

**Radicación: 17-374823 – Caso “AJE COLOMBIA” INOBSERVANCIA**

**Resolución No. 41510 del 8 de septiembre de 2019. Recurso de reposición**

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Incumplimiento de instrucciones – Procedimiento - Solicitud de explicaciones – Debido proceso administrativo**

*[S]i bien en la Ley 1437 de 2011 existen disposiciones normativas que regulan procedimientos administrativos de carácter sancionatorio, esas normas están llamadas a gobernar aquellos trámites no regulados por leyes especiales. Por el contrario, tratándose del trámite para determinar la responsabilidad por omitir acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las ordenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y la obstrucción de sus actuaciones, existen normas especiales para tal propósito, razón por la cual solo es posible remitirse a la Ley 1437 de 2011 en lo no previsto en normas especiales.*

*[E]l Decreto 4886 de 2011 estableció el funcionario competente a efectos de iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones. Esta función es completamente diferente e independiente del trámite tendiente a adelantar averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia propiamente dichas.*

**“Artículo 9. Funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.** Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:

(...)

**4. Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.**

(...)

**12. Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial.**

(...)” (Negritas y subrayado fuera de texto original).

*[L]a norma transcrita otorga competencia funcional al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia para iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, entre otras. No puede olvidarse que, según el artículo 27 del Código Civil, cuando el sentido de la norma sea claro, no se desatenderá su tenor literal y, en consecuencia, bajo una interpretación gramatical, que atienda a la literalidad del texto normativo, puede determinarse que cuando se empleó la expresión “instruir” se hizo en una de las acepciones de ese vocablo, cual es precisamente “[t]ramitar un procedimiento administrativo (...)”.*

*[L]a norma estableció dos funciones diferentes en materia de protección a la competencia, es decir, por una parte, instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre la protección de la competencia y, por otra, instruir los trámites de solicitud de explicaciones.*

*[S]iguiendo una interpretación guiada por el principio “del efecto útil de las normas”, esto es, preferir aquella interpretación que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, debe considerarse que la intención al tratar por separado estas dos funciones fue precisamente distinguir que el trámite de solicitud de explicaciones tendría un carácter incidental y diferente al procedimiento previsto para establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia (i.e. carteles o abusos de posición de dominio).*

*[A]nte la intención de distinguir dos procedimientos diferentes en materia de protección a la competencia, a su vez, es apenas obvio que un trámite de solicitud de explicaciones, para determinar una omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las órdenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstrucción a sus actuaciones, entre otras, requiere de un procedimiento más expedito, incidental –sin que ello implique desconocimiento de ninguna garantía fundamental–. En contraposición, un procedimiento para determinar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia propiamente dicha, tal como un presunto cartel de precios o un abuso de posición dominante, requiere de un procedimiento más complejo dadas las características propias del asunto que se pretende determinar.*

*[E]xistiendo claridad sobre la naturaleza incidental que caracteriza al trámite de solicitud de explicaciones, como se advirtió antes, únicamente en lo no previsto en normas especiales sobre protección de la competencia económica es posible acudir a la Ley 1437 de 2011 para llenar sus vacíos en virtud de la analogía, esto es, mediante la aplicación de aquella norma que regule una situación semejante.*

**Resolución No. 41510 del 8 de septiembre de 2019. Recurso de reposición**

En ese escenario, es posible la remisión al artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, el cual regula el trámite incidental ante la renuencia a suministrar información a una autoridad administrativa. Precisamente, frente a esta disposición normativa, la doctrina considera que:

**“Se trata de un trámite incidental dentro de la actuación administrativa**

(...)

El procedimiento de carácter incidental esta descrito en los incisos terceros y cuarto, y consiste en que al investigado se le solicitan explicaciones sobre su conducta renuente y este deberá entregarlas en un plazo de diez días; con base en tales explicaciones se procederá a tomar la decisión, que podrá ser la de sancionar o la de no sancionar, si las explicaciones son suficientes. (...)

El párrafo confirma el carácter incidental de esta sanción, pues expresa que el trámite para decidir sobre la conducta omisiva del particular no interrumpe la actuación administrativa principal, que es la referida a los hechos que dieron lugar al trámite sancionatorio”. (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

[L]a norma llamada a llenar los vacíos del trámite de solicitud de explicaciones es el artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, precisamente, por su carácter y naturaleza de incidental. Así, esta Superintendencia determina la responsabilidad de una persona natural o jurídica por una omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las órdenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y la obstrucción de sus actuaciones, entre otras, mediante resolución motivada, previo traslado de una solicitud de explicaciones a los investigados para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción, quienes cuentan con un término de diez (10) días para presentarlas y, como una garantía adicional, tienen la posibilidad de solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. La decisión al respecto, en virtud del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es proferida por el Superintendente de Industria y Comercio, así mismo, es susceptible de recursos en virtud del Capítulo VI de la Ley 1437 de 2011.

