

Radicación: 17-288979 – Caso “CLORO Y SODA CÁUSTICA”

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Finalidades de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio – Carteles empresariales son la más grave de las violaciones a la libre competencia

[L]as actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están 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.

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

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

La Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad encargada de proteger en Colombia la libre competencia económica, y por esta vía, tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica.

[P]rotegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso per cápita respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia.

*Según la OCDE, los carteles (como en el que participaron **BRINSA, QUIMPAC, MEXICHEM y TRICHEM**) constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros.*

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

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

*La OCDE estima que, **en promedio**, los carteles empresariales aumentan el 30% del valor de un producto en el mercado. De allí que la efectiva protección de la libre competencia económica y la aplicación eficiente de sus normas y sanciones sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar general de los consumidores, entre los que se encuentran tanto consumidores finales como compradores intermedios, quienes tienen derecho a que sus proveedores de materias primas, insumos o*

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

servicios se ajusten a las normas de protección de la libre competencia económica para poder ellos acceder a más y mejores bienes y servicios.

[L]a libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

[L]a libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, se protege a los empresarios generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

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

[L]a libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia, abarca tanto a consumidores intermedios como finales.

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

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

(...)

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

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

[E]stos mismos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional (...).

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

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Programa de Beneficios por Colaboración (PBC) – La delación implica una exención de la sanción pero no anula el juicio de reproche por la comisión de una conducta ilegal

[L]a libre competencia se ve a menudo amenazada por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas prácticas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, no de todos sino de unos pocos. Estas prácticas se refieren fundamentalmente a los carteles empresariales y actos de abuso de posición dominante en el mercado.

[U]na de las prioridades de las autoridades de competencia del mundo sea precisamente desarrollar maneras efectivas de luchar contra los carteles empresariales. Precisamente, hoy en día, diferentes jurisdicciones del mundo cuentan con un programa de beneficios por colaboración para la detección de carteles empresariales, existiendo un consenso entre las diferentes autoridades de que dicho programa es de las herramientas más efectivas en la lucha contra los carteles empresariales.

En esencia, el programa de beneficios por colaboración se caracteriza como especie de “delación premiada” o “beneficio por colaboración”, en que un miembro de un cartel denuncia su existencia y a sus miembros y colabora con la entrega de información y pruebas de la misma, a cambio de beneficios que podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta, dependiendo de la calidad, utilidad y oportunidad de la información suministrada.

Entre los beneficios que resultan de contar con un efectivo programa de beneficios por colaboración está el incremento de las posibilidades de detectar y sancionar un cartel empresarial. Los miembros de un cartel son conscientes de la ilegalidad de su proceder y, por tal razón, invierten importantes esfuerzos y recursos en ocultar su actividad cartelista. Hacen reuniones fuera del país, utilizan métodos sofisticados de comunicación (chats, correos electrónicos, celulares prepago), utilizan “alias”, entre otras prácticas propias de actividades al margen de la ley.

[A]l incrementarse las probabilidades de detección y sanción, se crea un incentivo disuasorio para participar en un cartel empresarial. En la misma línea, quien haga parte del cartel tendrá igualmente el incentivo para cesar su participación y acudir a la Autoridad para delatar su existencia, movido por su temor a ser descubierto o que otro de los miembros del cartel lo haga primero, dados los beneficios de inmunidad o reducción de la multa, creando un claro efecto desestabilizador en el cartel.

*[L]a teleología o finalidad de un programa de beneficios por colaboración no está cimentada sobre la perversa idea de que los beneficios que se otorgan a un delator signifiquen una especie de compensación del “costo reputacional” que le puede acarrear “reconocer abierta y públicamente la responsabilidad en los acuerdos anticompetitivos delatados”, tal y como lo aduce **BRINSA**. Todo lo contrario, la delación representa una exención de la sanción a que se hace acreedor quien violó las normas que protegen la libre competencia económica por decidir colaborar con la Autoridad de Competencia y que, en ningún caso, anula el juicio de reproche por su conducta ilegal.*

Aceptar el entendimiento que sugiere el recurrente respecto a que los beneficios que se otorgan a un delator comportarían una especie de compensación por los “riesgos comerciales y financieros derivados de la decisión de delatar” y que esa sería razón suficiente para otorgárselos automáticamente, equivaldría a patrocinar un incentivo perverso para que cualquier agente del mercado incurra en prácticas restrictivas de la competencia con el pretexto de que una posterior delación tendría la virtualidad, no solo de la exoneración de la multa, sino también de anular cualquier reproche por su comportamiento contrario al ordenamiento jurídico, lo cual es a todas luces incorrecto.

