

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

**Resolución No. 26198 del 5 de julio de 2019**

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

*[L]a Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad encargada de proteger la libre competencia económica en Colombia, 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. 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.*

*[D]entro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema normativo que conforma el régimen de protección de la libre competencia económica (conformado, entre otros, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011). De esta forma, esta Superintendencia está facultada para adelantar averiguaciones preliminares, donde concreta parte de sus funciones de inspección, vigilancia y control del régimen de protección de la libre competencia económica. Tal facultad se encuentra prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, así:*

**“Artículo 52. Procedimiento.** Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, **la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar**, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.” (Negrillas y subrayas fuera de texto original).

*Según la norma de referencia, a la etapa de averiguación preliminar le antecede una actuación inicial cuya finalidad es determinar la admisibilidad y prioridad de cada caso. Una vez verificadas estas características procede entonces adelantar la averiguación preliminar, trámite que antecede al acto de apertura formal de la investigación con la formulación del pliego de cargos para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*

*[L]a etapa de averiguación preliminar es una actuación de la administración en que materializa sus facultades de inspección. Dicha etapa de carácter reservado no está sujeta a formalidad alguna, no es obligatoria y tiene como relevante finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación formal. El elemento de reserva tiene mucha importancia en las funciones de inspección de esta Superintendencia por cuanto su intervención en esta etapa busca demostrar, sumariamente, la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia en el mercado. Con lo anterior, esta Autoridad propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.*

*[L]a relevancia de la etapa de averiguación preliminar, donde esta Entidad concreta sus funciones de inspección, radica en que tiene como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia. En tal sentido, se resalta que la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información o el incumplimiento a los requerimientos formulados por esta Superintendencia y, así mismo, la obstrucción de sus actuaciones, revisten la misma gravedad de las conductas catalogadas como anticompetitivas, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a diversas pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular.*

*[E]sta Superintendencia en la etapa de averiguación preliminar se encuentra investida de sendas facultades constitucionales y legales tanto para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley, como también para reprochar el hecho de que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, omita acatar en debida forma las solicitudes de información, desatienda sus requerimientos o incluso obstruya sus actuaciones.*

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA –** Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio - Visitas administrativas – Incumplimiento de instrucciones como infracción al régimen de protección de la libre competencia – Responsabilidad de las personas naturales facilitadoras

*[Es] el mismo artículo 15 de la Constitución Política la norma superior que autoriza, a las autoridades con funciones de inspección, vigilancia y control, el acceso a documentos privados en los términos que señale la ley.*

*En desarrollo de lo anterior, los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, prevén que:*

## Resolución No. 26198 del 5 de julio de 2019

“**Artículo 1. Funciones Generales.** (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...)”

**62.** Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

**63.** Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

**64.** Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones. (...). (Subrayado fuera de texto original).

[L]a Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal, en su artículo 202, establece que esta Superintendencia ejerce permanentemente funciones especializadas de policía judicial en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, en armonía con esto, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “[e]l carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones”. (Negritas y subrayado fuera de texto original).

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la libre competencia económica, puede ordenar y realizar visitas administrativas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y los documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley. El propio Consejo de Estado ha sido enfático en indicar que las competencias ordinarias que fueron asignadas a esta Entidad en el Decreto 2153 de 1992 la autorizan para requerir a cualquier persona natural o jurídica la información que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones.

[E]l ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omite acatar en debida forma las órdenes, requerimientos e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y se obstruyan sus actuaciones administrativas. En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dispone 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, 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 ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. (...). (Negritas y subrayado fuera del texto).

[E]l legislador prevé como una modalidad de conducta infractora al régimen de protección de la libre competencia “(...) la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones (...)”, entre otras conductas.

[E]n lo que concierne a personas naturales, cabe recordar que el legislador determinó que estas son igualmente responsables siempre que colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen cualquier conducta que resulte violatoria del régimen de protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta esta Autoridad y la obstrucción de sus actuaciones.

En efecto, el 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:

Resolución No. 26198 del 5 de julio de 2019

(...)

**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 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. (...)**. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

En conclusión, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también 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 u obstruir sus actuaciones; y en lo que concierne a las personas naturales, estas resultan responsables siempre que colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen cualquiera de las conductas antes descritas.

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

[T]ratándose 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 u obstruir 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.

Por otra parte, debe señalarse que el 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.

**“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.**

(...)” (Negrillas 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” lo 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 parte, 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 una carácter incidental.

[L]a jurisprudencia administrativa al analizar alegatos como el presentado en esta sede para alegar una supuesta nulidad ratifica el entendimiento de esta Superintendencia en relación con la distinción de trámites.