[P]ara el caso de las conductas comentadas, los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, establecen los montos de las sanciones a imponer a los eventuales infractores. A su vez, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, como norma especial, dispone un término de cinco (5) años para efectos de la caducidad de la facultad sancionatoria de este tipo de conductas.

**INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA – Incumplimiento de instrucciones – Valoración probatoria**

[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 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, Código General del Proceso.

[A]bundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en forma pacífica y uniforme sostienen que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente deben apreciarse en 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 económica en Colombia.

**INCUMPLIMIENTO DE INSTRUCCIONES – Solicitud de información – La organización de los documentos y archivos no es excusa para desatender las instrucciones de la autoridad**

[L]as funciones de inspección desplegadas por esta Superintendencia en virtud de las cuales está facultada constitucional y legalmente para solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y los documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, no se encuentran supeditadas o condicionadas, como lo pretenden los recurrentes, a revisar las condiciones materiales en las que se encuentra la custodia y almacenamiento de los archivos de una empresa, ni el funcionamiento de sus sistemas informáticos contables o financieros.

Aceptar lo contrario implicaría que cualquier agente de mercado podría sustraerse indebidamente de suministrar la información o documentos requeridos con el pretexto de que previamente se debe verificar el estado de sus archivos para determinar la viabilidad de una solicitud de información o requerimiento, este tipo de

**Resolución No. 41510 del 8 de septiembre de 2019. Recurso de reposición**

condicionamiento pretendido por los recurrentes dejaría inanes las facultades de inspección de la autoridad de competencia, máxime cuando el numeral 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 no supedita las solicitudes de información a ninguna clase de verificación previa.

**INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA – Incumplimiento de instrucciones – Principio de confianza legítima**

[E]l principio de confianza legítima tiene fundamento en el principio de buena fe estipulado en el artículo 83 de la Constitución Política. Este principio como lo ha definido la jurisprudencia constitucional “consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho”, y su plena aplicación en las relaciones de los administrados con las autoridades administrativas es indiscutible.

[L]a jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en advertir que “(...) **la confianza legítima tampoco ampara las situaciones irregulares o ilegales**, por cuanto en esos casos el Estado conserva la potestad de revisar las actuaciones, al punto que puede modificarlas y afectar el derecho adquirido de manera irregular, esto es, en contra del ordenamiento jurídico” (Negrillas fuera de texto original).

Aceptar la tesis según la cual el simple paso del tiempo convierte una infracción administrativa en un comportamiento ajustado a derecho, desquiciaría el derecho administrativo sancionatorio y llevaría al absurdo jurídico de que cualquier persona estaría facultada para determinar hasta qué momento su conducta podría o no ser censurada, desconociendo que, en todo caso, para el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, existe un límite temporal conocido como caducidad que se constituye como una garantía para los particulares a no estar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios.

**SANCIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA – Incumplimiento de instrucciones – Criterios de graduación de las multas**

[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 al analizar un alegato similar al presentado por los recurrentes en esta sede. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca considera que:

“De la norma transcrita [numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009] se deriva que **para imponer una sanción de multa a las personas jurídicas deben tenerse en cuenta siete criterios**, a saber: (i) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (ii) la dimensión del mercado afectado; (iii) el beneficio obtenido por el infractor de la conducta; (iv) el grado de participación del implicado; (v) la conducta procesal de los investigados; (vi) la cuota de mercado de la empresa infractora; y (vii) el patrimonio del infractor; **lo que no implica que necesariamente deban concurrir los siete elementos de que se trata en un caso determinado.**

(...)

También se debe indicar que el monto de la multa impuesta [extract\_itex>1.232.000.000.00] fue proporcionado, pues se ajustó a lo previsto en el inciso primero del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que correspondió a la gravedad de una conducta claramente obstruccionista de la actuación de la demandada [Superintendencia de Industria y Comercio] y no superó los 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes.

(...)” (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

[S]i 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.

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

[A]l momento de graduar la sanción en el acto administrativo recurrido se señaló en relación con los criterios sobre el “impacto que la conducta tenga sobre el mercado y la dimensión del mercado afectado” que no resultaban aplicables al caso concreto. Sin embargo, esta circunstancia no implica que se tengan que obviar las

**Resolución No. 41510 del 8 de septiembre de 2019. Recurso de reposición**

características y circunstancias de los hechos que motivaron el reproche a efectos de graduar la multa a imponer, para lo cual no es necesario la determinación de un “mercado relevante”.

[E]l argumento según el cual se realizó una interpretación extensiva de la norma en desmedro de las garantías de los investigados no tiene ningún mérito de prosperidad. En efecto, no puede pretenderse que este Despacho deba desconocer la importancia o gravedad de la conducta en el sentido de que las solicitudes de información en la etapa preliminar son fundamentales para la Autoridad de competencia, en la medida en que constituyen la oportunidad idónea para encontrar información sobre la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia que, por su propia naturaleza, tiende a ser mantenida en secreto u oculta por los agentes del mercado. En este sentido, la demora o la renuencia en suministrar la información solicitada constituye una grave infracción del administrado, máxime cuando en el presente caso implicó una clara e indiscutible obstrucción a las labores de inspección.

