentar la iniciativa de la "tabla de fletes", crearla efectivamente y difundirla para su efectiva aplicación, conducta proscrita en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos expuestos en la Resolución Sancionatoria.

Así bien, teniendo claras las razones por las que los investigados resultaron sancionados por incurrir en actos de influenciación, a continuación se procede a resolver sobre los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes y que no fueron analizados previamente. A efectos de su análisis, este Despacho agrupó los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición presentados por los investigados.

## **5.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con las pruebas recaudadas durante la averiguación preliminar, su recaudo, contradicción y valoración**

Varios de los recurrentes presentaron reproches dirigidos a tratar de argumentar que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una indebida valoración del material probatorio que obra en el Expediente. Al respecto, alegaron que existió una ausencia de pruebas de la realización de las conductas y que ninguno de los hechos por los cuales se formularon cargos a los investigados se encuentra probado. En esencia, sostuvieron que las pruebas que fundamentaron los cargos, recaudadas antes de la Apertura de la Investigación, estarían "contaminadas" por vicios de nulidad, pues las visitas de inspección no cumplieron con las formalidades probatorias previstas en el Código General del Proceso para la inspección judicial y, así mismo, las declaraciones tampoco cumplieron con las formalidades procesales correspondientes y las pruebas no fueron objeto de contradicción.

En línea con lo anterior, indicaron que las declaraciones que *ilegítima e irregularmente* se tomaron en inspecciones judiciales, que se practicaron a las agremiaciones ATC y ACC, son nulas de pleno derecho y no pueden servir como fundamento probatorio para soportar los cargos. Así, sostuvieron que el derecho de contradicción de una declaración no se ejerce permitiendo acceder a una grabación y que este se garantiza en audiencia pública, con la posibilidad de interrogar al declarante, lo cual no ocurrió por la temeridad e irregularidad con que actuó la Entidad. Así mismo, señalaron que se eligió entender el concepto de "indagación preliminar" desconociendo que existe una norma con rango de Ley Estatutaria que definió y desarrolló el concepto.

También censuraron que la lectura y alcance de las ilegales declaraciones, más que prácticas restrictivas de la competencia por parte de los transportadores de carga, permiten inferir unas prácticas abusivas de posición dominante de los generadores de carga y una legítima protesta del

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

gremio transportador quien, más allá de pretender influenciar el mercado, pretendía que el Gobierno interviniera para garantizar su mínimo vital, su dignidad humana y sus derechos fundamentales.

De otra parte, señalaron que se desconoció el derecho de defensa y contradicción al no decretar la totalidad de las pruebas que se solicitaron y que eran pertinentes, conducentes y útiles para una investigación objetiva e imparcial. Agregaron que la investigación y la decisión adolecen de imparcialidad y legalidad, pues se fundamentó en pruebas flagrantemente nulas de pleno derecho por haber sido practicadas con infracción al debido proceso. A partir de lo anterior, indicaron que las declaraciones practicadas el 30 y 31 de enero de 2018 a los gerentes de las empresas de transporte público de carga, donde se garantizó el derecho de contradicción de la prueba, se puede deducir que nunca los investigados influenciaron el mercado, nunca se reunieron con tal propósito y nunca han tenido la posibilidad fáctica o potencialidad necesaria para influenciar el mercado.

Además, sostuvieron que las empresas que concurren a rendir sus declaraciones dejaron plenamente claro que los investigados no ejercieron ningún acto de influencia sobre ellas y, por el contrario, las veces que se han reunido o compartido han tenido fines académicos para analizar los problemas del sector. Así mismo, afirmaron que el 31 de mayo de 2018 se decretaron unas pruebas de oficio y que "(...) *tales pruebas su paupérrimo equipo de trabajo olvidó practicarlas*".

Adicionalmente, sugirieron que, a su juicio, debe darse aplicación al principio del "*IN DUBIO PRO ADMINISTRADO*" pues se presentaron muchas dudas respecto a la participación de ACC-Boyacá, en cuanto no se tiene el Acta de la realización de Junta Directiva Nacional, o de la asistencia a la presunta asamblea de Junta Directiva Nacional, o los valores del SICE-TAC para la fecha de los hechos o los datos estadísticos efectivamente recolectados de la influencia que pudo tener en los valores a pagar la tabla de fletes.

Por otro lado, señalaron que se inició y decidió una actuación administrativa por hechos generados en 2013 a personas que en su momento no conformaban la Junta Directiva de la ACC y que está demostrado con los miembros de la Junta Directiva Nacional de la ACC que se encontraban inscritos en el Registro Mercantil de Cámara de Comercio para 2013, que nunca fungieron como miembros de Junta Directiva Nacional de la ACC y, concretamente, que nunca aparece **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**, pues no fungía como miembro de Junta Directiva Nacional de la ACC para el 2013.

Por último, alegaron que se inició y decidió una actuación administrativa por el hecho de tener el nombre de la ACC, pero no se profundizó en determinar que cada investigado es una persona jurídica diferente, como es el caso de la ACC seccionales Nariño, Boyacá e Ipiales; entidades sin ánimo de lucro diferentes todas ellas y que en sus estatutos en nada dependen de la ACC en que funge como presidente y representante legal, **PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ**.

A efectos de analizar los argumentos presentados por los recurrentes, es preciso hacer alusión a la forma como debe efectuarse la valoración probatoria en las actuaciones administrativas a la luz de las normas procesales aplicables. Sobre el particular, vale la pena recordar que, en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso:

**"Artículo 176. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

(...)" (Subraya y negrilla fuera del texto).

Frente al denominado principio de unidad de prueba o apreciación en conjunto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

**"(...) Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado "unidad de la prueba", en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad (...)"<sup>21</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto).**

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en relación con la forma como debe hacerse la valoración probatoria, lo que se cita a continuación:

"(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un **amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción.**

(...)"<sup>22</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

"(...) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, **el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (...). Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero "... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso"** (G.J. t. CCVIII, pág. 151)." <sup>23</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

También reiteró la Corte Suprema de Justicia que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto estriba en que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias de lo que se debate:

"(...) La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, **supone "la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse"** (Casación Civil., Sentencia del 6 de junio de 1995)<sup>24</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

A partir de lo anterior, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Así mismo, respecto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2015. Rad. No. 200012331000 2003 01951 01.

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2004. Rad. No. 7779.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Rad. No. 110013103022 1998 01485 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento."*<sup>25</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto).

En tal medida, debe ponerse de presente que las conclusiones del Despacho en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con la existencia de actos de influenciación de precios en el mercado del servicio público de transporte terrestre de carga en todo el territorio nacional en que incurrieron conjuntamente la ATC y la ACC, al fomentar la iniciativa de una "tabla de fletes", crearla efectivamente, socializarla y difundirla para su aplicación entre los transportadores de carga, fueron el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio.

Lo anterior representa una razón por la que cualquier argumento de los recurrentes dirigido a desacreditar o valorar aisladamente la prueba, desconociendo la coincidencia que presenta con los demás elementos probatorios deba ser rechazado, toda vez que una posición en ese sentido desconoce abiertamente la obligación legal de valoración conjunta de la prueba prevista en la ley procesal y en la jurisprudencia nacional. Sin perder de vista lo expuesto, a continuación se pasará a analizar cada uno de los reproches de los recurrentes que en esencia tratan sobre el recaudo, contradicción y valoración de la prueba en el presente caso, especialmente, en la averiguación preliminar.

Los recurrentes presentaron un argumento dirigido a señalar que las pruebas que fundamentaron los cargos, recaudadas antes de la apertura de la investigación, estarían "contaminadas" por vicios de nulidad. A su juicio, las visitas de inspección no cumplieron con las formalidades probatorias previstas en el Código General del Proceso para la inspección judicial y, así mismo, las declaraciones se tomaron de forma ilegítima e irregular pues tampoco cumplieron con las formalidades procesales correspondientes y no fueron objeto de contradicción.

En idéntico sentido, indicaron que las declaraciones que ilegítima e irregularmente se tomaron en "inspecciones judiciales", que se practicaron a las agremiaciones ATC y ACC, son nulas de pleno derecho y no pueden servir como fundamento probatorio para soportar los cargos. Así, señalaron que el derecho de contradicción de una declaración no se ejerce permitiendo acceder a una grabación y que este se garantiza en audiencia pública, con la posibilidad de interrogar al declarante, lo cual no ocurrió por la temeridad e irregularidad con que actuó la Entidad. Por último, censuraron que se eligió entender el concepto de "indagación preliminar" desconociendo que existe una norma con rango de Ley Estatutaria que definió y desarrolló el concepto.

Sobre el particular, bastaría con reiterar lo expuesto en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que los argumentos presentados por los recurrentes fueron suficientemente abordados y desvirtuados en el numeral "6.1.2. Nulidad de la actuación y de las pruebas que fueron obtenidas durante el trámite"<sup>26</sup> del Informe Motivado, con lo cual sería más que suficiente para rechazarlos nuevamente. No obstante, sin perjuicio de lo anterior, es pertinente profundizar y, sobre todo, reiterar los aspectos que se exponen a continuación.

En primer lugar, este Despacho debe advertir que el planteamiento de los recurrentes con el que pretenden censurar las pruebas recaudadas antes de la apertura de la investigación, parte de un entendimiento equivocado, que lo hace incurrir en una premisa falsa, al tratar de equiparar las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia con la figura de la "inspección judicial", prevista en el artículo 236 de la Ley 1564 de 2012 y, a partir de allí, llegar a la conclusión también errada de pretender exigir la aplicación de sus reglas o formalidades. De tal modo, debe aclararse a los recurrentes que esta última figura, la "inspección judicial", es un medio probatorio previsto en la legislación procesal civil y, por el contrario, la función de inspección, de que ha sido investida esta autoridad administrativa, tiene una connotación y alcance distinto y tal facultad no se puede equiparar, ni entender limitada o contenida en el medio probatorio denominado "inspección judicial". De modo que cualquier argumento sobre el particular se rechaza por infundado.

<sup>25</sup> Couture, Eduardo J. "Fundamentos de derecho procesal civil". Ediciones Depalma. 1962. Citado por la Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 1998.

<sup>26</sup> Informe Motivado. p. 33.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En segundo lugar, debe anotarse que dentro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema normativo que conforma el régimen de protección de la libre competencia económica (conformado, entre otros, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011), que resulta casi íntegro en términos procesales. De manera previsible, el legislador dispuso que en lo no previsto en las normas procesales especiales que constituyen el régimen de protección de la libre competencia económica se aplicarán las disposiciones del Código Contencioso Administrativo –hoy Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-. A su vez, en la Ley 1437 de 2011 se admite la aplicación de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, principalmente, en lo que tiene que ver con el régimen probatorio.

Por su parte, la etapa de averiguación preliminar, donde esta Superintendencia concreta la mayoría de sus funciones de inspección, vigilancia y control del régimen de protección de la libre competencia económica, se encuentra prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, así:

**"Artículo 52. Procedimiento.** Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, **la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar**, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación." (Negritas y subrayas por fuera del texto original).

Según la norma de referencia, a la etapa de averiguación preliminar le antecede una actuación inicial cuya finalidad es determinar la admisibilidad y prioridad de cada caso. Una vez verificadas estas características procede entonces adelantar la averiguación preliminar, trámite que antecede al acto de apertura formal de la investigación con la formulación del pliego de cargos.

Así las cosas, debe recordarse a los recurrentes que la etapa de averiguación preliminar es una actuación de la administración que no está sujeta a formalidad alguna, que no es obligatoria y que tiene como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación, como lo ha reconocido el Consejo de Estado<sup>27</sup>. Además, dicha etapa tiene carácter reservado y aún no se ha vinculado a ninguna persona, en la medida que los presuntos infractores no han sido identificados y, por lo mismo, en esta etapa existe una manifiesta imposibilidad fáctica y jurídica para notificar a una "persona determinada" de cualquier decisión de impulso de las funciones de inspección, vigilancia y control que se llegare a adoptar.

Al respecto, se ha referido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>28</sup>:

**"Distinto es el caso de la etapa preliminar en donde ciertamente no existen administrados involucrados en calidad de partes sino que se realiza por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio acopio de las quejas y probanzas sobre las cuales realizará luego el análisis que conducirá a abrir o no investigación formal por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia contenidas en el Decreto 2153 de 1992 y en la ley 155 de 1959. Respecto de las diligencias previas existe reserva y así lo ha decidido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca."** (Negritas y subrayas por fuera del texto original).

Este elemento de reserva tiene mucha importancia en las funciones de la Superintendencia por cuanto su intervención en esta etapa busca demostrar, sumariamente, la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia en el mercado. Con lo anterior, esta Superintendencia propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

En similar sentido, lo reconoció el Consejo de Estado al referirse al procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en los siguientes términos<sup>29</sup>:

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 7909.

<sup>28</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Auto que resuelve Recurso de Insistencia del 27 de abril de 1999. Rad. No. 110012324003 1999 0241 00.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 250002324000 2000 0665 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"(...) Según se puede leer en la norma [art. 52], **la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa**, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento. (...)" (Negritas y subrayas por fuera del texto original).

Como puede observarse, es importante distinguir las diferencias que existen en las etapas que tiene la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, pues a partir de ellas se puede definir el rol, condición y derechos que le asiste a los administrados que intervienen en cada una de las fases preliminar y formal del trámite. Se insiste, la etapa de averiguación preliminar tiene como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

Bajo ese contexto, esta Superintendencia en la etapa de averiguación preliminar se encuentra investida de facultades constitucionales y legales para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

De esta forma, resulta pertinente comenzar por evidenciar que, justamente, es el mismo artículo 15 de la Constitución Política<sup>30</sup> la norma superior que autoriza, a las autoridades con funciones de inspección, vigilancia y control, el acceso a documentos privados en los términos que señale la ley.

En desarrollo de lo anterior, los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, prevén que:

**"Artículo 1. Funciones Generales.** (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...)

**62.** Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

**63.** Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

**64.** Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones. (...)"

Así mismo, la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, en su artículo 202<sup>31</sup>, establece que esta Superintendencia ejerce permanentemente funciones especializadas de policía judicial en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control. En armonía con esto, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "[e]l carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones". (Negritas y subrayas por fuera del texto original).

<sup>30</sup> "Artículo 15. (...) para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (...)" (Subrayado fuera de texto original).

<sup>31</sup> "Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control. (...)" (Subrayado fuera de texto original).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Como puede apreciarse, la normatividad hasta aquí expuesta, constituye razón suficiente para rechazar de plano el argumento dirigido a señalar que esta Entidad entendió el concepto de "indagación preliminar" desconociendo que existe una norma con rango de Ley Estatutaria que lo define y desarrolla.

En contraste con la fase de averiguación preliminar, es a partir de la notificación personal del acto de apertura de la investigación y formulación de cargos, en que se adquiere propiamente la calidad o rol de "investigado" y se cuenta con las oportunidades procesales establecidas en el régimen de protección de la libre competencia económica para ejercer en debida forma el derecho de defensa y contradicción, tal y como lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 al señalar que "[c]uando se ordene abrir una investigación, se **notificará personalmente al investigado** para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer." (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).

A partir de lo expuesto, los reproches de los recurrentes en que intentan censurar las actuaciones desplegadas por esta Entidad en la etapa de averiguación preliminar y, por esa vía, tildar de "contaminadas", "ilegítimas" o "irregulares" las pruebas recaudadas no tienen ningún asidero fáctico o legal. Por el contrario, como se ha explicado con suficiencia, esta Superintendencia goza de amplias facultades constitucionales y legales, en la fase preliminar, para realizar el acopio de diferentes probanzas, sobre las cuales realizará luego el análisis que conducirá a abrir o no investigación formal por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia y, en consecuencia, a fundamentar el acto de apertura de la investigación y formulación de cargos con dichas pruebas, sin que las mismas estén viciadas de ninguna nulidad, por lo que el argumento presentado al respecto es a todas luces improcedente.

Además, se hace evidente que el derecho de defensa y contradicción, sobre las pruebas recaudadas en la averiguación preliminar, en cualquier caso, se encuentra plenamente garantizado a cualquier investigado una vez se le notifica el acto de apertura de la investigación y formulación de cargos, momento en que cuentan con la plena posibilidad de solicitar o aportar pruebas, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Distinto es el hecho de que los investigados, por negligencia o decisión propia, guarden silencio o se abstengan de ejercer su derecho de contradicción de las pruebas o que ante la contundencia o eficacia de las pruebas obrantes en el Expediente el ejercicio de su derecho de contradicción sea infructuoso, circunstancias que no pueden ser atribuidas a esta Entidad y que mal podrían ser interpretadas como un desconocimiento del derecho de defensa y contradicción.

Aclarado lo anterior, los recurrentes alegaron que las declaraciones que obran en el Expediente, más que prácticas restrictivas de la competencia por parte de los transportadores de carga, permiten inferir unas prácticas abusivas de posición dominante de los generadores de carga y una legítima protesta del gremio transportador quien, más allá de pretender influenciar el mercado, pretendía que el Gobierno interviniera para garantizar su mínimo vital, su dignidad humana y sus derechos fundamentales. En línea con lo anterior, señalaron: (i) que la problemática de abuso de posición de dominio de los generadores de carga no había sido atendida debidamente por esta Autoridad y (ii) que las agremiaciones, en ejercicio de su derecho de asociación y de protesta, simplemente adelantaron actividades académicas con miras a establecer unos valores de referencia de los costos del transporte de carga en cada ruta.

Al respecto, este Despacho advierte que las razones presentadas por los recurrentes con que pretenden justificar una conducta ilegal, a partir de supuestos fines altruistas o académicos, constituyen simplemente argumentos *ad misericordiam*, que a efectos de lo que concierne al objeto de la actuación administrativa, resultan absolutamente impertinentes e irrelevantes. De aceptar las postulaciones de los recurrentes, dirigidas a excusar la conducta ilegal que desplegaron a partir de los supuestos fines benévolos que perseguían, haría carrera la tesis de que el fin justifica los medios bajo cualquier circunstancia y se desquiciaría por completo el régimen de protección de la libre competencia económica o cualquier otro régimen administrativo sancionatorio. Así, cualquier agente económico podría perpetrar un cartel de fijación de precios con la simple excusa de estar protegiendo la estabilidad financiera de su empresa para no tener que despedir a sus empleados, lo cual es a todas luces inaceptable.

En todo caso, a efectos de rechazar los anteriores argumentos, también resulta ilustrativo y suficiente reiterar lo expuesto en la Resolución No. 72158 de 2018:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"En respuesta a estos argumentos, el Despacho reitera lo dispuesto en el Informe Motivado, en el sentido de que si bien esta Autoridad reconoce que existen profundas fallas en el mercado de transporte terrestre de carga, muchas de las cuales pueden ser atribuibles a una deficiente y mala calidad de la regulación del sector, tal condición, en ningún caso, justifica actuaciones contrarias a la ley –como comportamientos anticompetitivos–, por lo cual tales falencias no sirven de sustento para explicar ni mucho menos legitimar el hecho de la agremiaciones, de facto, se hayan atribuido facultades regulatorias encaminadas a contradecir el régimen de libertad tarifaria vigente y dispuesto por el Gobierno Nacional en determinado periodo para un mercado en particular.

Adicionalmente, es preciso poner de presente lo dispuesto por esta misma Superintendencia en su "Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales"<sup>32</sup>, donde señaló expresamente que "[l]as asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales son personas diferentes de los miembros que las conforman, y se constituyen con el fin de perseguir objetivos comunes en el sector económico donde se desempeñan"<sup>33</sup>. En línea con lo anterior, esta Autoridad dejó por sentado que las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales están obligadas a desarrollar sus actividades dentro del marco del régimen de protección de la competencia, ya que, una vez integrada la asociación por un número plural de sujetos, esta adquiere los mismos deberes que cualquier otro particular en relación con este régimen<sup>34</sup>.

Así las cosas, si bien las agremiaciones y asociaciones contraen obligaciones y adquieren derechos en representación de sus asociados en procura de la protección de intereses y la persecución de objetivos comunes, lo cierto es que, en el marco de sus funciones, deben observar en el giro ordinario de sus actividades el cumplimiento de las normas de la libre competencia.

En virtud de lo expuesto, aunque la Superintendencia de Industria y Comercio tiene presente que estos grupos son importantes para la lucha de intereses legítimos propios de su sector, también reconoce que, por las funciones que desempeñan, pueden verse expuestas a ciertos riesgos relacionados con la eventual transgresión de las normas de libre competencia económica. En efecto, como se dispuso en la Resolución Sancionatoria, las asociaciones o gremios pueden incurrir en una transgresión de las normas de competencia en razón del tipo de funciones que desarrollan, especialmente al agrupar agentes económicos que compiten entre sí. Vale la pena poner de presente nuevamente lo señalado por la OCDE al respecto:

"Por otro lado, como las asociaciones de empresarios ofrecen repetidas oportunidades de contacto entre competidores directos, también podrían servir como un vehículo para actividades que restrinjan la competencia. Un buen número de casos de cartelización traídos por las autoridades de competencia del mundo involucran directa o indirectamente una asociación de empresas. Una asociación puede por sí misma organizar, orquestar y motivar violaciones a la competencia directas, o simplemente facilitarlas"<sup>35</sup>. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Se reitera también que, respecto del marco jurídico que rige las actividades de las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales, la Corte Constitucional ha señalado que:

"Cuando el derecho de asociación gira en torno a proyectos económicos y se ejerce con propósitos lucrativos, su reconocimiento se enmarca en el derecho de libertad de empresa, esto es, en el artículo 333 de la Constitución Política. Esta norma superior consagra el derecho al libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común; prohíbe que para su ejercicio se exijan permisos previos y requisitos sin autorización de la ley; concibe la libre competencia como un derecho que supone responsabilidades; afirma la función social que tiene la empresa; le impone al Estado el deber de impedir la obstrucción de la libertad económica y evitar el abuso de la posición dominante y, finalmente, sujeta el ejercicio de ese derecho

<sup>32</sup> Disponible en: [http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/CARTILLA\\_GREMIOS.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf)

<sup>33</sup> Ibídem. p. 4.

