

Radicación: 17-327215 – Caso “BOLETERÍA ELIMINATORIAS RUSIA 2018”

Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020 – Recurso de reposición

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Estructura compleja de los carteles empresariales

Al respecto, la experiencia ha demostrado que, por lo general, los carteles empresariales adquieren una estructura compleja con el fin de evitar ser detectados fácilmente por la Superintendencia de Industria y Comercio o cualquier otra autoridad. Así, esta Entidad ha dado cuenta de situaciones en donde en un mismo cartel, diferentes agentes de mercado adelantan conductas aparentemente independientes y no relacionadas entre sí, pero que en realidad se encuentran encaminadas a la obtención de un objetivo común.

Es el caso, por ejemplo, de un acuerdo restrictivo de la competencia cuyos participantes no concurren al mismo tiempo a las mismas reuniones, se pongan en contacto a través de intermediarios y, en general, busquen aparentar un actuar independiente en el mercado que en realidad no existe. Esta situación incluso ha sido reconocida en el ámbito internacional, así:

“Varios carteles son complejos y de larga duración. Durante un periodo de tiempo, algunas firmas pueden ser más activas que otras en el desarrollo del cartel; algunas pueden “retirarse” temporalmente pero posteriormente regresar; otras pueden asistir solo a algunas reuniones; puede haber muy pocas ocasiones en donde todos los miembros del cartel se reúnen realmente o se comportan coordinadamente con los demás (...).”

Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia internacional han reconocido cómo estas situaciones de complejidad en la estructura de los carteles no pueden ser un obstáculo para que la autoridad de competencia establezca la existencia y sancione la participación de una empresa en un acuerdo anticompetitivo. Por esta razón, se ha aceptado que en caso de probarse los siguientes elementos, la autoridad de competencia deberá sancionar la conducta colusoria: (i) un plan general para conseguir un objetivo común; (ii) la contribución por parte de cada uno de los participantes; y (iii) que estos últimos conozcan o puedan prever, de forma razonable, el actuar anticompetitivo de los demás cartelistas. Precisamente, en el caso Aalborg Portland y Otros Vs Comisión de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia de Europa afirmó lo siguiente:

*“Para establecer la participación de una empresa en un acuerdo de esta índole, la Comisión debe probar que **la empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo**” (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

De esta forma, el hecho de que un participante en un acuerdo anticompetitivo adelante únicamente ciertos elementos de la conducta reprochada o tenga una participación menor en la misma, en nada desdibuja su responsabilidad por su participación en la conducta colusoria ni la existencia de la misma, siempre que se logre probar que con su actuar buscó aportar en la consecución de un objetivo común anticompetitivo y conozca, o pueda prever de manera razonable, los comportamientos ejecutados por los demás cartelistas. En el caso Anic Participazioni Vs Comisión de la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia sostuvo que la participación de un cartelista únicamente en algunos de los elementos de la práctica colusoria, debe ser tomada en cuenta solamente para determinar el valor de la multa:

*“En tercer lugar, **el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado debe tomarse en consideración cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, cuando se determine la multa**”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Relaciones preexistentes entre los cartelistas

En relación con los argumentos respecto a que las relaciones de amistad previas entre los sancionados, mencionadas por la Resolución Sancionatoria, no podían ser tomadas como indicativas de acuerdos anticompetitivos, es importante aclarar cómo este tipo de vínculos preexistentes no son en sí mismos reprochables, razón por la cual no se presentaron para dar cuenta del comportamiento anticompetitivo objeto de estudio, sino simplemente como un indicio que, desde una perspectiva lógica y de sana crítica, valorado en conjunto con el acervo probatorio obrante en el Expediente, hace más explicables y comprensibles los comportamientos de coordinación que configuraron propiamente el acuerdo ilegal sancionado por la Resolución Sancionatoria.

