



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA
Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D. C., ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación Núm.:	15001-2333-000-2012-00144-01
Actor:	COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES FLOTAX DUITAMA
Demandada:	LA NACIÓN – Superintendencia de Industria y Comercio
Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
TEMA:	CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA EN ASUNTOS DE LIBRE COMPETENCIA. NORMA APLICABLE. CONDENA EN COSTAS, CRITERIO OBJETIVO – VALORATIVO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 11 de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, promovida por la COOPERATIVA DE



TRANSPORTADORES FLOTAX DUITAMA- COOFLOTAX contra las Resoluciones N° 71.794 del 12 de diciembre del 2011 *“por la cual se imponen unas sanciones”*¹ y N° 11.651 del 29 de febrero del 2012 *“por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*², expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

I.- LA REFORMA DE LA DEMANDA³

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el ciudadano VICTOR MANUEL PARADA BECERRA, obrando en su calidad de gerente de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES FLOTAX DUITAMA –en adelante COOFLOTAX-, mediante apoderado, interpuso demanda contra LA NACIÓN – SUPERINTENDENCIA DE

¹ En virtud de que la Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama- COOFLOTAX, junto con otras empresas *“transgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al haber realizado un acuerdo para la fijación de los precios de la gasolina corriente y ACPM en la ciudad de Duitama, en la modalidad de práctica conscientemente paralela”*. Folio N° 174 del cuaderno N° 1 del expediente.

² Resuelve *“confirmar los artículos PRIMERO; TERCERO; DÉCIMO; DÉCIMO SEGUNDO; DÉCIMO CUARTO; DÉCIMO SEXTO; DÉCIMO OCTAVO; VIGÉSIMO; VIGÉSIMO SEGUNDO; VIGÉSIMO CUARTO, VIGÉSIMO SEXTO, VIGÉSIMO OCTAVO, VIGÉSIMO NOVENO Y TRIGÉSIMO de la Resolución N° 71794 de 12 de diciembre de 2011.”* Y modifica otros artículos.

³ La demanda inicial fue presentada el 6 de agosto de 2013 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (folio 18), la cual, posteriormente, se remitió por competencia al Tribunal Administrativo de Boyacá. Se presenta reforma de la demanda el 10 de mayo de 2013 (folio 190), la cual adicionó el cargo de *“caducidad de la facultad sancionatoria”* y solicitó unos testimonios y un dictamen pericial como medios probatorios nuevos; en todo lo demás se mantuvo íntegra la demanda inicial. Se profiere auto admisorio de la reforma de la demanda el 20 de junio de 2013 (folios 297 a 298).



INDUSTRIA Y COMERCIO -en adelante LA SUPERINTENDENCIA,
solicitando que se acceda a las siguientes:

1.1.- Pretensiones.

1. Se declare la nulidad de la Resolución N° 71.794 del 12 de diciembre del 2011⁴ mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio declara que la empresa COOFLOTAX, junto con otras empresas, transgredieron el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁵, al haberse encontrado que se concertaron para la fijación de los precios de la gasolina corriente y ACPM en la ciudad de Duitama, en la modalidad de práctica conscientemente paralela⁶; y en consecuencia, le impone una sanción pecuniaria por el valor de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT (\$1.071.200.000)⁷.

⁴ Expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio; obrante a folios N°s 117 a 179 del cuaderno N° 1 del expediente.

⁵ *"ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios."*

⁶ Artículo tercero de la Resolución N° 71794 del 12 de diciembre del 2011. Envés del folio N° 174 del cuaderno N° 1 del expediente.

⁷ Artículo séptimo de la Resolución N° 71794 del 12 de diciembre del 2011. Envés del folio N° 175 del cuaderno N° 1 del expediente.

2. Igualmente se pretende que se declare la nulidad de la Resolución N° 11.651 del 29 de febrero del 2012⁸, por medio de la cual, al estudiar unos recursos de reposición contra la Resolución N° 71.794, la SUPERINTENDENCIA resuelve confirmar la transgresión de las normas de libre competencia por parte de COOFLOTAX, pero gradúa la sanción pecuniaria impuesta, reduciéndola a la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES CIENTO SETENTA MIL OCHOCIENTOS PESOS MCT (\$371.170.800)⁹.

3. A título de restablecimiento del derecho, solita: *“3.1. Que la demandante no adeuda suma alguna por concepto de Multa o sanción pecuniaria impuesta en los actos administrativos demandados 3.2. Que se reconozca y ordene el pago de los perjuicios ocasionados con los actos administrativos demandados, que se causen a título de daño emergente, lucro cesante, perjuicios al buen nombre y/o morales, y la devolución de las sumas que se hubiesen pagado por la parte demandada en virtud de los mencionados actos administrativos, junto con los intereses e indexación correspondiente; 3.3. Que se ordene dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 176 y siguientes del C.C.A.”*

⁸ Expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio; obrante a folios N°s 40 a 116 del cuaderno N° 1 del expediente.