<sup>34</sup> Ibídem. p. 6.

<sup>35</sup> OCDE: "Trade Associations [Policy Roundtables]" 2007. p. 16.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*a los límites que imponga la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación*<sup>36</sup>. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

*Por ende, es necesario que las asociaciones de empresas o de profesionales, en el marco de sus fines altruistas, eviten a toda costa promover o ejecutar directamente acuerdos contrarios a la libre competencia, o servir de plataforma para que los mismos se pacten o ejecuten, o influenciar de cualquier forma a sus afiliados o asociados para que pacten o implementen precios o tarifas, como sucedió en el caso que nos ocupa.*

*En el mismo sentido, no puede perderse de vista que, como se dispuso en el Informe Motivado, las asociaciones o gremios, como sujetos del régimen de libre competencia económica, "deben abstenerse de decidir, recomendar o sugerir a sus asociados condiciones de fijación [de precios o tarifas] en razón a que dichos actos pueden llegar a considerarse como acuerdos o actos restrictivos de la competencia"<sup>37</sup>, deber que no tuvieron en consideración las asociaciones investigadas al pretender incidir en las tarifas de un mercado que operaba en el modelo de oferta y demanda.*

*Así las cosas, el hecho de que la **ATC** y la **ACC**, en su calidad de agremiaciones, promuevan la defensa de los intereses de sus asociados en el mercado del transporte de carga con ocasión de las fallas que el mismo experimenta, no las exime de cometer prácticas anticompetitivas y de ser sancionadas por tal efecto, ya que el régimen es claro en extender su aplicación a todo agente que participe en el mercado, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y al margen de los fines que persiga. En virtud de lo expuesto, los argumentos se descartan por improcedentes.*

*Por su parte, en lo que corresponde al supuesto adelanto de actividades académicas con miras a establecer unos valores de referencia de los costos del transporte de carga en cada ruta, se recuerda que ya quedó plenamente acreditado que los valores a pagar dispuestos en la "tabla de fletes" creada por la **ATC** y la **ACC** no se encaminaron a tal fin. En efecto, tal y como se dispuso en la sección (v) del numeral 7.4.2.2. de la presente resolución, las pruebas que soportan la presente investigación demuestran que la intención de las agremiaciones iba mucho más allá de una simple gestión informativa, razón por la cual el argumento resulta infundado.*

*Finalmente, el argumento relacionado con la problemática de abuso de posición de dominio de los generadores de carga que no había sido atendida debidamente por esta Autoridad, se pone de presente que: (i) el hecho de que la contraparte tenga poder de negociación contractual no equivale a decir que tenga posición de dominio conjunta; (ii) para que se determine que un agente económico es dominante, se requiere de un estudio económico de mercado relevante y de concentración y dominancia del mismo (entre otros aspectos) que acredite dicha calidad, pues el solo sentimiento de supresión no valida tal condición; y (iii) en todo caso, los supuestos de abuso de posición de dominio dispuestos en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 no abarcan problemáticas relacionadas con remuneraciones "justas" ni fallas de regulación. Adicionalmente, la eventual inactividad que se predique de cualquier autoridad no sirve de excusa para infringir la ley. Por lo anterior, el argumento se rechaza igualmente por resultar infundado. (...)"*

De otra parte, los recurrentes señalaron que se desconoció el derecho de defensa y contradicción al no decretar la totalidad de las pruebas que se solicitaron y que eran pertinentes, conducentes y útiles para una investigación objetiva e imparcial. Al respecto, debe anotarse que en una actuación administrativa a efectos del decreto de pruebas deben cumplirse los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad. La **conducencia** de un medio probatorio se traduce en "(...) la idoneidad legal que debe tener la prueba para demostrar determinado hecho. Supone que no exista norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado, el sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley. La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio."<sup>38</sup>. De otra parte, la **pertinencia** de la prueba trata sobre la "(...) adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de

<sup>36</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-792 de 2002.

<sup>37</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 25420 de 2002 y Resolución No. 35523 de 2002.

<sup>38</sup> Parra Quijano, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería El Profesional. Décima primera edición. 2000. p. 109.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso"<sup>39</sup>. Por último, el criterio de **utilidad** implica constatar "(...) que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra"<sup>40</sup>.

En armonía con lo anterior, la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, en su artículo 164, establece que toda decisión debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. En el mismo sentido, los artículos 168 y 169 *ibidem* establecen que "[e]l juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles." y que "[l]as pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes".

A partir de lo expuesto, resulta indiscutible que no toda prueba cuya práctica se pretende en el procedimiento administrativo tiene la vocación de permitir verificar los hechos que estarían relacionados con el objeto de la investigación y con las réplicas presentadas por los investigados en sus descargos. Por lo tanto, es menester aclarar a los recurrentes que existe es el deber legal para el operador jurídico de resolver sobre la admisibilidad de las peticiones probatorias de conformidad con el cumplimiento de los requisitos de ley y de lo útil que pueda resultar su práctica, según sea el caso, y no una obligación automática e inconsulta de decretar la "totalidad" de las pruebas solicitadas, sin realizar ningún análisis o reparo de su conducencia, pertinencia y utilidad.

Así mismo, este Despacho puede advertir que, aun en esta sede, el reproche de los recurrentes se limita simplemente a señalar que las pruebas solicitadas debían haberse decretado en su "totalidad", sin que exista el más mínimo esfuerzo argumentativo por intentar demostrar el cumplimiento de los requisitos de ley antes mencionados, o el cumplimiento de los requisitos que fueron desatendidos y que condujeron a su rechazo, sin que eso implique que este sea el momento oportuno para tal propósito y, más importante, tampoco existe ninguna referencia sobre la supuesta utilidad de las pruebas que dejaron de decretarse. Es decir, brilla por su ausencia algún análisis concreto acerca de cómo alguna prueba que fue rechazada, de haberse decretado y practicado, habría tenido la virtualidad de cambiar las conclusiones o determinaciones que se adoptaron en la Resolución Sancionatoria, ausencia de argumentación que ratifica el hecho de que la decisión de su rechazo fue completamente adecuada y, a su vez, deja en evidencia que la censura invocada por los impugnantes no es más que un señalamiento absolutamente infundado.

En tal medida, puede concluirse que las decisiones adoptadas mediante la Resolución No. 3043 del 22 de enero de 2018 -confirmada mediante Resolución No. 9992 del 15 de febrero de 2018-, en que se ordenó practicar algunas pruebas solicitadas por los investigados, rechazar otras, y decretar de oficio las que se consideraron conducentes, pertinentes y útiles para la investigación, no adolecen de ninguna irregularidad o censura por el hecho de no decretar algunas solicitudes probatorias que no cumplieran con los requisitos para tal efecto.

Como si lo anterior no fuera suficiente, debe reiterarse que, entre otras razones, la decisión de rechazar algunas solicitudes probatorias obedeció al no cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para tal fin. Recuérdese que el decreto de cualquier prueba también debe obedecer a los requisitos legales previstos en la norma que regula cada medio probatorio y para el caso de pruebas testimoniales el artículo 212 del Código General del Proceso suministra ese marco legal.

**"Artículo 212. Petición de la prueba y limitación de testimonios.**

*Quando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba. (...)" (Negrilla fuera de texto original).*

Como puede observarse, la ley adjetiva le impone a los investigados ciertas cargas, entre ellas, la de cumplir con los requisitos exigidos para que puedan decretarse algunos medios probatorios y cuyo incumplimiento, como en este caso, le acarrea al que eleva una solicitud probatoria una consecuencia adversa, puesto que su solicitud tendrá que ser rechazada.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 20 de mayo de 2015. Rad. No. 760012333000 2012 00691 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por otro lado, los recurrentes indicaron que de las declaraciones practicadas el 30 y 31 de enero de 2018 a los gerentes de las empresas de transporte público de carga, donde se garantizó el derecho de contradicción de la prueba, puede deducirse que nunca los investigados influenciaron el mercado, nunca se reunieron con tal propósito y nunca han tenido la posibilidad fáctica o potencialidad necesaria para influenciar el mercado. Al respecto, debe reiterarse lo anunciado al inicio de este acápite en relación con que cualquier argumento de los recurrentes dirigido a valorar aisladamente la prueba, desconociendo la coincidencia que presenta con los demás elementos probatorios debe ser rechazado, toda vez que una posición en ese sentido desconoce abiertamente la obligación legal de valoración conjunta de la prueba prevista en la ley procesal y en la jurisprudencia nacional.

De este modo, tratar de demostrar a partir de una única prueba los hechos referidos por los recurrentes no es más que un infructuoso esfuerzo, debido a que las conclusiones del Despacho en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con la existencia de actos de influenciación de precios en el mercado del servicio público de transporte terrestre de carga en todo el territorio nacional en que incurrieron conjuntamente la **ATC** y la **ACC**, al fomentar la iniciativa de una "tabla de fletes", crearla efectivamente, socializarla y difundirla para su aplicación entre los transportadores de carga, fueron el resultado de un análisis integral, en conjunto y no separado o fraccionado del material probatorio.

En sintonía con lo anterior, se rechaza por improcedente el argumento de los recurrentes de que nunca influenciaron el mercado, debido a que de conformidad con el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, lo determinante está en la posibilidad de influenciar. Lo que debe comprobarse es la mera realización de la conducta sugestiva por parte de un sujeto activo, quien debe tener la entidad suficiente para hacer que el sujeto pasivo reaccione ante su influencia, y cuyo juicio de reproche tendrá lugar independientemente de que se pruebe que la conducta tuvo efectos, aspectos suficientemente acreditados en el Expediente.

Así lo ha corroborado el Consejo de Estado, al señalar en su jurisprudencia que la conducta no requiere la condición o configuración de una respuesta positiva por parte del sujeto pasivo<sup>41</sup>: *"(...) Ahora, para los efectos que consagra **la conducta sancionada es irrelevante que la influencia hubiera obtenido o no el resultado esperado por la actora**, pues no solo en ella no se establece ningún tipo de condicionamiento, lo que hace suponer que se tipifica con su sola realización, sino porque según el artículo 45 (sic, correcto artículo 48) del Decreto 2153 de 1992 **lo determinante está en la posibilidad de influenciar**. (...)"*. (Negritas y subrayado fuera).

Ahora bien, en relación con el argumento de los recurrentes de que no tenían la posibilidad fáctica o potencialidad necesaria para influenciar el mercado ni que se reunieron con tal propósito, debe señalarse que no tiene ningún mérito de prosperidad, debido a que, según el análisis realizado en la Resolución Sancionatoria y de las pruebas obrantes en el Expediente, logró concluirse que las asociaciones **ACC** y **ATC** efectivamente cuentan con la posibilidad de influir en el funcionamiento del mercado de transporte terrestre de carga –y por ende, en el comportamiento de sus agremiados y no agremiados–, pues su presencia en zonas que representan los mayores niveles de atracción y generación de la carga en el país, su visible gestión en la representación de los intereses de su gremio, su reconocimiento gubernamental, su previa participación en iniciativas relacionadas con costos de operación del transporte de carga y el reconocimiento expreso de sus integrantes así lo acredita. Esa capacidad de influencia con carácter relevante, se recuerda, es suficiente para poder catalogarlos como sujetos activos de la infracción prevista en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

En efecto, en el Expediente se encuentra acreditado que las asociaciones sancionadas, en conjunto, tienen presencia en las zonas que representan los mayores niveles de atracción y generación de la carga en el país y donde se encuentran las mayores concentraciones de transportadores en el territorio nacional<sup>42</sup>. Tal aspecto resulta de mayor relevancia, en la medida en que da cuenta de la capacidad que tienen la **ACC** y la **ATC** de establecer y mantener contacto directo y constante con la mayor parte de los transportadores de carga colombianos.

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 19 de noviembre de 2009. Rad. No. 250002324000 2001 01261 01.

<sup>42</sup> Ver numeral 9.1.3. de la Resolución No. 4697 de 2017. p. 11 a 13.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Adicionalmente, la **ACC** y la **ATC** eran las dos mayores agremiaciones de transportadores de carga del país para la época de los hechos investigados, las cuales representaban a los propietarios, poseedores, tenedores o conductores de vehículos y contaban con alrededor de 100.000<sup>43</sup> y 2.000<sup>44</sup> afiliados a nivel nacional, respectivamente. Este aspecto resulta relevante en la medida en que, como lo reiteró la Resolución Sancionatoria, su capacidad de convocatoria y su presencia a nivel nacional fueron determinantes para desarrollar acciones tendientes a influir en las tarifas del "valor a pagar" objeto de investigación.

Por otro lado, también se consideró el hecho de que las agremiaciones objeto de estudio hayan fungido en varias ocasiones como interlocutores permanentes con las autoridades de transporte, en particular, con el propio **MINTRANSPORTE**, pues este aspecto evidencia no solo su fuerte rol de representatividad, sino la identificación, aceptación y seguimiento que podía lograr por parte de los agentes económicos que participan en el mercado del transporte terrestre de carga. En efecto, obran en el Expediente documentos como el denominado "ACUERDOS CON GREMIOS REPRESENTANTES DEL SECTOR CAMIONERO"<sup>45</sup>, suscrito, entre otros, por los presidentes de la **ATC** y la **ACC**, por el Superintendente de Puertos y Transporte, y por la Directora Nacional de Transporte y Tránsito del **MINTRANSPORTE**, a través del cual se establecieron unos compromisos que representaban los intereses del gremio y que debían ser cumplidos por parte de las autoridades anteriormente mencionadas.

En línea con lo anterior, el grado de reconocimiento e influencia de estas asociaciones se hace evidente por el hecho de que tanto la **ATC** como la **ACC** fueron tenidas en cuenta para integrar el grupo de trabajo creado en la Resolución del **MINTRANSPORTE** 212 de 2000 –mediante la cual, entre otras cosas, se fijaron criterios en las relaciones económicas entre las empresas de transporte y los propietarios y/o conductores de los vehículos de carga–, al que se le asignó la responsabilidad de presentar recomendaciones relacionadas con los costos de operación del transporte terrestre de carga. Específicamente, tal resolución disponía lo siguiente:

**"Artículo 3. Grupo de trabajo.** Crear un grupo de trabajo integrado como se describe a continuación:

*El viceministro de transporte o su delegado, quien lo presidirá.*

*Un delegado de la Asociación Nacional de Industriales, Andi.*

*Un delegado de la Federación Nacional de Comerciantes, Fenalco.*

*Un delegado de la Federación Nacional de Cafeteros.*

*Un delegado de la Federación Nacional de Arroceros, Fedearroz.*

*Un delegado de Colfecar.*

*Un delegado de Fedetrascol.*

*Un delegado de Asecarga.*

**Dos (2) delegados de la Asociación Colombiana de Camioneros, ACC.**

**Dos (2) delegados de la Asociación de Transportadores de Carga, ATC.**

*Parágrafo. El Ministro de Transporte designará los funcionarios del ministerio que harán parte del grupo de trabajo" (Negrillas y subrayado fuera del texto).*

Lo expuesto previamente deja ver que estas agremiaciones no solo se han caracterizado por perseguir objetivos comunes en el sector económico donde se desempeñan, sino por ser voceras visibles del gremio del transporte terrestre de carga ante el Gobierno y por representar con plena convicción y legitimación sus intereses y visiones. En últimas, esto deja ver que las agremiaciones objeto de investigación no son simples grupos con fines altruistas, sino que son asociaciones que tienen la entidad suficiente para hacer que sus representados se vean identificados en ellos y, de contera, reaccionen ante sus gestiones y lineamientos.

Incluso, tal y como lo señaló la Resolución Sancionatoria, la declaración de **ÁLVARO DARÍO SANÍN CALAD**, presidente de la **ATC** para la época de los hechos, la cual se practicó el 31 de enero de 2018, demuestra la influencia que tiene tal agremiación en el mercado de transporte terrestre de carga, pues su dicho ratifica que la **ATC** –la cual suele actuar conjuntamente con la

<sup>43</sup> Esta cifra se obtuvo de fuentes públicas para 2009 y 2011. Ver: <http://www.infobae.com/2011/02/16/1019182-paro-camioneros-colapsa-bogota/> y <http://historico.elpais.com.co/paionline/notas/Abril212009/Na11.html>

<sup>44</sup> Folios No. 311 al 360 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Cifra del año 2013.

<sup>45</sup> Folios No. 565 a 566 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**ACC** en sus gestiones de representación— cuenta con la potencialidad de influenciar en el sector, entre otras cosas, debido al reconocimiento mismo que le dan las diferentes autoridades que tienen competencias relacionadas con la actividad transportadora:

"(...)

**DELEGATURA:** *Indíqueme al Despacho qué tan representativo es el gremio de la ATC en el sector de transporte de carga terrestre.*

**ALVARO DARÍO SANIN CALAD:** *Yo creo que es el gremio, a nivel camionero, más representativo que hay y más serio. Y es tal vez, a nivel camionero y reitero, porque hay otros gremios que asociación empresas de transporte, es el único gremio que tiene estudios de fondos, serios y claros, y que ha participado con el Gobierno siempre (...) ATC, es el único gremio que ha presentado estudios serios en cuanto al nivel de transporte de carga. Yo me atrevo a decir, sin ningún recato, que es un gremio importante, serio, estable y con estudios muy importantes.*

(...)"<sup>46</sup> (Negrillas y subrayado fuera del texto).

En tal virtud, se rechaza el argumento dirigido a desconocer que las asociaciones sancionadas tenían la potencialidad suficiente para influenciar a otro agente con la finalidad de que modificara su política de precios y, en todo caso, se insiste en que no resulta necesario comprobar el efecto para que la violación se entienda concretada y sea merecedora de juicio de reproche.

De otra parte, en relación con la afirmación de los recurrentes de que no se reunieron con la finalidad de influenciar el funcionamiento del mercado de transporte terrestre de carga debe señalarse que las pruebas obrantes en el Expediente son lo suficientemente claras en evidenciar todo lo contrario. Así, por ejemplo, obran en el Expediente diferentes pruebas que dan cuenta de que las agremiaciones **ACC** y **ATC**, inconformes con la expedición del Decreto 2092 de 2011 que modificó el régimen de fijación directa de precios por parte del **MINTRANSPORTE** y dio libertad en la concertación de las tarifas, optaron por reunirse para discutir acerca de los precios que debían regir la actividad transportadora, especialmente, en diversas reuniones de Junta Directiva de la **ATC**<sup>47</sup>.

En este sentido, se pone de presente lo dispuesto en el documento denominado "**CONVOCATORIA A REUNIÓN DE CARÁCTER GREMIAL DE JUNTA DIRECTIVA ATC**"<sup>48</sup>, en el que se hizo alusión a una reunión del 8 de agosto de 2012 en la que se concertó, entre otras cosas, el diseño de una "**tabla de fletes**":

*"Orlando Ramírez presenta un informe referente al SICE y una tabla comparativa de los fletes pagados en la plaza y los que efectivamente se reciben de parte de las empresas y este dato permite evidenciar que los fletes se están incumpliendo en un 38%. Manifiesta que debemos denunciar este hecho ante el Ministerio de transporte y pedirle intervenir las principales rutas del país para regular los fletes de acuerdo con lo establecido en el decreto de regulación económica*

Tareas:

(...)

**\* Sacar una tabla de fletes con base en los costos reales.**

(...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Adicionalmente, existe un documento denominado "**REUNIÓN ORDINARIA JUNTA DIRECTIVA ATC**" del 25 de octubre de 2012<sup>49</sup>, donde se incluyó como tema a tratar "**conocer y discutir sobre la**

<sup>46</sup> Folios No. 2818 y 2819 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente. Minutos: 16:29 a 16:51 y 27:39 a 29:20. Archivo denominado "F:\13-103403-310118".

<sup>47</sup> Como consta en el acta de inspección a sitios de internet obrante a Folio No. 21 a 59 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>48</sup> Folio No. 414 a 416 del Cuaderno Reservado **ATC** No. 1 del Expediente.

<sup>49</sup> Folios No. 420 a 422 del Cuaderno Reservado **ATC** No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

conveniencia de los valores a presentar en la tabla de fletes ATC que se publicará". Sobre el particular, el documento dispone lo siguiente:

**"La importancia de sacar la tabla es tener argumentos para negociar, se trata más de una labor de educar a los transportadores.**

Aseguran que la tabla de fletes es fundamental para el camionero, se deben analizar bien los costos.

(...)

**Asegura que hay que generar una tendencia, una cultura, para que el camionero cobre lo que realmente se merece; pues el negocio está mal planteado desde que decimos cuánto nos va a pagar, cuando en realidad hay que decir le voy a cobrar.**

(...)

**Por esta razón proponen hacer dos reuniones en el norte y en el sur, con el fin de capacitarlos sobre el SICE, el IPTC y con base en eso mostrarles la tabla y de una vez socializarla.**

(...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Como puede apreciarse, era evidente la intención por parte de las agremiaciones ACC y ATC de elaborar una "tabla de fletes" con la finalidad de intervenir en la actividad transportadora, para así crear "cultura" a través de un modelo "justo", de forma tal que los transportadores de carga impusieran los valores a cobrar y se apartaran de una negociación que atendiera a las condiciones del mercado. Además, el documento da cuenta de un firme propósito de "socializar" la mencionada tabla, aun cuando el régimen vigente para ese momento (2011-2013), como se dejó claro en el acápite de consideraciones preliminares de este acto administrativo, era el de libertad tarifaria.

Por otro lado, obra en el Expediente el documento denominado "ACTA DE JUNTA DIRECTIVA No. 8", en el que se hizo alusión a una reunión llevada a cabo el 6 de diciembre de 2012<sup>50</sup>, en la que la Junta Directiva de la ATC buscó afinar los detalles sobre la elaboración y distribución de la "tabla de fletes", la cual se realizaría conjuntamente con la ACC. Al respecto, el documento dispone lo siguiente:

(...)