El anterior entendimiento, como se mencionó por parte de esta Entidad, ha sido ratificado por la jurisprudencia administrativa al señalar que la práctica colusoria por su naturaleza requiere previo conocimiento de quienes efectúen el acuerdo restrictivo de la competencia. Al respecto, se ha sostenido que:

Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020 – Recurso de reposición

“Al respecto la Sala conviene con el criterio tanto de la SIC como con los argumentos expuestos por el demandante en el desarrollo de las distintas etapas del proceso administrativo sancionatorio, en el sentido que el hecho de tener este tipo de relación, por sí misma no es censurable, esto es, la asociación de las compañías para participar conjuntamente en los procesos de selección, es una facultad permitida por el ordenamiento jurídico y una práctica común de los comerciantes e interesados en ser adjudicatarios de contratos estatales, aunando esfuerzos para tal fin. **Sin embargo, no por ello este indicio debe ser desestimado, pues la práctica colusoria por su naturaleza requiere previo conocimiento de quienes efectúen el acuerdo restrictivo de la competencia, siendo más probable la incursión en este tipo de conductas entre quienes previamente han trabajado conjuntamente en otros procesos de contratación pública y se conocen con antelación.**

Mal haría la Sala considerar que se probó el acuerdo restrictivo de la competencia sólo teniendo en cuenta la relación personal y comercial entre quienes fueron sancionados por la Superintendencia demandada, sin embargo, la ocurrencia de este elemento materia de prueba, con otros elementos fácticos y probatorios, sí permite establecer la incursión en este tipo de conductas reprochables” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este sentido, se reitera, las relaciones preexistentes entre los cartelistas en el presente caso no fueron tomadas como una prueba directa de la existencia de la conducta anticompetitiva, sino fueron situaciones que, valoradas de manera integral con los demás elementos probatorios, permitieron develar la existencia de un actuar anticompetitivo por parte de los sancionados. Debe recordarse, que no es el análisis aislado de un elemento probatorio, sino el estudio integral de todos ellos, lo que permitió llegar a conclusiones respecto del ilícito imputado, por lo cual los argumentos de los recurrentes encaminados a desestimar el análisis hecho sobre las relaciones previas entre los cartelistas son improcedentes.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Libertad contractual

Precisamente, la Resolución Sancionatoria fue enfática en manifestar que la libertad contractual está sujeta a especiales restricciones cuando, por ejemplo, los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia o se pretenda instrumentalizar algún contrato con el ilícito propósito de perpetuar conductas anticompetitivas. Precisamente, esta Superintendencia en otras oportunidades ha advertido que:

“(…) el hecho de que el contrato de mandato sea una figura jurídica consagrada en la Ley no implica que con ella se puedan perpetrar conductas ilegales. **Aceptar esa tesis equivaldría a legalizar conductas como el mandato de varios competidores para que un tercero fije los precios del mercado, cuestión que por el hecho de estar bajo el ropaje de un mandato no dejaría de ser un cartel de precios ilegal”** (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este sentido, aunque en el presente caso no se desconoció la legalidad del contrato de Cuentas en Participación y la capacidad de las partes para celebrarlo, lo cierto es que del análisis del contenido del mismo a la luz de las demás pruebas existentes en el Expediente, se determinó que dicha figura contractual fue utilizada para dar una apariencia de legalidad al vínculo existente entre **TICKET YA** y **TICKETSHOP**, en el marco del acuerdo ilegal, lo que posteriormente permitió materializar la segunda etapa del sistema anticompetitivo, consistente en la desviación masiva de la boletería para las Eliminatorias al Mundial de Rusia 2018, y su posterior reventa a precios excesivamente altos a los establecidos por la **FCF**.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – participación de un agente en el acuerdo anticompetitivo