[E]l supuesto “costo reputacional” derivado de la decisión de delatar es una consecuencia negativa ínsita que debe soportar cualquier infractor del régimen de competencia, aun cuando se le concedan los beneficios derivados de su colaboración con la Autoridad. En otras palabras, el reconocimiento que realiza la Autoridad de Competencia al otorgar al delator el beneficio de la exoneración total o parcial de la multa a imponer no tiene el alcance de excluir el reproche por su actuar ilegal, debido a que antecede a la decisión de conceder beneficios por colaboración declarar la responsabilidad administrativa del delator.

En consecuencia, no puede entenderse que quien deliberadamente infringe una norma pretenda alegar legítimamente la supuesta existencia de un “costo reputacional” por su propia decisión de delatar precisamente una conducta ilegal con que vulneró el derecho colectivo a la libre competencia económica. Entonces, su reputación dependerá de que los agentes del mercado en que participa, los consumidores defraudados, y la sociedad en general, juzguen, evalúen y califiquen los actos que cometió y realicen un juicio de valor sobre su proceder.

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

Incluso, empresas conscientes de su actuar ilegal al cartelizarse, y que han reconocido y delatado la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, antes que alegar un supuesto sacrificio de su “reputación” con la decisión de delatar, optan por ofrecer “disculpas públicas al país” por su reprochable conducta.

PROGRAMA DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN (PBC) – Las figuras de delator y facilitador son distintas – La obligación de colaboración del delator persiste durante toda la actuación administrativa y no se limita simplemente a asegurar los testimonios de sus empleados

[L]as figuras del delator y el facilitador son diferentes a la luz del Decreto 1523 de 2015, lo que es una cuestión que no merece mayor discusión. En efecto, el facilitador es cualquier persona que colabore, facilite, autorice o tolere conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas, en los términos establecidos en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, y las normas que lo complementen o modifiquen. Por otro lado, el delator es la persona que ha suscrito un Convenio de Beneficios por Colaboración con el funcionario competente.

*[L]o que no es de recibo es el argumento según el cual la obligación del delator, cuando se trate de un agente de mercado, respecto de sus empleados o administradores que hayan participado en acuerdos anticompetitivos, es simplemente facilitar la práctica de sus testimonios y desentenderse del contenido de los mismos, máxime cuando la información requerida para acceder al **PBC** la entrega en mayor parte precisamente a través de dichos testimonios.*

[S]emejante postura resulta completamente ajena al comportamiento esperado de un agente de mercado que en su condición de delator decide colaborar con la Autoridad de Competencia. Esto es así precisamente debido a que una de las obligaciones del delator es suministrar información o pruebas útiles sobre la existencia del acuerdo y su forma de operación, incluyendo aspectos tales como: objetivos, principales actividades, funcionamiento, nombre de los partícipes, grado de participación, domicilio, producto o servicio, área geográfica afectada y duración estimada del acuerdo restrictivo de la libre competencia que denuncia.

[C]uando quiera que un agente de mercado en su condición de delator hace depender la utilidad de su colaboración en las versiones de sus empleados o administradores que hayan participado en acuerdos anticompetitivos para suministrar información o servir de prueba, por ejemplo, de la duración estimada del acuerdo restrictivo de la libre competencia que denuncia, no se compadece con un actuar diligente dirigido a colaborar con la Autoridad de Competencia afirmar que simplemente está obligado a facilitar la práctica de sus testimonios y desentenderse de su contenido.

[S]i bien es cierto lo señalado por el recurrente en cuanto a que la “certeza y predictibilidad” o la “confianza y credibilidad” son atributos que se consideran fundamentales para el buen funcionamiento de cualquier programa de clemencia, no es menos cierto que un verdadero “golpe” a su credibilidad y que en realidad pondría en “riesgo la política de defensa de la competencia” es que el instrumento previsto en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 confiera prebendas a personas que no sean responsables en colaborar, en especial al momento de suministrar la información o las pruebas útiles sobre la existencia del acuerdo y su forma de operación.

Asumir esa posición no solo implicaría burlar la regulación normativa, sino que daría lugar a impunidad por exonerar del pago total o parcial de las multas a personas que únicamente confesaron, pero nunca colaboraron verdaderamente con la investigación. En razón a lo anterior, este Despacho es categórico en señalar que “confesar no es colaborar”.