⁹ Artículo sexto de la Resolución N° 11651 del 29 de febrero del 2012. Folio N° 108 del cuaderno N° 1 del expediente.



1.2.- Hechos.

1. La Resolución N° 33.970 del 30 de junio del 2010, expedida por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, abre investigación para determinar tres posibles conductas:

-Si la Federación de Distribuidores de Derivados del Petróleo -Nacional y Seccional Boyacá y Casanare- contravinieron el artículo 1 de la ley 155 1959 y el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 1992.

-Si COOFLOTAX, junto con otras empresas, contravinieron el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el numeral 1 del artículo 47 del mismo Decreto.

-Si los representantes legales de las empresas investigadas incurrieron en la responsabilidad del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 1992, modificado por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009 y por el artículo 3 del Decreto 1687 de 2010.

2. Con ocasión de la investigación previamente abierta, mediante Resolución N° 71.794 del 12 de diciembre del 2011, la SUPERINTENDENCIA declara la responsabilidad de los investigados e impone sanción pecuniaria por el valor de MIL SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS MIL PESOS MCT (\$1.071.200.000)¹⁰.

¹⁰ En la referida resolución también se dispuso que HERNANDO COLMENARES SALAMANCA, quien se desempeñó para la época de los hechos como representante legal



3. Contra dicha Resolución se interpuso recurso de reposición, respecto del cual la SUPERINTENDENCIA resolvió modificar y reducir la sanción pecuniaria impuesta a TRESCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES CIENTO SETENTA MIL OCHOCIENTOS PESOS MCT (\$371.170.800) mediante Resolución N° 11.651 de 29 de febrero del 2012.

1.3.- Normas violadas y concepto de la violación.

COOFLOTAX afirma que las resoluciones acusadas *“se encuentra viciado (sic) de nulidad, por violación de normas, superiores, expedición en forma irregular, violación al derecho de defensa y al debido proceso, falsa motivación, y desviación de poder, motivo por el cual debe anularse la decisión, todo conforme a los cargos que me reservo el derecho de presentar en la demanda respectiva”*¹¹.

Primer cargo: caducidad de la facultad sancionatoria¹²:

de COOFLOTAX, ejecutó las conductas descritas en el # 1 del artículo 45 del Decreto 2153/92, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del mismo Decreto, y por ello, se le impuso sanción pecuniaria por el valor de CIENTO SESENTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MCT (\$160.680.000), la cual también, con ocasión de recurso de reposición interpuesto, se redujo a CINCUENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTE PESOS MCT (\$55.675.620).

¹¹ Folio 197 del cuaderno N° 1 del expediente.

¹² Folio 201 del cuaderno N° 1 del expediente.

El actor considera que las resoluciones demandadas contravienen los artículos 1, 6, 2, 25, 29, 53, 125, y 209 de la Constitución Política de Colombia y los artículos 2, 3, 36, 38, 83, 84 y 85 de la Ley 1437 de 2011.

Como concepto de la violación el actor señala que la SUPERINTENDENCIA carecía de competencia temporal para expedir la resolución sancionatoria acometida (Nº 71.794), puesto que para la fecha en que se profirió (12 de diciembre del 2011), ya había operado la caducidad de la potestad sancionatoria del artículo 38 del C.C.A.¹³, disposición que se encontraba vigente al tiempo de los hechos-.

En ese sentido advierte que, de conformidad con la Resolución Nº 55.819 del 26 de septiembre del 2012¹⁴ expedida por la SUPERINTENDENCIA, las conductas investigadas y sancionadas fueron de ejecución instantánea, agotándose el día 1º de abril del 2007. Esto supone que los tres años para ejercer la facultad sancionatoria vencieron el día 1º de abril del 2010, tiempo para el cual no existían los actos administrativos impugnados.

¹³ "ARTICULO 38. CADUCIDAD RESPECTO DE LAS SANCIONES. <Código derogado por el artículo [309](#) de la Ley 1437 de 2011.> Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas."

¹⁴ Vista a folios 294 a 296 del cuaderno Nº 1 del expediente.

Segundo cargo: violación de normas superiores¹⁵:

El actor considera que las resoluciones cuestionadas contravienen los artículos 1, 6, 2, 25, 29, 53, 125, y 209 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 2, 3, 36, 83, 84 y 85 de la Ley 1437 de 2011; además de las Leyes 1437 de 2011 y 155 de 1959, y el Decreto 2153 de 1992.

La demandante sostiene que no existió acuerdo de precios ni vulneración a las normas de competencia dado que actúa bajo la condición especial de ente cooperativo; asegura que los precios se ajustaron a esa condición y a la estructura del mercado de conformidad con las leyes 79¹⁶ y 454¹⁷ de 1998.