**Resolución No. 26198 del 5 de julio de 2019**

*En tal medida, ante 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 obstruir 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 prácticas restrictivas de la competencia propiamente dichas, tales 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.*

*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 se 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).*

*[N]o cabe duda que la 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 u obstruir 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 tendrán 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, dispone un término de cinco (5) años para efectos de la caducidad de la facultad sancionatoria de este tipo de conductas.*

*[L]as mismas etapas del procedimiento de carácter incidental antes descritas, fueron avaladas en la jurisprudencia administrativa en casos tramitados en aplicación del Decreto 01 de 1984 y antes de la vigencia de la Ley 1340 de 2009. Al respecto, el Consejo de Estado consideró que en esencia estas etapas se ajustan a las reglas del debido proceso.*

*[A]un en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 1340 de 2009, la misma conclusión surge en el presente caso, es decir, esta Superintendencia ha garantizado en todo momento las garantías del debido proceso administrativo, máxime cuando puede verificarse que los investigados, ejercieron activamente sus prerrogativas en el presente trámite administrativo. Por tanto, al no existir ningún asidero normativo o jurisprudencial que respalde las postulaciones según las cuales debía darse aplicación al procedimiento previsto en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, este Despacho encuentra desestimados los argumentos de los investigados para pretender la nulidad de lo actuado y los rechaza por improcedentes.*

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

(...)

## Resolución No. 26198 del 5 de julio de 2019

[L]as razones expuestas por **AJECOLOMBIA** lejos de excusar la ostensible y reiterada omisión en acatar en debida forma la solicitud de información, de ser ciertas dejan en evidencia una absoluta desorganización y falta de cuidado en el manejo de su documentación, circunstancia que se configura como un desconocimiento de su obligación legal no solo de conservar archivados los comprobantes de los asientos de sus libros de contabilidad, sino además mantenerlos debidamente **“ordenados”**, tal y como lo dispone el artículo 55 del Código de Comercio.

Por tal razón, si bien el reproche que se realiza en esta oportunidad no es por el incumplimiento del deber legal contemplado en el artículo 55 del Código de Comercio, este Despacho si puede afirmar categóricamente que tal circunstancia no resulta válida para justificar la omisión en acatar en debida forma la solicitud de información. Aceptar lo contrario, implicaría que semejante excusa, esto es, la falta de organización y cuidado en el manejo de la información o documentación, sería razón suficiente para que cualquier agente de mercado se sustraiga indebidamente de acatar las solicitudes o requerimientos que realice la Autoridad de competencia, lo que es a todas luces improcedente pues desquiciaría y dejaría inanes las facultades de inspección, vigilancia y control de cualquier autoridad administrativa.

[E]n el escenario de que esa fuera la verdadera causa por la que **AJECOLOMBIA** desatendió la solicitud de información, lo cierto es que no existe ninguna razón válida que permita justificar el hecho de que después de tanto tiempo no se haya dado cumplimiento en debida forma a los diferentes requerimientos efectuados por esta Superintendencia. En tal virtud, no son de recibo para este Despacho las explicaciones relacionadas con que **AJECOLOMBIA** “unilateralmente explica a la Superintendencia los avances que se tienen en cuanto a la organización de la información de los archivos y entrega la documentación respectiva con cada uno de los pasos que se siguieron durante lo corrido del año 2016 y 2017 para poder ordenar los documentos en el archivo de la compañía. Igualmente, en esta oportunidad se hizo entrega a la Superintendencia de los casos de factoring correspondientes a lo corrido del año 2017”.

La jurisprudencia administrativa ha tenido la oportunidad de analizar un argumento similar al propuesto por los investigados en esta sede. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca considera que:

**“La Sala considera pertinente señalar que haber allegado con posterioridad a la visita administrativa practicada el 30 de octubre de 2012 los correos electrónicos institucionales no desvirtúa la conducta en la que incurrió la demandante consistente en no acatar en debida forma la instrucción impartida por la demandada en el desarrollo de la visita, que configuró una obstrucción del correcto ejercicio de las funciones de esta Entidad, razón por la cual se hacía merecedora de la sanción de multa impuesta.”** (Negrillas y subrayas fuera de texto original).

[L]as explicaciones ofrecidas por los investigados, como lo ha considerado la jurisprudencia administrativa, no desvirtúan la conducta en que incurrieron desde el 26 de agosto de 2014. Aceptar semejantes argumentos sería tanto como reconocer que cualquier persona jurídica o natural podría a su libre arbitrio establecer cómo y en qué momento es conveniente cumplir con las solicitudes de información o requerimientos que le formule la Autoridad de competencia.

Todo lo contrario, el hecho que los investigados finalmente envíen una información que les ha sido requerida se traduce única y exclusivamente en el cumplimiento de una obligación legal que inicialmente desatendieron, que para el caso concreto, lejos de excusar la conducta en la que incurrieron, solo ratifica la omisión en acatar en debida forma los requerimientos, (...).