*[E]l **PBC** implica, para la empresa delatora, el cumplimiento de obligaciones de admisión y de permanencia, es decir, la carga del aspirante a los beneficios del programa es dual: por un lado, debe acreditar ciertos requisitos para acceder al mismo y, por el otro, mantener la colaboración durante todo el transcurso de la investigación administrativa sancionatoria.*

*[E]sta Superintendencia al referirse a la justificación del **PBC** en nuestro ordenamiento jurídico ha indicado que la declaración de los participantes en la dinámica cartelista tiene una importancia mayúscula para facilitar la labor investigativa. Se ha establecido que:*

“[U]na de las principales justificaciones para sostener en el ordenamiento jurídico colombiano un Programa de Beneficios por Colaboración, es la posibilidad que tiene la Autoridad de Competencia de conocer de primera mano los detalles de los carteles empresariales por la versión y con las pruebas aportadas por los propios infractores. En particular, la declaración de los participantes en la dinámica cartelista cobra una importancia mayúscula al permitir que sea la persona que ha vivido y ejecutado la conducta anticompetitiva quien relate y especifique todas las circunstancias que involucraron la infracción del régimen de libre competencia, facilitando así, la labor investigativa. La anterior concepción parte del entendimiento lógico según el cual nadie puede conocer mejor una infracción al régimen de libre competencia que quien la cometió”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

[C]olaborar se traduce en que, si eventualmente las versiones de los empleados o administradores presentadas como información o prueba útil de algún aspecto o forma de operación del acuerdo anticompetitivo delatado resultan abiertamente contradictorias, por ejemplo, para dar cuenta de su duración estimada, es a todas luces lógico que el delator debe cooperar o contribuir con la Autoridad de Competencia en el esclarecimiento de tal circunstancia, lo que implica que, por lo menos, indique expresamente la versión que merece credibilidad, máxime cuando el agente de mercado es quien precisamente ofreció la versión de sus empleados para delatar el acuerdo anticompetitivo y una de las versiones pone en tela de juicio la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

[E]sta Superintendencia ha sido enfática en señalar que para la concesión de los beneficios no basta con la simple confesión del acuerdo anticompetitivo, sino que además se debe colaborar durante todo el curso de la actuación administrativa.

“En suma, para que la Superintendencia de Industria y Comercio adopte una decisión final favorable sobre la concesión del beneficio de exoneración total o parcial del pago de la multa, no basta con la simple confesión de la participación de la persona natural o jurídica en el cartel empresarial, pues ello es tan solo uno de los requisitos de acceso al Programa de Beneficios por Colaboración, sino que deberá colaborar durante el curso de la actuación administrativa” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

PROGRAMA DE BENEFICIOS POR COLABORACIÓN (PBC) – Las figuras de delator y facilitador son distintas – Pérdida de los beneficios cuando se controvierten los hechos reconocidos en el trámite de solicitud de beneficios – Debido proceso administrativo

[L]a pérdida de beneficios en el presente caso obedeció a la configuración de la causal prevista en el numeral 1 del artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015, esto es, cuando el delator controvierta en el curso de la investigación los hechos reconocidos en el trámite de solicitud de beneficios por colaboración y no a la causal prevista en el numeral 5 ibídem, esto es, cuando se pruebe que el delator ostenta la condición de instigador o promotor del acuerdo restrictivo de la libre competencia.

[L]a aplicación del párrafo del artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015 se encuentra supeditada a aquel evento en que se afirme que algún partícipe en el acuerdo tiene la condición de instigador o promotor, caso en el cual la pérdida de beneficios será decidida por el Superintendente de Industria y Comercio al resolver el caso, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa. De esta manera, debido a que en ningún momento en la Resolución Sancionatoria se determinó o si quiera afirmó respecto a **BRINSA** la condición de “instigador o promotor” del acuerdo anticompetitivo, es completamente improcedente dar aplicación al párrafo que echa de menos el recurrente.

[L]a decisión que en la Resolución Sancionatoria se adoptó respecto de la configuración de la causal prevista en el artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015 para la pérdida de beneficios no puede bajo ninguna circunstancia vulnerar el “debido proceso y derecho de defensa” ni ser catalogada como “sorpresa”. En efecto, en virtud del numeral 13 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 recae en el Superintendente de Industria y Comercio la competencia funcional para conceder los beneficios por colaboración previstos en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y, en armonía con el propio artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015, “[e]n el acto administrativo que decida la actuación administrativa el Superintendente de Industria y Comercio concederá los beneficios por colaboración (...)”. De lo anterior se desprende que será en dicha oportunidad que se entre a analizar si se configuró o no alguna causal prevista en el artículo 2.2.2.29.3.1. del Decreto 1523 de 2015.

