



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

RESOLUCIÓN **№ - 7 6 2 5** DE 2019

(**0 1 ABR 2019**)

Radicación: 18-89805

VERSIÓN PÚBLICA

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de facultades legales, y en especial las previstas en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 68722 del 17 de septiembre de 2018 (en adelante “Resolución Sancionatoria” o “Resolución No. 68722 de 2018”), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **TECNOQUÍMICAS S.A.** (en adelante “**TECNOQUÍMICAS**”), **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, por haber incurrido en las conductas infractoras del régimen de protección de la libre competencia económica previstas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, asociadas con la omisión en acatar en debida forma las órdenes que la Superintendencia de Industria y Comercio impartió en el artículo QUINTO de la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, en concordancia con el párrafo del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, las personas jurídicas y naturales sancionadas interpusieron recursos de reposición contra dicho acto administrativo.

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes:

2.1. Argumentos planteados por TECNOQUÍMICAS

- La sanción en este caso reposa en las supuestas órdenes que se dieron en un caso anterior, en el cual el daño al mercado ni siquiera estuvo probado. De esta forma, lo que hace la Superintendencia de Industria y Comercio es volver a sancionar la existencia de un supuesto cartel, que ya fue investigado, aumentando las multas impuestas anteriormente.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra sancionando la supuesta omisión de una orden dada por la Entidad a los sancionados. Sin embargo, en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, la orden dada por la Superintendencia de Industria y Comercio fue la de pagar una suma de dinero por concepto de multa, más no que la misma no podía ser pagada por terceros. Así, esto último corresponde es a un precepto legal, establecido en el párrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, más no a una instrucción dada por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- El procedimiento seguido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este caso no está expresamente establecido en ninguna ley, violando el principio de legalidad.
- El Decreto 4886 de 2011 es un decreto reglamentario, por medio del cual se reforma la estructura y las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo tanto no establece ningún procedimiento sancionatorio especial.

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El trámite que se debió seguir es el establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 o, en su defecto, el establecido en el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).
- El artículo 51 del CPACA es inaplicable, toda vez que el trámite ahí establecido aplica únicamente para los casos de renuencia a suministrar información.
- En la parte resolutive de la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016 no se hizo mención al párrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Por tanto, no hay ninguna omisión de órdenes. Los sancionados en ese caso pagaron la multa que les fue impuesta, tal y como se ordenaba en dicha resolución, con cargo a su patrimonio personal.
- En el presente caso es evidente la falta de garantías a los investigados. Nunca se dejó entrever que la solicitud de explicaciones hacía parte de una investigación por incumplimiento del régimen de libre competencia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio en este caso hizo una "mezcla normativa" con el fin de poder definir el procedimiento a seguir.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no respetó los tiempos mínimos establecidos en el CPACA para formulación de cargos, presentación de descargos, solicitud de pruebas, periodo probatorio con un cierre y traslado para presentar alegatos de conclusión.
- Ahora bien, de ser el caso que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera insistido en la aplicación del artículo 51 del CPACA, debe mencionarse que la Entidad no cumplió con los términos establecidos en dicha norma, toda vez que pasaron más de los dos (2) meses establecidos en la norma para dar respuesta a las explicaciones dadas. De esta forma, la decisión debería ser nula.
- El procedimiento *sui generis* aplicado por la Superintendencia de Industria y Comercio presenta fuertes violaciones al debido proceso si se compara con los procedimientos del artículo 47 del CPACA y el artículo 52 de Decreto 2153 de 1992.
- La decisión tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio en el presente caso carece de imparcialidad, dado que el Superintendente de entonces tenía pleno conocimiento y una formada opinión de los hechos que ahora parecen motivar la actuación.
- La tipicidad de la sanción exige que en el ordenamiento esté expresamente establecida la conducta reprochable, así como el castigo o consecuencia de dicha conducta. Sin embargo, el párrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 solo establece una prohibición, sin ningún tipo de sanción.
- En el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio aplica al vacío procesal el principio de interpretación del "efecto útil", cuando en realidad deberían aplicarse los principios de favorabilidad y "*Pro Personae*", los cuales exigen que se aplique el procedimiento más garantista y favorable al investigado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio pasa por alto que, como se explicó en los documentos aportados al proceso, las bonificaciones otorgadas por la empresa a sus trabajadores son una herramienta que hacen parte de una política empresarial, la cual incrementa la competitividad y la capacidad productiva de la empresa. De igual forma, son una herramienta que busca retener el talento humano. Sin embargo, solo analizó una muestra muy pequeña de casos, no percatándose que desde el año 2012, **TECNOQUÍMICAS** sí había dado la bonificación bajo el "**código-concepto**" "**202-Bonificaciones Ocasionales**" (en adelante "Bonificaciones Ocasionales") en múltiples oportunidades.
- Respecto a la bonificación dada a **VANESSA HATTY BENAVIDES** al momento de su retiro de la empresa, esta consistía en una estrategia de incentivos para los trabajadores que permanecen vinculados a la compañía, de forma que estas personas tengan evidencia de que **TECNOQUÍMICAS** sí cumple con las promesas hechas a sus empleados.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- En el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta las explicaciones dadas por **TECNOQUÍMICAS**, así como tampoco tuvo en cuenta lo demostrado respecto a que las "Bonificaciones Ocasionales" fueron otorgadas en el año 2017 a un gran número de ejecutivos, aparte de los sancionados, tal y como se han venido dando desde 1999. Por el contrario, se basa únicamente en dos coincidencias consistentes en: (i) las fechas de pagos de las bonificaciones a los sancionados, las cuales coincidían con las fechas en que estos últimos efectuaban el pago de sus cuotas del crédito otorgado por BANCOLOMBIA S.A. (en adelante "BANCOLOMBIA"); y (ii) el hecho de que los sancionados recibieron las bonificaciones en el año inmediatamente posterior a la multa impuesta por la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016.
- En el expediente no hay prueba alguna que demuestre que **TECNOQUÍMICAS** haya actuado como garante o avalista de los créditos obtenidos por los sancionados con BANCOLOMBIA, o que haya comprometido su patrimonio para el pago de las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016.
- Las personas naturales sancionadas en este caso obtuvieron créditos de parte de BANCOLOMBIA con el fin de pagar las multas impuestas por la Superintendencia en la Resolución 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016. Adicionalmente, dichos créditos han sido cubiertos por el patrimonio personal de dichas personas. Por este motivo, no existe ninguna prueba contundente que demuestre la supuesta infracción mencionada por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- La Superintendencia de Industria y Comercio declara que el aparato represivo y los instrumentos disuasorios establecidos en la ley son más importantes que el bien jurídico que busca protegerse. Así, no tiene en cuenta que sancionar actos no anticompetitivos o que son respuesta racional de los agentes de mercado pueden tener efectos negativos en los mercados.