**Don Orlando comenta que se reunió con ACC para manejar TABLA DE REFERENCIA CON BASE EN COSTOS y se planea mandar a hacer distribución.**

(...)

**Se acordó crear una propuesta por ATC, ACC en la cual escogieron regiones por el conocimiento de cada uno para hacerla más realista.**

(...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Así las cosas, no cabe duda para este Despacho respecto a que la ATC y la ACC discutieron y socializaron una clara iniciativa de crear una "tabla de fletes", que estaba fundamentada en el malestar que generó en el sector la modificación del régimen de fijación directa de precios por parte del MINTRANSPORTE y la consecuente implementación de un modelo basado en la libertad en la concertación de las tarifas. Por lo expuesto, la afirmación tendiente a negar las reuniones que se llevaron a cabo con la finalidad de influenciar el funcionamiento del mercado de transporte terrestre de carga, se rechaza por infundada.

Adicionalmente, los recurrentes indicaron que, a su juicio, debe darse aplicación al principio del "in dubio pro administrado" pues se presentaron muchas dudas respecto a la participación de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS Seccional Boyacá, en cuanto no se tiene el Acta de la realización de Junta Directiva Nacional, o de la asistencia a la presunta reunión de Junta

<sup>50</sup> Folios No. 423 a 426 del Cuaderno Reservado ATC No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Directiva Nacional, o los valores del **SICE-TAC** para la fecha de los hechos o los datos estadísticos efectivamente recolectados de la influencia que pudo tener en los valores a pagar la tabla de fletes.

Al respecto, debe reiterarse nuevamente que, como lo ha corroborado el Consejo de Estado, el tipo de conducta sancionada en la Resolución Sancionatoria no requiere la condición o configuración de una respuesta positiva por parte del sujeto pasivo. En este sentido, pretender exigir los valores del **SICE-TAC** para la fecha de los hechos o los datos estadísticos efectivamente recolectados de la influencia que pudo tener en valores a pagar la "tabla de fletes", es un argumento absolutamente improcedente. A efectos de la configuración de la conducta proscrita en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, la exigencia alegada por los recurrentes, esto es, un resultado del acto de influenciación en los valores a pagar, es irrelevante, pues lo determinante está en la posibilidad de influenciar lo que está suficientemente acreditado en el Expediente.

En todo caso, se reitera que en la Resolución Sancionatoria también se presentaron otras características especiales del comportamiento desplegado y de la "tabla de fletes" y se logró establecer, al contrastar los valores de la tabla con la información de referencia del **MINTRANSPORTE**, que tales agremiaciones: (i) buscaron establecer unas tarifas que estuvieron al alza en la mayoría de las rutas de transporte terrestre que pretendieron intervenir y (ii) fijaron su instrumento de manera que los trayectos origen-destino con distancias más cortas tuvieran valores sustancialmente superiores a los establecidos por el **MINTRANSPORTE**, por lo que el argumento de los recurrentes en tal sentido, bajo cualquier circunstancia, es improcedente.

Por lo demás, advierte este Despacho que los argumentos presentados por los recurrentes son reiterativos, por lo que a efectos de controvertirlos resulta suficiente y pertinente lo expuesto en la Resolución No. 72158 de 2018:

*"Pues bien, en respuesta a estos argumentos el Despacho reitera lo dispuesto en el Informe Motivado en el sentido de que, en materia de derecho administrativo sancionatorio, basta con que se acredite el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida para que proceda el correspondiente juicio de reproche.*

*Sobre el particular, se trae a colación nuevamente lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-595 de 2010:*

*"(...) En primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia constitucional en orden a señalar que el principio de presunción de inocencia es aplicable como criterio general en el derecho administrativo sancionador. Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto - con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva). (...)"<sup>51</sup>. (Negrillas y subrayado fuera del texto).*

*Igualmente se reitera la siguiente cita del Consejo de Estado, en la que el Alto Tribunal aclara que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos, como el penal, admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad:*

*"(...) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes (...)"<sup>52</sup>. (Negrillas y subrayado fuera del texto).*

*En virtud de lo expuesto, para que proceda la correspondiente sanción, no se requiere en la presente actuación un análisis extensivo y diferente al de confirmar la existencia de la infracción a partir del contenido normativo y el comportamiento o conducta de quienes se*

<sup>51</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010.

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 25 de marzo de 2009. Rad. No. 13495.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

señalan como autores, que en este caso corresponde a la **ATC**, la **ACC** y las seccionales de esta última, incluida la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOYACÁ EN LIQUIDACIÓN**.

Por lo demás, se reitera lo dispuesto en el Informe Motivado en respuesta al argumento relacionado con la ausencia del acta de la Junta Directiva Nacional de la **ACC**, lo cual resulta igualmente aplicable para lo que corresponde a la ausencia de actas de asistencia, de los valores del **SICE-TAC** para la época de los hechos y de ciertos datos estadísticos que aduce esta asociación:

"(...) respecto de la réplica relacionada con la ausencia en el expediente del acta en la que se autorizó por parte de la Junta Directiva Nacional de la **ACC** la implementación de la "tabla de fletes", se considera que no es necesario entrar a verificar en esta actuación un acto legal de disposición como lo puede ser el acta de la Junta Directiva Nacional de la **ACC** -que echan de menos los investigados-, porque para obrar de manera ilegal no hace falta dicha legitimación. Lo anterior, entre otras razones, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 las conductas que afectan la libre competencia en los mercados están prohibidas y se consideran de objeto ilícito"<sup>53</sup>.

Adicionalmente, se pone de presente que el juicio de reproche de la presente actuación administrativa no se deriva de la participación en determinados encuentros, de los valores a pagar que se incorporaron en la "tabla de fletes", de la gestión gubernamental en lo que corresponde a los valores del **SICE-TAC** ni de cualquier otro dato estadístico. Lo que resulta relevante en esta investigación es que existió tal instrumento influenciador en materia de precios, que el mismo nació y fue promovido en el marco de las asociaciones aquí investigadas, que no hay prueba que demuestre que alguna seccional se hubiera opuesto a la implementación o socialización de la referida "tabla de fletes" y que, por el contrario, existen sendas pruebas que dan cuenta de que tal iniciativa sugestiva fue implementada y promovida a lo largo y ancho del país.

Así las cosas, los argumentos se rechazan por resultar infundados, además de reiterativos.

(...)"

Por otro lado, los recurrentes señalaron que se inició y decidió una actuación administrativa por hechos generados en 2013 a personas que en su momento no conformaban la Junta Directiva de la **ACC**. Lo anterior estaría demostrado con el Registro Mercantil de Cámara de Comercio para 2013 de la **ACC**, en donde se evidencia que los investigados, y concretamente **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**, no se encontraban registrados y, por tanto, nunca fungieron, como miembros de la Junta Directiva Nacional de la **ACC**.

En idéntico sentido, alegaron que se inició y decidió una actuación administrativa por el hecho de tener el nombre de la **ACC**, pero no se profundizó en determinar que cada investigado es una persona jurídica diferente, como es el caso de la **ACC** seccionales Nariño, Boyacá e Ipiales; entidades sin ánimo de lucro diferentes todas ellas y que en sus estatutos en nada dependen de la **ACC** en que funge como presidente y representante legal, **PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ**.

Al respecto, debe aclararse a los recurrentes que la vinculación de **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO** y los demás presidentes de las seccionales en la actuación administrativa obedeció a que de conformidad con los artículos 23 y 51 de los Estatutos<sup>54</sup> de la **ACC**, le corresponde a cada Presidente de la Seccional representar "legítimamente a la Asociación en todo el país". Así mismo, la **ACC**, a través de la Junta Directiva Nacional, podrá establecer seccionales en cualquier departamento del país, "en donde de acuerdo con el objeto social, se den las condiciones para su funcionamiento". A su vez, estas seccionales se regirán por los estatutos de la Asociación Nacional y de acuerdo con los estatutos de la **ACC**. Finalmente, la Junta Directiva Nacional "estará integrada por un miembro de cada Seccional o Departamento con sus respectivos suplentes", lo que descarta de plano la afirmación de los recurrentes relacionada con que las seccionales sancionadas, en sus estatutos, en nada dependen de la **ACC**.

<sup>53</sup> Informe Motivado. p. 92.

<sup>54</sup> Folios No. 576 a 577 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Como puede apreciarse, la vinculación y posterior sanción de los presidentes de aquellas seccionales de la ACC que contaban con personería jurídica y que estaban constituidas para la fecha en que ocurrieron los hechos objeto de investigación como fue el caso de **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**, obedeció a que: (i) la Junta Directiva Nacional de la ACC se encuentra integrada, en su mayoría, por los presidentes de las diferentes seccionales; (ii) los presidentes seccionales debían mantener una "coordinación con el Presidente Ejecutivo Nacional y [la] Junta Directiva Seccional"; y (iii) reposan pruebas en el Expediente de que ejecutaron labores de difusión de la "tabla de fletes"<sup>55</sup>.

En efecto, la declaración de **JUAN EDUARDO ELVIRA VALENCIA**, representante legal de la ACC SECCIONAL VALLE DEL CAUCA, practicada el 19 de noviembre de 2015<sup>56</sup>, así como la declaración de **PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ**, representante legal de la ACC, practicada el 19 de noviembre de 2015<sup>57</sup>, se erigen como evidencia sobre la responsabilidad administrativa individual de las personas vinculadas con la ACC a partir de sus seccionales, y de los demás miembros de Junta Directiva de dicha asociación.

Específicamente, **PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ** (Presidente Nacional de la ASOCIACION DE CAMIONEROS ACC) aseguró que los presidentes de cada una de las seccionales de ACC hacen parte de la Junta Directiva Nacional de la ACC:

*"DELEGATURA: (...) Pero, ¿quién tomó digamos la decisión de decir estos ya, estos son los costos que vamos a presentar a publicar?"*

**PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ:** *A ver, nosotros a través de la ASOCIACION COLOMBIANA DE CAMIONEROS en su junta directiva que son las diferentes seccionales pertenecen a la junta directiva nacional, con ellos recogimos los datos, tomamos la decisión de hacer el estudio basado en el software que tiene el Ministerio, lo que tiene el Ministerio en la página, con esto hicimos un análisis en las juntas directivas en las diferentes reuniones que se hicieron y esto lo presentamos al gobierno y como hizo caso omiso pues nosotros lo sacamos en un volante. Así de sencillo fue.*

**DELEGATURA:** *¿Se tomó la decisión en la junta directiva?*

**PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ:** *Se tomó la decisión en la junta.*

**DELEGATURA:** *¿Cómo fue entonces la coordinación con las diferentes Asociaciones, usted nos mencionaba ATC?*

**PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ:** *A ver, nosotros le presentamos a ATC nuestra propuesta en borrador, ellos hicieron algunos correctivos, dieron algunos consejos y también participaron, porque es que como le digo, esto está en la página del Ministerio, esto no fue que no lo inventamos, esto está en la página del Ministerio y estaba y lo que fue lo se hizo fue recoger lo que hay, se actualizó y se sacó.*

(...)

**DELEGATURA:** *No, anterior a eso, ustedes hicieron los estudios, se reunieron ¿Quiénes tomaron la decisión?*

**PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ:** *Los presidentes seccionales que hacen parte de la junta directiva nacional, tomaron la decisión de presentárselo al Gobierno y como el Gobierno hizo silencio administrativo, nunca contestó nada entonces nosotros lo sacamos y lo sacamos de una manera sencilla y simple, más que todo pedagógica, para que el camionero entienda que le cuesta, porque el camionero en Colombia es empírico aprende de la mano de otro propietario de conductor entonces como vienen así, ahora si se está tecnicando y debido a las comunicaciones hay mucho camionero que es profesional, entonces el ya entiende y ya nos colabora en las carreteras explicándole a la*

<sup>55</sup> Folio No. 679 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Minuto: 43:02-44:20; 44:43-45:45; 49:18-49:39. Con ruta de acceso: D:\TESTIMONIOS\TESTIMONIO 19-11-15\AUDIO. Archivo denominado "20151119\_001".

<sup>56</sup> Folio No. 679 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

<sup>57</sup> Folio No. 679 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Minuto: 43:02-44:20; 44:43-45:45; 49:18-49:39. Con ruta de acceso: D:\TESTIMONIOS\TESTIMONIO 19-11-15\AUDIO. Archivo denominado "20151119\_001".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

gente en realidad cuánto incide un incremento en el combustible en los costos reales del manejo de las mercancías.

(...)

**DELEGATURA:** Pero, ¿los volantes los saca cada seccional?

**PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ:** No, el volante se sacó de la Junta Directiva Nacional. Con permiso de la Junta Directiva Nacional y cada seccional lo repartía, en sus diferentes municipios en Pasto, Ipiales, Cali, Bogotá, Medellín." (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Adicionalmente, se cuenta con un documento suscrito en la ciudad de Buenaventura el 24 de enero de 2013, el cual vincula a las siguientes personas de la **ATC** y la **ACC**:

"ACC y ATC han acordado los valores de la tabla anexa que hemos revisado conjuntamente para sacar 100 mil ejemplares impresos de la tabla de fletes la cual llevará el logo de ACC y el de ATC. Así mismo contará con la publicidad de Kenworth de La Montaña y Navitrans.

Realizaremos distribución a través de 12 ciudades inicialmente para lo cual esperamos contar con el trabajo conjunto entre ACC y ATC. Para reforzar el tema de comprensión y defensa de la tabla realizaremos reuniones en diferentes ciudades que programemos de común acuerdo.

Para constancia y aprobación firmamos en la ciudad de Buenaventura a los 24 días del mes de enero de 2013.

**Pedro Aguilar Rodríguez**  
Presidente ACC

**Luis Orlando Ramírez Valencia**  
Director Ejecutivo Nacional ATC

**Juan Carlos Bobadilla Díaz**  
Secretario General ACC

**Dairon Gomez**  
Vicepresidente ATC" (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

A partir de todo lo expuesto, resulta claro para este Despacho la forma en la que los miembros de **ACC**, en conjunto con miembros de **ATC**, tomaron la decisión de "intervenir la actividad transportadora en Colombia", mediante la elaboración y distribución de una "tabla de fletes" para vehículos de transporte terrestre automotor de carga.

En línea con lo anterior, este Despacho debe advertir que la afirmación de que no se profundizó en determinar que cada investigado era una persona jurídica diferente, no es cierta. Tan es así que en la Resolución No. 4697 del 14 de febrero de 2017, en que se ordenó la apertura de la investigación y se formuló pliego de cargos, se consideró que:

"En relación con lo anterior, es pertinente resaltar que i) las seccionales Santander, Norte de Santander, Meta y Putumayo no están constituidas como personas jurídicas ante la **CÁMARA DE COMERCIO**; ii) la Seccional del Casanare se constituyó en el 2015 y iii) la Seccional de Atlántico y Bolívar está inscrita en la **CÁMARA DE COMERCIO** como establecimiento de comercio.

Por lo tanto, por no tener personería jurídica no harán parte de la presente investigación las seccionales de **ACC**: Meta, Santander, Putumayo, Norte de Santander y Atlántico y Bolívar. En relación con la Seccional Casanare, vale advertir que esta fue constituida en el año 2015, esto es, por fuera del periodo objeto de investigación: 2011-2013.

En consecuencia, con excepción de las seccionales mencionadas en el párrafo anterior, las demás seccionales de la **ACC** se vinculan como investigados en la presente actuación administrativa debido a que: i) la Junta Directiva Nacional de la **ACC**<sup>58</sup> se encuentra

<sup>58</sup> Folios No. 576 a 577 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*integrada, en su mayoría, por los presidentes de las diferentes seccionales; y ii) reposan pruebas en la actuación administrativa de que ejecutaron labores de difusión de la "tabla de fletes"<sup>59</sup>. (...)"*

Como puede observarse, antes de formular cargos, a los que serían los investigados en la presente actuación administrativa, se realizó un juicioso análisis que permitió determinar que ciertas seccionales de la ACC no estaban constituidas como personas jurídicas o que, incluso alguna de ellas, estaba constituida por fuera del periodo objeto de investigación, razón por la cual no se les realizó ninguna imputación. De tal manera, el reproche presentado por los recurrentes, en relación con que se inició y decidió una investigación sin determinar que existían personas jurídicas diferentes o simplemente por el hecho de tener el nombre de la ACC no se compadece de la realidad y será desestimado por infundado.

En este punto, es pertinente señalar que en los recursos de reposición interpuestos por la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOYACÁ**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL IPIALES**, **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**, **HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO**, **JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ** y **OCTAVIO FIERRO POLANCO** se allegaron una serie de pruebas documentales relacionadas con Certificados de Existencia y Representación Legal de la ACC con la finalidad de demostrar que no conformaban y nunca fungieron como miembros de Junta Directiva Nacional de la ACC para el 2013 y, concretamente, que nunca aparece **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**.

Al respecto, en primer lugar debe anotarse que las pruebas documentales aportadas por los recurrentes no tienen ninguna entidad para desvirtuar las conclusiones relacionadas con que (i) la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOYACÁ** y la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL IPIALES** están directamente relacionadas con la Junta Directiva Nacional de la ACC, quien precisamente es la que estaba facultada para establecer seccionales en cualquier departamento del país "en donde de acuerdo con el objeto social, se den las condiciones para su funcionamiento", las cuales, valga decir, se rigen por los mismos estatutos de la asociación nacional, tal y como se señaló en la Resolución No. 4697 de 2017; (ii) la Junta Directiva Nacional de la ACC se encuentra integrada, en su mayoría, por los presidentes de las diferentes seccionales; (iii) los presidentes seccionales debían mantener una "coordinación con el Presidente Ejecutivo Nacional y [la] Junta Directiva Seccional"; y (iv) reposan pruebas en el Expediente de que ejecutaron labores de difusión de la "tabla de fletes"<sup>60</sup>, como se evidenció previamente.

En idéntico sentido, las pruebas documentales aportadas en los recursos de reposición tampoco tienen ninguna conducencia o eficacia probatoria para controvertir el hecho irrefutable de que en el periodo investigado (i) **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO** era presidente de la seccional Pasto de la ACC; (ii) **HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO** era presidente de la seccional Boyacá de la ACC; (iii) **JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ** era Secretario General de la ACC y, finalmente; (iv) **OCTAVIO FIERRO POLANCO** era, precisamente, miembro de la Junta Directiva Nacional de la ACC.

Así, este Despacho no puede aceptar las postulaciones de los recurrentes puesto que, contrario a lo que afirman, en el Expediente sí existen pruebas directas que los vinculan como miembros de la Junta Directiva Nacional de la ACC, justamente, para el 2013 y, precisamente, a **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**.

En efecto, obra en el Expediente el documento denominado "ACTA NO.005" en constancia de la asamblea extraordinaria llevada a cabo el 3 de febrero de 2012<sup>61</sup> por la Junta Directiva Nacional de la ACC, en la que puede verificarse la asistencia de **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**. El documento dispone lo siguiente:

<sup>59</sup> Folio No. 679 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

<sup>60</sup> Folio No. 679 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Minuto: 43:02-44:20; 44:43-45:45; 49:18-49:39. Con ruta de acceso: D:\TESTIMONIOS\TESTIMONIO 19-11-15\AUDIO. Archivo denominado "20151119\_001".

<sup>61</sup> Folios No. 694 a 696 del Cuaderno Reservado ACC No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"(...)

Por lo anterior se da comienzo a la asamblea extraordinaria que fuese convocada de acuerdo al art. 10 de los estatutos vigentes por la **Junta Directiva Nacional** en cabeza del presidente ejecutivo nacional, refrendada mediante avisos según las normas con una antelación de 15 días antes de la asamblea

(...)

#### DESARROLLO

##### 1.- LLAMADO A LISTA

(...)

6. ACC NARIÑO                      PRESENTE                      ANDRES CHARFUELAN

(...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Del mismo modo, se cuenta con el documento denominado "ACTA NO.025" en constancia de la reunión llevada a cabo el 23 de mayo de 2013<sup>62</sup> por la Junta Directiva de la ACC en la que se ratificó a cada uno de sus miembros, incluido **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**. El documento dispone lo siguiente:

"(...) atendiendo la convocatoria realizada según estatutos por el Presidente Nacional y llamado de diez seccionales de la Asociación Colombiana de Camioneros ACC, se dio inicio a la reunión de **Junta Directiva Nacional** (...)

#### DESARROLLO

##### 1.- LLAMADO A LISTA Y VERIFICACIÓN DEL QUORUM

(...)

3.- Boyacá. PRESENTE

(...)

10.- Nariño. PRESENTE

(...)

##### 6.- ELECCIÓN Y O RATIFICACION DE JUNTA DIRECTIVA NACIONAL

(...)

Seguidamente se pone a consideración el cargo de TESORERO NACIONAL para el cual es postulado (...) ANDRES CHARFUELAN que fue elegido como tesorero por unanimidad, y es aceptado por el postulado.

(...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Como puede apreciarse, las pruebas obrantes en el Expediente y que fueron presentadas previamente son contundentes para rechazar por completo el argumento dirigido a señalar que los recurrentes no conformaron o nunca fungieron como miembros de Junta Directiva Nacional de la ACC para el 2013. Precisamente, las actas de la Junta Directiva Nacional de la ACC para los años 2012 y 2013 demuestran todo lo contrario y permiten evidenciar que sí eran miembros activos y que incluso **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO** llegó a ostentar el cargo de tesorero nacional.