¹⁵ Folio 205 del cuaderno N° 1 del expediente.

¹⁶ "Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa". Artículo 3°. Es acuerdo cooperativo el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro. Toda actividad económica, social o cultural puede organizarse con base en el acuerdo cooperativo. "

"Artículo 4°. Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. Se presume que una empresa asociativa no tiene ánimo de lucro, cuando cumpla los siguientes requisitos: 1. Que establezca la irrepartibilidad de las reservas sociales y en caso de liquidación, la del remanente patrimonial. 2. Que destine sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus asociados para los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real."



COOFLOTAX niega que haya vulnerado el principio de libertad regulada¹⁸, puesto que los precios de su combustible no sobrepasaron el tope máximo establecido por el Ministerio de Minas y Energía.

También explica que en su calidad de cooperativa presta un servicio a sus afiliados y por tanto no compra combustible para venderlo a particulares, sino que lo expende única y exclusivamente a sus cooperados, motivo por el cual las ganancias generales son para bienestar de todos sus afiliados, y no para beneficio económico personal por sobre los precios del combustible.

Por último aclara que el precio que fijó obedece a la determinación interna de la organización cooperativa y, en esa medida, creó un sistema de descuentos consistente en conferirle a cada cooperado un bono¹⁹ de descuento proporcional a la cantidad de combustible consumido.

Por último manifiesta que la resolución sancionatoria (Nº 71.794 del 12 de diciembre del 2011) carece de legalidad en virtud de que la

¹⁷ "Artículo 6º. Características de las organizaciones de Economía Solidaria. Son sujetos de la presente ley las personas jurídicas organizadas para realizar actividades sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios según el caso, son simultáneamente sus aportantes y gestores, creadas con el objeto de producir, distribuir y consumir conjunta y eficientemente, bienes y servicios para satisfacer las necesidades de sus miembros y al desarrollo de obras de servicio a la comunidad en general".

¹⁸ Resoluciones 82.438 y 82.439 de 1998 del Ministerio de Minas y Energía.

¹⁹ Por el valor de SETENTA PESOS (\$70) por cada galón de ACPM Y OCHENTA PESOS (\$80) por cada galón de gasolina.



resolución N° 55.819 de 26 de septiembre de 2012²⁰ declara la caducidad de la de la potestad sancionatoria del Estado contenida en la resolución de apertura de investigación (N° 33.970 del 30 de junio de 2010)²¹, al haber transcurrido los tres años indicados en el artículo 38 del CCA. Así pues se explica la ilegalidad e ineficacia de la sanción contenida en la resolución N° 71.794 del 12 de diciembre del 2011.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La SUPERINTENDENCIA contestó la reforma de la demanda²² dentro de la oportunidad procesal correspondiente, expresando que se opone a las pretensiones planteadas por COOFLOTAX debido a que los actos administrativos acusados se encuentran debidamente motivados y carecen de cualquiera tipo de ilegalidad que amerite su anulación. Adicionalmente planteó la excepción de caducidad²³ del medio de control impetrado y, en síntesis, sentó su posición frente a la reclamación y a sus fundamentos fácticos y jurídicos en los siguientes términos:

²⁰ Vista a folios 294 a 296 del cuaderno N° 1 del expediente.

²¹ Proferida por la Delegatura para la Protección de la Competencia, la cual declara abierta la investigación en contra de las empresas que, para la época, presuntamente habían transgredido el régimen de la libre competencia. Además de eso corrió traslado a la Delegatura para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal para lo de su competencia, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2876 de 1984 “*sobre control de precios*”.

²² Folios 325 a 358.

²³ Folios 614-619.



Frente al cargo de caducidad de la facultad sancionatoria, la SUPERINTENDENCIA explica que los actos administrativos cuestionados tienen grandes diferencias en relación con la resolución N° 55.819 del 26 de septiembre del 2012, motivo por el cual se desvirtúa la validez del cargo planteado.

En efecto, las resoluciones N°s 33.970 del 30 de junio del 2010 y 71.794 del 12 de diciembre del 2011, fueron expedidas por la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SUPERINTENDENCIA, en el marco del trámite N° 07-27597²⁴, con el objetivo de indagar sobre una posible vulneración a la normatividad de la libre competencia.

Mientras que la resolución N° 55.819 del 26 de septiembre del 2012, fue proferida por la Delegatura para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal de la SUPERINTENDENCIA, bajo el contexto del trámite N° 10-148978²⁵, buscando proteger los derechos de los consumidores.

²⁴ La SUPERINTENDENCIA describe el recorrido del trámite surtido en contra de las sociedades investigadas arguyendo que siempre estuvo de conformidad con la ley y que por ello no tiene ningún vicio que amerite nulidad. (Folios 333 a 336 del cuaderno N° 1).