2.2. Argumentos presentados por VANESSA HATTY BENAVIDES

- La conducta de **VANESSA HATTY BENAVIDES** no puede ser considerada como un acto ilegal. Su única actuación fue sacar un crédito a nombre personal ante BANCOLOMBIA y con dicho dinero pagar la multa que le fue impuesta en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016.
- En ninguna parte de la instrucción dada por la Superintendencia de Industria y Comercio en la parte resolutive de la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016, se hacía mención a que dicha multa no podía ser garantizada, cubierta o asegurada por un tercero.
- Contrario a lo manifestado por la Superintendencia de Industria y Comercio, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 no puede ser aplicado a personas naturales, sino únicamente a personas jurídicas, lo cual se desprende de una interpretación literal de la norma. De esta forma, aplicar el porcentaje establecido en dicha norma para imponer la sanción en cuestión es contrario al principio de legalidad y buena fe.
- Afirmar que el pago de bonificaciones es ilegal desconoce el derecho al trabajo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio violó el principio de presunción de inocencia en el presente caso. Adicionalmente, no cumplió con la carga de la prueba que tenía a su cargo para lograr demostrar irrefutablemente la conducta ilegal.
- Lo único que está demostrado en el expediente es que **VANESSA HATTY BENAVIDES** obtuvo un crédito de libre inversión con BANCOLOMBIA, el cual ha venido pagando con su propio patrimonio y que **TECNOQUÍMICAS** únicamente dio una bonificación a sus empleados, la cual hace parte de una práctica empresarial. Por su parte, no está probado de ninguna manera que **TECNOQUÍMICAS** haya otorgado dicha bonificación con el objetivo de cubrir los costos correspondientes a la sanción impuesta a las personas naturales en virtud de la multa impuesta en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- En este caso no puede hablarse de una omisión de acatar órdenes dadas, pues nunca hubo una orden más allá de pagar un valor determinado por concepto de multa en la cuenta bancaria y en los tiempos establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- En el presente caso no hay una buena valoración de las pruebas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior teniendo en cuenta que **VANESSA HATTY BENAVIDES** efectivamente sí recibió primas y bonificaciones en otras ocasiones.
- Es completamente injustificado que los sancionados no pueden utilizar el dinero que reciben por parte de la empresa a la cual están vinculados con el fin de pagar sus deudas y pasivos personales.
- En el presente caso la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra cometiendo una violación al debido proceso y al derecho a la defensa y contradicción de los sancionados. Lo anterior, dado que impuso la multa en cuestión en virtud del numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, cuando el supuesto incumplimiento se encuentra establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. De igual forma, se invocó el artículo 51 del CPACA, sin tener en cuenta que el procedimiento ahí establecido no resulta aplicable para este caso, toda vez que el mismo está previsto para otro supuesto de hecho completamente diferente. En este orden de ideas, se debió seguir el procedimiento del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, y en caso de duda, el establecido para los procedimientos administrativos sancionatorios establecido en el artículo 47 del CPACA.

2.3. Argumentos presentados por **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN**

- En el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una indebida valoración de las pruebas que obran en el expediente. Fundamentó su posición en elementos, que generan meras sospechas, sin embargo, no constituyen prueba cierta que acredite la participación de **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** en la conducta imputada. De igual forma, tampoco hace una correcta valoración de las pruebas que acreditan el pleno cumplimiento de los sancionados de la orden impartida en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016.
- Las bonificaciones otorgadas por **TECNOQUÍMICAS** a sus empleados son dadas por la compañía de forma unilateral, sin que los trabajadores sepan con precisión las condiciones en que dichos pagos son hechos. Así, desde 2009, **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** ha recibido bonificaciones, por diferentes conceptos, sin tener pleno conocimiento de las condiciones de los mismos.
- No puede entenderse que el recibir bonificaciones por parte de los empleados de una compañía es una práctica ilegal. Así, los sancionados en el presente proceso no son los únicos empleados de **TECNOQUÍMICAS** que recibieron bonos bajo el “código-concepto” “**202-Bonificaciones Ocasionales**”.
- **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** obtuvo un crédito con **BANCOLOMBIA**, el cual fue de carácter individual, sin que **TECNOQUÍMICAS** hiciera parte del mismo de ninguna manera.
- Los pagos que hace **TECNOQUÍMICAS** por concepto de bonificaciones siempre se hacen en los mismos meses del año. Las bonificaciones recibidas en años anteriores correspondían a un porcentaje del salario de **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** de años anteriores, porcentaje que para el año 2017 guardaba correlación con los de años pasados.
- No existe prueba alguna que permita evidenciar que **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** tenía conocimiento de que **TECNOQUÍMICAS** estaba cubriendo el pago de su deuda con **BANCOLOMBIA**, por medio de la cual canceló la multa impuesta en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016.
- La Superintendencia de Industria y Comercio basa su posición en el presente caso en el hecho de que el valor de la bonificación recibida por parte de **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** bajo el “código-concepto” “**202-Bonificaciones Ocasionales**” es equivalente a casi el ■% de la multa impuesta en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016. Sin embargo, lo anterior no puede considerarse como una

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

prueba irrefutable de que **TECNOQUÍMICAS** estaba cubriendo el valor de la multa en cabeza de **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN**. Incluso, no se tiene en cuenta que la suma de los aportes que se hicieron a nombre de **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** en 2017 al fondo institucional, más los ingresos extra salariales percibidos por este investigado en dicho año, superan en un [REDACTED] por ciento ([REDACTED]%) el valor de la multa impuesta en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016.

- La Superintendencia de Industria y Comercio no tiene en cuenta que en el año 2017, otro de los gerentes de **TECNOQUÍMICAS**, no sancionado por esta Superintendencia, recibió una bonificación muy similar a la recibida por parte de **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN**, con tan solo [REDACTED] pesos (COP\$ [REDACTED]) de diferencia.
- En el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio cometió una violación al debido proceso. Esto en cuanto debió haber seguido el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, y no el regulado por el artículo 51 del CPACA. Adicionalmente, dio aplicación a las sanciones estipuladas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, cuando dicho artículo es solo aplicable para personas jurídicas. Finalmente, la conducta especificada en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, de acuerdo a su redacción, solo puede ser cometida por una persona jurídica y no por personas naturales.
- La Superintendencia de Industria y Comercio incurre en error, debido a la falta de tipicidad de la conducta sancionada en el presente caso. La realidad es que el pago de la multa impuesta en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016 se hizo efectivamente, en los términos ordenados y con cargo al patrimonio personal de **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN**. En este sentido, **TECNOQUÍMICAS** no cubrió, aseguró o garantizó la multa impuesta a **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN**. Así las cosas, los supuestos de hecho no se ajustan a los supuestos normativos existentes en la norma supuestamente vulnerada.
- Con la presente decisión, la Superintendencia de Industria y Comercio está cayendo en un imposible jurídico, toda vez que se encuentra afirmando que un sancionado no puede pagar sus deudas y pasivos con el dinero que perciba directamente de la persona jurídica a la cual se encuentra vinculado por una relación laboral.