En la confección del procedimiento administrativo especial para determinar la existencia de una conducta anticompetitiva se encuentra prevista la garantía para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción respecto de la eventual configuración de alguna causal que determine la pérdida de beneficios por colaboración. En efecto, con fundamento en el artículo 74 y 79 de la Ley 1437 de 2011, “el acto administrativo que decida la actuación administrativa”, y en que se determine no conceder los beneficios al delator, es susceptible del recurso de reposición para que quien expidió la decisión la aclare, modifique, adicione o revoque, lo que incluye incluso la posibilidad de solicitar pruebas con ese propósito, tal y como sucedió en el presente caso.

A partir de las razones expuestas, una afirmación dirigida a sostener que la decisión que se adoptó en relación con no conceder los beneficios fue “sorpresa” y vulneró el “debido proceso y derecho de defensa”, no solo resulta abiertamente infundada, sino que además denota un completo desconocimiento del procedimiento administrativo por prácticas restrictivas de la competencia.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Valoración probatoria – Análisis y valoración en conjunto de las pruebas – Valoración de los testimonios y declaraciones rendidos en el curso de la actuación administrativa

[E]n Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012 (en adelante “Código General del Proceso” o “CGP”).

[A]bundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en forma pacífica y uniforme, sostiene que todas las pruebas del proceso forman una unidad y, por consiguiente, deben apreciarse en su conjunto, esto es, en forma integral y que una evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos.

[E]l sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio, la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

[L]os argumentos presentados por el recurrente, según los cuales las declaraciones que en la Resolución Sancionatoria se consideraron como incoherentes deben ser desestimadas en su integridad o que al no otorgarle credibilidad a los testimonios de los delatores por “contradictorios”, según la jurisprudencia, estos deben desecharse íntegramente, no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por improcedentes.

Contrario a lo que convenientemente sostiene el recurrente, la jurisprudencia al referirse sobre aquellos eventos en que un testigo entrega versiones que se consideran contradictorias lejos de considerar que deben ser “desestimadas” o “desecharse” ha sido clara en indicar que tal situación requiere analizarse con especial cuidado.

[S]i bien es cierto que la jurisprudencia sostiene que ante la concurrencia de versiones antagónicas se podría concluir que “ninguna de ellas merece credibilidad”, no es menos cierto que esa decisión debe estar antecedida de un riguroso análisis a la luz de la sana crítica y la valoración en conjunto del material probatorio, en que la prueba de corroboración juegue un papel definitivo, máxime si la versión posterior convenientemente favorece una postura como la caducidad. Además, no puede olvidarse que, según el Consejo de Estado, un criterio objetivo para la valoración de cualquier testimonio es su “concordancia, entendida como la coherencia guardada con los demás medios de prueba”.

Aceptar la postulación del recurrente en cuanto a que si existen contradicciones en las versiones entregadas en diferentes declaraciones estas deben ser “desestimadas” o “desecharse” en su integridad, sería tanto como derogar por completo el artículo 176 del Código General del Proceso, según el cual las pruebas deberán ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

[S]ostener que el operador jurídico en el ejercicio de su valoración probatoria debe limitarse simplemente a reconocer la eficacia de un medio probatorio en forma indivisible, máxime cuando se trata de una declaración, es tanto como pretender que examinar de forma individual o separada un medio de prueba sería un ejercicio suficiente para establecer la verdad de los hechos.

Por el contrario, se requiere efectuar una confrontación o comparación recíproca entre los distintos medios de prueba, para establecer sus concordancias y divergencias y, así, lograr conclusiones fundadas y claras sobre el conocimiento de los hechos que se pretenden demostrar y, en tal medida, apreciar la validez y credibilidad que transmite determinada prueba.

[U]n ejercicio riguroso de valoración probatoria no puede conducir simplemente a desechar o desestimar sin ningún reparo la eficacia de una declaración por el solo hecho de que en alguna parte de la versión que rinda el declarante exista alguna inconsistencia y, en ese mismo orden de ideas, tampoco podría otorgarse plena eficacia probatoria a una declaración a sabiendas que alguna parte de la misma es incoherente, no guarda correspondencia o se encuentra plenamente refutada con otros medios de prueba, casos en los que la versión del declarante debe someterse a un tamiz particularmente riguroso.

[L]ejos de “elegir con pinzas” las pruebas que le convenían como mal señala el recurrente, en su obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia de conformidad con el artículo 176 del Código General del Proceso, llevó a cabo un riguroso análisis probatorio que permitió encontrar suficientemente acreditado que el acuerdo anticompetitivo entre **BRINSA** y **QUIMPAC** tuvo una continuidad y se ejecutó, en 2013, especialmente durante todo el 2014 y hasta, por lo menos, junio de 2015.