A partir de todo lo expuesto, este Despacho ratifica la conclusión a la que se llegó en la Resolución Sancionatoria, en el sentido de que cabe atribuir responsabilidad administrativa a los recurrentes considerando la labor determinante que ejerció la Junta Directiva en la creación y difusión de la "tabla de fletes", con ocasión de los hechos acreditados. Adicionalmente, resulta innegable que, a

<sup>62</sup> Folios No. 601 a 604 del Cuaderno Reservado ACC No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

partir del acervo probatorio citado y descrito previamente, está acreditado el conocimiento, la participación y la injerencia que tuvieron las personas naturales analizadas en las conductas de influenciación, por lo cual se confirma su responsabilidad administrativa individual en los términos del numeral 16 de artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Finalmente, este Despacho debe anotar que mediante Resolución No. 38142 del 31 de mayo de 2018<sup>63</sup>, la Superintendencia de Industria y Comercio, como una garantía adicional para los investigados, decretó pruebas de oficio adicionales (financieras), con la finalidad de recaudar elementos probatorios suficientes que permitieran adoptar las eventuales decisiones dentro de la investigación en relación con las sanciones a imponer a cada investigado. Tal decisión fue debidamente comunicada a cada uno de los investigados en virtud del artículo 23<sup>64</sup> de la Ley 1340 de 2009. En consecuencia, se dispuso (i) que las personas jurídicas investigadas remitieran sus Balances Generales y Estados de Resultados, con corte a 31 de diciembre, correspondientes a los años 2015, 2016 y 2017, así mismo, (ii) que las personas naturales investigadas remitieran sus Declaraciones de Renta y Certificados de Ingresos y Retenciones correspondientes a los años 2015, 2016 y 2017. A efectos de remitir la información se estableció como término perentorio el 22 de junio de 2018.

De conformidad con lo anterior, puede evidenciarse en el Expediente que mediante escrito radicado 13-103403- -01382-0002 del 22 de junio de 2018<sup>65</sup>, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL CAUCA** y **TULIO ENRIQUE PRADO CERÓN**, dentro del plazo otorgado, remitieron la información financiera que consideraron pertinente aportar a la actuación administrativa. A partir de lo expuesto, puede demostrarse que la afirmación presentada en relación con que el 31 de mayo de 2018 se decretaron unas pruebas de oficio y que "(...) *tales pruebas su paupérrimo equipo de trabajo olvidó practicarlas*", es contraria a la realidad y resulta totalmente infundada, muestra de ello es que algunos de los investigados enviaron la información solicitada, razón por la que tal censura se rechaza por improcedente, aparte de constituir un irrespeto para la Autoridad, lo cual se desarrollará en el siguiente acápite.

#### **5.2.1. De las expresiones empleadas por el abogado SEBASTIÁN SANDOVAL PÉREZ en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 72158 de 2018**

En este punto, este Despacho debe advertir que las expresiones "(...) *su paupérrimo equipo de trabajo (...)*", "(...) *la mezquindad de algunos funcionarios irrespetuosos de la Constitución y la Ley (...)*"<sup>66</sup> o "(...) *bajo las reglas de su majestad Jorge Enrique Sánchez Medina (...)*"<sup>67</sup> empleadas en el recurso de reposición interpuesto por el abogado **SEBASTIÁN SANDOVAL PÉREZ**, para referirse o calificar a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, no se compadecen ni son acordes con la mesura, seriedad, ponderación y respeto que debe observar su ejercicio profesional en las relaciones con los servidores públicos, de conformidad con los numerales 5 y 7 del artículo 28<sup>68</sup> de Ley 1123 del 2007.

Al respecto, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria ha señalado que "(...) *cualquier comportamiento de los abogados que, en el ejercicio profesional, carezca de alguno de estos factores será susceptible de investigación y sanción disciplinaria, sin necesidad de que se*

<sup>63</sup> Folios No. 4214 a 4220 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>64</sup> "**Artículo 23. Notificaciones y comunicaciones.** Las resoluciones de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación y la que decide los recursos de la vía gubernativa, deberán notificarse personalmente. (...) Los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la competencia, se comunicarán (...)" (Subrayado fuera de texto original).

<sup>65</sup> Folios No. 4239 a 4246 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>66</sup> Folios No. 4587 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente.

<sup>67</sup> Folios No. 4590 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente.

<sup>68</sup> "**Artículo 28. Deberes profesionales del abogado.** Son deberes del abogado: (...)

**5. Conservar y defender la dignidad y el decoro de la profesión. (...)** **7. Observar y exigir mesura, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos,** colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión. (...)" (Subrayado fuera de texto original).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**materialice afectación o vulneración a los derechos o intereses de alguna persona o funcionario**<sup>69</sup>. (Negrilla fuera de texto original).

Y es que precisamente el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria<sup>70</sup>, recientemente al definir la responsabilidad disciplinaria de un abogado, que se refirió a una jueza señalando que desconocía la Ley y prevaricó y, además, que era "adivina" y "parasicóloga", entre otras afirmaciones de las mismas características, consideró que:

*"Tales afirmaciones contra un juez de la República constituyen una injuria contra el funcionario judicial y degrada la imagen y majestuosidad de la administración de justicia, representada en sus jueces y fiscales*

(...)

*Al cuestionar una decisión se puede ser asertivo e incisivo en la argumentación, pero esa facultad de controvertir no implica una vía libre para degradar su imagen y su buen nombre, al punto de tildarlo de "parasicólogo y adivino", en tanto los togados en un Estado social de derecho no "adivinan", deciden con fundamento en las pruebas y en las normas aplicables al caso objeto de examen (...)"*. (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

En consecuencia, este Despacho, además de rechazar categóricamente las expresiones empleadas por el abogado **SEBASTIÁN SANDOVAL PÉREZ**, ordenará compulsar copias del presente acto administrativo a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C. con el fin de que se investigue si su conducta constituye falta disciplinaria de conformidad con el Código Disciplinario del Abogado - Ley 1123 de 2007.

### **5.3. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el principio de congruencia**

Varios de los recurrentes sostuvieron que el proceso administrativo sancionatorio debe iniciar por unos hechos establecidos con precisión y claridad en el acto de apertura de la investigación. Así, reprocharon que en un ejercicio abusivo del poder, y un atropello al debido proceso sancionatorio, se modificó el supuesto fáctico en el informe final de recomendaciones. En el mismo sentido, señalaron que en virtud del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, cuando se formulan cargos al investigado, los hechos deben señalarse con precisión y claridad para no desconocer los principios de imparcialidad, buena fe, moralidad y transparencia. De esta forma, indicaron que en la apertura de investigación no se hizo alusión a una conducta de tracto sucesivo, nunca se señaló que los hechos sucedieron en un periodo comprendido entre el 12 o 13 de febrero y el 11 de octubre de 2013 y nunca se señaló que se publicaron trimestralmente otras tablas de fletes.

Por último, los recurrentes alegaron que sancionarlos por unos hechos que no fueron señalados con precisión y claridad en el acto administrativo de apertura de investigación y formulación de cargos, es una violación del derecho al debido proceso, defensa, contradicción y al principio de congruencia.

En relación con los reproches presentados por algunos de los recurrentes en relación con el desconocimiento del principio de congruencia en la actuación administrativa, este Despacho considera que envuelven un entendimiento equivocado de tal principio por lo que no están llamados a prosperar y se rechazan por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, es menester precisar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siguiendo a la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que:

*"De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso*

<sup>69</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Sentencia del 9 de octubre de 2013. Rad. No. 630011102000 2012 00227 01.

<sup>70</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Sentencia del 24 de agosto de 2018. Rad. No. 410011102000 2013 00868 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**transita alrededor de un eje conceptual fáctico jurídico que le sirve como marco y límite del desenvolvimiento y no como una "atadura irreductible" (...)**<sup>71</sup>.

A partir de lo anterior, en cuanto a la supuesta modificación de los supuesto fácticos en el "informe final de recomendaciones", es conveniente señalar que de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 09 de 2012, el Informe Motivado no es una nueva imputación de cargos, ni una variación de los cargos imputados en las resoluciones de apertura; simplemente recoge el análisis que hace el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de lo que, en su concepto, arrojó la investigación. En este sentido, el entendimiento totalmente equivocado de la naturaleza jurídica del Informe Motivado lleva a los recurrentes a considerar, en forma también equivocada, que se les estaba desconociendo el principio de congruencia, lo cual, es simplemente un imposible jurídico.

Claramente, el Informe Motivado se traduce en un resultado preliminar del procedimiento administrativo que tiene la finalidad de determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Por lógica, el grado de conocimiento que se tiene en el Informe Motivado sobre las particularidades fácticas de una conducta investigada es aún mayor, y más detallado, que el contenido en una Resolución de Apertura y formulación de cargos.

Esto es así debido a que cuando se profiere el Informe Motivado se ha agotado gran parte de la dialéctica del procedimiento administrativo, lo que incluye no solo los descargos de los investigados sino también todo un debate probatorio que permite sumar elementos de juicio suficientes sobre las diferentes circunstancias en que ha tenido lugar la posible comisión de una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica. En ese momento, se concreta una recomendación de quien ha instruido la investigación –Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia- a quien tendrá que pronunciar una decisión definitiva -Superintendente de Industria y Comercio- respecto de si ha habido una infracción, sin que las consideraciones contenidas en el Informe Motivado tengan el alcance de una nueva imputación fáctica o jurídica o puedan entenderse como una variación a la que en un inicio se realizó en la Resolución de Apertura.

Conceder una postulación como la sugerida por los recurrentes en relación con el supuesto desconocimiento del principio de congruencia, implicaría que el Informe Motivado tendría que ser una copia idéntica de la Resolución de Apertura y, en consecuencia, toda la dialéctica propia del procedimiento administrativo, incluyendo los resultados que arroja el periodo probatorio de la investigación, sería totalmente inocua y simplemente decorativa, lo que desfiguraría la naturaleza y esencia de cualquier diseño procesal. Al respecto, esta Superintendencia, en otras ocasiones<sup>72</sup>, se ha referido en idéntico sentido:

**"(...) la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no implica la imposibilidad de que en el curso de la investigación se sumen elementos de juicio que respalden la imputación jurídica y fáctica, pues es en el desarrollo de la etapa probatoria (fase instructiva) donde se adquiere un mayor conocimiento de las circunstancias que rodean la infracción de la norma legal que dio origen a la investigación o para controvertir las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar y que hacen parte del expediente.**

(...)

**Aceptar la tesis sobre la supuesta incongruencia planteada por los recurrentes conllevaría al absurdo de pensar que la Resolución Sancionatoria de una actuación administrativa tiene que ser exactamente igual a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, con la variación única en la fecha de expedición. Esto no ha sido así, no es así y nunca será así, pues obviamente eso desvirtuaría las más elementales reglas de la razón y la lógica dentro del esquema procesal de indagación preliminar, apertura de investigación formal con pliego de cargos, descargos, pruebas, alegatos y decisión final sancionatoria o exoneratoria. (...)** (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La anterior posición ha sido validada por la jurisprudencia administrativa que, entre otras muchas decisiones judiciales, ha determinado con contundencia y claridad, que el surgimiento de hechos

<sup>71</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-025 de 2010.

<sup>72</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

adicionales que forman parte de los planteados inicialmente en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas no configura una vulneración al debido proceso, por lo que los argumentos de los recurrentes en tal sentido no tienen mérito de prosperidad. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado:

"(...)

#### **VII CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**(...) En ese marco, se tiene que carece de soporte jurídico la argumentación expuesta por el apoderado de la parte actora en el escrito de la demanda en el sentido de sostener que se vulneró el debido proceso porque en la resolución que inició la investigación administrativa no se enrostró la conducta por la que finalmente fue sancionada (...)**

**Sobre este aspecto, es importante advertir que el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente (...)** sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas (...) que generaban prácticas comerciales restrictivas. (...)”<sup>73</sup> (Negrillas y subrayas fuera de texto).

El anterior entendimiento, también ha sido ratificado por la máxima corporación de lo contencioso administrativo, que reiterada y pacíficamente al referirse a alegatos similares a los presentados por los recurrentes en esta sede, se ha pronunciado sobre el particular. Al respecto, el Consejo de Estado ha considerado que:

**"Vale la pena precisar que si bien el Auto de formulación de cargos determina el marco dentro del cual se adelantará la actividad probatoria, la acusación y la defensa, no es inamovible, porque en él se establece una calificación provisional de la falta y del grado de culpabilidad, quedando supeditados a lo que resulte demostrado una vez que se agote el debate probatorio."**<sup>74</sup> (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En línea con lo anterior, el mismo Consejo de Estado ha indicado:

**"La Sala estima que el argumento del apelante es excesivamente formalista porque saca de contexto la imputación contenida en el auto de cargos y desconoce que sustancialmente es la misma conducta por la que las resoluciones cuestionadas decidieron imponer sanciones a las investigadas."**<sup>75</sup> (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Como si lo anterior fuera poco, con la finalidad de disipar cualquier duda sobre la garantía del principio de congruencia en el presente caso, a continuación se recapitulan aspectos principales de los cargos que fueron imputados a los investigados en la Resolución 4697 del 14 de febrero de 2017, por la cual se ordenó la apertura de investigación y formuló pliego de cargos:

"(...)

#### **11.3. IMPUTACIÓN POR LA PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959 Y EL ARTÍCULO 46 DEL DECRETO 2153 DE 1992**

**Del acervo probatorio obrante en el expediente se podría establecer la presunta realización de la conducta tendiente a limitar la libre competencia, de conformidad con lo indicado en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, toda vez que las agremiaciones la ATC y la ACC elaboraron una tabla de tarifas y buscaron difundirla para su aplicación, conducta con la cual habrían desconocido el régimen de libertad tarifaria establecido por parte del MINTRANSPORTE a través del Decreto 2092 de 2011 dentro del mercado de transporte de carga terrestre en Colombia.**

<sup>73</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 22 de enero de 2015. Rad. No. 250002341000 2013 00414.

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 11 de julio de 2013. Rad. No. 110010325000 2011 00674 00.

<sup>75</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2014. Rad. No. 250002324000 2002 00176 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*De esta manera, dicha conducta constituiría una práctica que de alguna forma podría limitar la libre competencia al oponerse abiertamente a un mercado regido por un modelo de oferta y demanda, vigilado y monitoreado por el **MINTRANSPORTE**.*

*Por lo tanto, acorde con lo manifestado se advierte que dicha conducta a pesar de encajar en los comportamientos descritos taxativamente por el Decreto 2153 de 1992, en particular, el artículo 48 numeral 2, también resultaría ilegal en los términos de la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. De ello no sigue que se trate de dos infracciones, sino de la hipótesis según la cual con una misma conducta se habrían violado dos disposiciones, que en caso de probarse en el transcurso de la investigación, serían objeto de una sola sanción.*

*De esta manera, toda la evidencia permite considerar en esta etapa preliminar, la existencia aparente de una conducta dirigida a la afectación de las condiciones de competencia en el mercado, en el que las mencionadas agremiaciones ejercen una influencia a partir del hecho de ser un organismo que asocia a transportadores de carga por carretera que han fijado directrices a seguir en el cobro de los servicios que ellos prestan.*

(...)"

Como puede apreciarse, la imputación fáctica y jurídica realizada en la apertura de la investigación fue clara y precisa, estando sustentada en una serie de pruebas que daban cuenta de las conductas de los investigados. Además, este Despacho verificó que la misma guarda perfecta identidad sustancial con la Resolución No. 72158 de 2018, sin que exista lugar a considerar trasgredido el principio de congruencia, ni el derecho de defensa o contradicción.

De otra parte, debe anotarse que la censura de algunos recurrentes respecto a que en la Resolución de Apertura no se hizo alusión a una conducta de tracto sucesivo, nunca se señaló que los hechos sucedieron en un periodo comprendido entre el 12 o 13 de febrero y el 11 de octubre de 2013 y nunca se señaló que se publicaron trimestralmente otras tablas de fletes, no tiene ningún mérito de prosperidad y será rechazada. En efecto, debe recordarse a los recurrentes que desde un principio se puso de presente en la Resolución de Apertura, específicamente, que el periodo objeto de investigación era 2012-2013.

Así, el periodo investigado fue puesto de presente en la Resolución 4697 del 14 de febrero de 2017, por la cual se ordenó la de apertura de investigación y se formuló pliego de cargos, para no vincular como investigada a la Seccional Casanare de la **ACC**. Al respecto, se consideró lo siguiente:

"(...)

*Por lo tanto, por no tener personería jurídica no harán parte de la presente investigación las seccionales de **ACC**: Meta, Santander, Putumayo, Norte de Santander y Atlántico y Bolívar. En relación con la Seccional Casanare, vale advertir que esta fue constituida en el año 2015, esto es, por fuera del periodo objeto de investigación: 2011-2013." (Negrilla y subrayas fuera de texto).*

Igualmente, este Despacho puede advertir de una revisión de la Resolución 4697 del 14 de febrero de 2017 que todos los análisis del mercado afectado como consecuencia de la conducta imputada a los investigados en el presente caso, fueron delimitados, precisamente, al año **2013**. Lo que se ratifica en el acápite 11.1 de la Resolución de Apertura de la investigación en relación con el marco regulatorio para la fijación de la política tarifaria relacionada con el servicio de transporte terrestre de carga en Colombia, en donde se consideró claramente que:

"(...)

*De esta síntesis, a juicio de la Delegatura, por lo menos entre los años **2011 y 2013** rigió de manera plena e indiscutible la libertad contractual para la determinación tanto de los valores a pagar, como de los fletes según oferta y demanda." (Negrilla y subrayas fuera de texto).*

Por otro lado, no está de más advertir, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, que en consonancia y congruencia con lo dispuesto en el Informe Motivado, el hecho de que el texto de la "tabla de fletes" hubiera advertido que la misma entraría en vigencia en enero de 2013 y que se reajustaría cada tres (3) meses a partir de marzo de 2013, no permite concluir que la conducta se extendió solo hasta el 31 de marzo de 2013, pues una interpretación de tal naturaleza desconocería

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

el valor probatorio de las demás evidencias obrantes en el Expediente. Como bien se dispuso en este sentido, *"en el contenido de la "tabla de fletes" solamente se estableció como temporalidad el inicio de su vigencia –que es enero de 2013- más no un periodo de vigencia con expresa finalización"*<sup>76</sup>.

En consecuencia, este Despacho estima que las consideraciones plasmadas en el Informe Motivado y en la Resolución Sancionatoria, en relación con que los agentes investigados crearon, promovieron y difundieron una "tabla de fletes" de los servicios de transporte de carga entre el **14 de junio de 2011 y el 11 de octubre de 2013** –periodo en el cual el MINTRANSPORTE determinó que las tarifas de los servicios de transporte serían fijadas en libre competencia–, contrariando así las disposiciones del MINTRANSPORTE y el régimen de protección de la libre competencia económica, sin lugar a dudas, son sustancialmente congruentes con el periodo objeto investigación (2011-2013) dentro del cual se enmarcó la imputación fáctica en la Resolución de Apertura. Se resalta que el Decreto 2092 de 2011, mediante el cual se determinó que las tarifas de transporte serían fijadas bajo un sistema de libre competencia, con excepciones de intervención en aquellos casos en los que se evidenciaran pagos sistemáticos por debajo de los costos eficientes, es decir un régimen de libertad vigilada, rigió hasta el **11 de octubre de 2013**.

Así las cosas, se hace evidente que no existe ningún desconocimiento de los principios de congruencia, imparcialidad, buena fe, moralidad o transparencia y, además, que los derechos de defensa y contradicción en el presente caso siempre fueron garantizados por la claridad y precisión de la imputación fáctica y jurídica, por lo que se rechazan los reproches de los recurrentes sobre el particular.

#### **5.4. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la ilegalidad "per se" de los acuerdos anticompetitivos y la responsabilidad objetiva**

En relación con el carácter anticompetitivo de la conducta, algunos recurrentes manifestaron que para el Consejo de Estado lo que resulta determinante, además de la existencia del acuerdo, es que este haya tenido por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Sin embargo, el Alto Tribunal habría omitido definir el sentido de las expresiones "por objeto" o "como efecto" y no habría establecido criterios para poder distinguir un concepto de otro, lo cual lo habría conducido a fundamentar su decisión en consideraciones que no guardan relación con el principio de eficiencia económica y que conducen a la responsabilidad objetiva.

En la misma línea, sostuvieron que: (i) en Colombia no existen acuerdos ilegales *per se*, porque esta categoría de acuerdos no se encuentra expresamente regulada en las normas de competencia; (ii) en el país no existen directrices como en Europa que permitan inferir que las restricciones por objeto suelen ser más gravosas y que, por lo tanto, no es necesario demostrar sus efectos restrictivos; y (iii) resulta desafortunado que el Consejo de Estado haya omitido explicar el alcance de los términos "por objeto" o "como efecto" y que los haya relacionado con la comprobación de la existencia de un componente subjetivo en la norma, máxime cuando es claro que no es la intención de las partes lo que determina el carácter anticompetitivo de una conducta empresarial, sino su efecto general sobre el principio de eficiencia económica.

En respuesta a estos argumentos basta con señalar que son impertinentes, confusos y, sobre todo, repetitivos, por lo que a efectos de controvertirlos resulta suficiente reiterar lo expuesto en la Resolución Sancionatoria sobre el particular.

*"(...) la conducta que es objeto de reproche en la presente actuación administrativa no corresponde a un acuerdo restrictivo de la competencia o un cartel, sino a un acto anticompetitivo de influenciación, el cual, además de ser unilateral, resulta sancionable en virtud de la sola posibilidad de influenciar, independientemente de que se alcance u obtenga el resultado esperado por parte del sujeto activo. Así lo ha acreditado el Consejo de Estado"*<sup>77</sup>:

"(...)

<sup>76</sup> Informe Motivado. p. 30.

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 19 de noviembre de 2009. Rad. No. 250002324000 2001 01261 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*Ahora, para los efectos que consagra **la conducta sancionada es irrelevante que la influencia hubiera obtenido o no el resultado esperado por la actora**, pues no solo en ella no se establece ningún tipo de condicionamiento, lo que hace suponer que se tipifica con su sola realización, sino porque según el artículo 45 (sic, correcto artículo 48) del Decreto 2153 de 1992 **lo determinante está en la posibilidad de influenciar**.*

(...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto).