2.4. Argumentos presentados por **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**

- La Superintendencia de Industria y Comercio sancionó el incumplimiento del parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Sin embargo, lo anterior no puede ser considerado como un incumplimiento de una orden impartida por la autoridad de competencia, sino, por el contrario, como una violación al régimen de libre competencia. Por este motivo, el procedimiento que debió haberse seguido en el presente caso es el establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.
- En caso que la Superintendencia de Industria y Comercio definitivamente considerara que la conducta de los sancionados implicó el incumplimiento de una orden emitida por la Entidad, el procedimiento que debió aplicarse para investigar a los sancionados es el establecido en el artículo 47 del CPACA y no el del artículo 51 de dicho cuerpo normativo.
- En el presente caso, no es posible establecer que **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** omitió una orden de esta Superintendencia, pues ésta consistió únicamente en la obligación de pagar una suma de dinero por concepto de multa, lo cual se hizo en los términos establecidos en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016.
- El pago de la multa impuesta por esta Superintendencia a **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** se hizo por medio de un crédito otorgado por **BANCOLOMBIA**, el cual se obtuvo con cargo al patrimonio del sancionado.
- **TECNOQUÍMICAS** no cubrió, garantizó ni aseguró el pago de la multa impuesta a **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** en la Resolución 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Finalmente, la Superintendencia no tuvo en cuenta que las bonificaciones otorgadas por **TECNOQUÍMICAS** hacen parte de una práctica empresarial, de la cual **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** se vio beneficiado en varias oportunidades, en términos similares a las entregadas en 2017.
- La Superintendencia está cometiendo el absurdo de decir que todo sancionado que pague sus multas o deudas con dinero que se derive de su relación laboral incurre en la prohibición estipulada en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

2.5. Argumentos comunes presentados por MARIA DEL PILAR CORREA LENIS y ERNESTO TRUJILLO PÉREZ

- En el presente caso, contrario a lo manifestado por la Superintendencia de Industria y Comercio, no hubo una orden a los investigados en los términos establecidos en la Resolución Sancionatoria, y cuyo supuesto incumplimiento fue sancionado. En este sentido, es de resaltar que en la orden dada en la parte resolutive de la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016, nunca se incluyó ni se hizo mención a lo establecido en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Por esto, la imputación y la sanción impuesta contra **MARIA DEL PILAR CORREA LENIS** y **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** carece de objeto.
- En el presente caso se presentó una violación al debido proceso debido a la ausencia de un reproche claramente identificado. Al respecto, la supuesta instrucción no cumplida por **MARIA DEL PILAR CORREA LENIS** y **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** es un mandato legal y no una orden dada por la Superintendencia.
- Las conductas establecidas en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 como ilegales, por su redacción, están destinadas a personas jurídicas, quienes son las únicas que pueden ser entendidas como sujetos activos de dichas prohibiciones. Por este motivo, no puede establecerse que personas naturales, como es el caso de **MARIA DEL PILAR CORREA LENIS** y **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ**, sean sujetos activos de las mismas y por tanto sean sancionados por su incumplimiento.
- Las sanciones establecidas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, según su interpretación literal, están dirigidas únicamente a personas jurídicas, por lo cual **MARIA DEL PILAR CORREA LENIS** y **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** no pueden ser sancionados en los términos de dicha norma.
- Las normas de derecho administrativo exigen que previo a cualquier sanción administrativa se debe surtir un procedimiento expresamente establecido en la ley. Por este motivo, la Superintendencia de Industria y Comercio debió haber aplicado el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, o en su defecto el artículo 47 del CPACA, para adelantar la investigación administrativa que resultó en la Resolución Sancionatoria recurrida. Sin embargo, aplicó erróneamente el procedimiento establecido en el artículo 51 del CPACA.
- Ahora bien, aún si se aceptara la tesis que el procedimiento a seguir debió haber sido el establecido en el artículo 51 del CPACA, la Superintendencia de Industria y Comercio incumplió con los términos ahí establecidos, dando aplicación únicamente al término de diez (10) días para que los investigados presentaran sus explicaciones.
- En la presente actuación administrativa se violó el debido proceso, toda vez que el Superintendente de Industria y Comercio de entonces actuó de manera imparcial, teniendo formada opinión con anterioridad a la expedición de la Resolución Sancionatoria. Por este motivo, la misma se encuentra viciada por falsa motivación.
- En el presente caso estamos ante una ausencia de tipicidad de la conducta que se imputa. Esto debido a que dicha conducta, y la sanción que acarrea su incumplimiento, deben estar expresamente establecidas en normas con rango de ley. Sin embargo, el parágrafo del artículo 26 de la ley 1340 de 2009, no incorpora sanción alguna. Adicionalmente, la violación de dicha norma implicaría una burla a la capacidad de disuasión estatal, más no una vulneración a la libre competencia. Por lo anterior, no es posible aplicar las multas establecidas en el artículo 25 de la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ley 1340 de 2009, toda vez que las mismas están estipuladas únicamente para los casos de vulneración de la libre competencia.

- En el presente caso se da una violación a los principios de favorabilidad y *pro personae*. Esto debido a que se hizo uso del método de interpretación del efecto útil de la norma, cuando en realidad debió haber aplicado los principios de favorabilidad y *pro personae*, en virtud de los cuales, a la hora de establecer el procedimiento a aplicar, se debió preferir aquel que fuera más garantista para el investigado.
- En el presente caso se evidencia una ausencia de contradicción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la racionalidad de la conducta de los sancionados. Lo anterior teniendo en cuenta que no valoró las pruebas aportadas por los investigados, e incluso llegó a afirmar que las mismas eran "irrespetuosas e imaginativas", lo cual deja ver la falta de objetividad en la decisión final.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no cumplió con la carga de la prueba. Se recuerda que en derecho administrativo sancionatorio existe presunción de inocencia del administrado, lo cual implica que deben aportarse todos los medios probatorios para desvirtuar dicha presunción. Sin embargo, en este caso no logró recolectarse prueba contundente que desvirtuara la presunción en cabeza del investigado.
- En el presente caso no existe una conducta típica y antijurídica que pueda motivar la sanción impuesta por medio de la Resolución Sancionatoria. Lo anterior teniendo en cuenta que los sancionados cumplieron con la instrucción de pagar, por medio de créditos de consumo de BANCOLOMBIA, la multa impuesta por medio de la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016.
- La Superintendencia de Industria y Comercio pasa por alto que los verbos rectores del parágrafo 26 de la Ley 1340 de 2009 hacen mención a que las personas jurídicas cubran, garanticen y aseguren el pago de la sanción impuesta a las personas naturales por incumplimiento de las normas de libre competencia. En virtud de lo anterior, es claro que las personas naturales no pueden ser considerados sujetos activos ni infringir de forma alguna dicha norma.
- **TECNOQUÍMICAS** no realizó una erogación, no ofreció ninguna garantía ni cubrió mediante un seguro el pago de la multa impuesta a las personas naturales en la presente actuación administrativa.
- Los incentivos de **TECNOQUÍMICAS** a sus empleados no hacen parte de una actividad dirigida a cubrir, asegurar o garantizar el pago de sanciones.
- La responsabilidad administrativa implica el control sobre la conducta. Las personas naturales sancionadas en este caso no tenían control alguno, toda vez que las bonificaciones entregadas eran de mera liberalidad de las empresas, sin ningún tipo de interferencia o conocimiento previo por parte de los empleados.
- Las bonificaciones otorgadas por **TECNOQUÍMICAS** son parte de una política empresarial. Se han dado siempre y a todos los empleados. Incluso, los sancionados en la presente actuación administrativa ya habían recibido bonificaciones en años anteriores.