²⁵ La SUPERINTENDENCIA manifiesta que las estaciones de servicio investigadas, entre ellas COOFLOTAX, se encuentran sometidas a un régimen de libertad regulada y por cuenta de ello, deben ofertar teniendo presente el precio de referencia fijado por el Gobierno Nacional. (folio 339).

Planteado lo anterior no puede decirse que el Director de investigaciones para el Control y verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, goce de competencia para revocar actos administrativos proferidos por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia -tal y como lo afirma el demandante-, dado que las únicas posibilidades para revocarlos son, bien sea, por los mismos funcionarios autorizados para expedirlos, o por vía judicial.

En cuanto al punto concreto de la caducidad, el término de 3 años contenido en la disposición del artículo 38 del C.C.A. no es aplicable a las resoluciones N°s 33.970 del 2010 y 71.794 del 2011, ya que para ese tipo de investigaciones la ley 1340 de julio 24 de 2009²⁶ -vigente para el tiempo de la investigación- contempla una caducidad especial de 5 años; argumento que deja sin fundamento el fenómeno jurídico esgrimido por la demandante, habida cuenta de que se declaró que la conducta investigada por la SUPERINTENDENCIA se

²⁶ Ley publicada en el Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009 y “*Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia...* 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.”



ejecutó de forma continuada²⁷, al menos hasta diciembre del 2009²⁸, y las resoluciones replicadas son de junio del 2010 y diciembre del 2011.

Considera la entidad demanda que tampoco habría lugar a declarar la caducidad de la potestad sancionadora incluso si se aplicara el artículo 38 del CCA, toda vez que la conducta investigada es de ejecución continuada y el 31 de diciembre del 2009, mientras que las resoluciones de investigación y sanción son de junio del 2010 y diciembre del 2011, época para la cual no habían pasado 3 años.

Frente al cargo de violación de normas superiores porque no existió acuerdo de precios ni vulneración a las normas de competencia debido a que la cooperativa Cooflotax actúa bajo el régimen jurídico y económico de las entidades del sector solidario y los precios se ajustaron a esa condición ya la estructura del mercado, la SUPERINTENDENCIA enfatiza en que la libertad de asociación no es ilimitada y que por el contrario se debe abstener de ejecutar toda conducta que tenga la virtualidad de afectar el interés general

²⁷ “...hay pruebas... que dan fe que el acuerdo de precios y repartición de mercados se enmarcó dentro de lo que la ley, la jurisprudencia y la doctrina ha reconocido como conducta continuada. Esto por cuanto la misma se desarrolló a lo largo del periodo investigado, 1 de enero de 2007 a 31 de diciembre de 2009” Folio 337 del cuaderno 1.

²⁸ Se probó que la infracción inició el 1º de enero del 2007 hasta el 31 de diciembre del 2009, y en virtud del artículo 38 del CCA, cuando se trate de conductas continuadas, el término de caducidad iniciará en la fecha en que cesa la conducta, en este caso desde el 1 de enero de 2010.



representado en el normal y correcto funcionamiento de los mercados, lo cual se traduce en que la comisión de conductas anticompetitivas no puede justificarse en las actividades gremiales o escudarse en el derecho de asociación.

La SUPERINTENDENCIA asevera que el paralelismo de los precios del combustible en el que incurrieron las empresas sancionadas, no obedece a las condiciones del mercado sino a una práctica anticompetitiva derivada de un acuerdo existente entre las sociedades investigadas por los siguientes motivos:

1. Durante gran parte del periodo comprendido entre 2007 y 2009, las empresas requeridas mostraron identidad en los precios de venta al público.
2. Varias de las estaciones de servicio involucradas mostraron una coincidencia exacta en sus precios de venta con los establecidos en las circulares²⁹ mensuales de la Seccional Boyacá y Casanare.
3. El análisis de las estructuras de costos³⁰ de las sociedades investigadas, el cual comprendió los tipos de estación por volúmenes vendidos, su ubicación y el número de empleados, arrojó la conclusión de que no tenían condiciones similares para justificar la

²⁹ Folios 342 y siguientes del cuaderno 1.

³⁰ Folios 345 y 346 del cuaderno 1.



alta semejanza de los precios del combustible, máxime cuando se está frente a un mercado en el que no hay uniformidad en los valores que componen los costos de la actividad, puesto que cada estación, de conformidad con sus dimensiones, habrá de estructurar sus políticas de precios.

Bajo estos fundamentos, la entidad demandada encuentra que no existe ningún vicio capaz de anular los actos demandados, puesto que fueron producto de una investigación desarrollada bajo los parámetros de legalidad y debido proceso que les asistió a todas las empresas sancionadas.