Al respecto, es importante reiterar que el hecho de que un participante en un acuerdo anticompetitivo adelante únicamente ciertos elementos de la conducta reprochada, en nada desdibuja su responsabilidad por su participación en la conducta colusoria ni la existencia de la misma, siempre que se logre probar que con su actuar aportó en la consecución de un objetivo común anticompetitivo y conoció, o pudo prever de manera razonable, los comportamientos ejecutados por los demás cartelistas.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración Probatoria - Análisis indiciario

Por otro lado, debe reiterarse que a partir de los anteriores hechos, probados a través de pruebas directas y que demuestran un actuar conjunto entre los cartelistas, esta Superintendencia realizó un análisis indiciario de acuerdo a la normatividad vigente, que le permitió concluir que en el marco de dicho comportamiento colusorio entre los cartelistas, existió un flujo de información entre ellos el día de recepción de las propuestas económicas, que facilitó el segundo acto de favorecimiento a la propuesta de **TICKETSHOP**.

Sobre el análisis indiciario realizado, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que:

Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020 – Recurso de reposición

“Las máximas de la experiencia son enunciados generales y abstractos, que dan cuenta de la manera como casi siempre ocurren ciertos fenómenos, a partir de su observación cotidiana (CSJ AP, 29 Ene. 2014, Rad. 42086, entre muchas otras).

(...)

Así, por ejemplo, **si no existe “prueba directa” de que varias personas acordaron previamente** realizar una conducta punible (elemento estructural de la coautoría), **pero se tiene el dato de que actuaron coordinadamente**, el dato desconocido (el acuerdo previo) puede inferirse razonablemente a partir del dato conocido (actuaron coordinadamente), a partir de un enunciado general y abstracto que puede extraerse de la observación cotidiana y repetida de fenómenos, que podría expresarse así: **casi siempre que varias personas ejecutan una acción de forma coordinada es porque previamente han acordado su realización**” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Por otro lado, es de gran importancia recordar que, como se ha entendido en el ámbito local e internacional, para determinar la existencia de uno de los acuerdos considerados como restrictivos de la libre competencia en los términos del Decreto 2153 de 1992, no es necesario contar exclusivamente con prueba directa que dé cuenta del comportamiento colusorio entre los cartelistas.

Por el contrario, se ha establecido que puede evidenciarse la existencia de comportamientos anticompetitivos con la presencia de pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales. Así, dichos indicios se constituyen no solo como un medio de prueba óptimo para concluir que una conducta es anticompetitiva, sino que además son la forma más idónea y común de probar prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

En efecto, se ha entendido que, por ejemplo, en los casos de colusión en licitaciones públicas, precisamente la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial juega un papel fundamental. Esto debido a que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, como lo podrían ser acuerdos escritos entre las partes. (...).

Por su parte, en Estados Unidos las diferentes Cortes han entendido que la prueba directa no es un requisito sine qua non, y por el contrario, la evidencia circunstancial permite establecer la existencia de acuerdos anticompetitivos. Como señala el profesor William Kovacic “en casos de derecho de la competencia, las cortes permiten que la existencia de un acuerdo sea establecida por evidencia circunstancial”, lo cual es manifestado de igual forma por el juez Richard Posner, quien señaló que “la mayoría de los casos son construidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial”.

Finalmente, según la **OCDE**, cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia, por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta o indiciaria.

Ahora bien, en el ámbito local, esta Superintendencia se ha referido en diferentes ocasiones al respecto, afirmando que:

“(…) en la mayoría de investigaciones que adelantan las autoridades de competencia sobre este tipo de conductas resulta necesario buscar patrones extraños o irregulares en la presentación de las ofertas. En otras palabras, las colusiones en licitaciones, tanto en Colombia como en otras jurisdicciones, normalmente se prueban a través de indicios que, en su conjunto, y considerando el peso de cada uno de ellos, forman el convencimiento del juzgador respecto de la comisión de la conducta. Tan es cierto lo anterior que la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE ha diseñado guías para combatir la colusión en licitaciones, en las cuales establece los indicios que llevan a demostrar la existencia de este tipo de conductas anticompetitivas.