2.6. Argumentos comunes presentados por TECNOQUÍMICAS, VANESSA HATTY, LUIS FELIPE PUERTO, DIEGO HUMBERTO QUIJANO, MARIA DEL PILAR CORREA y ERNESTO TRUJILLO

- La Superintendencia de Industria y Comercio violó el principio de proporcionalidad en la graduación de las sanciones. Esto teniendo en cuenta que en dicho ejercicio debe haber correspondencia entre infracción y sanción, así como garantizar un factor de predictibilidad. Sin embargo, haciendo un estudio de casos anteriores, la sanción más alta impuesta por incumplimiento de órdenes había sido de 3.565 SMLMV, haciendo que la sanción en este caso de 33.000 SMLMV sea absolutamente desproporcionada.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La Superintendencia de Industria y Comercio debió haber aplicado los criterios de graduación de la sanción establecidos en el Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, en el presente caso la Superintendencia cometió los siguientes errores aplicando dichos criterios:

(i) Impacto de la conducta en el mercado: No se dio aplicación a este criterio por considerar que la conducta no tuvo un impacto en el mercado, lo cual no le está permitido hacer. Si la conducta no tuvo impacto en el mercado, este debería ser un factor positivo a la hora de aplicar este criterio. A su vez, es igualmente desproporcionado considerar que de todas formas el incumplimiento de órdenes debe ser fuertemente sancionado por considerarlo aún más grave que un cartel. Lo que está haciendo es ponderar consideraciones sobre la gravedad de la conducta cuando la norma solo le permite tener en cuenta el impacto en el mercado. Incluso, lo anterior es aún más desproporcionado si se tiene en cuenta que en el caso de las personas naturales investigadas y sancionadas, entre la sanción impuesta en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016 y la Resolución Sancionatoria del presente proceso, existe un aumento en el monto de la sanción de las personas naturales aproximadamente de un 77% en cada caso;

(ii) Grado de participación en la conducta: En el caso de **TECNOQUÍMICAS**, no hay prueba que demuestre que este sancionado cubriera, asegurara o garantizara el pago de las multas impuestas a las personas naturales en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016;

(iii) Antecedentes en relación con las infracciones al régimen de la competencia: La conducta prohibida por el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 exige la existencia de una sanción anterior para poder ser materializada. Por este motivo, agravar la multa por la existencia de dicha sanción previa viola el principio del *Non Bis in Idem*; y

(iv) Beneficio obtenido: No es posible afirmar que de la conducta de los investigados en el presente caso se desprende el beneficio consistente en que las personas naturales no vieron afectado su patrimonio personal al momento de pagar la multa impuesta por la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016. Lo anterior, toda vez que fue ampliamente demostrado que dichas sanciones fueron pagadas con créditos obtenidos ante BANCOLOMBIA, los cuales han sido cubiertos hasta la fecha con el patrimonio personal de **VANESSA HATTY, LUIS FELIPE PUERTO, DIEGO HUMBERTO QUIJANO, MARIA DEL PILAR CORREA y ERNESTO TRUJILLO**. Incluso, algunos de estos investigados aún mantienen deudas de alto valor con la entidad bancaria como consecuencia de dichos créditos, por lo cual no es posible afirmar que su patrimonio no se vio afectado.

TERCERO: Que por medio de Resolución No. 2915 del 8 de febrero de 2019, esta Superintendencia decretó las pruebas documentales aportadas por los recurrentes en sus respectivos recursos, y dio traslado de las mismas a los demás investigados para que se pronunciaran sobre ellas, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 79 del CPACA.

Respecto a la solicitud de **DIEGO HUMBERTO QUIJANO** de requerir a Bancolombia rectificar la certificación aportada de fecha 4 de septiembre de 2018, en donde se habría establecido equivocadamente que el crédito a su nombre se encontraba cancelado en su totalidad, se deja constancia que el Despacho ha tenido en cuenta a la hora de analizar los documentos que reposan en el Expediente, la información aportada por **DIEGO HUMBERTO QUIJANO** que demuestra el estado de cuenta real del crédito de Bancolombia No. [REDACTED].

CUARTO: Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), este Despacho procederá a resolver los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

4.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución Sancionatoria, es importante llamar la atención respecto del hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas a velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

competencia económica en los mercados nacionales, previsto especialmente en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, los cuales catalogan expresamente esta prerrogativa como un interés colectivo, establecen que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y señalan que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

En este sentido, 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 económica **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. Es precisamente por eso que, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos.

Adicionalmente, 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 competencia².

De acuerdo con la OCDE³:

“Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).

Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.

Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.

Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios”⁴.

² Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, “Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?” No. 4. 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad. “Informe Nacional de Competitividad 2011-2012”. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia”. 2012.

³ OCDE corresponde a la sigla en español para *Organisation for Economic Cooperation and Development* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

⁴ OCDE. “Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia”. 2014. Págs. 2 y 3.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En efecto, la 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, y que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado.

En últimas, la sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas derivan 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.

Como puede verse de todo lo anteriormente dicho, la 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.

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la 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.

Por otro lado, la 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.

En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2009, la 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 investigadores, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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".⁵

Vale indicar que estos mismos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional:

*"En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención "no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella". Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, **desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos**".⁶ (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

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).

Ahora bien, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas de libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, tiene la facultad de imponer sanciones a quien viole dicho ordenamiento, con el fin de castigar al infractor y disuadir futuros incumplimientos a la norma, garantizando el buen funcionamiento de los mercados nacionales y el bienestar de los consumidores.

Adicionalmente, la 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.

Es en este sentido, que 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:

(...)

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:

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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).

Es de resaltar que una 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.

Una vez más, esta Superintendencia manifiesta que uno 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.

Y es que si 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.

Ahora bien, y en virtud de lo anterior, esta 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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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.

Adicionalmente, el 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, 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.

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

En virtud de lo anterior, esta Superintendencia encuentra que el 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.

Bajo este contexto, a continuación se procederá a dar respuesta a los diferentes argumentos presentados por los recurrentes en sus respectivos recursos contra la Resolución Sancionatoria.

4.2. Argumentos relacionados con la violación al debido proceso en virtud de la aplicación de un procedimiento no establecido en la ley

Los recurrentes manifestaron coincidentemente en sus recursos que la Superintendencia de Industria y Comercio violó el debido proceso en la presente actuación administrativa, al seguir un procedimiento que no se encuentra establecido en ninguna ley. Para los recurrentes, erróneamente se aplicó un procedimiento basado en una norma de carácter reglamentario, cuando en realidad se debió haber seguido el proceso establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 o, en su defecto, el estipulado en el artículo 47 del CPACA y no un procedimiento "sui generis", poco garantista y violatorio de los principios de legalidad, derecho a la defensa y favorabilidad.

Como sustento y soporte de lo anterior, **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** solicitó el decreto como prueba de unos "conceptos jurídicos" elaborados por abogados⁷, por medio de los cuales pretende evidenciar el supuesto error cometido respecto al procedimiento aplicado en el presente

⁷ Folios 843 a 893 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

caso, dichos documentos fueron decretados, mediante Resolución No. 2915 del 8 de febrero de 2019, como prueba documental.

En consecuencia, es importante hacer una precisión respecto a la solicitud de **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, realizada durante el término de traslado de la prueba documental referida, para que dichos documentos sean considerados como "*conceptos técnicos*" dentro del Expediente. Al respecto, este Despacho debe iniciar por señalar que de acuerdo con el artículo 165 del Código General del Proceso, son medios de prueba las declaraciones de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

De esta forma, puede apreciarse que el término de "*concepto técnico*" no corresponde a ningún medio de prueba expresamente regulado por la ley, por lo cual, de acuerdo al inciso segundo del artículo 165 del Código General del Proceso, este tipo de prueba deberá practicarse con base en las disposiciones que regulen medios de prueba semejantes. Por este motivo, y dada la naturaleza de los "*conceptos jurídicos*" que fueron aportados y con independencia de que estén contenidos en documentos, lo cierto es que por su pretendido alcance, con fundamento en el principio *iuria novit curia* (el juez, en este caso, la autoridad administrativa, conoce el derecho), los referidos conceptos, a efectos de su valoración, no tienen ninguna conducencia o eficacia probatoria.