(...)

[E]l Tribunal Constitucional ha resaltado la necesidad de que los jueces y autoridades administrativas, a la hora de tomar una decisión, valoren todas las pruebas aportadas por las partes que obren en el Expediente y que hayan sido legalmente incorporadas, siempre teniendo en cuenta criterios inspirados en la sana crítica y no en posiciones meramente subjetivas de la Autoridad.

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

[L]a Corte Suprema estableció que al momento de valorar un testimonio, el juez o autoridad administrativa debe verificar que las declaraciones de los testigos incluyan “las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el hecho, y la explicación concerniente al lugar, modo y tiempo como el testigo tuvo conocimiento del mismo”, de forma que pueda apreciarse la veracidad del testimonio.

De igual forma, la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de verificar que la declaración testimonial sea: **(i)** responsiva, esto es que “cada contestación [sea] relatada por su autor de manera espontánea suministrando la razón de la ciencia de lo dicho”; **(ii)** exacta, lo cual ocurre “cuando la respuesta es cabal y por lo tanto no deja lugar a incertidumbre”; y **(iii)** que sea completa, es decir, que “la deposición no omita circunstancias que puedan ser influyentes en la apreciación de la Prueba”

[E]l Consejo de Estado ha reiterado que el testimonio no es otra cosa que “el relato de los hechos percibidos” por el testigo, razón por la cual “hay que acudir al texto de las pruebas” adicionales que obran en el Expediente, precisamente para verificar que “las declaraciones son responsivas, exactas y completas o si por el contrario son vagas, incoherentes o contradictorias”. Esto mismo fue resaltado en el Informe Motivado, en el que se estableció que “un criterio trascendental para el ejercicio de valoración de las declaraciones consiste en su concordancia con los resultados que arrojan otros medios de prueba disponibles en el proceso”.

Bajo este entendido, como se observa de la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia valoró todos los medios de prueba, incluyendo los testimonios, que fueron decretados y practicados en la presente actuación administrativa.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria – Conductas continuadas o de tracto sucesivo – Infracción del numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos de repartición de mercados)

[E]ste Despacho confirma su posición respecto a que las conductas ejecutadas por los cartelistas, relacionadas con la repartición del mercado por medio de la distribución de los clientes directos que atendían, son de carácter continuado al no haberse consumado en un único momento, sino que se materializaron a través de varios actos sucesivos en el tiempo, todos comprendidos dentro de la ejecución de una estrategia coordinada, continuada y concertada, como lo demuestran las diferentes pruebas analizadas en la Resolución Sancionatoria. Lo anterior significa que la conducta aludida se ejecutó y prolongó en el tiempo y en el espacio, siendo entonces la comisión de la falta permanente y continuada durante todo el 2014 e incluso hasta **junio de 2015**.

Aceptar la tesis que sugiere **QUIMPAC** según la cual el “efecto” del acuerdo anticompetitivo se agotó al momento en que el contrato fue adjudicado a una u otra empresa, es desconocer que la conducta proscrita en el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 censura los acuerdos de repartición de mercado tanto por su objeto como por su efecto. Bajo la interpretación del recurrente, la norma quedaría desprovista de cualquier carácter prohibitivo puesto que la ejecución pactada para el reparto de un mercado en un acuerdo anticompetitivo se perpetuaría al antojo de los cartelistas, sin que le fuera posible a la Autoridad de Competencia sancionar sus efectos negativos en un mercado que estaría repartido artificialmente y no como consecuencia de una libre y sana competencia. Patrocinar semejante posición desquiciaría por completo el régimen de protección de la competencia y dejaría inanes las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia.

[P]ara este Despacho las diferentes evidencias que dan cuenta del desvío a lo pactado en el acuerdo ilegal, las amenazas y retaliaciones del cartelista defraudado, el hecho de tratar de enmendar y corregir las consecuencias del incumplimiento, los diferentes reclamos posteriores y, sobre todo, el tiempo que los clientes estuvieron asignados como consecuencia del acuerdo anticompetitivo, constituyen pruebas que corroboran de forma contundente no solamente la existencia del cartel empresarial, sino también su ejecución y continuidad. De modo que todos los argumentos dirigidos a señalar que operó la caducidad de la facultad sancionatoria se rechazan por infundados e improcedentes.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Oportunidad procesal para alegar vicios o irregularidades

[C]omo lo resaltó este Despacho en la Resolución Sancionatoria, el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 establece que:

“Artículo 21. Vicios y otras irregularidades del proceso. Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, **se tendrán por saneadas si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.** Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

Cuando se aleguen vicios u otras irregularidades del proceso, la autoridad podrá resolver sobre ellas en cualquier etapa del mismo, o en el mismo acto que ponga fin a la actuación administrativa”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[E]n la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia el legislador estableció una oportunidad específica para alegar cualquier irregularidad o vicio que pueda afectar el procedimiento. Esa oportunidad está dada antes del inicio del traslado del Informe Motivado o si ocurriesen con posterioridad a este traslado, dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa. El legislador también estableció una consecuencia jurídica cuando esos vicios o irregularidades no se aleguen dentro de la respectiva oportunidad y es que se entenderán saneados.