Más aún, (...), internacionalmente se reconoce que los indicios juegan un papel fundamental en la identificación de acuerdos anticompetitivos, en la medida en que la mayoría de investigaciones por la supuesta comisión de acuerdos no existe un documento en que conste el contrato o el cartel, pero sí numerosas piezas procesales a partir de las cuales el juez o la administración pueden concluir, con certeza absoluta, que existió una conducta ilegal” (Subraya fuera de texto original).

Incluso, el Consejo de Estado ha avalado el uso de los indicios como medios de prueba para detectar la existencia de acuerdos anticompetitivos.

De lo anterior puede evidenciarse que el máximo Tribunal en materia administrativa en el país no solo acepta el uso de los indicios como medio de prueba, sino que reconoce explícitamente su utilidad y necesidad en actuaciones en las que se busca establecer la existencia de acuerdos violatorios del régimen de libre competencia. (...).

Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020 – Recurso de reposición

[E]sta Superintendencia, para la demostración de una de las conductas que conformó el segundo acto de favorecimiento, consistente en un flujo continuo de información entre los cartelistas que les permitió revisar en tiempo real las propuestas que se recibieron en la FCF para lograr determinar el valor final de la propuesta de TICKETSHOP, a través de prueba indiciaria, siguió cada uno de los elementos estructuradores sugeridos en la jurisprudencia con tal propósito. En efecto, cada una de las conclusiones a las que llegó este Despacho estuvo precedida por la existencia de unos hechos conocidos o indicadores debidamente acreditados por distintos medios probatorios directos –documentales y testimoniales– (Elemento No. 1), se estableció un hecho desconocido a demostrar (Elemento No. 2) y, además, contenían una valoración en conjunto, que a través de un razonamiento probatorio, apoyado en la sana crítica y las máximas de la experiencia, llevó a la demostración del hecho pretendido (Elemento No. 3), por lo que cualquier alegato dirigido a restarle eficacia a la prueba indiciaria en el presente caso respecto a la existencia de un segundo acto de favorecimiento, no tiene ningún mérito de prosperidad y debe ser rechazado.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Publicidad de las actuaciones administrativas

[E]s importante precisar que la publicidad que se realiza de los diferentes actos administrativos obedece al estricto cumplimiento de las disposiciones normativas que regulan la materia. (...)

[L]a normatividad especial que regula los aspectos procedimentales en materia de infracción a las normas sobre protección de la competencia, es la que dispone la obligación para esta Superintendencia no solo de publicar en la página web la “apertura de una investigación, así como la decisión de imponer una sanción”, sino también de ordenar a los sancionados su publicación en “un diario de circulación regional o nacional”.

Lo anterior encuentra completa armonía con el principio de publicidad que gobierna las actuaciones administrativas previsto en el numeral 9 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, según el cual “(...) las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información (...)” (Subrayas fuera de texto original).

De tal modo, el reiterado descontento de los recurrentes con el estricto cumplimiento del principio de publicidad en nada desdibuja la obligación legal de la Superintendencia de Industria y Comercio ni tampoco es una circunstancia que constituya nulidad de la actuación. En idéntico sentido, la valoración o interpretación que los medios de comunicación realicen al momento de difundir ciertas decisiones, bajo ninguna circunstancia puede ser atribuible a esta Superintendencia por lo que no pueden ser argumentos válidos para alegar un supuesto desconocimiento del principio de imparcialidad.

A partir de las razones expuestas, este Despacho puede concluir que las diferentes actuaciones desplegadas en el procedimiento administrativo, en lo que respecta a la publicidad de las decisiones proferidas, se encuentran en plena sujeción a la normatividad que regula la materia, sin que exista algún asomo de irregularidad que pueda acarrear su nulidad.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Etapa de averiguación preliminar – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

[D]entro 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). De esta forma, esta Superintendencia está facultada para adelantar averiguaciones preliminares, donde concreta parte de sus funciones de inspección, vigilancia y control del régimen de protección de la libre competencia económica. Tal facultad se encuentra prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, (...).