Tal entendimiento es ratificado en el artículo 226 del Código General del Proceso, el cual establece que no serán admisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, como lo procuran hacer los documentos aportados al proceso. De manera que si está proscrita tal posibilidad para la prueba pericial, con más razón lo estará para la prueba documental.

Aceptar las postulaciones probatorias del recurrente en el sentido de que un documento que contenga "*conceptos jurídicos*" sobre la interpretación de una norma sean conducentes o tengan el mérito probatorio para establecer lo que, a su juicio, debería ser el procedimiento aplicable para determinado caso, sería tanto como relevar a la autoridad administrativa de su función constitucional y legal de aplicar e interpretar las normas pertinentes, máxime cuando el procedimiento aplicable en el caso concreto fue claramente determinado en la Resolución Sancionatoria. Con esto, se abriría la posibilidad de que mediante un "*concepto jurídico*" se determinara, en contra de las normas previamente establecidas en los procedimientos, por ejemplo, cuál es el recurso procedente contra determinada decisión o el término para interponerlo, lo que es a todas luces inaceptable.

Sin embargo, con el fin de garantizar el derecho a la defensa de los recurrentes, en todo caso este Despacho tuvo en cuenta y valoró los "*conceptos jurídicos*" aportados que fueron decretados como pruebas documentales, en los términos de la parte final del inciso tercero del artículo 226 del Código General del Proceso, es decir, como alegaciones adicionales de los recurrentes.

Dicho lo anterior, este Despacho procede a dar respuesta a los argumentos mencionados. Para esto, es de gran importancia recordar que el 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.

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

En efecto, el 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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(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.

Ahora bien, las 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 surtir para hacerlas cumplir.

En virtud de lo anterior, el 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.

Así las cosas, es de resaltar que el 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.

De esta forma, el 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 trámites 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.

En este orden de ideas, es 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:

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

(...)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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)

En este sentido, si 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.

Así, a continuación se pasará a exponer los argumentos que encuentra este Despacho para desestimar la posición de los recurrentes y de los conceptos aportados al Expediente:

En primer lugar, este Despacho reitera que, como se explicó anteriormente, existen 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.

Así, y de 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)

En tal medida, es de advertir que si los trámites 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

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

diferentes, aplicables para dos situaciones de hecho que no pueden ser consideradas como similares entre sí.

De esta forma, siguiendo 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 del legislador al tratar por separado estas dos funciones fue precisamente distinguir que el trámite de Solicitud de Explicaciones tendría un 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. Al respecto, el Consejo de Estado⁸ considera lo siguiente:

*“Ahora, en opinión de la Sala, tampoco se violó el debido proceso, a que se contrae la segunda censura, pues, del contenido de los actos acusados y de los documentos allegados al expediente se advierte, como se precisó anteriormente, que **la conducta sancionada no fue la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, sino la inobservancia de las instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio impartidas en desarrollo de su función tendiente a establecer si se estaban cumpliendo o no por parte de los actores dichas normas. Y bajo ese entendido no son aplicables las normas procedimentales que echan de menos los demandantes.***

(...)” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Por lo anterior, este Despacho no encuentra razón alguna en el argumento presentado por los investigados y soportado a través de los conceptos jurídicos aportados al Expediente, respecto a que en el presente caso, debió haberse seguido el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, toda vez que, como quedó ampliamente demostrado, las normas especiales de competencia establecen diferentes procedimientos para diferentes supuestos de hecho.

Ahora bien, en segundo lugar, procede esta Superintendencia a dar respuesta y explicar a los recurrentes las razones por las cuales tampoco debía seguirse el procedimiento administrativo sancionatorio general, establecido en los artículos 47 y siguientes del CPACA.

Al respecto, lo primero que debe mencionarse es que los 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.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que cuando 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.

Así, no cabe duda que para 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

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2012. Rad. No. 2500023240001999079901.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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 palabras de la Corte Constitucional:

“El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia.

(...)”⁹. (Subraya fuera de texto).

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.

En tercer lugar, se procederá a poner en evidencia el error en el que han incurrido los recurrentes y los “conceptos jurídicos” aportados al afirmar que el procedimiento aplicado en el presente caso no se encuentra establecido en la ley.

En este sentido, esta 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 trámite incidental de renuencia a suministrar información.

Y es que precisamente, frente al artículo 51 del CPACA, el doctor Enrique José Arboleda, Miembro de la Comisión redactora del proyecto de ley que después se convertiría precisamente en este Código, ha señalado:

*“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”¹⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta forma, no cabe duda que los 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

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1998.

¹⁰ Arboleda Perdomo, Enrique José. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Segunda Edición. Legis Editores. Sexta reimpresión. Abril, 2014. Pg. 95.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

información en un procedimiento sancionatorio administrativo, es aplicable debido a su carácter y naturaleza incidental.

Ahora bien, y habiendo dejado claro la norma a la que debe remitirse esta Superintendencia a la hora de adelantar un trámite de Solicitud de Explicaciones, este 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:

*“**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)*

En este sentido, esta 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.

De esta forma, y haciendo 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.

En virtud de lo anterior, queda en evidencia que el 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, y no 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.

Por lo anterior, y precisamente 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.

De tal forma, esta 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 cobija 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.

Finalmente, este Despacho pone de presente que las etapas del procedimiento de carácter incidental descritas previamente, fueron avaladas por 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 Estado¹¹ consideró que en esencia estas etapas se ajustan a las reglas del debido proceso.

"(...) El Decreto 2153 de 1992, como antes se anotó, faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para "Imponer las sanciones pertinentes (...) por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia" (artículo 2º, núm. 2º).

(...)

Estas reglas son las siguientes: i) Comunicar al sujeto investigado la iniciación de la respectiva actuación, señalándole el objeto de la misma (art. 28 del C.C.A.); ii) Dar la oportunidad al administrado para expresar sus opiniones y solicitar o allegar las pruebas que pretendiera hacer valer (artículos 34 y 35 ibídem); y iii) Una vez dada esa oportunidad y con base en las pruebas e informes disponibles, adoptar la decisión correspondiente, la cual debe ser motivada, por afectar los intereses del particular investigado (art. 35 ibídem); en la respectiva decisión es preciso señalar la normativa jurídica que consagra tanto la conducta objeto de reproche como la sanción que se impone por incurrir en ella; iv) Notificar la decisión respectiva, en la forma y términos consagrados en los artículos 44 y s.s. del C.C.A., indicando en el momento de la diligencia de notificación los recursos que legalmente proceden contra aquella, las autoridades ante quienes deben interponerse, y los plazos para hacerlo; y v) Dar respuesta a los recursos de vía gubernativa que formule el administrado, en caso de que éstos procedieran. (...)