Por último la SUPERINTENDENCIA propone la excepción de caducidad de la acción interpuesta, en los siguientes términos:

- La resolución 11.651 de 2012, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por las entidades sancionadas, se notificó a la demandante por aviso que se desfijó el 27 de marzo de 2012. (fecha desde la cual se cuenta el término de la caducidad).
- No obstante lo anterior, la SUPERINTENDENCIA certifica que la demandante se notificó personalmente, mediante apoderado, el día 9 de marzo de 2012, luego entonces el término de caducidad inició el “10 de julio de 2012”.

- Teniendo en cuenta la suspensión del término que se dio con ocasión de la solicitud de conciliación desde el 27 de junio al 2 de agosto del 2012 (fecha en la que se declaró fallida), a la sociedad demandante le restaban 19 días para interponer el medio de control.
- El término de la caducidad se reanudaba el 3 de agosto y concluía el 16 de agosto del 2012.
- La demanda fue interpuesta el día 13 de septiembre del 2012, casi un mes después de que se hallaba caduca la acción.
- En virtud de la prohibición legal de someter a juicio asuntos en donde acaeció la caducidad, el tribunal debe declarar probada la presente excepción de mérito, la cual vicia de nulidad toda la actuación procesal surtida.

III.- LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial el día 11 de octubre de 2013, el Despacho N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá denegó las pretensiones de la demanda³¹ apoyado en las siguientes consideraciones:

³¹ Folios 381 del cuaderno 1.



En primer término, negó la excepción de caducidad propuesta porque la demanda fue presentada inicialmente el 6 de agosto de 2013 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tal y como se observa a folio 18, siendo remitida posteriormente al Tribunal Administrativo de Boyacá, luego se deduce que fue radicada antes del el 16 de agosto de 2013, fecha que indica la SUPETENDENCIA como límite para ejercer la acción.

En relación con la caducidad del poder sancionatorio, el Tribunal coincide en que el hecho investigado por la SUPERINTENDENCIA no es de ejecución instantánea, sino que se extiende desde el año 2007 al 2009, y en ese entendido no puede contabilizarse desde el tiempo en que se eleva la queja (1 de abril del 2007) –como lo plantea la demandante-, sino desde la finalización del mes de diciembre de 2009, momento en el cual concluyen los hechos que se investigan.

Ahora bien, frente a la norma aplicable que dispone el término de la caducidad del poder sancionatorio, se decidió aplicar la norma especial³² por sobre la general, es decir, la que contempla un término

³² Ley 1340 de julio 24 de 2009. *“Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia... 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.”*



de 5 años para que opere el mencionado fenómeno. Así pues, si los hechos investigados cesaron en diciembre del 2009, el término de caducidad se cumple el mes de diciembre del año 2014, lo que implica negar el primer cargo de la demanda. Agrega también que el resultado no sería distinto si, en gracia de discusión, se tomara el término de caducidad de 3 años del CCA.

Adicionalmente, los actos demandados que dieron lugar a la sanción de las normas de regulación de la competencia fueron proferidos por la Delegatura para la protección de la competencia, luego los efectos de tales actos no se vieron afectados por la decisión adoptada por la Superintendencia Delegada para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, mediante la resolución 55.819 de 2012, porque trataba sobre un tema distinto del que dio lugar a la demanda.

En lo relativo al segundo cargo, esto es, el referido a que las normas relativas a la libre competencia no pueden ser oponibles a una entidad de naturaleza cooperativa, el *a quo* estimó que dicho argumento no había sido planteado en sede administrativa y por tanto no podía ser esgrimido en la demanda conforme lo ha exigido la jurisprudencia del Consejo de Estado³³.

³³ Consejo de Estado, Sentencia del 27 de junio del 2002, Consejero Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. N° rad. 25023240002000018401. En la providencia se plantea la

IV.- LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, la parte demandante interpuso oportunamente el recurso de apelación³⁴ contra la sentencia de primera instancia. Los fundamentos de la impugnación se sintetizan en los siguientes argumentos:

1. COOFLOTAX siempre ha actuado conforme a derecho y de buena fe en la medida en que por ser una Cooperativa perteneciente al sector solidario no podía realizar acuerdos anticompetitivos.
2. La administración no puede considerar que los actos sancionados fueron de ejecución continuada y, de haber sido así, debió ponerles freno desde que tuvo conocimiento de los mismos.
3. Los hechos sancionados se agotaron al tiempo en que la queja se instauró (el primero de abril del 2007) y no se puede dar aplicación a ley 1340 del 2009 ya que es posterior a los hechos denunciados, luego no puede ser aplicada retroactivamente a hechos que datan del año 2007, dado que toda ley surte efectos hacia futuro y más en tratándose de potestades sancionatorias.

diferencia entre el hecho de ampliar la argumentación propuesta en vía gubernativa y el de proponer hechos nuevos, ambos en el trámite judicial. *“el hecho nuevo, como es obvio, amplía la realidad del debate que se venía desarrollando”.*

³⁴ Folios 382 a 389 del cuaderno N° 1 del expediente.