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 para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

[L]a etapa de averiguación preliminar es una actuación facultativa de la administración en que materializa sus facultades de inspección. Dicha etapa, de carácter reservado, no está sujeta a formalidad alguna, no es obligatoria y tiene como relevante finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación formal. El elemento de reserva tiene mucha importancia en las funciones de inspección de esta 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 Autoridad propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no

Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020 – Recurso de reposición

interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

[L]a relevancia de la etapa de averiguación preliminar, donde esta Entidad concreta sus funciones de inspección, radica en que 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. En tal sentido, se resalta que la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información o el incumplimiento a los requerimientos formulados por esta Superintendencia y, así mismo, la obstrucción de sus actuaciones, revisten la misma gravedad de las conductas catalogadas como anticompetitivas, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a diversas pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular. (...).

[E]sta Superintendencia en la etapa de averiguación preliminar se encuentra investida de sendas facultades constitucionales y legales tanto 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, como también para reprochar el hecho de que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, omita acatar en debida forma las solicitudes de información, desatienda sus requerimientos o incluso obstruya sus actuaciones.

De esta forma, resulta pertinente comenzar por evidenciar que, justamente, es el mismo artículo 15 de la Constitución Política 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. (...).

[L]a Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal, en su artículo 202, 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”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De lo anterior se concluye que, contrario a lo afirmado por el recurrente, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la libre competencia económica, puede ordenar y realizar visitas administrativas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y los documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley.

Por este motivo, no se encuentra razón alguna en las afirmaciones del recurrente respecto a que la información y los equipos institucionales que fueron requeridos durante las visitas administrativas adelantadas en el marco de la actuación preliminar fueron recaudados contrariando la ley. Por el contrario, el propio Consejo de Estado ha sido enfático en indicar que las competencias ordinarias que fueron asignadas a esta Entidad en el Decreto 2153 de 1992 la autorizan para requerir a cualquier persona natural o jurídica la información que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Declaraciones rendidas en la etapa de averiguación preliminar

[L]as declaraciones que se surten en la etapa preliminar de un procedimiento administrativo sancionatorio, como en el presente caso, no se ajustan a los supuestos señalados en el artículo 188 del CGP, como erróneamente lo afirman los recurrentes. Esto toda vez que la citada norma hace referencia y aplica en el marco de procesos de naturaleza adversarial, pues es en ese tipo de procedimientos en los cuales existirá, con posterioridad a la práctica de esas pruebas, una contraparte propiamente dicha.

Por lo tanto, es equivocada la exigencia de los recurrentes de aplicar esta norma como si se tratara de un proceso adversarial a una declaración rendida en el marco de una etapa preliminar de una actuación administrativa. Esto por cuanto, si bien el procedimiento administrativo sancionatorio remite a las normas del CGP, su aplicación debe armonizarse con la naturaleza del trámite en cuestión, por lo cual, en el presente caso, no es posible dar aplicación al artículo 188 del CGP.

[E]l procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por esta Superintendencia en investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia no se basa en un modelo dispositivo, como los procesos judiciales, según el cual corresponde a las partes dar inicio, impulsar y llevar a su culminación los procesos. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional “(...) Con sustento en doctrina autorizada, esta corporación ha explicado que

Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020 – Recurso de reposición

los sistemas dispositivos confieren a las partes el dominio del procedimiento y el juez no cumple ningún papel activo en el desarrollo del proceso sino en la adjudicación, al momento de decidir un litigio”.

Por el contrario, las actuaciones de esta Entidad corresponden a un modelo inquisitivo, en dónde, según el máximo tribunal en materia constitucional, “(...) el juez debe investigar la verdad, prescindiendo de la actividad de las partes. Por tanto, puede iniciar oficiosamente el proceso, decretar de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a buscar la verdad”.