El estudio de los antecedentes administrativos de los actos sancionatorios acusados, permite a la Sala concluir que fueron expedidos por la SIC siguiendo las reglas del debido proceso antes señaladas. (...) Por lo anterior, es claro para la Sala que no tiene mérito alguno la acusación de violación del debido proceso administrativo. (...)
(Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Por todo lo anterior, esta Superintendencia encuentra que, contrario a lo alegado por los recurrentes y soportado en los conceptos jurídicos allegados al Expediente, el procedimiento seguido en el presente caso se ajustó en todo momento a las normas vigentes en la materia, sin desconocer en ninguna medida las garantías ni los derechos procesales de los investigados.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. No. 25000 23 24 000 2008 00137 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A partir de lo expuesto, este Despacho considera que los recurrentes incurrían en un error de interpretación al momento de considerar que en el presente caso existió una violación al principio de legalidad, por no haberse aplicado un procedimiento establecido en la ley. Sin embargo, se reitera que la presente actuación se dio con base en las facultades y funciones otorgadas en virtud del numeral 12 del artículo 9 y numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, pero siguiendo en todo momento el procedimiento establecido en la ley especial en la materia y, en su defecto, en el artículo 51 del CPACA, norma que regula los trámites de naturaleza incidental, tal y como el que nos ocupa en el presente caso.

Por último, esta Superintendencia encuentra que está ampliamente demostrado en el Expediente, que todos los sancionados durante este proceso conocieron oportunamente de la imputación que se realizó (Solicitud de Explicaciones), presentaron descargos, solicitaron pruebas, conocieron el acto de pruebas expedido, fueron notificados de la Resolución Sancionatoria, presentaron sus respectivos recursos de reposición junto con las pruebas que consideraron pertinentes, conocieron del nuevo acto de pruebas emitido por esta Superintendencia y presentaron su pronunciamiento en el término de traslado del mismo. De esta forma, no quedan dudas que durante todo el procedimiento adelantado se les ha garantizado a los recurrentes su participación en el mismo, así como la posibilidad de argumentar sus actuaciones y presentar su defensa, solicitar y aportar pruebas y controvertir las decisiones administrativas adoptadas por esta Entidad, garantizando así un efectivo derecho a la defensa en favor de los investigados.

Por todo lo anterior, este Despacho no encuentra razón alguna en los argumentos relacionados con la supuesta violación a los principios de legalidad, favorabilidad y debido proceso, al igual que al derecho de defensa de los sancionados por la no aplicación del procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, o en su defecto el establecido en el artículo 47 del CPACA.

4.3. Argumentos relacionados con la aplicación de la sanción establecida en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 a las personas naturales

Los recurrentes mencionaron que no les es aplicable a las personas naturales la sanción establecida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, toda vez que, en virtud del título del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, norma que modifica el mencionado numeral, dichas multas están destinadas únicamente a personas jurídicas.

Al respecto, esta Superintendencia recuerda que en el texto de la Ley 1340 de 2009 el legislador estableció un título de guía que no corresponde al contenido de la norma y que, por el contrario, ni la versión original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, ni la modificación hecha por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establecieron la exigencia de un sujeto calificado para su aplicación. Por este motivo, esta Superintendencia no encuentra sustento en afirmar que esta norma está destinada a aplicar únicamente sobre personas jurídicas sino que, por el contrario, aplica a cualquier persona, de cualquier naturaleza, que incurra en algunas de las conductas establecidas como violatorias al régimen de libre competencia en Colombia.

De esta forma, se presenta a continuación, tal y como se hizo en la Resolución Sancionatoria, la siguiente tabla que deja en evidencia que, el texto legal y vinculante del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 nunca estableció la limitación de su aplicación únicamente contra personas de esta naturaleza.

Tabla No. 1. Texto numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y su modificación por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009

| Norma Original Numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 | Modificación introducida por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 |
|---|--|
| <p>"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:</p> <p>(...)</p> <p>15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las</p> | <p>"Artículo 25. Monto de las multas a personas jurídicas</p> <p>El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:</p> <p>Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de</p> |

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

| Norma Original Numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 | Modificación introducida por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 |
|--|---|
| <p><i>normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto. Así mismo, imponer las sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos sectores mientras la ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos"</i></p> | <p><i>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.</i></p> <p><i>Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.</i> <i>2. La dimensión del mercado afectado.</i> <i>3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.</i> <i>4. El grado de participación del implicado.</i> <i>5. La conducta procesal de los investigados.</i> <i>6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.</i> <i>7. el patrimonio del infractor.</i> <p><i>Parágrafo. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción la persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.</i></p> |

Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio

De lo anterior puede establecerse que la redacción original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 en ningún momento hacía referencia a la naturaleza jurídica de la persona que podría ser objeto de sanción por la violación de las normas de libre competencia. De igual forma, se evidencia que la modificación hecha a esta norma en el año 2009 fue en cuatro (4) aspectos puntuales: **(i)** cambio del monto máximo de la sanción a imponer, pasando de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cien mil (100.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; **(ii)** la inclusión de criterios de graduación, así como circunstancias de agravación y atenuación; **(iii)** la inclusión como conductas violatorias del régimen de libre competencia 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 y **(iv)** simplificación de la norma respecto a los sectores de aplicación al eliminar la mención explícita respecto a las sanciones a imponer a las empresas prestadoras de servicios públicos.

Así, no hay duda alguna que el cambio y la modificación hecha por el legislador en el año 2009 al numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 no incluyó ningún tipo de limitación respecto a la calidad de los sujetos sobre los cuales aplica la norma, sino que, por el contrario, de la lectura literal del texto se desprende que su aplicación sigue destinándose a cualquier sujeto que viole

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

cualquiera de las disposiciones sobre Protección de la Competencia, tal y como se contemplaba en el texto original.

En este orden de ideas, esta Superintendencia se mantiene en su posición de considerar que el desconocer la aplicación de una norma por la sola lectura literal de un título de guía, que incluso ni siquiera está incluido propiamente en el texto modificado del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es desconocer de igual forma la interpretación exegética de la norma desde su origen y la interpretación sistemática con las demás normas que integran el régimen del derecho de la competencia.

Según la interpretación de los recurrentes, en el presente caso debió aplicarse el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el cual corresponde, según su título, al "*Monto de las Multas a Personas Naturales*". Sin embargo, al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente: (i) al igual que lo ocurrido con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en esta norma nunca se ha diferenciado la naturaleza jurídica de las personas a las cuales les aplica las sanciones ahí establecidas, ni en su versión original ni en su versión modificada por el legislador en 2009. Así, lo que busca esta norma, es sancionar a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias a las normas de libre competencia, sin importar si dicho "facilitador" es una persona natural o jurídica¹². (ii) Adicionalmente, los supuestos de hecho descritos en cada norma son diferentes. Así, en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, se establecen las sanciones para quien viole cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluyendo el incumplimiento de órdenes e instrucciones. Por su parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, está destinado a sancionar a quien colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere el cometimiento de una conducta anticompetitiva.

En virtud de lo anterior, debe reiterarse que la conducta por la cual esta Superintendencia sancionó a **TECNOQUÍMICAS, ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, consistió precisamente en el incumplimiento de órdenes dadas por esta Superintendencia, lo cual constituye una conducta violatoria de las disposiciones sobre protección de la competencia, razón por la cual debe aplicársele la sanción estipulada en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Una interpretación diferente equivaldría a aplicar una sanción establecida en la ley para otro tipo de conductas, lo cual resulta en una clara violación al principio de legalidad, el mismo que ahora alegan los recurrentes como desconocido y violado por esta Superintendencia.

En virtud de lo anterior, no se encuentra razón alguna en los argumentos presentados por los recurrentes respecto a la imposibilidad de aplicar la sanción establecida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, a las personas naturales sancionadas por medio de la Resolución Sancionatoria.