[E]l no haber solicitado la publicidad y el traslado de la prueba puntual en cuestión durante la etapa de instrucción, cuando dicho elemento de prueba no solo fue utilizado en la Resolución de Apertura de Investigación, sino que además fue objeto de análisis en diferentes actuaciones posteriores por parte de los demás investigados, lo cual demuestra la publicidad del mismo, trae como consecuencia que la eventual irregularidad habría quedado saneada al momento del traslado del Informe Motivado.

Por esta razón, no se encuentra sustento alguno en los argumentos expuestos por los recurrentes, y por el contrario, se confirma la posición de este Despacho establecida en la Resolución Sancionatoria frente a este particular.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Allanamiento a los cargos imputados – El reconocimiento o aceptación de la infracción comprende un criterio de graduación de la sanción

En Colombia el régimen general de protección de la libre competencia conformado principalmente por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, no contempla una norma que regule específicamente la aceptación expresa de los cargos que le fueron imputados a un agente del mercado o persona natural investigada en un procedimiento administrativo por prácticas restrictivas de la competencia.

No obstante, en el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la Ley 1437 de 2011, el legislador, consciente de las bondades de ese tipo de figuras, dispuso que, salvo lo dispuesto en leyes especiales, el “reconocimiento o aceptación expresa de la infracción” debe tenerse como un criterio para la graduación de la sanción de una infracción administrativa.

[L]a ausencia de regulación expresa en el régimen de protección de la competencia en Colombia sobre la materia, no es impedimento para que se admita que el reconocimiento o la aceptación expresa que realiza un investigado de los cargos imputados en un procedimiento administrativo por prácticas restrictivas de la competencia, se traduzca en una forma de colaboración con la Autoridad en el conocimiento o en la investigación de la conducta, lo que representa una circunstancia de atenuación de la sanción de conformidad con el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

[S]i bien el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 se ocupó de establecer que la “colaboración con la autoridad” es un criterio de atenuación de la sanción a imponer a los agentes de mercado, el artículo 26 ibídem no contempló una circunstancia de atenuación semejante para las personas naturales.

No obstante, este Despacho considera que no existe ningún obstáculo para que, en virtud del principio de favorabilidad, se extienda la aplicación del criterio de atenuación de la sanción de “colaboración con la autoridad” a las personas naturales que reconozcan o acepten expresamente los cargos que le fueron imputados.

Por este motivo, no es procedente la referencia hecha por los recurrentes a los artículos 98 y 99 del CGP, toda vez que dichas normas no son aplicables en el caso concreto. Esto teniendo en cuenta que el allanamiento en procesos de prácticas restrictivas de la competencia debe ser analizado en los términos explicados anteriormente.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Allanamiento a los cargos imputados – Prueba indiciaria

[E]l allanamiento corresponde a una manifestación unilateral de una de las partes involucradas en la actuación administrativa, por medio de la cual esta última acepta los hechos y cargos imputados en su contra, también es cierto que no es posible extender sus efectos a los demás investigados. Sin embargo, esto no obsta para que el allanamiento de una de las partes no pueda ser utilizado como prueba de naturaleza indiciaria para probar otros hechos dentro del proceso.

[E]l ordenamiento jurídico colombiano reconoce la prueba indiciaria como un elemento probatorio de gran importancia. De hecho, en materia de libre competencia, dada la dificultad existente en recaudar prueba directa

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

que dé cuenta de la existencia de una práctica anticompetitiva, esta Superintendencia y el Consejo de Estado han reconocido la importancia que juega en esta materia la prueba indiciaria.

[E]sta Superintendencia ha establecido que puede “evidenciarse la existencia de acuerdos contrarios a la libre competencia 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 igual sentido, el Consejo de Estado ha avalado el uso de los indicios como medios de prueba para detectar la existencia de acuerdos anticompetitivos.

[E]sta posición encuentra eco en la doctrina y decisiones de tribunales internacionales. Así, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile ha afirmado sobre la prueba indiciaria lo siguiente:

“La existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta. E incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia”.