4. Las resoluciones sancionatorias carecen de legalidad por falta de competencia temporal para su expedición en virtud de la resolución 55.819 de 26 de septiembre de 2012. Esta resolución declara la caducidad de la de la potestad sancionatoria del Estado contenida en la resolución 33.970 del 30 de junio de 2010, al haber transcurrido los tres años indicados en el artículo 38 del CCA. Así pues se explica la ilegalidad e ineficacia de la sanción allí contenida.

Al respecto aclara que la resolución 55.819 no padece de ningún vicio en sus elementos motivo por el cual está vigente y produce plenos efectos jurídicos.

5. Suplica que no sea condenada en costas ya que el hecho de someter a control judicial las resoluciones del caso no se hizo con temeridad o mala fe.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1.- La entidad actora

Estando en la oportunidad legal correspondiente, la parte actora alegó de conclusión en similares argumentos de los expuestos en la sustentación del recurso de apelación.

5.2.- La entidad accionada



Se opone a los cargos planteados por el actor porque considera que las resoluciones contradichas gozan de irrefutable legalidad, están perfectamente ajustadas a la normatividad vigente y no violan las normas superiores señaladas por la entidad demandante.

Estas resoluciones sancionaron a COOFLOTAX por haberse demostrado en el procedimiento administrativo que, junto con otras empresas, concertó la fijación del precio del combustible en la ciudad de Duitama entre los años 2007 y 2009, conducta catalogada por la ley como una forma de acuerdo restrictivo de la competencia.

La entidad demandada argumenta que dicho paralelismo de precios no se debe a una circunstancia propia de la estructura del mercado, sino que más bien obedeció a una práctica anticompetitiva derivada de un acuerdo establecido entre las empresas investigadas. Esto lo explica así:

1. En atención a los precios sugeridos por las circulares mensuales expedidas por la Seccional Boyacá y Casanare para la venta del combustible, se encuentra que los precios de venta al público mantenidos por COOFLOTAX, durante el periodo de investigación, coincidieron de manera uniforme con los sugeridos en las circulares mencionadas; o si se quiere, nunca se encontró, por lo menos, una variación de precios que representara el 1% entre las estaciones investigadas.



2. Tomando en cuenta una variedad de factores diferenciadores tales como (i) tipos de estación por volúmenes vendidos, (ii) número de empleados, (iii) costo de transporte y (iv) ubicación de las estaciones de servicio, se encontró que las condiciones de competencia manejadas por las distintas estaciones no eran lo suficientemente semejantes como para justificar las similitudes o tendencias de los precios ofrecidos. Esto aunado al deber ser que cada estación ajustará sus precios en atención a sus dimensiones.

3. COOFLOTAX no puede fundamentar la ejecución de conductas restrictivas de la competencia en su naturaleza de cooperativa perteneciente al sector solidario, puesto que la libertad de asociación no es ilimitada y si debe ajustarse a la protección del interés general, representado aquí, en el normal y correcto funcionamiento de los mercados.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La agencia delegada del Ministerio Público ante el Consejo de Estado guardó silencio.

VII.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes.



VIII.- CONSIDERACIONES

La Sala, atendiendo los argumentos expuestos por el recurrente, entrará a resolver el recurso de apelación contra la sentencia de 11 de octubre de 2013 proferida dentro del radicado de la referencia. Para el efecto se impone estudiar los siguientes asuntos: 1) La caducidad de la facultad sancionatoria en materia de prácticas restrictivas de la competencia. 2) Los efectos de la Resolución 55819 de 26 de septiembre de 2012, mediante la cual se declaró la caducidad en una actuación administrativa sancionatoria. 3) La condena en costas.

8.1.- La caducidad de la facultad sancionatoria en materia de prácticas restrictivas de la competencia

Antes de entrar a decidir si había o no caducado la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, es menester verificar, en primer término, si la conducta que dio lugar a la investigación administrativa fue continuada o de ejecución instantánea, toda vez que este es uno de los argumentos esgrimidos por la parte actora para sostener que la entidad demandada no podía imponer sanción alguna.

Además, es preciso determinar la norma aplicable al caso concreto ya que el tribunal resolvió el caso acudiendo al término de caducidad de



cinco (5) años que contempla la Ley 1340 de 2009 siendo que, en criterio de la parte actora, se debió dar aplicación al artículo 38 del CCA que dispone de un término de caducidad de (3) años por ser la norma vigente al momento en que ocurrieron los hechos.

En ese orden se tiene que las pruebas documentales que reposan en el expediente dan cuenta de que el hecho constitutivo de la sanción administrativa se concreta en el paralelismo en los precios de la gasolina y el ACPM ofrecidos por las estaciones de servicios ubicadas en el municipio de Duitama, conducta que fue desplegada **de manera continua desde el año 2007 hasta el año 2009** tal y como se advierte a folios 117 (reverso) y 118 del cuaderno principal. Al respecto se precisa que la entidad demandada reprochó el hecho de que la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES FLOTAX DUITADA acordara con otros actores del mercado, que también fueron objeto de investigación y de sanción, fijar precios del combustible y así incurrir, **durante ese lapso de tiempo**, en prácticas restrictivas de la competencia que se encuentran proscritas por el ordenamiento jurídico.