4.4. Argumentos relacionados con la imposibilidad de imputar la prohibición establecida en el párrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 a personas naturales

Algunos de los recurrentes manifestaron que la prohibición establecida en el párrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 no es aplicable a personas naturales, sino únicamente a las personas jurídicas que en los términos de dicha norma, cubran, aseguren o en general garanticen la multa del facilitador. Como respuesta a lo anterior, esta Superintendencia debe manifestar que no les asiste razón por los motivos que se exponen a continuación.

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

¹² Ejemplos actuales de la aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 a una persona jurídica por su actuar como facilitador de una conducta anticompetitiva se encuentran en las Resoluciones No. 71540 de 08 de noviembre de 2017, 71539 del 08 de noviembre de 2017, 71537 del 08 de noviembre de 2017, 71542 del 08 de noviembre de 2017 y 69844 del 19 de septiembre de 2018 (Caso "factoring").

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

apenas obvio que la misma también resulta aplicable al agente de mercado sancionado para abstenerse de garantizar el pago de las sanciones impuestas a los facilitadores de su conducta.

En este sentido, el 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.

De tal manera, para 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.

Sobra decir que lo 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.

Por lo anterior, esta Superintendencia vuelve a hacer alusión a la postura de la Corte Constitucional, que ha manifestado en múltiples ocasiones:

*"Cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística"*¹³. (Subraya fuera del texto).

Así las cosas, para este Despacho es claro que una interpretación lógica, sistemática y finalística de la norma en cuestión es suficiente para entender que la misma es en realidad aplicable tanto a los agentes de mercado que incurran en la prohibición establecida como a quien fue sancionado como facilitador de una conducta anticompetitiva. Por lo anterior, deben desestimarse los argumentos expuestos por los recurrentes respecto a lo analizado en este punto.

4.5. Argumentos relacionados con la existencia de una orden en la Resolución 43218 del 28 de junio de 2016 respecto a lo establecido en el párrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009

Los impugnantes manifestaron coincidentemente que no puede hablarse en este caso de un incumplimiento de una orden dada por la Superintendencia, toda vez que la orden impartida por medio de la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016 hacía referencia únicamente al pago de la multa impuesta por la Entidad a los sancionados, sin hacer mención en ningún momento respecto a lo establecido en el párrafo del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Al respecto, es importante poner de presente que, efectivamente como lo mencionan los recurrentes, por medio de la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016, la cual modificó la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, esta Superintendencia impuso las siguientes sanciones a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER:**

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-011 de 1994.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"ARTÍCULO QUINTO: IMPONER la siguiente sanción a las siguientes personas naturales vinculadas con **TECNOQUÍMICAS S.A.**

(...)

5.2. A ERNESTO TRUJILLO PÉREZ identificado con cédula de ciudadanía No. 14.984.104, multa de **CIENTO NOVENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$198.563.040.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (288 SMMLV).**

5.3. A MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS identificada con cédula de ciudadanía No. 31.931.424, multa de **CIENTO DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$117.896.805.00)** equivalentes a **CIENTO SETENTA Y UN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (171 SMMLV).**

5.4. A LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN identificado con cédula de ciudadanía No. 16.846.229, multa de **TREINTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$39.298.935.00)** equivalentes a **CINCUENTA Y SIETE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (57 SMMLV).**

5.5. A VANESSA HATTY BENAVIDES identificada con cédula de ciudadanía No. 66.982.302, multa de **VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$24.820.380.00)** equivalentes a **TREINTA Y SEIS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (36 SMMLV).**

5.6. A DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER identificado con cédula de ciudadanía No. 16.615.708, multa de **CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$155.127.375.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (225 SMMLV).**

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ellos, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación".

Ahora bien, los recurrentes afirman, de manera equivocada, que en el texto literal de la orden dada por esta Superintendencia, no se hizo mención expresa a la prohibición establecida en el párrafo del numeral 16 artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, razón por la cual la misma no hacía parte de la orden dada por esta Entidad.

En este sentido, para lo recurrentes, en el momento en el que **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** registraron sus respectivos pagos ante la Superintendencia de Industria y Comercio, con cheques de gerencia elaborados por Bancolombia, cumplieron a cabalidad la orden dada por esta Entidad.

La posición de los recurrentes es errónea, comoquiera que, contrario a lo manifestado en sus recursos, es claro que aunque no se hubiera establecido de manera expresa en la parte resolutive de la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016 la prohibición del párrafo del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, ésta última efectivamente sí hacía parte de la orden dada por esta Superintendencia, por lo cual su vulneración implicó de manera automática una contravención a la orden dada a los sancionados en su momento.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Lo anterior, dado que las multas impuestas como facilitador en una de las conductas violatorias del régimen de libre competencia en Colombia, deben aplicarse y cumplirse de acuerdo a los términos establecidos en la totalidad del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, incluido su parágrafo.

Así las cosas, las sanciones impuestas a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** como facilitadores del cartel sancionado, al haber sido fundadas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, necesariamente contemplaron los supuestos de hecho ahí establecidos, el monto máximo de la sanción, los criterios de graduación de la multa establecidos en dicha norma y, por supuesto, el parágrafo único de dicho artículo, el cual hace parte del mismo y, por tanto, no puede ser desconocido de ninguna manera, según el cual se prohíbe expresamente que las multas sean cubiertas, aseguradas o en general garantizadas por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta.

En definitiva, no puede perderse de vista que es el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el que establece los parámetros de las sanciones que debe imponer la Autoridad de Competencia a facilitadores de una conducta anticompetitiva. Por lo anterior, tanto esta Entidad como los sancionados están obligados a acatar lo establecido en dicha norma, incluido su parágrafo. De no ser así, nos encontraríamos frente a un escenario en el que la Superintendencia podría imponer multas bajo parámetros estimados de manera unilateral, y los sancionados podrían dar cumplimiento a las órdenes y multas basados en interpretaciones propias y convenientes, como por ejemplo cumpliendo las órdenes a su arbitrio y parecer, no pagando las multas impuestas o hacerlo en un monto diferente al establecido por la Autoridad o, aún peor, que dichas multas fueran pagadas o garantizadas por un tercero.

En virtud de lo anterior, esta Superintendencia debe desestimar los argumentos presentados por los recurrentes respecto a este punto.

4.6. Argumentos relacionados con la forma en que ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER realizaron el pago de la multa

Los recurrentes manifiestan que la Superintendencia de Industria y Comercio cae en un error al afirmar que **TECNOQUÍMICAS** garantizó el pago de las sanciones impuestas en el año 2016 a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, puesto que dichas multas fueron pagadas por los mismos sancionados, por medio de un crédito obtenido por cada uno de ellos con la entidad financiera Bancolombia, y con cargo a su patrimonio personal.

Al respecto, esta Superintendencia debe manifestar en primer lugar que, tal y como fue afirmado por los recurrentes, en el Expediente está plenamente probado que **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** registraron el pago a sus respectivas multas, en el tiempo establecido por esta Entidad, por medio de cheques de gerencia emitidos por la entidad bancaria Bancolombia.

De igual forma, esta Superintendencia reconoce que, de los documentos aportados por los recurrentes y que obran en el Expediente¹⁴, es evidente que dichos créditos, efectivamente fueron otorgados a nombre de cada uno de los sancionados, a título personal, quienes sin lugar a dudas eran los responsables por el pago de dichas deudas frente a Bancolombia, y debían asumir el pago de las cuotas correspondientes, en los términos pactados con la entidad financiera.