*Por lo anterior, el análisis de concreción de la conducta en la presente actuación administrativa no se ha fundamentado en su eventual reproche por objeto o por efecto, sino que se ha soportado en el efectivo cumplimiento de los supuestos normativos dispuestos en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 y en la jurisprudencia, esto es, el elemento subjetivo –identificación del sujeto pasivo y del sujeto pasivo y sus calificaciones– y el elemento objetivo –acto de influenciación en sí mismo considerado–.*

*Por su parte, jamás se ha dispuesto que la intención de las partes es lo que determina el carácter anticompetitivo de una conducta empresarial, por lo cual el alegato dispuesto en este sentido, además de confuso, resulta fuera de contexto.*

*En virtud de lo expuesto, los argumentos relacionados con la ilegalidad "per se" de los acuerdos anticompetitivos se rechazan por resultar a todas luces improcedentes e infundados, de cara a los hechos investigados y a la motivación expuesta respecto a la imputación y sanción de los actos de influenciación desplegados por la **ATC** y la **ACC**.*

Por lo anterior, se rechazan nuevamente los argumentos presentados por los recurrentes.

#### **5.5. Análisis del Despacho sobre los argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria**

Varios recurrentes, en forma coincidente, alegaron que operó la caducidad de la facultad sancionatoria en el presente caso. Al respecto, señalaron que cada hecho por el que, a su juicio, se inició la investigación administrativa sucedió en un solo momento (15 de noviembre de 2012 o 11, 13 y 24 de febrero de 2013) y sobre cada uno de ellos operó la caducidad de la facultad sancionatoria. En línea con lo anterior, indicaron que en la apertura de la investigación no se hizo alusión a una conducta de tracto sucesivo y nunca se señaló que los hechos sucedieron en un periodo comprendido entre el "12 o 13 de febrero y el 11 de octubre de 2013" o "que se hubieran publicado trimestralmente otras tablas de fletes". Por otra parte, sostuvieron que los hechos por los cuales se inició la investigación "fenecieron en octubre y febrero de 2018".

También indicaron que el término de caducidad previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, inicia a contarse desde el último hecho generador de la conducta si es falta instantánea o, si es continuada, desde que la Entidad tuvo conocimiento de su ocurrencia. Así, a juicio de los recurrentes, si la conducta investigada se determina del conocimiento del último hecho generador, este debe ser tomado desde el 23 de febrero de 2013 o, si la conducta investigada fue desplegada durante todo lo corrido del 2013 (a partir del 23 de febrero de 2013 hasta el 11 de octubre de 2013, fecha en que entró en vigencia el Decreto 2228 de 2013), entonces, se trataría de una conducta continuada y la fecha que debe tenerse en cuenta a efectos de determinar la caducidad de la facultad sancionatoria, es desde que se tuvo conocimiento de la conducta, esto es, el 13 de abril de 2013.

Adicionalmente, algunos recurrentes concurrentemente alegaron que operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria en consideración a que el último hecho generador de la conducta fue el 13 de junio de 2013.

Como puede apreciarse de las diferentes censuras alegadas por los recurrentes, si bien todas coinciden en señalar que tuvo ocurrencia el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria, lo cierto es que difieren sustancialmente al considerar si la conducta es de ejecución instantánea o de tracto sucesivo y, así mismo, proponen diferentes tesis en relación con el momento en que debe iniciarse el conteo del término de caducidad de la facultad sancionatoria, previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

Marcado el derrotero anterior, es importante indicar que cuando se trata de un procedimiento administrativo sancionatorio encaminado a definir la situación jurídica de una persona, la exigencia

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

constitucional de competencia se relaciona directamente con el debido proceso, por cuanto "la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos"<sup>78</sup>.

De esta forma, cuando una autoridad administrativa actúa sin competencia -material, territorial o temporal<sup>79</sup>- se produce un defecto orgánico en la actuación, en tanto que "la competencia tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial y/o administrativa, para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para ella misma, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas solo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen".

Como se ha visto, una decisión adoptada sin competencia atenta directamente contra el principio constitucional de legalidad y, en consecuencia, corresponde a este Despacho determinar si, como lo afirman los recurrentes, operó la caducidad de la facultad sancionatoria o, por el contrario, si se actuó con plena competencia temporal para expedir el acto administrativo sancionatorio recurrido.

Para tal efecto, en primer lugar (i) es necesario establecer a partir de qué momento se debe iniciar el conteo del término de caducidad de la facultad sancionatoria, en segundo lugar; (ii) determinar si la conducta investigada en el presente caso se trató de una considerada como de ejecución instantánea o de tracto sucesivo y, finalmente; (iii) definir si en el caso concreto tuvo lugar el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia.

En primer lugar, debe advertirse que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Autoridad de Competencia se encuentra contemplado en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, así:

**"Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria.** La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado".

En segundo lugar, corresponde a este Despacho establecer a partir de qué momento debe iniciarse el conteo del término de caducidad de la facultad sancionatoria, previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. En tal virtud, no hay duda de que su término inicia con la cesación o último acto constitutivo de la conducta sancionable, de donde se concluye que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo ha decantado su posición en relación con el momento en que inicia el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, cuando se está frente a comportamientos o hechos sancionables ejecutados de manera continuada o permanente. Al respecto, el Consejo de Estado, en constante y uniforme jurisprudencia ha sostenido:

"(...)

*En cuanto al punto de la caducidad de la acción sancionatoria, es menester poner de presente que la conducta aludida constituye una falta continuada, en la cual se está incurriendo hasta tanto cese el uso fraudulento del servicio, de allí que el término de caducidad deba contarse desde cuando cesa la conducta."*

*"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C. C. A., sobre lo cual la Sala observa que en el*

<sup>78</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-559 de 2015.

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 14 de febrero de 2007. Rad. No. 110010325000 2004 00109 01. Al respecto se ha considerado que: "Es claro que la falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultado para ello y se configura, dicha causal de nulidad, cuando se desconocen cualesquiera de los elementos que la componen, como por ejemplo, (i) cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o (ii) cuando éste no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o (iii) cuando solo se cuenta con un tiempo determinado para su proferimiento (competencia temporal)."

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación*

(...)

*En cuanto a la conducta investigada, lo que cuenta es el momento en que ella cesa y no cuando comienza a realizarse, y, como consta en el plenario, el tercer piso lo había culminado, según dice el querellado, un año antes de la fecha en que rindió sus descargos, amén de que las obras se habían continuado para construir un cuarto piso, lo cual indica que la infracción se había prorrogado en el tiempo, de manera que el término de caducidad de la acción debía empezarse a contar el 9 de octubre de 1998, cuando se rindió el informe del acta de visita ( ver folio 12, cuaderno principal).*

*En ese orden de ideas, conviene aclarar que cuando la obra compromete o afecta elementos constitutivos del espacio público, el término en comento no empieza a correr, es decir, que la acción sancionadora en esta materia no caduca, mientras no cese la conducta o desaparezca el hecho respectivo"<sup>80</sup>. (Negrilla fuera de texto).*

En relación con el contexto jurídico objeto de estudio, debe precisarse que el análisis de esa Corporación ha sido uniforme en indicar que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, no se cuenta o computa desde el inicio del comportamiento dañino o contrario a la ley, pues tal regla es aplicable a acciones o conductas ejecutadas de manera instantánea; situación jurídica que cambia cuando se está frente a hechos o circunstancias constitutivas de sanción, ejecutadas de manera continuada, en razón a que el término de que trata la Ley, se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico. Así lo ha entendido el Consejo de Estado<sup>81</sup>:

*"(...) permite concluir a la Sala que la conducta cometida por los demandantes catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, **se prolongó en el tiempo y en el espacio**, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada.*

*Ahora bien, siendo la conducta continuada por parte de los demandantes (aspecto este que se analizará más ampliamente en el último punto), para la Sala no existe el menor asomo de duda de que **la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico**." (Subrayado y Negrilla fuera de texto).*

En consecuencia, este Despacho no puede compartir las aseveraciones de los recurrentes tendientes a indicar que el término de la caducidad de la facultad sancionatoria se cuenta a partir de que se tuvo conocimiento de la conducta, pues aceptar tales aseveraciones implicaría desconocer el ordenamiento jurídico y la interpretación que ha realizado el Consejo de Estado, como máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativo.

En resumen, para el presente caso es absolutamente claro, de la normatividad referida y la jurisprudencia citada, que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, en relación con la naturaleza del comportamiento imputado a los investigados es importante precisar que según el contenido de la disposición citada y lo establecido por la jurisprudencia, la conducta es instantánea cuando los hechos que la constituyen se consuman en un único momento, mientras que tiene carácter continuado cuando se constituye por una "pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configura la conducta descrita en la ley como sancionable"<sup>82</sup>.

Entonces, la definición de conducta continuada que ha sido citada permite identificar sus elementos constitutivos, a saber: (i) pluralidad de acciones u omisiones, (ii) unidad de intención e (iii) identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable. Sobre la base de lo expuesto, la conducta sancionada en la Resolución Sancionatoria, contrario a algunas posturas

<sup>80</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Rad. No. 250002324000 2001 0431 01.

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 13 de noviembre de 2014. Rad. No. 2013 00254 01.

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencias del 2 de julio de 1999 y 4 de septiembre de 2008. Rad. No. 15106.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de los recurrentes, es un comportamiento de carácter continuado en la medida en que claramente se puede verificar que reúne los tres elementos constitutivos expuestos.

De otra parte, a efectos de dilucidar si en el caso concreto tuvo lugar el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia, es pertinente aclarar a los recurrentes que, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, el hecho de que el periodo investigado en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se hubiera enmarcado entre los años 2011 a 2013 encuentra explicación en el cambio de regulación que en materia de transporte terrestre de carga sucedió para esa época.

En efecto, para ese entonces se expidió el Decreto 2092 de 2011 –vigente a partir del 14 de junio de 2011– el cual instauró el régimen de libertad tarifaria hasta que tal normativa fue modificada por el Decreto 2228 de 2013 –vigente a partir del 11 de octubre de 2013–. Sobre el particular, precisamente, se señaló en la Apertura de la Investigación con Pliego de Cargos que *"por lo menos entre los años 2011 y 2013 rigió de manera plena e indiscutible la libertad contractual para la determinación tanto de los valores a pagar, como de los fletes según oferta y demanda"*.

Y es que la *"tabla de fletes"* que expidieron la **ATC** y la **ACC** –la cual entró en vigencia a partir de enero de 2013, no tenía fecha de expiración y contaba con vocación de continuidad–, se creó, implementó, socializó e incluso proyectó en una época en la que representó una abierta y evidente oposición a la libertad tarifaria que regía en ese entonces en materia de transporte terrestre de carga y que se extendió hasta el **11 de octubre de 2013**.

Por lo anterior, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, el periodo comprendido entre 2011 y 2013 representó el periodo investigado, precisamente, por las particularidades regulatorias acaecidas en tal espacio temporal. Adicionalmente, en el acto administrativo recurrido se señalaron diferentes evidencias que obran en el Expediente y que permiten deducir con certeza que hubo una continuidad de la vigencia de la *"tabla de fletes"*, que incluso fue más allá del cambio de regulación referido. Sobre el particular, se reiteran las siguientes conclusiones:

- No existe duda de que la *"TABLA DE FLETES PARA VEHÍCULOS DE TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR DE CARGA ¡Para que el camionero sepa lo que debe cobrar!"*<sup>63</sup>, elaborada por la **ATC** y la **ACC**, entró en vigencia a partir del mes de enero de 2013. Además, es claro que dicha *"tabla de fletes"* fue elaborada con vocación de permanencia, pues en su mismo contenido se consignó el firme propósito de que fuera reajustada trimestralmente, a partir del mes de marzo de 2013: *"La presente tabla entra en vigencia en enero de 2013 junto a los incrementos de peajes; se reajustará cada tres (3) meses a partir de marzo de 2013"*.
- De acuerdo con la declaración de **JAVIER DARÍO LEAL MARIÑO**, presidente de la **ACC SECCIONAL BOGOTÁ-CUNDINAMARCA**, rendida el 7 de junio de 2013, la *"tabla de fletes"* estaba vigente para ese entonces, pues aunque no reconoció su existencia formal, puso de presente que tal iniciativa se estaba intentando organizar y que, pese a que se le sugiriera a los transportadores de carga que cobraran "tanto" valor, en la práctica, a su parecer, nadie "les estaba cumpliendo":

(...)

**DELEGATURA:** *¿Existe alguna tabla de fletes promovida por agentes de la cadena que exista en el momento?*

**JAVIER DARÍO LEAL MARIÑO:** *No, no existe tabla de fletes.*

**DELEGATURA:** *¿Es de su conocimiento si la Asociación de transportadores de Carga **ATC** y la Asociación Colombiana de Camioneros **ACC** han formulado una tabla de fletes?*

**JAVIER DARÍO LEAL MARIÑO:** *Se ha querido organizar eso. Se le ha pedido al Ministerio de Transporte para que se organice una tabla de fletes, **pero le repito la tabla de fletes, puede que uno diga que es a tanto, pero nadie nos la está cumpliendo.***

<sup>63</sup> Folio No. 177 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. (PDF: Correo de Asociación de Transportadores de Carga – [Asociación de Transportadores de Carga ATC] Tabla de referencia para -1).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(...)<sup>84</sup>. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

- De conformidad con la declaración de **PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ**, presidente de la **ACC**, rendida el 19 de noviembre de 2015, la referida "tabla" efectivamente se expidió en varias ocasiones después de su primera versión, al punto que fue difundida en varias oportunidades y por diferentes medios:

"(...)

**DELEGATURA:** *Luego de que se expidiera el Decreto en el 2011 que eliminó la tabla de fletes, ¿Ustedes se reunieron con **ATC** para presentar una propuesta de tablas de referencia?*

**PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ:** *A ver, nosotros nos hemos reunido más o menos desde finalizando el 2011 para acá, después de que el Gobierno Nacional cuando sacó el Decreto 2092 hizo unas mesas de trabajo en Bogotá donde prácticamente se les desvirtuó todo porque ellos quieren traer una libertad vigilada que se da en España, pero prácticamente en Colombia no se puede dar por la gran sobreoferta de vehículos de carga que hay (...)*

**DELEGATURA:** *Esos documentos que pasaron Ustedes en los que se anunció públicamente, por las noticias por las páginas, que Ustedes habían presentado al Gobierno una tabla de precios de referencia. Como unas pautas para que los camioneros tuvieran ya que se había eliminado esa tabla de fletes... ¿Si?*

**PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRIGUEZ:** *(...) Nosotros, en varias ocasiones, hemos sacado una tabla de referencia para que el camionero prácticamente no abusen de él. Que esas tablas de referencia las hemos sacado en volantes y las hemos sacado en el periódico que teníamos en la ACC. ¿Con qué fin? Con el fin de que el camionero sepa cuánto es el costo operativo de un viaje Buenaventura-Bogotá o un viaje Barranquilla-Bogotá.*

(...)<sup>85</sup>. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

- De acuerdo con lo dispuesto por **JUAN EDUARDO ELVIRA VALENCIA**, representante legal de la **ACC SECCIONAL VALLE DEL CAUCA**, en declaración rendida el 18 de noviembre de 2015, desde que el **MINTRANSPORTE** eliminó la tabla de fletes con ocasión de la expedición del Decreto 2228 de 2013 (es decir, desde el 11 de octubre de 2013), e incluso hasta el momento en que se llevó a cabo tal diligencia, se siguieron expidiendo tablas de referencia para el sector, pese a que, a su parecer, tales "sugerencias" no estaban siendo debidamente acatadas, ya que la gente terminaba trabajando a menor precio:

"(...)

**DELEGATURA:** *En el 2011 el Ministerio expidió un Decreto en el cual eliminaba esas tablas de fletes. Pero, luego de eso, ¿la asociación junto con alguna otra entidad creó una tabla de referencia?*

**JUAN EDUARDO ELVIRA VALENCIA:** *Siempre nosotros hemos hecho tablas de referencia. Pero legalmente, el Gobierno desde el 2008 fue la última que se hizo. En el 2011 el Gobierno nos la derogó. Y dijo que no iba a haber más tabla de fletes.*

**DELEGATURA:** *¿Es decir que, desde que el Ministerio eliminó la tabla de fletes, Ustedes han puesto como unas tablas de referencia?*

**JUAN EDUARDO ELVIRA VALENCIA:** Si.

**DELEGATURA:** *¿Para los fletes?*

**JUAN EDUARDO ELVIRA VALENCIA:** *Para los fletes.*

<sup>84</sup> Folio No. 644 Cuaderno Reservado **ACC** No. 1 del Expediente. Con ruta de acceso: "D:\VISITA ACC" Archivo denominado "TESTIMONIO JAVIER LEAL MARIÑO".

<sup>85</sup> Folio No. 679 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Con ruta de acceso: D:\TESTIMONIOS\TESTIMONIO 19-11-15\AUDIO. Archivo denominado "20151119\_001".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(...)

**DELEGATURA:** ¿Por qué se decidió crear esa referencia?

**JUAN EDUARDO ELVIRA VALENCIA:** ¿Por qué se decidió crear esa referencia? Porque como estábamos trabajando bajo oferta y demanda, y el parque automotor está sobre ofertado. Entonces a nosotros el lavado de activos nos tenía, nos tiene, en una crisis tremenda. Entonces hay gente que no le importa llevar una carga de equis parte a equis parte, así no le quede nada, con tal de lavar su dinero. **Entonces se hizo esa tabla de referencia para que el transportador tuviera, más o menos, una base de cuánto sería lo mínimo que pudiera transportar. Que, inclusive, ni siquiera se tiene en cuenta porque la gente trabaja a menos precio.**

**DELEGATURA:** ¿Cuándo hicieron Ustedes esa tabla de referencia?

**JUAN EDUARDO ELVIRA VALENCIA:** No, eso se ha ido haciendo. En el 2008, en el 2009. Legalmente en el 2008 la teníamos. Nos la quitaron en el 2011. **Y de ahí para acá se ha hecho. Se ha ido mejorando a nivel del costo de la canasta, como se vaya aumentado.**

(...)"<sup>86</sup>. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

A partir de lo expuesto, es posible concluir que la "tabla de fletes" efectivamente existió y que el reajuste trimestral previsto para el año 2013 no solamente quedó consignado como un propósito de las asociaciones sancionadas, sino que efectivamente sucedió. Se resalta que las declaraciones citadas reconocieron la expedición de un número plural de "tablas de fletes" y que, incluso, sostuvieron que tal conducta había sido adoptada con posterioridad a la desaparición del régimen de libertad tarifaria (extensión que ya se enmarca en una distorsión diferente, pues si la expedición de la tabla se extendió en el tiempo incluso después de desmontado el régimen de libertad tarifaria, bien cabría considerar que las tarifas informadas en la misma no son las previstas en la regulación para el mismo propósito).

Entonces, tal y como se refirió en la Resolución Sancionatoria, el hecho de que las declaraciones citadas no señalen una fecha precisa de finalización o expiración de la vigencia de la "tabla de fletes" -argumento que adujeron comúnmente los recurrentes- no resulta relevante ni mucho menos determinante a efectos de establecer la caducidad en el presente caso, por lo que los señalamientos al respecto se rechazan. Lo anterior, en razón a que las declaraciones expuestas, valoradas en conjunto con el acervo probatorio obrante en el Expediente, son contundentes en evidenciar la continuidad de la conducta de influenciación de precios, incluso hasta más allá del **11 de octubre de 2013**, lo que es suficiente para concluir que la misma fue de tracto sucesivo o ejecución continuada, sin que sea posible desagregar la conducta y hacer un análisis de uno o varios hechos de manera aislada, para predicar de alguno o todos ellos la caducidad de la facultad sancionatoria, por lo que los argumentos referidos por los recurrentes en tal sentido resultan improcedentes.

En resumen, es incontrovertible que en el presente caso los actos de influenciación sancionados se trataron de una conducta catalogada como de tracto sucesivo o carácter continuado. Sobre el particular, la Resolución Sancionatoria presentó un recuento suficientemente detallado, y fundamentado en múltiples evidencias que obran en el Expediente, que da cuenta de la incontrovertible continuidad de la conducta anticompetitiva desde las discusiones previas acerca de la "tabla de fletes" (agosto a diciembre de 2012), su creación (enero de 2013), su difusión (enero y febrero de 2013) y su permanencia en el tiempo (11 de octubre de 2013).

En efecto, el abundante material probatorio obrante en el Expediente, permite evidenciar que la conducta anticompetitiva tuvo su génesis con el documento denominado "CONVOCATORIA A REUNIÓN DE CARÁCTER GREMIAL DE JUNTA DIRECTIVA ATC"<sup>87</sup>, en el que se hizo alusión a una reunión del 8 de agosto de 2012 en la que se concertó, entre otras cosas, el diseño de una "tabla de fletes".

<sup>86</sup> Folio No. 688 del Cuaderno Reservado ACC No. 1 del Expediente. Con ruta de acceso: "D:\13-103403\ACC\_YUMBO\TESTIMONIOS\TESTIMONIO 18-11-15\AUDIO". Archivo denominado: "20151118\_001".

<sup>87</sup> Folio No. 414 a 416 del Cuaderno Reservado ATC No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En idéntico sentido, se cuenta con el documento denominado "*REUNIÓN ORDINARIA JUNTA DIRECTIVA ATC*" del 25 de octubre de 2012<sup>88</sup>, donde se incluyó como tema a tratar "*conocer y discutir sobre la conveniencia de los valores a presentar en la tabla de fletes ATC que se publicará*" y el documento denominado "*ACTA DE JUNTA DIRECTIVA No. 8*", en el que se hizo a alusión a una reunión llevada a cabo el 6 de diciembre de 2012<sup>89</sup>, en la que la Junta Directiva de la **ATC** buscó afinar los detalles sobre la elaboración y distribución de la "*tabla de fletes*", la cual se realizaría conjuntamente con la **ACC**.

En tal medida, como prueba de la efectiva creación de la "*tabla de fletes*", vale la pena citar el escrito del 24 de enero del 2013, suscrito en Buenaventura, Valle del Cauca, por representantes de **ACC** y **ATC**, quienes declararon expresamente haber acordado conjuntamente los valores de tal instrumento, haber aceptado la incorporación de sus correspondientes logos y realizado con antelación un plan de difusión<sup>90</sup>.