En este orden de ideas, debe entenderse que el artículo 188 del CGP alegado por los recurrentes, tiene aplicación exclusivamente en procesos de naturaleza dispositiva, en los cuales la carga de la prueba recae en las partes del litigio, quienes están en la obligación de determinar el rumbo de las pruebas. Por el contrario, en una actuación administrativa sancionatoria como la presente, la carga de la prueba recae en la administración, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, quien está en la obligación de impulsar la investigación y valorar todos los elementos de prueba que tenga a su disposición, sin que sea posible otorgar facultad a los investigados de influir en la validez de un medio de prueba.

Llegar a afirmar lo contrario, y aceptar la tesis de los recurrentes, llevaría al absurdo de considerar que el despliegue de recursos en la etapa de investigación que adelanta una autoridad administrativa, en aras de determinar la violación a un régimen legal, como el de prácticas restrictivas de la competencia, que busca proteger el interés general (libre entrada y salida a los mercados, eficiencias económicas y bienestar del consumidor), se pudiera ver obstruido por la mera voluntad de los investigados, por ejemplo, de no acudir a una ratificación. Por este motivo, no puede ser de recibo el argumento de los recurrentes que busca la aplicación del artículo 188 del CGP en el presente caso (...).

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Principios de legalidad y tipicidad – Prohibición General

[C]omo lo ha señalado jurisprudencia pacífica sobre la materia, uno de los elementos que definen el Estado moderno es la sujeción de sus autoridades al principio de legalidad. La idea de que el ejercicio del poder no puede corresponder a la voluntad particular de una persona, sino que debe obedecer al cumplimiento de normas previamente dictadas por los órganos de representación popular, es un componente axiológico de la Constitución Política de 1991, en la cual se define expresamente a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1) basado en el respeto de las libertades públicas y la defensa del interés general (artículo 2).

Sobre la importancia del principio de legalidad en la formulación del Estado social de derecho la Corte Constitucional ha señalado que la definición de Colombia como un Estado de Derecho implica, entre muchas otras cosas, que la actuación de las autoridades públicas debe sujetarse a la prescripción legal. Este deber de sujeción constituye una de las expresiones más importantes del principio de legalidad: implica que el comportamiento que desplieguen los órganos del Estado para alcanzar sus fines, debe sujetarse a las condiciones que para ello se hubieren establecido en las normas que disciplinan su actuación.

[D]esde la jurisprudencia administrativa y constitucional es incuestionable que el principio de legalidad y tipicidad de las conductas adquiere una mayor relevancia, y constituye un pilar fundamental, cuando se trata de la potestad sancionadora del Estado. Sin que ello quiera decir que las garantías del debido proceso comportan un alcance idéntico en el ámbito judicial y el administrativo.

En tal medida, la extensión y aplicación de las diferentes garantías del debido proceso en el ejercicio de la función pública no es idéntica a la que se efectúa en el ámbito judicial. En las actuaciones administrativas ocurre bajo estándares más flexibles que permiten asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración.

Esta distinción es apenas lógica, en primer lugar, debido a que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas (artículos 29 y 209, Superiores) de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad, diferentes al ámbito judicial, como es el caso de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista 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 segundo lugar, las actuaciones administrativas, si bien están revestidas de presunción de legalidad, son susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso administrativa –control posterior-, por el contrario, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales y después de surtidos los mecanismos de impugnación gozan del fenómeno de cosa juzgada.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha puntualizado que no es posible realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al ámbito administrativo.

Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020 – Recurso de reposición

[E]l principio de legalidad y tipicidad, como garantías del debido proceso, han encontrado una interpretación diferente en el ejercicio de la función administrativa. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que “[e]l principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. (...)”.