Sobre el particular la Sala ya se pronunció en un caso precedente en el que se demandó la nulidad de los mismos actos cuya legalidad se discute en este proceso, ocasión en la que precisó lo siguiente:

“De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el acuerdo de precios se produjo y se conservó por las distribuidoras de combustibles relacionadas en las Resoluciones acusadas hasta el mes de diciembre de 2009, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos de las Tablas núms. 6, 7, 8, 9 y 10, así como en la Gráfica núm. 5, visibles en el anverso y reverso de los folios 146 y 147 del cuaderno de Anexos de la demanda, lo que le 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.”³⁵

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, para la Sala no cabe ninguna duda respecto del carácter continuado de la conducta que dio lugar a la sanción administrativa, lo que permite esclarecer cuál es la disposición normativa que debe aplicarse para resolver el alegato expuesto en el recurso de apelación, que apunta a señalar que la Superintendencia no ejerció su potestad sancionatoria dentro del término establecido en la ley.

En definitiva, se trata de verificar si el término de caducidad de la potestad sancionatoria es el que contempla el artículo 38 del CCA (tres años) o el que dispone el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 (cinco años). Precisamente, la Sala ha tenido oportunidad de precisar que, tratándose de conductas continuadas o permanentes, el término de

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, fallo de 13 de noviembre de 2014 expedido dentro del expediente No. 15001-23-33-000-2013-00254-01, actor: Estación de Servicio Villa del Río y Otros, demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

caducidad debe contarse a partir del último acto³⁶. Bajo la aplicación de dicha regla se deduce fácilmente que el término de caducidad será el que contemple la norma vigente para el momento en que ocurra el último acto que haga parte de la conducta (permanente) que dio origen a la investigación administrativa, que, para el caso concreto, es el mes de diciembre de 2009 conforme lo visto a folios 117 (reverso) y 118 del cuaderno principal.

Bajo el amparo de los anteriores razonamientos se puede afirmar que el término de caducidad para el caso de la investigación administrada dentro de la cual se expidieron los actos administrativos acusados, es el que contempla el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, que entró en vigencia el 24 de julio de ese año dado que fue publicada en el diario oficial 47420 de ese día.³⁷

El artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 es del siguiente tenor:

“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

³⁶ En ese sentido puede verse la sentencia de 29 de abril de 2015 dictada por esta Sección en el radicado 2005-01346-01, actor: Hermes Hernán Rodríguez Hernández.

³⁷ Respecto la vigencia de la Ley 1340 de 2009, su artículo 34 señala: “Artículo 34. Vigencia. Esta ley rige a partir de su publicación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”

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” (Resalta la Sala).

Partiendo de que el último hecho constitutivo de la conducta fue en diciembre del año 2009, y que la decisión que puso fin a la actuación administrativa (Resolución 11651 de 29 de febrero de 2011) se notificó el 9 de marzo de 2012, se concluye que la facultad sancionatoria de la administración no ha caucado como quiera que entre uno y otro acto no habían transcurrido más de cinco años.

A la misma conclusión llegó la Sala al resolver el recurso de apelación interpuesto dentro del expediente No. 15001-23-33-000-2013-00254-01, en el que se demandaron los mismos actos que en este proceso. Al respecto se dijo en el fallo de 13 de noviembre de 2014:

“Se advierte, en conclusión, que desde la última fecha de ejecución de la conducta contraria a las normas de promoción de la competencia, esto es, diciembre de 2009, hasta la fecha de notificación de las Resoluciones núms. 71794 del 12 de diciembre de 2011 y 11651 de 29 de febrero de 2012, es decir, los días 16 de diciembre de 2011³⁸ y 13 de marzo de 2012³⁹, respectivamente, no había transcurrido el término de cinco (5) años, a que se refiere el artículo 27 antes citado a efectos de que se produjera el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado.”

³⁸ Visible en el reverso del folio 179 del cuaderno de Anexos de la demanda.

³⁹ Visible en el reverso del folio 253 del cuaderno de Anexos de la demanda.



Por lo visto, la Sala encuentra que no le asiste razón al apelante y en consecuencia confirmará la sentencia de primera instancia en lo que a este punto se refiere.

8.2.- Los efectos de la Resolución 55819 de 26 de septiembre de 2012, mediante la cual se declaró la caducidad en una actuación administrativa sancionatoria.