Sobre la difusión de la "*tabla de fletes*" se resalta el "*plan de acción para la divulgación de la tabla de fletes*" dispuesto en el correo electrónico intercambiado entre miembros de la **ATC** (y en los cuales se menciona la participación de la **ACC**), con fecha del 8 de enero de 2013, titulado "*Plan de acción y presupuesto plan lanzamiento de Tabla de Fletes*"<sup>91</sup>, el cual fue remitido por **LUIS ORLANDO RAMÍREZ VALENCIA**, director ejecutivo nacional de la **ATC**, y dirigido a **ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA**, presidenta de la **ATC**; **GUSTAVO MONTOYA URREGO**, miembro de la Junta Directiva de la **ATC**; y **DAYRON DE JESÚS GÓMEZ MEJÍA**, también miembro de la Junta Directiva de la **ATC**.

Así mismo, se cuenta con la respuesta al correo citado, donde **GUSTAVO MONTOYA URREGO**, miembro de la Junta Directiva de la **ATC**, le contestó el 8 de enero de 2013<sup>92</sup> a las demás personas copiadas en el mensaje e hizo algunas observaciones relacionadas con ruedas de prensa, organización de reuniones, difusión de la tabla en determinadas ciudades y distribución de responsabilidades entre la **ATC** y la **ACC**.

De otra parte, existen pruebas sobre la distribución y socialización de la "*tabla de fletes*" que van más allá de la fecha de elaboración y emisión de tal instrumento y que corroboran lo arriba anotado. Un ejemplo de ello es el documento denominado "*ACTA EXTRAORDINARIA DE JUNTA DIRECTIVA No. 1*"<sup>93</sup> de la **ATC** del 10 de enero de 2013, en el cual las agremiaciones aludieron nuevamente al presupuesto designado para la distribución de la referida tabla.

Además, existen pruebas de la distribución y socialización de la "*tabla de fletes*" tales como las publicaciones hechas en el *blog* de la **ATC** el 13 y el 24 de febrero de 2013 ([blog.atc.com.co](http://blog.atc.com.co)), contenidos que fueron consultados por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante inspección administrativa de los mencionados sitios web<sup>94</sup>.

En tal medida, no está de más reiterar, en consonancia con lo dispuesto en el Informe Motivado y la Resolución Sancionatoria, que el hecho de que el texto de la "*tabla de fletes*" hubiera advertido que la misma entraría en vigencia en enero de 2013 y que se reajustaría cada tres (3) meses a partir de marzo de 2013, no permite concluir que la fecha a partir de la cual procede contabilizar el término de caducidad es 31 de marzo de 2013, pues una interpretación de tal naturaleza desconocería el valor probatorio de las evidencias estudiadas. Como bien se dispuso en este sentido, "*en el contenido de la "tabla de fletes" solamente se estableció como temporalidad el inicio de su vigencia –que es enero de 2013– más no un periodo de vigencia con expresa finalización*"<sup>95</sup>.

<sup>88</sup> Folios No. 420 a 422 del Cuaderno Reservado **ATC** No. 1 del Expediente.

<sup>89</sup> Folios No. 423 a 426 del Cuaderno Reservado **ATC** No. 1 del Expediente.

<sup>90</sup> Folios No. 18 y 19 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>91</sup> Folio No. 79 del Cuaderno Reservado **ATC** No. 1 del Expediente.

<sup>92</sup> Folio No. 79 del Cuaderno Reservado **ATC** No. 1 del Expediente. (PDF: Correo de Asociación de Transportadores de Carga – Plan de acción y presupuesto plan lanzamiento de Tabla de Fletes).

<sup>93</sup> Folios No. 434 a 435 del Cuaderno Reservado **ATC** No. 1 del Expediente.

<sup>94</sup> Folios No. 21 a 59 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>95</sup> Informe Motivado. p. 30.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Adicionalmente, el hecho de que no conste en el Expediente el documento mediante el cual se hizo el reajuste de tal instrumento tampoco permite deducir, como pretenden hacerlo ver algunos recurrentes, que tal renovación nunca se dio o que el término de caducidad debe contarse desde la fecha de expedición de la tabla. Lo anterior porque, en primer lugar, lo que es objeto de reproche es la existencia y difusión de la tabla misma, la cual, por el solo hecho de crearse y mantenerse en el tiempo –aun sin modificaciones–, es merecedora de sanción por parte de esta Autoridad. En segundo lugar, porque no puede perderse de vista lo dispuesto en las demás pruebas que obran en el Expediente, particularmente las testimoniales anteriormente referidas, pues estas evidencian que mientras el régimen de libertad tarifaria estuvo vigente (hasta octubre de 2013) e incluso después de la implementación del régimen de libertad regulada, los investigados se encargaron de influenciar la tarifa del "valor a pagar" y hasta se lamentaron por no haber logrado en todos los casos la observancia de la misma. En este sentido, se retoma lo dispuesto en el Informe Motivado:

*"Así las cosas, se tiene que con el reajuste o sin él, la conducta contraria del régimen de protección de la libre competencia económica derivada de la "tabla de fletes" elaborada, expedida y difundida por las asociaciones ATC y ACC junto con sus seccionales, subsistió en el tiempo desde su entrada en vigencia a partir de enero de 2013. Esto, sin perjuicio de las pruebas que han sido señaladas y que dicen de la actualización de la "tabla de fletes" que es objeto de reproche"<sup>96</sup>.*

Como puede observarse, las múltiples evidencias que obran en el Expediente permiten deducir con absoluta certeza que hubo una continuidad de la vigencia de la "tabla de fletes", que incluso fue más allá del cambio de regulación referido, Decreto 2228 de 2013 –vigente a partir del **11 de octubre de 2013**–. Los actos de influenciación desplegados por la ATC y la ACC, los cuales se fundamentaron en la previa discusión de la tabla de fletes y su efectiva creación, se concretaron adicionalmente mediante diferentes actos de difusión y socialización que buscaron, precisamente, crear adeptos y seguidores estrictos de los valores ahí consignados.

En virtud de lo expuesto y de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el término de caducidad de cinco (5) años en este caso deberá contarse a partir del último hecho constitutivo de la conducta que es objeto de investigación y que se encuentra debidamente acreditado en el Expediente, el cual es, cuando menos, el 11 de octubre de 2013, momento en el cual la "tabla de fletes" se habría dejado de observar por cuenta de la expedición del Decreto 2228 de 2013, mediante el cual se regresó al régimen regulado de precios en materia de transporte.

En consecuencia, este Despacho puede evidenciar que la Resolución No. 72158 del 27 de septiembre de 2018, al ser expedida y notificada a todos los investigados antes del 11 de octubre de 2018, tal y como consta en el Expediente, fue proferida dentro del término previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, sin que esta Superintendencia perdiera competencia temporal y siendo evidente que no es posible acceder a las postulaciones de los recurrentes en esta sede.

#### **5.6. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con las notificaciones realizadas en la actuación administrativa y otras supuestas irregularidades**

Varios de los recurrentes, en virtud de los artículos 56, 66, 67, 68 y 72 de la Ley 1437 de 2011, alegan que en ninguna parte del procedimiento se realizó alguna clase de citación o de notificación de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio y, además, que nunca autorizaron recibir notificaciones electrónicamente.

En idéntico sentido, otros de los recurrentes -**ATC, ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA y HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO**- señalaron que no fueron citados y notificados en debida forma dentro del trámite administrativo. Así mismo, **JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ, HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO y OCTAVIO FIERRO POLANCO**, indicaron que solo hasta el 19 de octubre de 2018 conocieron la Resolución No. 72158 del 27 de septiembre de 2018, toda vez que les fue compartida por el apoderado de otros de los investigados.

Adicionalmente, pese a que el recurso de reposición interpuesto por **JUAN GABRIEL MARÍN CADAVID** se rechazó por extemporáneo mediante Resolución No. 341 del 9 de enero de 2019, en todo caso, a efectos de salvaguardar sus derechos de defensa y contradicción este Despacho

<sup>96</sup> Informe Motivado. p. 31.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

revisará su situación particular en relación con el trámite de notificación de la resolución de apertura de la investigación.

En tal medida, en virtud de los reproches presentados por los recurrentes, que en esencia y al unísono, se dirigen a reprochar las notificaciones realizadas en la actuación administrativa, lo cual tiene incidencia directa en su derecho de defensa y contradicción, en esta oportunidad este Despacho detendrá su atención en los siguientes asuntos. En primer lugar, establecer cuál es el trámite de notificación de los actos que se expiden en un procedimiento por prácticas restrictivas de la competencia y, en segundo lugar, determinar si los trámites de notificación surtidos en el presente caso se ajustaron a las reglas procedimentales establecidas para tal fin.

Lo primero que debe anotarse aquí es que conforme a la jurisprudencia administrativa<sup>97</sup>, la notificación se ha definido como el acto material de comunicación, mediante el cual se ponen en conocimiento del interesado las decisiones que profiere la Administración, en cumplimiento del principio de publicidad, para que aquel pueda ejercer su derecho de defensa. En idéntico sentido, en palabras de la Corte Constitucional, "(...) *la notificación tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y de su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, de contradicción y, en especial, de que se prevenga que alguien pueda ser condenado sin ser oído. Las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la Autoridad, dentro del término que la Ley disponga para su ejecutoria. (...)*" (Negrilla fuera de texto).

Como puede apreciarse, las notificaciones no son un asunto simplemente formal, por el contrario, de una parte, se traducen en la concreción del principio de publicidad que conforme al artículo 209 de la Constitución Política rige el ejercicio de la función pública y, por otra parte, encarnan la garantía de derechos fundamentales como la defensa y contradicción, conforme a lo dispuesto en el artículo 29 *ibidem*. Así, la Administración da a conocer sus decisiones, mediante comunicaciones, notificaciones o publicaciones. En consecuencia, como lo ha explicado la Jurisprudencia, este requisito de publicidad es un presupuesto de eficacia u oponibilidad, frente a terceros, más no de validez; es decir, el acto nace a la vida jurídica desde su expedición, pero su fuerza vinculante comienza a partir del momento en que se ha producido su notificación o publicación, según el caso.

Sin perder de vista lo expuesto, es pertinente aclarar a los recurrentes que, si bien en la Ley 1437 de 2011 existen disposiciones normativas que regulan el trámite de notificaciones en el procedimiento administrativo sancionatorio, tratándose de procedimientos administrativos para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas existe en la Ley 1340 de 2009 normatividad especial para el trámite de notificaciones y comunicaciones, razón por la cual solo es posible remitirse a la Ley 1437 de 2011, únicamente en lo no previsto en el trámite especial, de conformidad con el artículo 47 *ibidem*.

En efecto, el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012, regula específicamente el trámite de notificaciones y comunicaciones en los procedimientos administrativos para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

**"Artículo 23. Notificaciones y comunicaciones. Las resoluciones de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación y la que decide los recursos de la vía gubernativa, deberán notificarse personalmente.**

***Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.***

***Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso***

<sup>97</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 19 de Febrero de 2015. Rad. No. 25000234100020130180101.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**en un lugar de acceso al público de la Superintendencia de Industria y Comercio por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.**

*En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.*

**Los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la competencia, se comunicarán a la dirección que para estos propósitos suministre el investigado o apoderado y, en ausencia de ella, a la dirección física o de correo electrónico que aparezca en el registro mercantil del investigado.**

*Las notificaciones electrónicas estarán sujetas a las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." (Negrillas y subrayado fuera de texto).*

Por su parte, el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, guarda perfecta armonía con el trámite especial de notificación al disponer que "[c]uando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente (...)". (Subrayado fuera de texto).

Así, en primer lugar, a partir de la normatividad especial referida puede concluirse que los actos administrativos que deben notificarse personalmente en un procedimiento administrativo para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas son (i) la resolución de apertura de investigación; (ii) el que pone fin a la actuación; y (iii) los que deciden los recursos de la vía gubernativa. En segundo lugar, es posible concluir que se acudirá al artículo 68 de la Ley 1437 de 2011 en lo relacionado al trámite de la citación para notificación personal

**"Artículo 68. Citaciones para notificación personal. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente. (...)"** (Subrayado fuera de texto).

En tal medida, la norma transcrita refiere que, antes del envío de la citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, se habilita el empleo de cualquier "otro medio más eficaz para informar al interesado". En este punto, es pertinente poner de presente la interpretación y alcance que ha dado la máxima corporación de lo contencioso administrativo en relación con la expresión "otro medio más eficaz". Al respecto, el Consejo de Estado<sup>98</sup> ha indicado que:

*"Como se observa la disposición actualmente vigente [artículo 68 de la Ley 1437 de 2011] conserva la expresión "Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado", reiterando el condicionamiento previo que traía la norma anterior en el sentido de **acudir primero a un medio más eficaz, si lo hubiere**; elimina el requisito del envío de la citación mediante correo certificado, pues solo impone el envío de la citación a la dirección sin formalidad alguna; y amplía la posibilidades de envío a un número de fax, a un correo electrónico o los datos que se puedan obtener del registro mercantil.*

(...)

**La ley otorga un amplio margen a la administración a efectos de determinar el medio más eficaz para citar al interesado con el propósito de llevar a cabo la notificación personal sin limitarlo a un medio o formalidad específica; por tanto, corresponde evaluar y establecer en cada caso particular y frente a cada actuación administrativa cuál es el mecanismo más eficaz para hacer la citación distinto a la remisión de la citación a alguno de los destinos señalados en la norma.**

(...)

<sup>98</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 4 de abril de 2017. Rad. No. 110010306000 2016 00210 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*En consecuencia el legislador eliminó el requisito del correo certificado para el envío de la citación y, a su vez, abrió la posibilidad a otras formas de envío diferentes al correo certificado. Por lo cual es un contrasentido sostener que al eliminar dicha formalidad debe interpretarse que ese "otro medio más eficaz de informar al interesado" se refiere al correo certificado únicamente pues, se reitera, el propósito de dicha expresión contenida en el código anterior y reiterada en la norma actual no es otro que dejar abierta la posibilidad de que se empleen otros medios diferentes para enviar la citación, más aún en estos tiempos en que existen otras alternativas de envío por los avances tecnológicos, por ejemplo, un mensaje de texto o de voz al teléfono móvil celular, un mensaje a las redes sociales, un chat (ciberlenguaje) etc., cuando la autoridad conoce el número telefónico, de fax, teléfono móvil o celular, o dirección de la red social del interesado. Ahora, nada obsta para que en una determinada actuación, la administración establezca que ese otro medio más eficaz sea el correo certificado, pero tal decisión deberá derivar del respectivo análisis del caso que haga la entidad en la actuación respectiva, porque la citación escrita enviada por correo deja de ser la regla general para convertirse en el medio de comunicación que se debe utilizar ante la inexistencia de otro más eficaz. (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

Como puede apreciarse, el envío de la citación a efectos de la notificación personal no está condicionado únicamente a los medios convencionales (dirección, número de fax o correo electrónico), sino que además es posible y procedente el uso de otros medios de comunicación, producto de avances tecnológicos, como puede ser, incluso, un mensaje a las redes sociales (Facebook, WhatsApp, Instagram y Twitter). En todo caso, es importante resaltar que, según el Consejo de Estado, corresponde evaluar y establecer en cada caso particular y frente a cada actuación administrativa cuál es el mecanismo más eficaz para hacer la citación, distinto a la remisión de la citación a alguno de los destinos convencionales señalados en la norma.

De vuelta al trámite de notificación especial previsto en la Ley 1340 de 2009, también es importante advertir que si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá al interesado, bien por medio los medios convencionales o bien por cualquier "otro medio más eficaz", acompañado de copia íntegra del acto administrativo.

Por otra parte, el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, tratando de contemplar aquel evento en que se desconozca la información para enviar la citación de notificación personal de la manera más eficaz al destinatario, prevé un emplazamiento para colocar en conocimiento del interesado las decisiones que profiera esta Superintendencia. Esto se cumple con la publicación del aviso, con copia íntegra del acto administrativo, en la página electrónica de la Superintendencia de Industria y Comercio y en todo caso en un lugar de acceso al público, por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso. Finalmente, la norma en comento dispone que los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la competencia, simplemente se comunicarán a los interesados.

En resumen, el trámite de notificación especial previsto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 contempla una serie de mecanismos para garantizar el conocimiento de la existencia de la actuación administrativa y de las decisiones que se profieran en su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad y, en especial, los derechos de defensa y contradicción de los interesados. Estos mecanismos contemplan (i) notificaciones de carácter personal, por aviso o, incluso, una notificación por emplazamiento y (ii) comunicaciones para las demás decisiones que no se notifican.

Así las cosas, se ha logrado determinar cuál es el trámite de notificación de las decisiones que se expiden en un procedimiento por prácticas restrictivas de la competencia. Ahora, corresponde establecer si los trámites de notificación surtidos en el presente caso se ajustaron o no a las reglas procedimentales establecidas para ese fin. Para tal efecto, en relación con la Resolución No. 4697 del 14 de febrero de 2017 -Resolución de Apertura de Investigación- y los recurrentes que alegaron la indebida notificación, este Despacho verificará el medio empleado para lograrlo, el tipo de notificación y su respectiva fecha. Los resultados se presentan en la siguiente tabla.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tabla No. 3. Notificación de la Resolución No. 4697 del 14 de febrero de 2017

No.	PERSONAS JURÍDICAS INVESTIGADAS	DIRECCIÓN	TIPO DE NOTIFICACIÓN	FECHA DE NOTIFICACIÓN
1	ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS ACC	Carrera 12a No. 20B-14 Oficina A2-212 - accnacional1@hotmail.co m (Yumbo - Valle)  accnacional1@hotmail.co m <sup>99</sup>	AVISO <sup>100</sup>	27/02/2017
2	ASOCIACIÓN DE TRANSPORTADORES DE CARGA ATC	Carrera 65 No. 8B-91, Oficina 408 - info@atc.com.co (Medellín - Antioquia)  info@atc.com.co <sup>101</sup>	AVISO <sup>102</sup>	27/02/2017
N.º	PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON LA ATC	DIRECCIÓN	TIPO DE NOTIFICACIÓN	FECHA DE NOTIFICACIÓN
1	ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA - Presidente de la ATC	Carrera 65 No. 8B-91, Oficina 408 - (Medellín - Antioquia) <sup>103</sup>	AVISO <sup>104</sup>	03/03/2017
N.º	PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON LA ACC	DIRECCIÓN	TIPO DE NOTIFICACIÓN	FECHA DE NOTIFICACIÓN
1	JUAN GABRIEL MARÍN CADAVID - Presidente Seccional Risaralda	Calle 25 No. 16-37 B (Dos Quebradas - Risaralda) <sup>105</sup>	AVISO <sup>106</sup>	23/03/2017
2	OCTAVIO FIERRO POLANCO - Miembro de Junta Directiva Nacional de la ACC	Carrera 12a No. 20B-14 Oficina A2-212 (Yumbo - Valle) <sup>107</sup>	AVISO <sup>108</sup>	30/03/2017

<sup>99</sup> Folios No. 981 y 985 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 15 de febrero de 2017 se envió citación para notificación personal al correo electrónico accnacional1@hotmail.com.

<sup>100</sup> Folios No. 998 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 24 de febrero de 2017 se envió notificación por AVISO al correo electrónico accnacional1@hotmail.com.

<sup>101</sup> Folios No. 982 y 983 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 15 de febrero de 2017 se envió citación para notificación personal al correo electrónico info@atc.com.co.

<sup>102</sup> Folios No. 999 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 24 de febrero de 2017 se envió notificación por AVISO al correo electrónico info@atc.com.co.

<sup>103</sup> Folios No. 961 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 15 de febrero de 2017 se envió citación para notificación personal a la dirección Carrera 65 No. 8B-91, Oficina 408, Medellín - Antioquia.

<sup>104</sup> Folios No. 992 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 24 de febrero de 2017 se envió notificación por AVISO a la dirección Carrera 65 No. 8B-91, Oficina 408, Medellín - Antioquia.

<sup>105</sup> Folios No. 944 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 15 de febrero de 2017 se envió citación para notificación personal a la dirección Calle 25 No. 16-37 B, Dos Quebradas - Risaralda.

<sup>106</sup> Folios No. 1000 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 15 de marzo de 2017 se envió notificación por AVISO a la dirección Calle 25 No. 16-37 B, Dos Quebradas - Risaralda.

<sup>107</sup> Folios No. 936, 1012, 1043, 1086 y 1100 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 15 de febrero de 2017 se envió citación para notificación personal a la dirección Carrera 12a No. 20B-14 Oficina A2-212, Yumbo - Valle. Así mismo, el 16 de marzo de 2017 se envió citación para notificación personal al correo electrónico acc.valle@acccamioneros.com y, finalmente, el 17 de marzo de 2017 se envió citación para notificación personal al correo electrónico acc\_financiera@hotmail.com.

<sup>108</sup> Folios No. 1581 y 1600 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. El 29 de marzo de 2017 se envió notificación por AVISO al correo electrónico acc\_financiera@hotmail.com.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

No.	PERSONAS JURÍDICAS INVESTIGADAS	DIRECCIÓN	TIPO DE NOTIFICACIÓN	FECHA DE NOTIFICACIÓN
3	HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO - Presidente de la Seccional Boyacá	Carrera 65 No. 8B-91, Oficina 408 (Medellín - Antioquia) <sup>109</sup>	AVISO <sup>110</sup>	30/03/2017
4	JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ - Secretario de la ACC	Carrera 12a No. 20B-14 Oficina A2-212 (Yumbo - Valle) <sup>111</sup>	AVISO <sup>112</sup>	30/03/2017

Fuente: Elaboración Superintendencia con la información que obra en el Expediente.