*En el contexto descrito, la jurisprudencia constitucional ha considerado que “(...) las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, **permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica**” (Negrilla fuera texto original). Como se ha visto, es indiscutible la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. No obstante, y a pesar de lo manifestado por los recurrentes, su intensidad, rigor o graduación es distinta a la exigida en el ámbito judicial (i.e. materia penal) como consecuencia, entre otras razones, de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias.*

[L]os argumentos presentados por los impugnantes relacionados con el supuesto desconocimiento del principio de tipicidad resultan absolutamente improcedentes, buscan una traslación mecánica del ámbito penal al administrativo, lo cual, desconoce que las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritas con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica. De ahí que para la administración exista un mayor grado de flexibilidad para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito; tanto así que el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal.

*[S]e ha señalado en anteriores oportunidades que en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se han identificado tres diferentes conductas independientes que se encuentran descritas en la disposición normativa citada, las cuales son: **(i)** la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primera, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; **(ii)** la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y **(iii)** la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.*

Esta posición, a pesar de lo manifestado por los recurrentes, encuentra sustento en la sentencia C-037 de 2017 de la Corte Constitucional, por medio de la cual el máximo tribunal constitucional en el país analizó la exequibilidad de dicha prohibición general (...).

*[E]ste Despacho encuentra que algunos de los recurrentes se equivocan al afirmar que las imputaciones relacionadas con carteles empresariales deben realizarse a partir del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y no por la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Dicha afirmación desconoce que la “prohibición general” establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 es aplicable a todo tipo de acuerdo restrictivo de la libre competencia económica que, a pesar de no encontrarse prohibido por norma especial, **(i)** directa o indirectamente tenga por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros; **(ii)** constituya una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia; y/o **(iii)** constituya una práctica, procedimiento o sistema con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.*

En otras palabras, la “prohibición general” aplica a los acuerdos anticompetitivos que, como el evidenciado en el presente caso, no pueden enmarcarse dentro de los tipos de acuerdos expresamente prohibidos por el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (el cual establece una lista no taxativa de acuerdos que, “entre otros”, se consideran contrarios a la libre competencia). Por este motivo, de ninguna manera puede entenderse que un comportamiento acordado entre agentes de mercado y que sea investigado por la posible violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, pierde inmediatamente su condición de acuerdo restrictivo de la competencia por el simple hecho de no enmarcarse en los términos establecidos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

SANCIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Criterios de graduación de la multa.

[E]n relación con la aplicación de los criterios de graduación de la multa previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es pertinente reiterar lo señalado en anteriores decisiones, al precisar que estos criterios no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, ya que los mismos deben ser utilizados dependiendo de si las particularidades de cada caso permiten o no su aplicación. Esta interpretación ha sido avalada por la jurisprudencia administrativa. (...).

Como puede apreciarse, si bien de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 existen siete (7) criterios a efectos de graduar la multa a imponer a un infractor, no necesariamente todos deben concurrir en un caso determinado.

Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020 – Recurso de reposición

También debe señalarse que el Consejo de Estado ha reconocido que “(...) la proporcionalidad [de la sanción] no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por **la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento**” (Negrilla fuera de texto original).

En el sentido descrito por la Corte Constitucional, una de las formas en las que puede darse cabal cumplimiento al principio de proporcionalidad es teniendo en cuenta el patrimonio, criterio que además de estar expresamente previsto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, permite determinar que frente a las empresas y las personas naturales involucradas la sanción tenga la rigidez apropiada.

Así las cosas, al momento de tasar las sanciones a imponer, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, considerando las condiciones particulares de cada persona sancionada y reconociendo que, por regla general, la situación financiera así como la actividad de cada investigado en el mercado no es la misma, o su rol en la comisión de la conducta varía, entre otras condiciones diferenciadoras. Lo anterior implica que las multas a imponer resulten, en términos absolutos, diferentes entre sí, pero asegura que se cumpla la finalidad de la multa en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

La discrecionalidad de la Autoridad de Competencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o algunos de los criterios. En todo caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga “un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción”, como ha tenido la oportunidad de anotarlo el Consejo de Estado (...).