[E]n Estados Unidos las diferentes Cortes han entendido que la prueba directa no es un requisito sine qua non, y que 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”.

En el caso concreto, este Despacho encuentra que el allanamiento por parte de **TRICHEM** está plenamente probado en el Expediente, el cual no deja duda respecto a que dicha empresa efectivamente participó en las reuniones llevadas a cabo en Panamá entre 2012 y 2013, y que los puntos acordados respecto a la salida de **MEXICHEM** del mercado, distribución de volúmenes de importación y demás que constituyeron el sistema anticompetitivo fueron efectivamente acordados y puestos en marcha por la primera de estas empresas.

[P]uede tomarse como una máxima de la experiencia que cuando un investigado confiesa haber estado en una reunión con otros competidores, y que en la misma se trataron temas relacionados con limitar la libre competencia en el mercado, entonces los demás asistentes a dicha reunión participaron y tuvieron conocimiento de los temas ahí tratados.

De esta forma, este Despacho no encuentra sustento en el argumento de los recurrentes respecto a la imposibilidad de usar el allanamiento de **TRICHEM** como prueba en contra de los demás investigados, cuando en realidad se presenta como una prueba indiciaria adicional, que valorada en conjunto con los demás elementos probatorios permiten concluir la existencia del sistema anticompetitivo sancionado por medio de la Resolución Sancionatoria.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Principio de congruencia

[C]omo ha sido manifestado con anterioridad por esta Superintendencia, conceder una postulación como la sugerida por los recurrentes en relación con el supuesto desconocimiento del principio de congruencia, implicaría que la Resolución Sancionatoria tendría que ser una copia idéntica de la Resolución de Apertura de Investigación y, en consecuencia, toda la dialéctica propia del procedimiento administrativo, incluyendo los resultados que arroja el periodo probatorio de la investigación, sería totalmente inocua y simplemente decorativa, lo que desfiguraría la naturaleza y esencia de cualquier diseño procesal. Al respecto, esta Superintendencia, en otras ocasiones, se ha referido en idéntico sentido:

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

(...)

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

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

La anterior posición ha sido validada por la jurisprudencia administrativa que ha determinado con contundencia y claridad, que el surgimiento de hechos adicionales que forman parte de los planteados inicialmente en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas no configura una vulneración al debido proceso, por lo que los argumentos de los recurrentes en tal sentido no tienen mérito de prosperidad. (...).

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Participación de los miembros del acuerdo
– Reuniones en las que se discute y aprueba la implementación de las prácticas anticompetitivas

[N]o es de recibo el argumento presentado por el recurrente por cuanto, si bien puede ser cierto que sobre las conductas que conformaron el sistema anticompetitivo, como la salida de **MEXICHEM** del mercado colombiano, se viniera hablando con anterioridad a la reunión de 2012 en Panamá (situación que incluso fue reconocida por este Despacho en la Resolución Sancionatoria), lo cierto es que no hay duda de que **QUIMPAC** tuvo conocimiento de las mismas durante la mencionada reunión, en donde hizo parte de su discusión y las aprobó.

[E]n los casos en que ocurra una reunión entre competidores, en donde se discutan y aprueben la implementación de diferentes prácticas anticompetitivas, puede presumirse que estas son integrantes de un acuerdo o conducta anticompetitiva, siempre que no se evidencie distanciamiento alguno de dichas prácticas.

La anterior posición encuentra soporte en diferentes decisiones internacionales en las cuales se ha reconocido precisamente que el hecho que un participante en una reunión, en donde se discutan y aprueben acuerdos anticompetitivos, no se aparte de manera manifiesta de las decisiones tomadas, hace presumir que dicho participante aprueba la conducta ilegal y por tanto debe ser encontrado responsable por la misma.

En este sentido, el Tribunal de Justicia Europeo, en el caso Aalborg Portland y otros Vs Comisión Europea, manifestó lo siguiente:

“81. Según una jurisprudencia reiterada, **basta con que la Comisión demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cartel.** Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, **probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas** (...)

82. La razón que subyace a este principio jurídico es que, **al haber participado en la reunión sin distanciarse públicamente de su contenido, la empresa ha dado a entender a los demás participantes que suscribía su resultado y que se atendería a éste**”.

ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Conductas por objeto – No es necesario probar aspectos subjetivos en relación con sus participantes, ni los efectos de la conducta anticompetitiva.