A partir de lo expuesto, este Despacho puede evidenciar que el trámite para las notificaciones que se realizaron a los recurrentes en la actuación administrativa no adolece de ninguna irregularidad que pueda llevar a considerar que se desconoció el derecho de defensa y contradicción. En efecto, según lo dispuesto en la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia cumplió a cabalidad los requisitos legales a efectos de lograr la notificación del primer acto administrativo –resolución de apertura- a cada uno de los recurrentes. Como puede apreciarse, según el examen que acaba de presentarse de los diferentes trámites de notificación de la Resolución No. 4697 del 14 de febrero de 2017 en relación cada uno de los recurrentes, en cada caso particular se evaluó y estableció cuál era el mecanismo más eficaz para hacer la citación con la finalidad de llevar a cabo el trámite de notificación personal.

Así, para el caso de las personas jurídicas se estableció, a efectos de realizar la citación para que comparecieran a la diligencia de notificación personal, la dirección y correo electrónico que figuraba en el Expediente y que logró obtenerse del Registro Mercantil, tal y como lo dispone el artículo 68 de la Ley 1437 de 2011, en armonía con el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009. En idéntico sentido, para hacer la citación con la finalidad de llevar a cabo el trámite de notificación personal en el caso de las personas naturales se estableció como mecanismo más eficaz la dirección y correo electrónico que figuraba en el Expediente y que se logró obtener del Registro Mercantil de las asociaciones a las que precisamente pertenecían. Al respecto, es pertinente resaltar el hecho de que los recurrentes no eran personas ajenas a las asociaciones, sino todo lo contrario, ostentaban cargos con altas calidades como Presidente Nacional de la ATC, Secretario de la ACC, miembro de Junta Directiva Nacional de la ACC, Secretario de la ACC y Presidentes de seccionales de la ACC.

Lo anterior es sumamente importante en la medida en que, como lo ha considerado el Consejo de Estado, la ley otorga un amplio margen a la administración a efectos de determinar el medio más eficaz para citar al interesado con el propósito de llevar a cabo la notificación personal sin limitarlo a un medio o formalidad específica. De lo contrario, si esta Superintendencia, en el caso de las personas naturales, para hacer su citación con la finalidad de llevar a cabo el trámite de notificación personal, no hubiera establecido como mecanismo más eficaz la dirección y correo electrónico que figuraba en el Expediente y que se logró obtener del Registro Mercantil de las asociaciones a las que precisamente pertenecían, se tendría que haber dado aplicación a la "notificación por emplazamiento" prevista en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, para los casos en que se desconoce la información sobre el destinatario.

<sup>109</sup> Folios No. 966, 1015 y 1063 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 15 de febrero de 2017 se envió citación para notificación personal a la dirección Carrera 65 No. 8B-91, Oficina 408, Medellín - Antioquia. Así mismo, el 16 de marzo de 2017 se envió citación para notificación personal al correo electrónico acc.boyaca@yahoo.es.

<sup>110</sup> Folios No. 1584 y 1603 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. El 29 de marzo de 2017 se envió notificación por AVISO al correo electrónico acc.boyaca@yahoo.es.

<sup>111</sup> Folios No. 935, 1011, 1041, 1084 y 1096 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. El 15 de febrero de 2017 se envió citación para notificación personal a la dirección Carrera 12a No. 20B-14 Oficina A2-212, Yumbo - Valle. Así mismo, el 16 de marzo de 2017 se envió citación para notificación personal al correo electrónico acc.valle@acc camioneros.com y, finalmente, el 17 de marzo de 2017 se envió citación para notificación personal al correo electrónico acc\_financiera@hotmail.com.

<sup>112</sup> Folios No. 1596 y 1614 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. El 29 de marzo de 2017 se envió notificación por AVISO al correo electrónico acc\_financiera@hotmail.com.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A efectos de dar cumplimiento a la anterior notificación, simplemente se hubiera realizado la publicación del aviso, con copia íntegra del acto administrativo, en la página electrónica de la Superintendencia de Industria y Comercio y en un lugar de acceso al público, por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso. Escenario que, a efectos de lograr la publicidad de la Resolución No. 4697 del 14 de febrero de 2017, resultaría más restrictivo en comparación con el mecanismo que esta Entidad estableció como eficaz, esto es, enviar las notificaciones de las personas naturales a la dirección o correo electrónico de las asociaciones a las que precisamente pertenecían y en las que ocupaban cargos del más alto nivel jerárquico.

En tal medida, este Despacho debe advertir que se encuentra plenamente acreditado en el Expediente, con las diferentes constancias, las diligencias del trámite de notificación a cada uno de los recurrentes, lo que permita verificar que se remitieron las distintas citaciones para notificación personal y los respectivos avisos a cada uno de ellos, por el medio más eficaz cumpliendo con la finalidad de informar al interesado de la existencia de la Resolución No. 4697 del 14 de febrero de 2017. Por el contrario, en esta sede los recurrentes se han limitado simplemente a señalar en forma infundada que nunca fueron notificados de ninguna decisión en la actuación administrativa. En este punto, es importante destacar que ninguno ha logrado desvirtuar su pertenencia o vinculación a las asociaciones ni muchos menos que ocupaban cargos del más alto nivel jerárquico en las mismas. Dicho de otro modo, ningún recurrente asumió la carga argumentativa o probatoria suficiente que permitiera desvirtuar el hecho de que la notificación por aviso de la Resolución No. 4697 del 14 de febrero de 2017 se realizó al medio "*más eficaz para informar al interesado*", por lo que la supuesta configuración posterior de una notificación por conducta concluyente no tiene lugar en el presente caso.

En ese sentido, debe indicarse que para este Despacho no es de recibo la tesis de los recurrentes de que para enviar la citación para notificarse de la Resolución de apertura a un correo electrónico, establecido como el medio más eficaz por la autoridad administrativa y que ha sido obtenido del Registro Mercantil, deba obtenerse previamente autorización del administrado, puesto que sería desconocer el efecto útil del artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 y el sentido y alcance que de la expresión "*otro medio más eficaz para informar al interesado*" ha realizado el Consejo de Estado.

Semejante interpretación supeditaría las facultades de inspección, vigilancia y control de cualquier autoridad administrativa al deseo o voluntad de los investigados para que se notifiquen de las decisiones que les interesan. En el escenario pretendido por los recurrentes, bastaría simplemente con que los investigados en un procedimiento administrativo sancionatorio a quienes no les conviene conocer una decisión de la administración, sencillamente manifiesten que no autorizan la notificación por el único medio –correo electrónico– que pudiera conocerse o que escuetamente afirmen que nunca fueron notificados para mantenerse inmunes de cualquier decisión adversa a sus intereses, postulación que no puede ser patrocinada en esta sede, máxime cuando está demostrado en el Expediente que esta Superintendencia procuró todos los medio posibles para que los investigados concurrieran a la actuación administrativa.

De esta manera, no es cierto que esta Autoridad necesite de la aceptación por parte del administrado, cuando se trata de investigaciones administrativas de carácter sancionatorio que tienen origen en presuntas infracciones del régimen de protección de la libre competencia económica, para utilizar medios electrónicos con el fin de remitirle notificaciones y comunicaciones y, de ser el caso, surtir la notificación de sus decisiones por medio de aviso a través de cuentas de correo electrónico a las que estaban vinculados.

Por las razones expuestas, los argumentos presentados por los recurrentes en relación con la supuesta ausencia o indebida notificación de las decisiones proferidas en la actuación administrativa no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por completo.

De otra parte, los recurrentes alegaron que existieron algunas circunstancias que, a su juicio, representan irregularidades en la actuación administrativa. Para tal efecto, alegaron que hubo anomalías en la audiencia de conciliación –declarada fallida por la inasistencia del quejoso– que hacen evidentes la temeridad y mala fe, por los siguientes aspectos: **(i)** se ocultó la citación al quejoso, pues se envió a una dirección errada; **(ii)** existen tachones y enmendaduras en los números de folios; **(iii)** se incorporó la citación después de varios meses; **(iv)** se omitió citar al quejoso nuevamente una vez se evidenció que la dirección no correspondía; **(v)** se omitió levantar

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

un acta donde se dejara constancia de los motivos reales por los cuales el quejoso no asistió a la audiencia, entre otros.

En línea con lo anterior, señalaron que en el acto administrativo recurrido se argumentó falsa, temeraria y abusivamente que *"la conciliación no era procedente"* y, por ello, no se configuraría el *"principio de trascendencia"*, con lo cual se demuestra no solo una irregularidad procesal, sino la temeridad con que han actuado los funcionarios. Así, sostuvieron que existió corrupción de los funcionarios en el trámite de conciliación, lo que parece inferir una relación entre el quejoso y funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En sintonía con lo anterior, indicaron que pese a la solicitud de ratificación y declaración de los representantes legales de CETER, estos no comparecieron, pues se omitió notificarles la fecha y hora de la audiencia.

En primer lugar, sobre las supuestas irregularidades alegadas en relación con el trámite de conciliación, este Despacho considera que las razones expuestas en la Resolución Sancionatoria son suficientes para rechazar nuevamente el alegato presentado al respecto. Por tal motivo se reitera lo expuesto en la Resolución No. 72158 de 2018:

**"7.4.6.4. Argumentos relacionados con las presuntas irregularidades de la conciliación"**

(...)

*Sobre el particular se resalta que, contrario a lo afirmado por los investigados, tal y como lo indicó la Delegatura, las citaciones fueron enviadas a las direcciones que aparecían en el Expediente y fueron entregadas en debida forma.*

*No obstante lo anterior, debe recordarse que aun cuando el argumento de los investigados fuera cierto, ello no constituye ni puede constituir una nulidad de la investigación administrativa adelantada por esta Superintendencia. En efecto, aun cuando hubiera sido procedente la realización de la conciliación –que como se expondrá, para este Despacho no era procedente– su pretermisión no genera nulidad alguna pues no se trata de una etapa propia del proceso, sino anexa, que obedece a principios de economía procesal y eficiencia para aquellos casos en los que además de los bienes tutelados por este tipo de acciones existan afectaciones particulares que pudieran sanearse en el marco de la misma actuación, pero que no tienen ninguna incidencia en el objeto de investigación. En ese sentido, no cumple con el principio de trascendencia, reconocido por la jurisprudencia.*

*Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado:*

*"Sabido es que no todos los defectos procesales tienen igual categoría ni producen las mismas consecuencias sobre los actos a que la irregularidad se extiende, pues si bien es cierto que algunos son de tal significación que deben producir la declaración de nulidad, otras veces, aunque la actuación sea defectuosa, esa declaración no resulta legalmente posible, luego es necesario examinar cada caso en orden a verificar el cumplimiento de todos los requisitos previstos en la ley para tal fin, de manera especial las secuelas que la omisión de alguna formalidad pueda haber producido respecto del litigante que reclama (principio de trascendencia) y lo que en realidad, de no mediar el vicio en cuestión, hubiera podido cambiar en su favor la situación de acuerdo con la codificación procesal respectiva (principio de la finalidad), ello por cuanto la misión esencial de las nulidades llamadas "adjetivas" es, al menos por principio, asegurar la vigencia o el resguardo de la garantía constitucional del "debido proceso" (Art. 29 de la C. P.), remediando agravios graves y efectivos que, surgidos de la desviación de las reglas normativas del proceso, hayan generado indefensión para el interesado. En otras palabras, en esta materia no basta por regla general la sola constatación externa de la imperfección procesal para dar lugar a la declaración de nulidad, si al propio tiempo no queda establecida de modo inconcuso esa disminución de garantías constitucionales real, efectiva y sustancialmente influyente a la que acaba de aludirse, originada en la irregularidad denunciada, habida consideración que aun en la hipótesis extrema de configurarse las que específicamente sanciona la ley con nulidad, su declaración no tiene cabida "... cuando a pesar del vicio, el*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa ...". (Art. 144, Num. 4º, del Código de Procedimiento Civil)<sup>113</sup>.

*En ese sentido, es claro que en este caso, incluso si la conciliación fuese pertinente, su no realización (o lo que es lo mismo, su realización con supuestas irregularidades) no implica vicio alguno en la investigación, pues su práctica con la comparecencia del quejoso no habría incidido en modo alguno en la investigación. De hecho, aun cuando se hubiera logrado una conciliación "exitosa" ello no habría afectado de manera alguna la investigación administrativa aquí adelantada.*

*De otro lado, este Despacho considera que, aunque la Delegatura decidió citar a audiencia de conciliación, la realización de tal audiencia no era procedente pues no existen intereses particulares ni algún asunto susceptible de conciliación en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley 640 de 2001 y el artículo 2 del Decreto 1818 de 1998. Por lo tanto, los argumentos de los investigados –aun de ser ciertos– no implican que la actuación se vicie en modo alguno. (...)"*

Si lo anterior no fuera suficiente razón, es pertinente anotar que las consideraciones reiteradas previamente son completamente coincidentes con la postura que sobre el particular ha desarrollado la jurisprudencia administrativa. En efecto, el Consejo de Estado frente a alegatos como el presentado por los recurrentes en esta sede, ha distinguido entre las formalidades y procedimientos substanciales o no substanciales o accidentales en el sentido de que solo en los casos en que las formalidades y procedimientos puedan calificarse de substanciales, su omisión dará lugar a la ilegalidad del acto. Al respecto, en su jurisprudencia<sup>114</sup> ha sostenido sobre el particular:

*"(...) El mandato constitucional de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal ha sido recogido por la jurisprudencia administrativa de tiempo atrás. Es así como en reiterados pronunciamientos ha distinguido entre las formalidades sustanciales y las accidentales o accesorias. Con base en esta diferenciación se ha sostenido que aunque la ley consagra como causal de nulidad de los actos administrativos el haber sido expedido de forma irregular, "no toda omisión de formalidades y trámites da lugar necesariamente a la ilegalidad del acto.*

*Al efecto se ha elaborado **la teoría de las formalidades y procedimientos substanciales o no substanciales o accidentales en el sentido de que sólo en los casos en que las formalidades y procedimientos puedan calificarse de substanciales, su omisión dará lugar a la ilegalidad del acto***. Igualmente se ha explicado que *"si la irregularidad en el proceso de formación del acto administrativo no es de tal entidad que afecte la determinación final de la Administración, la nulidad no está llamada a prosperar"*. Y se ha manifestado, como se aprecia con claridad en la providencia de esta Sala de Decisión del 25 de mayo de 1968, que la determinación de cuándo una formalidad es sustancial o no presupone responder la pregunta de cuál habría sido la decisión final si se hubieran seguido las formas legales dejadas de lado, de modo que solo si la observancia de la formalidad omitida habría conducido a una decisión distinta a la plasmada en el acto acusado se le puede otorgar el calificativo de solemnidad sustancial, no así en el caso contrario.

*En suma, se tiene que "[l]a jurisprudencia no exige el cumplimiento regular de todas las formalidades prescritas a los administradores, sino solamente aquellas cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones respectivas"*.

(...)" (Negrilla y subrayas fuera de texto original).

Como puede observarse, en el presente caso, bajo dicha teoría, es evidente que las censuras de los recurrentes, aun cuando fueran ciertas, no tienen ninguna incidencia o entidad para afectar la determinación final que adoptó esta Superintendencia y tampoco configuran ninguna nulidad de la actuación. Se reitera, la realización de tal audiencia no era procedente pues no existen intereses particulares ni algún asunto susceptible de conciliación en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley 640 de 2001 y el artículo 2 del Decreto 1818 de 1998.

Ahora bien, en relación con el señalamiento de que supuestamente existió corrupción en el trámite de conciliación, lo que, a juicio de los recurrentes, parece inferir una relación entre el quejoso y

<sup>113</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de junio de 1998. Rad. No. 4899.

<sup>114</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2014. Rad. No. 250002324000 2005 00669 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, se advierte que ese tipo de insinuaciones no son de recibo para este Despacho, en razón a que no se encuentra ningún elemento de juicio o fundamento fáctico al respecto y, en cualquier caso, los recurrentes pueden acudir en cualquier momento a las instancias pertinentes –Fiscalía General de la Nación o Procuraduría General de la Nación- a poner en conocimiento los hechos que, estando debidamente fundamentados, consideren constituyen "corrupción".

Finalmente, en relación con el alegato de que pese a la solicitud de ratificación y declaración de los representantes legales de CETER, estos no comparecieron, pues se omitió notificarles la fecha y hora de la audiencia, debe señalarse que tal circunstancia no es cierta, y aun cuando lo fuera, este Despacho considera que la ratificación de tales declaraciones no tenía ninguna virtualidad de cambiar las consideraciones que esta Superintendencia utilizó a efectos de fundamentar la responsabilidad de los investigados. De una parte, en la medida en que los actos de influenciación que fueron imputados nunca se supeditaron a una empresa particular, como CETER y, de otra parte, porque en todo caso la conducta no requiere la condición o configuración de una respuesta positiva por parte del sujeto pasivo o en palabras del Consejo de Estado "(...) es irrelevante que la influencia hubiera obtenido o no el resultado esperado (...)"<sup>115</sup>.

Así, aún en el evento hipotético de que los representantes legales de CETER pudieran señalar que no fueron afectados por ningún acto de influenciación, tal circunstancia no tiene ninguna virtualidad o eficacia probatoria para anular el juicio de reproche y la sanción por la conducta desplegada, máxime cuando la mención a CETER está relacionada con un correo electrónico del 11 de febrero de 2013, con el asunto "Fwd: Volvemos a la tabla de fletes!", remitido por la ATC a través de la dirección *comunicaciones@atc.com.co*, en el que se le comunicó a CARLOS HUMBERTO BALLESTEROS, su representante legal, acerca de las decisiones adoptadas sobre la "tabla de fletes" en mención con lo que se quería poner de presente que, efectivamente, existió una "tabla de fletes" con elementos identificadores de las asociaciones sancionadas y que, incluso, fue socializada por diferentes medios, lo cual por su contundencia tampoco ha sido desvirtuado en esta sede.

En virtud de las razones expuestas, este Despacho rechaza por improcedentes los argumentos presentados por los recurrentes en relación con las supuestas irregularidades en la actuación administrativa y se confirma que la actuación se ha ajustado a las disposiciones normativas dispuestas en el ordenamiento jurídico para tal fin.

#### **5.7. Pronunciamiento del Despacho respecto de las solicitudes de nulidad presentadas en los recursos de reposición**

A continuación este Despacho se pronunciará sobre las circunstancias que, a juicio de algunos recurrentes, son constitutivas de nulidad de la actuación administrativa, en los términos que se pasan a exponer a continuación.

En primer lugar, los recurrentes alegaron que existió una supuesta vulneración del derecho al debido proceso como consecuencia de que mediante la Resolución No. 38142 del 31 de mayo de 2018 se decretaron unas pruebas de oficio dentro de la actuación administrativa que no fueron practicadas, no se sometieron al ejercicio del derecho de contradicción y, adicionalmente, no se permitió la oportunidad para presentar alegatos de conclusión de conformidad con lo establecido en los artículos 40 y 48 de la Ley 1437 de 2011. Al respecto, se debe reiterar lo expuesto previamente en el sentido de que mediante Resolución No. 38142 del 31 de mayo de 2018<sup>116</sup>, la Superintendencia de Industria y Comercio, como una garantía adicional para los investigados, decretó pruebas de oficio adicionales (financieras), con la finalidad de recaudar elementos probatorios suficientes que permitieran adoptar las eventuales decisiones dentro de la investigación. Tal decisión fue debidamente comunicada a cada uno de los investigados en virtud del artículo 23<sup>117</sup> de la Ley 1340 de 2009.

<sup>115</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 19 de noviembre de 2009. Rad. No. 250002324000 2001 01261 01.

<sup>116</sup> Folios No. 4214 a 4220 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>117</sup> "Artículo 23. **Notificaciones y comunicaciones.** Las resoluciones de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación y la que decide los recursos de la vía gubernativa, deberán notificarse personalmente. (...) Los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la competencia, se comunicarán (...)" (Subrayado fuera de texto original).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En consecuencia, se dispuso (i) que las personas jurídicas investigadas remitieran sus Balances Generales y Estados de Resultados, con corte a 31 de diciembre, correspondientes a los años 2015, 2016 y 2017, así mismo, (ii) que las personas naturales investigadas remitieran sus Declaraciones de Renta y Certificados de Ingresos y Retenciones correspondientes a los años 2015, 2016 y 2017. A efectos de remitir la información se estableció como término perentorio el 22 de junio de 2018. De conformidad con lo anterior, puede evidenciarse en el Expediente que mediante escrito radicado 13-103403-01382-0002 del 22 de junio de 2018<sup>118</sup>, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL CAUCA** y **TULIO ENRIQUE PRADO CERÓN**, dentro del plazo otorgado, remitieron la información financiera que consideraron pertinente aportar a la actuación administrativa.

A partir de lo anterior, puede apreciarse que no existe ninguna irregularidad en la práctica de las pruebas que fueron decretadas de oficio, debido a que incluso algunos investigados enviaron los documentos solicitados en el plazo otorgado para tal fin. Distinto es el hecho que, por descuido, negligencia o conveniencia, los recurrentes que ahora pretenden la nulidad de lo actuado, no remitieron ningún tipo de documento, circunstancia que no es constitutiva de ninguna nulidad ni tampoco puede atribuírsele a esta autoridad administrativa.

Así mismo, debe llamarse la atención en que por la naturaleza y finalidad de las pruebas que se decretaron de oficio –información financiera- en el momento en que fueron practicadas, es decir, remitidas por cada investigado, solo eran de la incumbencia, y resultaban pertinentes, única y exclusivamente para cada uno de los investigados a efectos de la tasación de las multas a imponer, se reitera, como una garantía adicional que otorgó este Despacho con la finalidad de salvaguardar el principio de proporcionalidad de la sanción. Por lo anterior, las pruebas documentales que eventualmente se allegaran no eran susceptibles de contradicción por ningún otro investigado, máxime cuando las Declaraciones de Renta y Certificados de Ingresos y Retenciones tienen carácter reservado dentro de la actuación administrativa. Nótese que incluso las pruebas documentales decretadas no fueron allegadas en sede de reposición por ninguno de los recurrentes.

Adicionalmente, debe recordarse a los recurrentes que la oportunidad para presentar alegatos de conclusión, que a su juicio esta Entidad desconoció, es una etapa que, en virtud del artículo 48 de la Ley 1437 de 2011, hace parte del procedimiento administrativo sancionatorio general a que se sujetan los procedimientos de este tipo no regulados en leyes especiales. Por el contrario, para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, se ha reiterado, que existe un procedimiento especial previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, razón por la cual la etapa supuestamente omitida no hace parte del presente procedimiento y, por sustracción de materia, no es una circunstancia constitutiva de nulidad que tenga mérito de prosperidad, por lo que las censuras sobre el particular se rechazan por improcedentes.

En segundo lugar, los recurrentes alegaron una supuesta vulneración del derecho de defensa como consecuencia de que no reposa en el Expediente ningún acta de la sesión del Consejo Asesor del 16 de agosto de 2018, así como tampoco ningún documento mediante el cual se diera traslado del Expediente a los miembros del referido Consejo para su correspondiente estudio. Adicionalmente, censuran el hecho de que *"quien escuchó al consejo asesor no haya tomado la decisión y quien tomó la decisión no haya escuchado al consejo asesor"*.

Sobre el particular, debe aclararse a los recurrentes que en el procedimiento especial para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, no existe ninguna etapa o fase en lo referente al Consejo Asesor que consagre taxativamente o implique llevar sus actas a los Expedientes o correr algún traslado al respecto. Más aún, las exigencias de los recurrentes tampoco se desprenden de la normatividad que específicamente regula el Consejo Asesor, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011.

**"Artículo 25. Consejo Asesor.** El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, integrado

<sup>118</sup> Folios No. 4239 a 4246 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

por (5) cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

El Consejo Asesor **será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio**. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los siguientes eventos:

1. Para el ejercicio de las funciones previstas en los numerales 9 y 10 del artículo 9o del presente decreto.

2. Para la imposición de las multas previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 relacionadas con la violación a las disposiciones de protección de la competencia, por incurrir en alguna de las conductas consideradas como restrictivas de la competencia previstas en el artículo primero de la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 o cualquier otra disposición especial en la materia, así como por el incumplimiento del deber de informar una operación de integración empresarial.

3. Cuando en ejercicio de facultades administrativas de competencia desleal se vayan a adoptar las mismas medidas a las que se refieren los dos numerales anteriores.

Los miembros del Consejo Asesor estarán sujetos a las inhabilidades y régimen de honorarios previstos para los miembros del Consejo Asesor del Superintendente Financiero.

Tales honorarios se pagarán siempre y cuando no se trate de servidores públicos.

(...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De hecho, la práctica habitual de esta Superintendencia es que las actas de las sesiones del Consejo Asesor se llevan por separado en un archivo, nunca se incorporan en los Expedientes y tampoco se realiza algún tipo de traslado como el sugerido por los recurrentes. Esto es así, entre otras razones, debido a que: (i) en una sesión del Consejo Asesor pueden tratarse varios casos; (ii) la naturaleza del Consejo Asesor es de un órgano auxiliar de carácter consultivo y, por último; (iii) sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. En cualquier caso, debe señalarse que los investigados en una actuación por prácticas restrictivas de la competencia pueden acceder a las actas del Consejo Asesor, en cualquier momento, solicitándolas a la Entidad. Sin embargo, este Despacho no evidencia en el Expediente ninguna solicitud específica sobre el particular.

Además, en la normatividad referida previamente tampoco se contempla la posibilidad de que, contra las opiniones o recomendaciones que profieran los miembros del Consejo Asesor, proceda algún mecanismo de impugnación o que exista la posibilidad de algún pronunciamiento de los investigados, esto implica una razón adicional para desestimar la supuesta vulneración al derecho de defensa alegada por los recurrentes. En el mismo orden de ideas, el procedimiento especial previsto para estos casos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, ni la regulación especial del Consejo Asesor prevista en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, establece la exigencia propuesta por los recurrentes de que el Superintendente de Industria y Comercio que escuchó al Consejo Asesor sea quien obligatoriamente debe tomar la decisión.

Aceptar la tesis sugerida en relación con la supuesta identidad e intermediación que, a juicio de los recurrentes, debería existir entre quien escucha el Consejo Asesor y quien toma la decisión final, llevaría a un excesivo y riguroso formalismo que implicaría desconocer que en cualquier caso las opiniones y recomendaciones del Consejo Asesor siempre constan por escrito en las respectivas actas de sus sesiones y, además, conduciría a que cada vez que exista algún cambio de Superintendente de Industria y Comercio o algún otro funcionario en esta Entidad, o en cualquier otra autoridad administrativa, deba rehacerse cualquier tipo de actuación, lo cual es una postulación a todas luces improcedente y contraria a los principios de eficacia, economía y celeridad, máxime cuando no existe ningún fundamento o exigencia legal al respecto.

Adicionalmente, debe anotarse que esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria señaló con claridad y precisión cada una de las recomendaciones que realizó el Consejo Asesor convocado el 16 de agosto de 2018 para el presente caso.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"(...) Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 16 de agosto de 2018 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia, **el cual recomendó por unanimidad sancionar** a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS ACC EN LIQUIDACIÓN (en adelante, ACC), la ASOCIACIÓN DE TRANSPORTADORES DE CARGA ATC (en adelante ATC), la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL ANTIOQUIA - CHOCÓ EN LIQUIDACIÓN, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL QUINDÍO, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL SANTA MARTA **EN LIQUIDACIÓN**, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOYACÁ EN LIQUIDACIÓN, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL HUILA EN LIQUIDACIÓN, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOGOTÁ CUNDINAMARCA EN LIQUIDACIÓN, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL CAQUETÁ EN LIQUIDACIÓN, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL TOLIMA **EN LIQUIDACIÓN**, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL RISARALDA EN LIQUIDACIÓN, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL VALLE, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL VALLE DEL CAUCA EN LIQUIDACIÓN, la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL PASTO y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL IPIALES por encontrar demostradas las conductas imputadas en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos. Adicionalmente, el Consejo Asesor de Competencia recomendó acatar la recomendación de archivar la presente actuación administrativa en favor de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL CAUCA EN LIQUIDACIÓN.

Así mismo, el Consejo Asesor de Competencia **recomendó por unanimidad sancionar a las personas naturales** a los que se referirá la parte resolutive de este acto administrativo, por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 de Decreto 2153, al haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas imputadas a las asociaciones antes referidas. Por su parte, **recomendó acatar la recomendación de archivar la actuación administrativa** en favor de ÁLVARO DARÍO SANÍN CALAD, HÉCTOR MAURICIO REYES y TULIO ENRIQUE PRADO CERÓN.

(...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Como puede apreciarse, en cualquier caso los recurrentes tuvieron la posibilidad de conocer el contenido sustancial del acta de la sesión del Consejo Asesor e incluso su quórum, para este caso, "unánime" en relación con cada una de las diferentes opiniones o recomendaciones de sus miembros, así que las circunstancias que se alegan como omisiones o irregularidades no tienen ningún tipo de fundamento legal, son meras apreciaciones o simples expectativas de lo que, a su juicio, consideran deberían ser las formalidades de un órgano auxiliar de carácter consultivo, sin que tales pretensiones o deseos sean suficientes para configurar alguna nulidad.

Por último, los recurrentes alegaron una supuesta vulneración del derecho al debido proceso, defensa y contradicción como consecuencia de que supuestamente la ATC no fue notificada de la apertura de la investigación y formulación de cargos y únicamente recibió la citación para notificación personal, mas no la notificación por aviso, en consecuencia, no fue debidamente notificada de la actuación administrativa sancionatoria. Así mismo, alegaron que en ningún momento, la ATC aceptó o autorizó la notificación electrónica, por lo que el trámite de notificación no se realizó en los términos establecidos en los artículos 47 y 56 de la Ley 1437 de 2011. En idéntico sentido, **ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA** - Presidente de la ATC, alegó como circunstancia que, a su juicio, configura la nulidad de la actuación, una supuesta vulneración del derecho a la defensa y contradicción como consecuencia de que no se le notificó el acto de apertura de la investigación ni ningún acto administrativo en desarrollo de la investigación administrativa sancionatoria (audiencia de conciliación, práctica de pruebas, entre otros).

Al respecto, considera este Despacho que en el acápite "**4.6. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con las notificaciones realizadas en la actuación administrativa y otras supuestas irregularidades**" del presente acto administrativo se abordaron con suficiencia, precisamente, las circunstancias alegadas por la ATC y **ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA** en relación con la supuesta indebida notificación de la Resolución de Apertura de la investigación, por lo que a efectos de rechazar nuevamente los argumentos presentados sobre el particular, basta con remitir respetuosamente a los recurrentes a las consideraciones expuestas en dicho acápite.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En virtud de las razones expuestas, ninguna de las circunstancias expuestas por los recurrentes como supuestas irregularidades o vicios que, a su juicio, configuran causales de nulidad de la actuación administrativa están llamadas a prosperar y, en consecuencia, se rechazan por resultar absolutamente improcedentes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: RECHAZAR** las solicitudes de nulidad propuestas en los recursos de reposición de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 72158 del 27 de septiembre de 2018.

**ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a la **ASOCIACIÓN DE TRANSPORTADORES DE CARGA - ATC**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOYACÁ** y la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL IPIALES**, así como a **LUIS ORLANDO RAMÍREZ VALENCIA**, **ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA**, **JUAN CARLOS MORENO PÉREZ**, **GUILLERMO CHICA RIVERA**, **DAYRON DE JESÚS GÓMEZ MEJÍA**, **OLIVIA ELENA RENDÓN RESTREPO**, **WEIMAR VALLEJO ARIAS**, **JOSÉ JESÚS JIMÉNEZ URREA**, **JUAN DAVID ZULUAGA SALAZAR**, **GUSTAVO MONTOYA URREGO**, **JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ**, **JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**, **JUAN GABRIEL MARÍN CADAVID**, **OCTAVIO FIERRO POLANCO** y **HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO**; entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

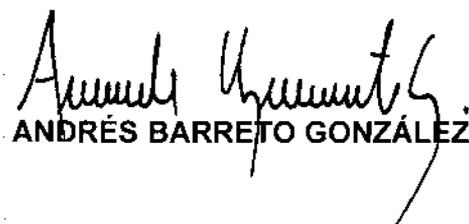
**ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR**<sup>119</sup> el contenido de la presente Resolución a la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS ACC EN LIQUIDACIÓN**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL ANTIOQUIA - CHOCÓ EN LIQUIDACIÓN**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL QUINDÍO**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL SANTA MARTA EN LIQUIDACIÓN**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL HUILA EN LIQUIDACIÓN**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOGOTÁ CUNDINAMARCA EN LIQUIDACIÓN**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL CAQUETÁ EN LIQUIDACIÓN**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL TOLIMA EN LIQUIDACIÓN**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL RISARALDA EN LIQUIDACIÓN**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL VALLE**, la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL VALLE DEL CAUCA EN LIQUIDACIÓN** y la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL PASTO**, así como a **PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ**, **OMAR DE JESÚS VILLEGAS QUINTANA**, **JUAN JAVIER AMAYA GRIMALDO**, **JAVIER DARÍO LEAL MARIÑO**, **GUSTAVO BETANCOURT PRADA**, **OLGA PIEDAD SUA VANEGAS**, **JOSÉ ORLANDO CASTELLANOS BUENO**, **JUAN PABLO MARTÍNEZ SALAZAR**, **JOSÉ IGNACIO MONTEALEGRE PUENTES**, **WILLIAM HERNÁN CHANTRE MANCERA**, **ELIZABETH GUERRA RICO**, **ÓSCAR ALFREDO VILLOTA JURADO**, **ALBERTO ARANGO PERDOMO**, **TOMÁS DE JESÚS PRADA MORA**, **DAIRO MURILLO CHALARCA** y **PEDRO ANIBAL ACHURY QUINTERO**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

**ARTÍCULO QUINTO: COMUNICAR** el contenido de la presente Resolución a la Sala Disciplinaria del **CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ D.C.**, para lo de su competencia, de conformidad con las razones expuestas en el acápite 5.2.1 del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEXTO: COMUNICAR** el contenido de la presente Resolución a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia de la Función Pública de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para su conocimiento, de conformidad a las consideraciones expuestas en el numeral 4 del presente acto administrativo.

<sup>119</sup> La Resolución No. 72158 del 27 de septiembre de 2018, en virtud del numeral 3 del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, quedó en firme desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer los recursos de reposición, si estos no fueron interpuestos. Al respecto, véase Consejo de Estado, Sección Primera. Auto Interlocutorio del 19 de diciembre de 2018. Rad. No. 25000234100020150190201.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**Dada en Bogotá D.C., a los **02 ABR 2019****EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**  
**ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ**

Proyectó: A Yáñez  
Revisó: A Pérez  
Aprobó: A Barreto

**NOTIFICAR****ASOCIACIÓN DE TRANSPORTADORES DE CARGA ATC**

NIT 800089492-5

**LUIS ORLANDO RAMÍREZ VALENCIA**

C.C. 71.595.264

**JUAN CARLOS MORENO PÉREZ**

C.C. 71.672.034

**GUILLERMO CHICA RIVERA**

C.C. 70.094.698

**DAYRON DE JESÚS GÓMEZ MEJÍA**

C.C. 70.054.404

**OLIVIA ELENA RENDON RESTREPO**

C.C. 43.064.280

**WEIMAR VALLEJO ARIAS**

C.C. 15.432.590

**JOSÉ JESÚS JIMÉNEZ URREA**

C.C. 645.560

**JUAN DAVID ZULUAGA SALAZAR**

C.C. 15.444.941

**GUSTAVO MONTOYA URREGO**

C.C. 70.074.604

**Apoderado****SEBASTIÁN SANDOVAL PÉREZ**

C.C. 71.362.856

T.P. 188.657 del C.S. de la J.

Calle 49 # 50-21, Oficina 2603, Edificio del Café

Medellín - Antioquia

Correo electrónico: sebastian.sandoval@ruhe.com.co

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOYACÁ**

NIT 826001074-6

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL IPIALES**

NIT 900371375-2

**JORGE ANDRÉS CHARFUELÁN MORENO**

C.C. 1.085.252.339

**Apoderado****ÓSCAR EMILIO TAPIA VELA**

C.C. 6.382.388

T.P. 165.182 del C.S. de la J.

Urbanización Niza 1 Manzana C Casa 8

Pasto - Nariño

Correo electrónico: tapiabogados@hotmail.com; caosrojo@hotmail.com

**ALEJANDRA BAQUERO GARCÍA**

C.C. 42.875.484

Carrera 65 # 8B - 91, Oficina 408

Teléfono: (4) 4480102

Medellín - Antioquia

Vereda San Nicolás, Km. 3 Vía La Ceja - Ponte Zuela

La Ceja - Antioquia

Correo electrónico: info@atc.com.co; atc@atc.com.co

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**JUAN CARLOS BOBADILLA DÍAZ**

C.C. 79.660.088

Carrera 97 # 16D-27, Piso 2

Calle 134 a 55 a 46, Apto 102, Edificio Arboleda

Celular: 320 427 0990

Bogotá D.C.

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; mariancuervoacc@hotmail.com; juancabodiaz@hotmail.com

**JUAN GABRIEL MARÍN CADAVID**

C.C. 10.066.038

Calle 25 # 16-37 B

Dos quebradas - Risaralda

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; transalianza@hotmail.com

**OCTAVIO FIERRO POLANCO**

C.C. 14.952.874

Carrera 97 # 16D-27, piso 2

Bogotá, D.C.

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; acccundinamarca@hotmail.com; octaviofierro08@hotmail.com

**HÉCTOR ALFONSO MEDRANO SOLANO**

C.C. 74.369.367

Carrera 42 # 13-66, Oficina 202

Duitama, Boyacá

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; accboyaca@yahoo.es; alfonmedrano16@gmail.com

**COMUNICAR:****ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS ACC EN LIQUIDACIÓN**

NIT 830023807-7

Carrera 97 # 16D-27, piso 2

Bogotá, D.C.

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; acccundinamarca@hotmail.com

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL ANTIOQUIA - CHOCÓ EN LIQUIDACIÓN**

NIT 900427565-8

Carrera 42 No. 24 - 96, Oficina 105

Itagüí - Antioquia

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com, seccionalantioquia@acccamioneros.com

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL QUINDÍO**

NIT 901006672-5

Calle 51A # 12-24, Local 7, Centro Comercial La Castilla

Armenia - Quindío

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; accquin@live.com

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL SANTA MARTA EN LIQUIDACIÓN**

NIT 900341359-6

Mirador del Arahuaco C 2 Sector Bello Horizonte

Santa Marta - Magdalena

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; acc.hectormauricioreyes@hotmail.com

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL HUILA EN LIQUIDACIÓN**

NIT 900245731-2

Carrera 6 # 2-13

Pitalito - Huila

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL BOGOTÁ-CUNDINAMARCA EN LIQUIDACIÓN**

NIT 900107138-3

Carrera 97 # 16D-27, Piso 2

Bogotá D.C.

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; mariancuervoacc@hotmail.com

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL CAQUETÁ EN LIQUIDACIÓN**

NIT 900075990-3

Diagonal 22 Calle 21 # 104, Barrio TORASSO

Florencia - Caquetá

Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**JUAN PABLO MARTÍNEZ SALAZAR**

C.C. 18.505.392  
Calle 25 # 16-37 B  
Dos quebradas - Risaralda  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**JOSE IGNACIO MONTEALEGRE PUENTES**

C.C. 16.636.406  
Carrera 12 A # 15A -01  
Yumbo - Valle del Cauca  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**WILLIAM HERNÁN CHANTRE MANCERA**

C.C. 10.660.606  
Autopista Cali-Yumbo, Glorieta Aeropuerto CENCAR, Oficina A1-201  
Yumbo - Valle del Cauca  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; acc\_cali@hotmail.com

**ELIZABETH GUERRA RICO**

C.C. 42.790.792  
Carrera 42 No. 24 - 96 Oficina 105  
Itagüí - Antioquia  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com, seccionalantioquia@acc camioneros.com

**ÓSCAR ALFREDO VILLOTA JURADO**

C.C. 13.010.019  
Avenida Panamericana # 14-22  
Ipiales - Nariño  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; accipiales@hotmail.com

**ALBERTO ARANGO PERDOMO**

C.C. 14.442.737  
Calle 51A # 12-24, Local 7, Centro Comercial La Castilla  
Armenia - Quindío  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; accquin@live.com

**TOMÁS DE JESÚS PRADA MORA**

C.C. 17.321.866  
Carrera 97 # 16D-27, piso 2  
Bogotá, D.C.  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; acccundinamarca@hotmail.com

**DAIRO MURILLO CHALARCA**

C.C. 60.124.416  
Diagonal 22 Calle 21 # 104, Barrio TORASSO  
Florencia - Caquetá  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**PEDRO ANIBAL ACHURY QUINTERO**

C.C. 17.621.683  
Carrera 6 # 2-13  
Pitalito - Huila  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**COMUNICAR:**

Señores  
Sala Disciplinaria  
**CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ D.C.**  
Calle 85 No. 11-96, Piso No. 5  
Bogotá D.C.  
Correo electrónico: csjsabta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Señores  
Procuraduría Delegada para la Vigilancia de la Función Pública  
**PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**  
Carrera 5 No. 15-80  
Bogotá D.C.  
Correo electrónico: funcionpublica@procuraduria.gov.co

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL TOLIMA EN LIQUIDACIÓN**

NIT 809010253-4  
Calle 59-60, KM 2 Vía Bogotá, Zona Industrial Papayo Estación Las Palmeras LC 3  
Ibagué - Tolima  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL RISARALDA EN LIQUIDACIÓN**

NIT 900327209-1  
Calle 25 # 16-37 B  
Dos quebradas - Risaralda  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL VALLE**

NIT 900144519-3  
Carrera 12 A # 15A - 01  
Yumbo - Valle del Cauca  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL VALLE DEL CAUCA EN LIQUIDACIÓN**

NIT 900114617-9  
Autopista Cali-Yumbo, Glorieta Aeropuerto CENCAR, Oficina A1-201  
Yumbo - Valle del Cauca  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; acc\_cali@hotmail.com

**ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE CAMIONEROS SECCIONAL PASTO**

NIT 900212395-9  
Carrera 22d # 2-21, Capusigra  
Pasto - Nariño  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; accpasto@hotmail.com

**PEDRO ANTONIO AGUILAR RODRÍGUEZ**

C.C. 16.628.950  
Número único INPEC: 951.364  
**CÁRCEL Y PENITENCIARÍA DE MEDIA SEGURIDAD DE BOGOTÁ "LA MODELO"  
EC BOGOTÁ**  
Carrera 56 # 18A - 47  
Bogotá D.C. - Colombia

**OMAR DE JESÚS VILLEGAS QUINTANA**

C.C. 8.248.044  
Carrera 42 No. 24 - 96, Oficina 105  
Itagüí - Antioquia  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com, seccionalantioquia@acccamioneros.com

**JUAN JAVIER AMAYA GRIMALDO**

C.C. 14.211.208  
Calle 59-60, KM 2 Vía Bogotá, Zona Industrial Papayo Estación Las Palmeras LC 3  
Ibagué - Tolima  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**JAVIER DARÍO LEAL MARIÑO**

C.C. 79.146.226  
Carrera 97 # 16D-27, Piso 2  
Bogotá D.C.  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com; mariancuervoacc@hotmail.com

**GUSTAVO BETANCOURT PRADA**

C.C. 13.924.140  
Calle 17 # 13-35 Oficina 001  
Barranquilla - Atlántico  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**OLGA PIEDAD SUA VANEGAS**

C.C. 51.727.046  
Calle 17 # 13-35 Oficina 001  
Barranquilla - Atlántico  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com

**JOSÉ ORLANDO CASTELLANOS BUENO**

C.C. 91.203.053  
Carrera 97 # 16D-27, Piso 2  
Bogotá D.C.  
Correo electrónico: acc\_financiera@hotmail.com