El argumento expuesto por la parte actora redundaba en sostener que la Directora de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, mediante Resolución No. 55819 de 29 de septiembre de 2012⁴⁰, declaró la caducidad de su facultad sancionatoria y en consecuencia ordenó archivar el expediente, lo cual impedía que la Superintendencia de Industria y Comercio impusiera sanción por los mismos hechos.

Al respecto, el tribunal acogió la postura de la entidad demandada bajo la cual se concluye que las resoluciones N°s 33970 del 30 de junio del 2010 y 71794 del 12 de diciembre del 2011, fueron expedidas por la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia en el marco del trámite N° 07-27597, con el objetivo de indagar sobre una posible vulneración a la normatividad de la libre competencia, mientras

⁴⁰ Folios 294, 295 y 296 del cuaderno No 1 declaró la caducidad de la potestad sancionatoria



que la Resolución N° 55819 del 26 de septiembre del 2012, fue proferida por la Superintendencia Delegada para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, bajo el contexto del trámite N° 10-148978, buscando proteger los derechos de los consumidores.

Para la Sala esta conclusión resulta valedera teniendo en cuenta que la Resolución No. 55819 es clara en señalar que el fenómeno de la caducidad sobrevino respecto de ***“la competencia de esta Dirección de investigaciones para el control y verificación de reglamentos técnicos y metrología legal, para continuar adelantando el correspondiente trámite y pronunciarse sobre el fondo del asunto investigado”*** (negrillas de la Sala).⁴¹

La cita antes expuesta muestra de manera fehaciente que la declaratoria de caducidad prevista en la Resolución No. 55819 sólo produjo efectos respecto de las conductas materia de investigación por parte de la Dirección de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, lo cual resulta apenas lógico si se tiene en cuenta que el artículo décimo quinto de la Resolución 33970 ordena que el asunto sea remitido a dicha dependencia ***“para lo de su competencia”***.⁴²

⁴¹ Folio 295 del cuaderno No. 1

⁴² Folio 5 del DC 2 (cuaderno público No. 8) que obra a folio 283 A del cuaderno principal.



Bajo este contexto no puede interpretarse, como lo pretende la parte actora, que el aludido acto administrativo puso fin a todas las investigaciones administrativas que se adelantaban en su contra, habida cuenta que, como se ha podido constatar, una era la investigación que se seguía en la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia y otra la que archivó la Superintendencia Delegada el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal a través de su Dirección de investigaciones.

En este orden de ideas, no se encuentran motivos valederos para revocar el fallo de primera instancia, razón por la cual será confirmado en lo que a este aspecto se refiere.

5.- La condena en Costas.

Según lo contempla el artículo 188 del CPACA, toda sentencia que se profiera por el juez de lo contencioso administrativo dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos que se ventile un interés público. Para el efecto, advierte la aludida disposición legal, se deberá acudir a las reglas contempladas en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso (CGP).

Por su parte, el artículo 365 del CGP dispone:

“Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

Frente al contenido de esta disposición legal, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en el sentido de precisar, mediante sentencia C- 157 de 2013, que la condena en costas resulta del hecho de que la parte sea vencida en juicio, sin que ello implique un análisis subjetivo de la conducta. En ese sentido dijo la Corte:

*“[...] La condena en costas **no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada**, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.*

*Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley**. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. [...]” (negrillas fuera de texto)*

En efecto, el artículo 365 del CGP antes citado, y al cual se acude por expreso mandato del artículo 188 del CPACA, contempla un criterio objetivo – valorativo para la condena en costas, habida consideración de que basta con que la parte resulte vencida en el juicio y se constate

que las costas se hayan causado para fijar la condena correspondiente⁴³.

También es del caso aclarar que, aun cuando la integración normativa se haga con el CPC, tal y como ocurrió en este asunto, la condena en costas sigue obedeciendo a un criterio objetivo conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en la precitada providencia.

En el caso concreto, el tribunal condenó en costas a la parte actora bajo el supuesto de que esta había sido vencida en juicio de conformidad con los artículos 188 del CPACA y 392 del CPC, imponiéndole a cargo la obligación de pagar la suma de tres millones setecientos once mil setecientos ocho pesos (\$3'711.708), decisión que se fundamentó en el Acuerdo 1887 de 2003⁴⁴ del Consejo Superior de la Judicatura, el cual prevé que las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos legales mensuales vigentes o en un porcentaje hasta del 20% relativo al valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

⁴³ En lo relativo a este último aspecto, se resalta que el numeral 8 del artículo 365 del CGP dispone que solo habrá lugar a condenar a la parte vencida en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

⁴⁴ Artículos 3.º y 4.º en concordancia con el numeral 3.1.2 del artículo 6.º.



Así las cosas, la Sala observa que la condena en costas se ajusta a derecho y en este punto la sentencia recurrida también será confirmada.

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

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, dictada en audiencia inicial el 11 de octubre de 2013, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la parte actora.

SEGUNDO: Una vez en firme esta decisión, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA