

**Radicación: 18-89805 – Caso “TECNOQUÍMICAS” INOBSERVANCIA**

**Resolución No. 7625 del 1 de abril de 2019. Recurso de reposición**

**RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Propósitos de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio**

*[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, protege a los empresarios, generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos y prestarán más y mejores servicios, 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, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros de las prácticas anticompetitivas. 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 y servicios, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia abarca tanto a consumidores intermedios como finales.*

*Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:*

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

*(...)*

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

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

*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 protección de la columna vertebral de la economía social de mercado y del bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio, incluido el Estado, cuando adelanta procesos de contratación para adquirir bienes y servicios que satisfagan sus necesidades.*

**Resolución No. 7625 del 1 de abril de 2019. Recurso de reposición**

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA** – Sanciones a personas facilitadoras de la conducta – Prohibición de que sean cubiertas, aseguradas o garantizadas por el agente del mercado al que se encontraban vinculadas – Incumplimiento de órdenes como conducta violatoria del régimen de protección de la libre competencia

*[L]a Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad de castigar, no solo a los agentes de mercado que infrinjan las normas de libre competencia, sino también a las personas que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección a la competencia, en el entendido que la conducta desplegada por dichas personas vulnera en igual medida el bien jurídico que busca protegerse.*

*[E]l numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece lo siguiente:*

**“Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.** Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

**16.** Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o la modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada.

**Parágrafo.** Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella.

(...). (Subraya fuera de texto).

*[U]na de las inclusiones hechas por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 fue precisamente la de establecer, de manera clara y expresa, que las personas sancionadas por participar como facilitadores de una práctica anticompetitiva tendrán la obligación de pagar sus multas, sin que las mismas puedan ser cubiertas, aseguradas ni garantizadas en general por la persona jurídica a la cual estaban vinculados al momento de incurrir en la conducta sancionada.*

*Esta disposición, como fue manifestado en la Resolución Sancionatoria, tiene como fundamento y finalidad el lograr y asegurar que el efecto disuasorio que se busca con las multas impuestas por infracciones al régimen de protección de la competencia se cumpla efectivamente. Lo anterior, teniendo siempre en cuenta los términos establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio a la hora de imponer una sanción, y, contrario a lo manifestado por los recurrentes, en cumplimiento de la ley vigente que regule la materia.*

*[U]no de los objetivos trazados por el legislador a la hora de redactar la Ley 1340 de 2009 fue el lograr que la sanción, como herramienta de represión al infractor, resulte proporcional a los potenciales beneficios indebidos que pudieron haberse obtenido mediante la práctica violatoria al régimen de la libre competencia, al igual que, como herramienta disuasiva, sea lo suficientemente sólida para mandar un mensaje de corrección y auto regulación a la sociedad para evitar futuras infracciones al régimen de libre competencia en el país.*

**Así, la imposición de multas tiene un propósito de represión que busca una modificación en el comportamiento concreto de las personas sancionadas, al tiempo que busca mandar un mensaje ejemplarizante para el resto de la sociedad.**

**Resolución No. 7625 del 1 de abril de 2019. Recurso de reposición**

[S]i el infractor de una conducta anticompetitiva, violatoria del régimen de libre competencia vigente en Colombia –en especial cuando se trata de una conducta con efectos altamente significativos y de gran impacto en los consumidores y el mercado- no asume de manera ejemplarizante las consecuencias de su conducta, no se estaría cumpliendo en lo más mínimo con el objetivo que busca la norma, y, por el contrario, podría generar incentivos negativos para que los diferentes agentes en los mercados nacionales, y las personas vinculadas a estos, continúen incursionando en la práctica de conductas anticompetitivas y violatorias del régimen de libre competencia nacional.

[E]sta Superintendencia se mantiene firmemente en su posición de considerar que cualquier conducta que implique garantizar, en términos generales, por parte de un tercero el pago de la multa impuesta a algún infractor por la violación del régimen de libre competencia, es igual o más gravosa que el cometimiento de la conducta anticompetitiva en sí.

Lo anterior teniendo en cuenta que: **(i)** en primer lugar, el hecho que el infractor no sea quien asuma de manera directa y total las consecuencias derivadas del cometimiento de una conducta considerada violatoria del régimen de libre competencia, debilita de manera sustancial dicho régimen legal. Lo anterior, dado que no habría ningún incentivo en cumplir con la normatividad vigente, si una vez impuesta la sanción el infractor pudiera buscar diferentes mecanismos para no verse afectado por la misma, lo cual llevaría a reducir al régimen de competencia en Colombia a un cuerpo normativo ineficaz y sin ningún ánimo vinculante; **(ii)** en segundo lugar, el mensaje de política pública se vería completamente frustrado, pues si bien la Autoridad de Competencia impone una sanción, en la práctica no existiría ninguna consecuencia real para castigar la conducta anticompetitiva; y **(iii)** en tercer lugar, el hecho que un infractor no asuma su responsabilidad personalmente y, por el contrario, busque burlar a la administración esquivando su obligación de pagar la sanción impuesta, evidenciaría una absoluta falta de respeto frente a la Autoridad Nacional de Competencia, quien no busca otra cosa distinta a proteger los intereses colectivos que puedan verse afectados por una conducta violatoria del régimen de libre competencia.

[E]l legislador al momento de definir las conductas que conforman el régimen legal de libre competencia en Colombia, de manera inequívoca, no solo incluyó las denominadas prácticas restrictivas de la competencia (acuerdos, actos y abuso de posición de dominio), sino que de manera expresa estableció que la omisión en acatar solicitudes de información, órdenes impartidas por la autoridad, así como la obstrucción a cualquiera de las etapas de la investigación, deben ser sancionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, como violaciones al régimen de libre competencia.

Lo anterior, se encuentra expresamente establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece lo siguiente:

**“Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.** Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

**15.** Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, ordenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

(...).” (Subraya y negrilla fuera de texto)

[E]l incumplimiento de órdenes por parte de los investigados y/o sancionados por esta Entidad, como lo ocurrido en el presente caso, es una conducta que viola el régimen de libre competencia, y que, por tanto, debe ser sancionado con la misma severidad que se sancionan las conductas que deriven en una práctica restrictiva de la competencia, dado que sus efectos son igualmente nocivos para el interés colectivo que busca protegerse.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Incumplimiento de instrucciones – Solicitud de explicaciones – Procedimiento**

[E]l régimen de libre competencia en Colombia, compuesto por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y demás normas que los adicionen y/o complementen, establece la existencia de diferentes conductas sancionables por su afectación a los diferentes bienes jurídicos que se buscan proteger.

[E]l régimen de libre competencia está compuesto por diferentes preceptos legales que tratan sobre: prácticas restrictivas de la competencia, promoción de la competencia, integraciones empresariales, otorgamiento de

**Resolución No. 7625 del 1 de abril de 2019. Recurso de reposición**

garantías, incumplimiento de órdenes e instrucciones, omisión en acatar las solicitudes de información y obstrucción a las investigaciones que adelante la Entidad, entre otros.

[E]l artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual modifica el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece textualmente que serán funciones del Superintendente de Industria y Comercio el imponer sanciones por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, “incluidas”:

(i) La omisión en acatar en debida forma: (a) las solicitudes de información, y/o (b) las órdenes e instrucciones impartidas por el Superintendente;

(ii) La obstrucción de las investigaciones; y

(iii) el incumplimiento de las obligaciones de (a) informar una operación de integración empresarial, (b) las derivadas de una aprobación de integración empresarial bajo condiciones, o (c) las derivadas de una terminación de una investigación por aceptación de garantías.

[L]as anteriores conductas, que si bien hacen parte del régimen de libre competencia, están previstas para proteger diferentes bienes jurídicos y, por tanto, cuentan con regulaciones específicas respecto a su alcance y el procedimiento que debe surtirse para hacerlas cumplir.

[E]l legislador estableció un procedimiento administrativo independiente y de carácter general para las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, el cual está detallado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, y en virtud de la multiplicidad de conductas de diferente naturaleza que componen el régimen de libre competencia, se han establecido en normas especiales de protección a la libre competencia, procedimientos de carácter especial, encaminados a aplicarse en casos puntuales y especiales dentro del régimen de libre competencia, como lo son algunas de las conductas mencionadas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 como, por ejemplo, la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información y/o las órdenes e instrucciones impartidas por el Superintendente.

[E]l presente trámite administrativo fue iniciado por esta Superintendencia con base en las facultades y funciones específica y expresamente otorgadas a esta Entidad por el Decreto 4886 de 2011, encaminadas a la sanción de una de las conductas consideradas por la ley como violatorias del régimen de libre competencia en Colombia, a saber: el incumplimiento de órdenes.

[E]l numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, pone en evidencia la existencia de una función particular en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio para la protección del régimen de libre competencia, consistente en iniciar un trámite especial en eventos de incumplimientos de órdenes por parte de los investigados y/o sancionados por esta Entidad.

En este sentido, el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 señala lo siguiente:

**“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:

(...)

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

(...). (Subraya y negrilla fuera de texto)

Como puede observarse de la norma anteriormente transcrita, la norma especial en materia de libre competencia en Colombia contempla la existencia de una función específica consistente en la facultad de iniciar e instruir los tramites de solicitud de explicaciones (en adelante “Solicitud de Explicaciones”) en los casos de omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información y las ordenes que imparta en cualquier momento la autoridad de competencia, entre otros.

[E]s el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia quien tiene la facultad de iniciar dicho trámite de Solicitud de Explicaciones, contra aquellas personas que con su conducta hayan omitido acatar órdenes de esta Entidad, y es el Superintendente de Industria y Comercio quien tiene la facultad de imponer la sanción correspondiente, en caso de encontrarse probada la infracción, en los términos establecidos en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, norma que establece lo siguiente:

Resolución No. 7625 del 1 de abril de 2019. Recurso de reposición

**“Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.** Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, **incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan**, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

(...). (Subraya y negrilla fuera de texto)

[S]i bien este Despacho reconoce y no discute la posición de los recurrentes y de los conceptos aportados al Expediente respecto al carácter reglamentario del Decreto 4886 de 2011, sí hace énfasis en que el objetivo de dicha norma es conferirle unas funciones y facultades específicas al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, al igual que al Superintendente de Industria y Comercio, entre otros, para iniciar, instruir y sancionar los trámites de Solicitud de Explicaciones en los casos de omisión de cumplimiento de órdenes dadas por esta Entidad.

Por lo anterior, no puede prosperar el argumento presentado por los recurrentes, por el cual, soportado en conceptos jurídicos aportados como prueba, pretenden demostrar una supuesta inexistencia de un procedimiento a seguir para el trámite de Solicitud de Explicaciones, o en su defecto, la obligatoriedad de aplicar en estos casos los procedimientos establecidos, bien en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, o bien en los artículos 47 y siguientes del CPACA.

[E]xisten normas especiales de competencia que establecen con claridad los trámites que debe surtir la Superintendencia de Industria y Comercio a través de Solicitud de Explicaciones, y la diferencia de los mismos con el previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior, teniendo en cuenta que, por un lado, el ya mencionado Decreto 4886 de 2011, si bien no regula de manera puntual las etapas procesales del trámite de Solicitud de Explicaciones, sí establece su existencia independiente del trámite de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

[D]e la misma redacción de la norma, se desprende que dicha función difiere de la establecida en el mismo artículo, consistente en adelantar averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones encaminadas a establecer infracciones a las disposiciones sobre prácticas restrictivas de la competencia.

En este sentido, los numerales 4 y 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 señalan:

**“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 o instrucciones que se impartan**, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial.

(...). (Subraya y negrilla fuera de texto)

[S]i los tramites de Solicitud de Explicaciones por el incumplimiento de órdenes estuviesen incluidos dentro de los supuestos que dan lugar a la aplicación del numeral 4 del artículo 9 citado anteriormente (prácticas restrictivas de la competencia), el legislador no se hubiera puesto en la tarea de incluir dos numerales independientes en una misma norma. De esta forma, no cabe duda que la intención del legislador fue la de establecer la existencia de dos trámites diferentes, aplicables para dos situaciones de hecho que no pueden ser consideradas como similares entre sí.

[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

**Resolución No. 7625 del 1 de abril de 2019. Recurso de reposición**

*intención del legislador al tratar por separado estas dos funciones fue precisamente distinguir que el trámite de Solicitud de Explicaciones tendría una carácter diferente al establecido en el artículo 52 del Decreto 2153. Incluso, la jurisprudencia administrativa ha ratificado el entendimiento de esta Superintendencia en relación con la distinción de trámites.*

*[L]os trámites de Solicitud de Explicación por incumplimiento de órdenes emitidas por esta Entidad, son trámites de naturaleza incidental, en virtud de que son accesorios a una actuación administrativa sancionatoria principal, regulados para seguir un procedimiento más expedito y con miras de proteger un bien jurídico diferente al trámite principal.*

*[C]uando el artículo 25 de la Ley 1340 elevó a la categoría de infracción la desatención de las órdenes impartidas por esta Superintendencia, lo hizo con el objetivo de dotar de fuerza coercitiva y de facultad sancionatoria el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control en materia de competencia. Sin embargo, lo anterior no implicó de ninguna manera ignorar la naturaleza y consecuencias de cada una de las conductas contempladas en el mismo artículo 25.*

*[P]ara la Entidad no implicará el mismo esfuerzo probar una conducta contraria a la libre competencia, como lo puede ser un acuerdo de precios, una repartición de mercados o un abuso de posición de dominio, que probar la desatención y el incumplimiento de órdenes dadas por la Entidad en el marco de un proceso sancionatorio administrativo adelantado en el marco de sus facultades.*

*Y es precisamente por lo anterior que el legislador previó reglas procesales especiales para los casos de naturaleza incidental, a los cuales no es posible aplicar el procedimiento ordinario, pues esto sería desconocer la naturaleza del trámite y su filosofía, consistente en sancionar un hecho que atenta contra la moralidad pública, la buena fe y el respeto a las normas e instituciones creadas por el legislador para proteger el bien común.*

*De igual forma, no pueden desconocerse los principios de eficacia y economía procesal previstos en el ordenamiento administrativo nacional, los cuales obligan a adelantar los procedimientos de la manera más eficiente posible, optimizando el uso del tiempo y demás recursos, evitando obstáculos puramente formales en los casos en que no son necesarios.*

*En este sentido, aplicar un procedimiento extenso, como el establecido en los artículos 47 y siguientes del CPACA, en un proceso como el que nos ocupa en el presente caso de naturaleza incidental, implicaría una abierta violación a los principios mencionados, que rigen el procedimiento administrativo vigente. Por lo anterior, este Despacho no da razón a los recurrentes respecto a que se debió aplicar el procedimiento establecido en los artículos 47 y siguientes del CPACA y rechaza su argumento por improcedente.*

*[E]sta Superintendencia comienza por reconocer, en primera medida, que las normas especiales en materia de competencia efectivamente presentan ciertos vacíos respecto a las etapas procesales de este tipo de trámite incidental. Por esta razón, y en cumplimiento de lo establecido en el inciso final del artículo 2 del CPACA, se ha visto obligada a remitirse a las normas de dicho Código que regulan procedimientos similares y, en especial, de la misma naturaleza al procedimiento de Solicitud de Explicaciones.*

*En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera acertada, a la hora de llenar los vacíos respecto al procedimiento incidental de Solicitud de Explicaciones, ha decidido remitirse al artículo 51 del CPACA, el cual regula el tramite incidental de renuencia a suministrar información.*

*[L]os vacíos que se presenten respecto al trámite incidental de Solicitud de Explicaciones por el incumplimiento de ordenes establecido en el régimen de libre competencia, deben ser llenados, por remisión legal, con lo dispuesto en el artículo 51 del CPACA, que si bien, como lo manifiestan los recurrentes, hace referencia a renuencia de suministrar información en un procedimiento sancionatorio administrativo, es aplicable debido a su carácter y naturaleza incidental.*

*[E]ste Despacho a continuación pasará a resumir los aspectos que están expresamente y especialmente regulados sobre la materia, con el fin de poder determinar cuáles son los vacíos procesales que deben ser llenados con la norma de carácter general del artículo 51 mencionado. Así, este Despacho pone de presente que de la norma especial puede desprenderse lo siguiente:*

- *El trámite incidental debe ser iniciado e instruido por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011) y sancionado por el Superintendente de Industria y Comercio (numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011).*
- *La sanción que ha de imponer el Superintendente de Industria y Comercio en virtud a las facultades otorgadas por el Decreto 4886 de 2011, se hará en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, norma que establece lo siguiente:*

## Resolución No. 7625 del 1 de abril de 2019. Recurso de reposición

**“Artículo 25. Monto de las Multas a Personas Jurídicas.** El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

(...). (Subraya y negrilla fuera de texto)

- La caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para este tipo de trámites incidentales, al igual que para cualquier trámite respecto a las normas que componen el régimen de libre competencia, es de cinco (5) años, de acuerdo al artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece:

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

[E]sta Superintendencia ha evidenciado que el vacío normativo existente respecto al procedimiento de Solicitud de Explicaciones se presenta específicamente en el término que debe darse a los investigados para presentar sus respectivas explicaciones.

[H]aciendo remisión al artículo 51 del CPACA por los motivos anteriormente expuestos, se encuentra que dicho trámite será resuelto mediante resolución motivada, previo a la solicitud de explicaciones, para lo cual se dará un término de diez (10) días a los investigados para presentar las respectivas explicaciones.

[E]l trámite determinado en la ley, y que es aplicable por remisión al trámite de Solicitud de Explicaciones adelantado por la Superintendencia, establece que la Entidad enviará una solicitud de explicaciones a los investigados, quienes tendrán un término de diez (10) días hábiles para presentar su respuesta, previo a que la entidad emita su decisión por medio de una resolución motivada. En este sentido, este Despacho no encuentra que lo anterior se aparte de manera alguna al procedimiento seguido en el presente caso.

[N]o obstante que se ha encontrado en el CPACA regulación clara respecto al procedimiento que debe seguirse en trámites de naturaleza incidental como el que nos ocupa, este Despacho ha dado cuenta de ciertos vacíos adicionales que se presentan tanto en la norma de carácter especial como en la de carácter general. Dichos vacíos hacen referencia de manera específica a la etapa probatoria en favor de los investigados, quienes de acuerdo al artículo 51 del CPACA no tendrían la oportunidad de presentar y solicitar pruebas.

[P]recisamente con el ánimo de garantizar en todo momento el derecho de defensa de los investigados y su debido proceso, es que se ha incluido, dentro del término de diez (10) días para que los investigados presenten sus explicaciones, la oportunidad para que los mismos presenten y soliciten las pruebas que consideren conducentes, pertinentes y útiles para estructurar su defensa.

[E]sta Superintendencia no encuentra sentido al argumento presentado por los recurrentes respecto a que el término de la etapa probatoria otorgado es menor al establecido en diferentes normas de carácter procesal, lo cual, en criterio de los recurrentes, estaría violando el principio de favorabilidad que cubre a los investigados en una actuación administrativa. Al respecto, este Despacho reitera que la aplicación del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y los artículos 47 y siguientes del CPACA no es procedente en este caso dado la naturaleza incidental del trámite que nos ocupa, razón por la cual el exigir su aplicación, como lo hacen los recurrentes, sería una violación al principio de legalidad que rige nuestro ordenamiento nacional.

#### **PROHIBICIÓN DEL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 1340 DE 2009 – Imputación a personas naturales**

La prohibición dispuesta en el párrafo del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificada por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, está destinada a crear una obligación a quien haya sido previamente sancionado por esta Superintendencia como facilitador de una conducta anticompetitiva, para que personalmente sea el encargado de pagar las multas que le sean impuestas por esta Entidad. Sin embargo, y al tratarse de una obligación con dos extremos, es apenas obvio que la misma también resulta aplicable al

**Resolución No. 7625 del 1 de abril de 2019. Recurso de reposición**

agente de mercado sancionado para abstenerse de garantizar el pago de las sanciones impuestas a los facilitadores de su conducta.

*[E]l argumento presentado por los recurrentes parecería estar basado en una lectura superficial de la prohibición citada, en dónde se interpreta que la norma simplemente le está prohibiendo a los agentes de mercado garantizar el pago de las sanciones impuestas a los facilitadores de una conducta anticompetitiva, omitiendo sin ninguna justificación la obligación que tienen estos últimos de acatarla.*

*[P]ara este Despacho, la interpretación hecha por los recurrentes, por un lado, es abiertamente descontextualizada, pues implicaría desconocer la finalidad de la norma y exonerar de responsabilidad a aquellas personas naturales que no cumplan con las sanciones impuestas por su actuar facilitador de una conducta violatoria del régimen de libre competencia. Y por otro lado, nótese que de llegar a acogerse la posición de los recurrentes se estaría aceptando un absurdo legal, consistente en que la misma Superintendencia aceptaría que, si bien se deben imponer sanciones a quien fungió en el pasado como facilitador de una conducta anticompetitiva, dicha sanción puede ser pagada por un tercero, distinto al sancionado.*

*[L]o anterior no tiene lógica alguna y no se compadece con el espíritu de la ley, pues la sanción por una conducta ilegal debe estar encaminada a tener efectos directos sobre quien infringió el ordenamiento legal. De no ser así, se estaría permitiendo que el facilitador de una conducta anticompetitiva, de manera malintencionada y contraria a la buena fe, no asuma su responsabilidad de manera personal, eliminándose el principal objeto de la imposición de la multa, que es el factor disuasorio, además de enviar el mensaje nefasto a la sociedad de que es permitido evadir las consecuencias de infringir la ley.*