[E]l régimen de libre competencia en Colombia establece la sanción a los acuerdos y conductas que tengan como efecto o **por objeto** la afectación a la libre competencia en los mercados nacionales. De igual forma, y como ha sido manifestado en anteriores ocasiones por esta Superintendencia, puede aseverarse que el concepto “tendiente a” establecido en la prohibición general se trata de una prohibición por objeto. Por esta razón, debe entenderse que la prohibición general prohíbe todo tipo de prácticas, procedimientos o sistemas que tengan como **objeto** limitar la libre competencia.

[E]sta Superintendencia ha entendido que un acuerdo que tenga por objeto la realización de alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, es un acuerdo que tiene **la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado.**

Así, en la Resolución No. 103652 de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó lo siguiente:

“Sobre este particular, cabe resaltar que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla **dos modalidades en las que se puede presentar una conducta anticompetitiva. Por una parte, están los acuerdos que tengan por objeto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización y, por la otra, aquellos**

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

acuerdos que tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

“Así, si en la actuación administrativa sancionatoria se **demuestra** que se estuvo en presencia de un conducta anticompetitiva **por objeto**, y que ella tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla **por objeto**” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[A]l tratarse de una conducta analizada bajo la modalidad de anticompetitiva por objeto, la función de la Autoridad no es otra que la de analizar si por las condiciones y naturaleza de dicha conducta, la misma tiene la potencialidad o idoneidad de afectar el mercado. Así, el análisis recae sobre la capacidad objetiva de la conducta de generar un efecto adverso en el mercado, y no sobre las características e intenciones subjetivas de quienes cometen el acto investigado.

[E]sta posición está ampliamente soportada por la jurisprudencia nacional, la cual ha reconocido que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con conductas que tengan **por objeto** la violación de la libre competencia, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que se tenga en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

Lo anterior además encuentra eco en el ámbito internacional. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd*, manifestó que la diferencia entre las conductas anticompetitivas por efecto y por objeto reside en que las últimas consisten en “determinadas formas de colusión entre empresas [que] pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia”, razón por la cual no es necesario examinar las intenciones subjetivas de las partes, así como tampoco es relevante el análisis sobre el conocimiento del infractor de estar cometiendo una conducta violatoria del régimen de competencia.

[E]n Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico. Por este motivo, el hecho alegado por **QUIMPAC**, según el cual su intención de asistir a las reuniones en Panamá no era otro que el de poner en funcionamiento unos activos con capacidad ociosa en la costa norte de Colombia, no justifica de manera alguna el hecho que dicha conducta haya sido integrada como parte del sistema tendiente a limitar la libre competencia en el mercado de soda cáustica.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Sanciones por prácticas restrictivas de la competencia – Efecto disuasorio – Proporcionalidad de las multas – Criterios de dosificación

[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 pueden obtenerse 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.

Respecto del efecto disuasivo se encuentran las siguientes consideraciones en los antecedentes de la norma:

“El proyecto propone un aumento de la multa o sanción pecuniaria que va desde el 100% al 150% de la utilidad obtenida con la conducta y en los casos en que no pueda ser determinada la utilidad se propone una multa hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Las modificaciones propuestas son considerables en términos del aumento de los valores y rangos, pero las considero suficientes y ajustadas a las dinámicas de los negocios que en la actualidad se desarrollan en nuestro país; **es conveniente resaltar la necesidad del establecimiento de potenciales multas que logren el efecto disuasivo para combatir las correspondientes conductas restrictivas de la competencia**” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Resolución No. 1624 del 24 de enero de 2020 – Recurso de reposición

Consecuencia de lo anterior, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, estableció los criterios para la determinación de los montos de las sanciones a agentes de mercado por prácticas restrictivas de la competencia. En el mismo sentido, el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, estableció los criterios para la determinación de los montos de las sanciones a personas naturales y demás facilitadores por prácticas restrictivas de la competencia.

Con el fin 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 persona en el mercado no es la misma, 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 (...).

*De 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”.*

En el sentido descrito por la Corte Constitucional, una de las formas en las que se puede dar 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 el impacto apropiado.

[A]l 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 del 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.

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 que “violiar la ley paga”. Por esta y otras razones, el criterio principal de aplicación en el presente caso fue el referente al patrimonio de los investigados, acompañado de los ingresos operaciones como variable financiera auxiliar y de verificación de la liquidez.

[A]quellos 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 ya se mencionó, el proceso de tasación de una multa 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.

Teniendo presente lo anterior, y aún si se aceptara que las comparaciones criterio por criterio son válidas y pertinentes, que se reitera no lo son, a continuación se presentarán las razones por las cuales este Despacho no acogerá las observaciones presentadas por los sancionados respecto de las sanciones impuestas.