[D]e acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación **no** impone, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un “razonamiento expreso y especial” sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Aun así, en el caso concreto, se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación y de la metodología usada por esta Autoridad para definir el monto final de la multa de todos los investigados, que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la “valoración de la gravedad de los hechos”.

Por todo lo anterior, es importante que al analizar el proceso de dosificación de las multas impuestas deban considerarse conjuntamente los diferentes criterios utilizados, de modo que de la lectura integral de los mismos se evidencie la motivación de este Despacho para el cálculo de las mismas, así como la proporcionalidad de las sanciones impuestas en el presente caso que, adicionalmente, garantiza que las mismas no fueran confiscatorias o expropiatorias y se garantice la capacidad de pago de los infractores.

Es así como todos aquellos argumentos que tengan como base la comparación entre el sancionado y otro agente haciendo uso de un solo criterio de dosificación, tendientes a indicar que las sanciones impuestas resultaron desproporcionadas, no prosperarán ante este Despacho. Lo anterior toda vez que como se mencionó, el proceso de tasación de una multa es multivariable –es decir, tiene en cuenta múltiples dimensiones de manera simultánea– de tal suerte que pretender que las consideraciones realizadas en cada criterio coincidan para todos y cada uno de los sancionados es imposible.

[E]n ejercicio del principio de legalidad y de libertad de configuración legislativa en sanciones administrativas, el Congreso de la República decidió, mediante la Ley 1340 de 2009, robustecer la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, hasta el punto de incrementar cincuenta (50) veces el nivel de las multas imponibles en relación con la normativa anterior.

Así, el legislador colombiano consideró, en la Ley 1340 de 2009, que un incremento en el monto de las sanciones desde el nivel que tenían previamente (antes de la Ley 1340 de 2009), se fundamentaba en la necesidad de lograr que la sanción **como represión al infractor** no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que se pueden obtener mediante prácticas restrictivas de la competencia, así como en **la necesidad de alcanzar un efecto disuasivo** para que con ellas se mande un mensaje de corrección y auto regulación a la sociedad, que evite futuras infracciones a los regímenes respectivos, en este caso, al de protección de la libre competencia económica, columna vertebral de nuestra economía social de mercado.

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio debe aplicar los distintos criterios establecidos en la ley para tasar la sanción, como así lo hizo, teniendo en consideración las condiciones particulares de cada persona sancionada, reconociendo que por regla general los investigados no cuentan con los mismos ingresos o patrimonios, entre otras condiciones diferenciadoras, por lo que es necesario imponer multas que sean acordes con estas circunstancias y que aseguren que se cumpla la finalidad de la multa en cada caso.

Resolución No. 61732 del 1 de octubre de 2020 – Recurso de reposición

Es así como, se reitera, los criterios de dosificación son aquellos que indica la Ley, sin embargo, la información financiera de los investigados fue tomada en cuenta de manera auxiliar o complementaria para permitir al Despacho asegurarse de no trasgredir el principio de proporcionalidad y salvaguardar por esta vía que las sanciones pecuniarias no fueran confiscatorias o expropiatorias, así como para garantizar la capacidad de pago de los infractores.

De esta manera, se obtiene el propósito de no caer, por un lado, en multas confiscatorias o expropiatorias prohibidas por la misma Constitución Política y por el otro, en imponer multas irrisorias que se alejen de los propósitos de represión y disuasión que constituyen el núcleo esencial de los regímenes sancionatorios, como el de protección a la libre competencia que nos ocupa, en donde se procura que la multa impuesta no sea tan alta que termine eliminando un agente del mercado, pero tan baja que conlleve al incentivo perverso de generar una conciencia individual o colectiva sobre algo, a todas luces indeseado, como “violación de la ley paga”.