[E]ste Despacho no comparte el argumento de los recurrentes dirigido a señalar que las sanciones impuestas son desproporcionadas y no comparables con las impuestas a otras empresas por los mismos hechos y que fueron sustancialmente menores. Con el propósito de desvirtuarlo, debe indicarse que el supuesto desconocimiento del principio de igualdad se limita a ser una simple afirmación sin mayor fundamentación.

[U]na de las principales características del derecho a la igualdad es su carácter relacional y, en consecuencia, la más somera metodología para determinar su posible desconocimiento exige que en principio se (i) establezca un criterio de comparación o patrón de igualdad, lo que se traduce en precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se trata de sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente.

[L]a afirmación de los recurrentes se limita a señalar que, a su juicio, en otros casos (“Resoluciones 18728 de 2014 y 35208”) las sanciones fueron sustancialmente menores a la impuesta a **AJECOLOMBIA**, lo cual es una simple comparación entre los montos de las multas impuestas, cuestión que no puede entenderse como un verdadero criterio de comparación que permita determinar si los supuestos de hecho en que se encuentra AJECOLOMBIA en relación con otras empresas son susceptibles de compararse, ni tampoco definir si realmente en el plano fáctico o jurídico existió un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales, que implique una trasgresión al derecho a la igualdad.

Aceptar la tesis de los recurrentes, a partir de la cual una simple comparación de las sanciones impuestas es suficiente para determinar un trato desigual en la imposición de una multa, sería tanto como desconocer que precisamente unos de los criterios a efectos de dosificar una multa es el patrimonio del infractor previsto en el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que por obvias razones puede variar o ser diferente de una empresa a otra y que se aplica dependiendo de la particularidades de cada caso.

[C]uando se hace referencia a beneficio, el mismo resulta ser sinónimo de utilidad, conceptos que pueden definirse como la diferencia entre los ingresos y los costos de un agente económico.

[D]entro del conjunto de posibles costos económicos –que pueden resultar siendo ingresos para otros agentes– en los que puede incurrirse al realizar una actividad, y que se diferencian de los costos contables, deben considerarse los costos de oportunidad. Los costos de oportunidad son aquellos en los que se incurre al tomar una decisión y no otra. Es decir, la utilidad que deja de percibirse por elegir una alternativa frente a otra. Estos costos no se reflejan contablemente toda vez que no son explícitos, es decir, no son efectivamente erogados por el agente económico. No obstante lo anterior, sí afectan el beneficio obtenido por el mismo.

Lo anterior quiere decir que, en casos como el presente, que hacen referencia a comportamientos que obstruyen investigaciones, existe un costo de oportunidad que asume la Autoridad de competencia, que resulta en utilidad para el sancionado, equivalente a no poder hacer uso de la información documental solicitada. Es evidente que lo anterior no puede ser cuantificable en la medida en que al no conocer el contenido de la información, no es posible calificar su valor probatorio. Sin embargo, esta imposibilidad de cuantificación en nada desdibuja el beneficio obtenido por el infractor quien, al obstruir la investigación, se benefició de la incapacidad de la Autoridad de analizar la información no entregada.

[S]i bien la Superintendencia de Industria y Comercio reconoce que en escenarios de investigaciones por obstrucciones no puede especificar el beneficio obtenido por el infractor con la conducta, lo cierto es que sí existe dicho beneficio, con lo cual no podría dejarse de lado este criterio para la dosificación de la sanción.

[E]n relación con la aplicación del criterio de conducta procesal del investigado para este Despacho la afirmación de que los investigados tuvieron un comportamiento “ideal” no es suficiente para modificar la conclusión de que ese criterio tiene un efecto neutro sobre la dosificación de la sanción en el presente caso, habida cuenta que el infractor, si bien ejerció su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal

**Resolución No. 41510 del 8 de septiembre de 2019. Recurso de reposición**

*que condujera a la agravación de la sanción, lo cierto es que tampoco ejerció alguna actuación concreta que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa.*

*Finalmente, los recurrentes señalaron que el criterio relacionado con el grado de participación de los investigados no es aplicable debido a que (i) no incumplieron ninguna de las instrucciones impartidas y (ii) no realizaron ningún comportamiento tendiente a obstruir la averiguación preliminar, pues el comportamiento se encontraba justificado. Al respecto, debe insistirse en que **AJECOLOMBIA** fue la persona directamente vinculada con la conducta, puesto que a través de su representante legal impidió el acceso a los documentos que requirió la Delegatura para la Protección de la Competencia, obstruyendo injustificadamente la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio (...).*