Incluso, es importante mencionar que los recurrentes aportaron diferentes documentos¹⁵ que demuestran que, por un lado, a la fecha, algunos de ellos aún mantienen un saldo a favor de Bancolombia por concepto de los mencionados créditos y que, por otro lado, han venido cambiando

¹⁴ Folios 813 a 814, 835 a 840 y 947 a 948 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

¹⁵ Folio 835 a 836 y 949 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en el tiempo, de manera independiente, las condiciones y forma de pago de sus respectivos créditos con Bancolombia¹⁶.

No obstante, para este Despacho lo anterior no desmiente la conclusión a la que ha llegado esta Superintendencia, pues se ha demostrado en la presente actuación administrativa que, a pesar de haber pagado sus respectivas multas por medio de créditos bancarios personales, los recurrentes, en virtud de unas Bonificaciones Ocasionales otorgadas por **TECNOQUÍMICAS**, vieron aumentado su patrimonio personal, sin justificación objetiva, en el año 2017. De esta forma el pago de dichos créditos no les implicó mayores perjuicios.

Por este motivo, se recuerda que el párrafo del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, prohíbe que la persona jurídica a la cual estaban asociados los facilitadores de una conducta anticompetitiva, cubra, asegure o en general garantice el pago de la multa impuesta a dichas personas naturales, sancionadas en virtud de su comportamiento como facilitadores.

Al respecto, y en respuesta a los recurrentes, esta Entidad reitera que la forma en que está redactada la norma implica, con independencia del método empleado, que si las personas naturales pagan las multas impuestas respaldadas por la empresa a la que estaban vinculados al momento de la infracción, se está incumpliendo con la prohibición señalada.

Igualmente, no hay duda que las expresiones "cubiertos", "asegurados" y "o en general garantizados" son utilizados como sinónimos en el contexto de la norma citada, y hacen referencia a la posibilidad de que la empresa asuma o respalde de cualquier manera la totalidad o parte de los pagos que están en cabeza de sus empleados sancionados. Por este motivo, la posición de los recurrentes de buscar el sentido semántico de los "verbos rectores" que configuran la norma en mención, lo único que hace es descontextualizarla y evitar, de forma injustificada, su aplicación de acuerdo a la clara intención del legislador, la cual no es otra que garantizar que sea la persona sancionada quien asuma su obligación y pague la multa impuesta por violación de la ley.

Por este motivo, este Despacho, al analizar los documentos aportados por los recurrentes, en especial el certificado emitido por Bancolombia confirmando el no registro de **TECNOQUÍMICAS** como avalista o garante de los créditos obtenidos por las personas naturales aquí investigadas¹⁷, encuentra que la intención de los impugnantes ha sido la de buscar restringir el alcance de la norma, desconociendo claramente el espíritu de la misma. Así, este Despacho reconoce que si bien **TECNOQUÍMICAS** no registra, ni lo ha hecho nunca, como garante o avalista en estricto sentido de los créditos otorgados a los demás recurrentes, su actuar y, en especial, el conveniente otorgamiento de las Bonificaciones Ocasionales, ha garantizado que sus empleados sancionados hayan podido soportar los pagos de las sanciones impuestas, sin ver afectado su patrimonio en términos reales.

En este sentido, a continuación se procederá a presentar algunos de los elementos probatorios presentes en el Expediente, que en criterio de este Despacho, y luego de valorarlos en su conjunto, demuestran que si bien **TECNOQUÍMICAS** no soportó de manera directa el pago de las sanciones impuestas a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, el otorgamiento de las Bonificaciones Ocasionales debe entenderse como una forma de garantizar el pago de dichas multas.

Así, la siguiente tabla da cuenta del cambio en el valor total de los ingresos que venían percibiendo los recurrentes por concepto de salario, Bonificaciones Ocasionales (202), bono resultado empresa (203), bono resultado individual S.I. (2010) y fondo institucional desde el año 2015. Estos datos fueron obtenidos precisamente de los documentos aportados por los recurrentes junto a sus respectivos recursos de reposición¹⁸.

¹⁶ Folios 835 a 840 y 947 a 949 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

¹⁷ Folio 738 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

¹⁸ Folios 719 a 725 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tabla No. 2. Ingresos Totales por concepto de salario, Bonificaciones Ocasionales (202), bono resultado empresa (203), bono resultado individual S.I. (2010) y fondo institucional

| Ejecutivo Sancionado | Ingresos 2015 | Ingresos 2016 | Ingresos 2017 |
|--|---------------|---------------|---------------|
| ERNESTO TRUJILLO PEREZ | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| MARIA DEL PILAR CORREA LENIS | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN ¹⁹ | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| VANESSA HATTY BENAVIDES | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| DIEGO HUMBERTO QUIJANO REINER | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información del Expediente

Lo anterior evidencia que el valor de ingresos totales por dichos conceptos para el año 2017, año precisamente en que debían pagar las primeras cuotas de sus créditos personales, aumentó significativamente.

Ahora bien, el "Análisis estadístico de las compensaciones que TECNOQUÍMICAS S.A. otorga a los empleados de mayores salarios", elaborado por Oscar Javier López Alfonso, y aportado al Expediente por **TECNOQUÍMICAS** con su recurso de reposición, permite evidenciar que el aumento relacionado anteriormente es consecuencia de un aumento significativo en el valor total de las Bonificaciones percibidas por los recurrentes en el año 2017, como puede apreciarse a continuación:

Tabla No. 3. Valor de las Bonificaciones Totales de ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER

| Recurrente | Año | | |
|-------------------------------|---------------|---------------|---------------|
| | 2015 | 2016 | 2017 |
| ERNESTO TRUJILLO PEREZ | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| MARIA DEL PILAR CORREA LENIS | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| VANESSA HATTY BENAVIDES | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| DIEGO HUMBERTO QUIJANO REINER | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información del Expediente

La anterior información se encuentra aún más visible en las siguientes gráficas, presentes en los documentos presentados por los recurrentes junto a sus recursos de reposición²⁰:

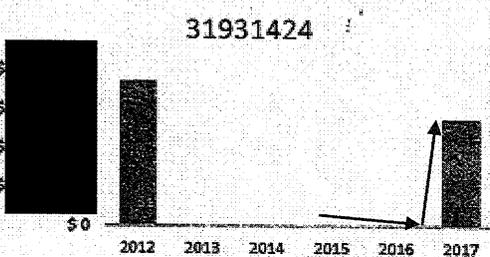
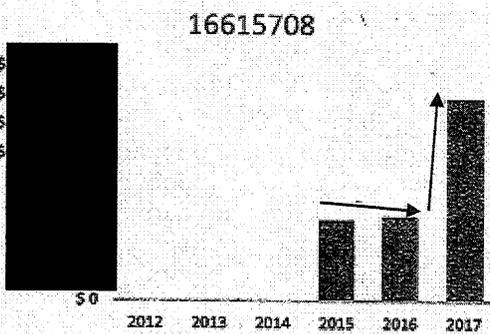
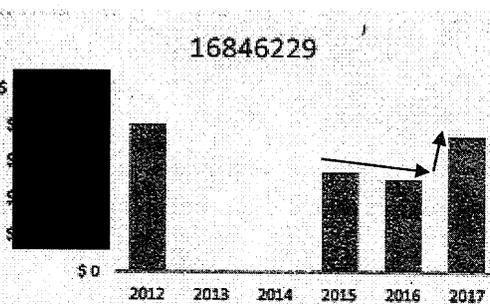
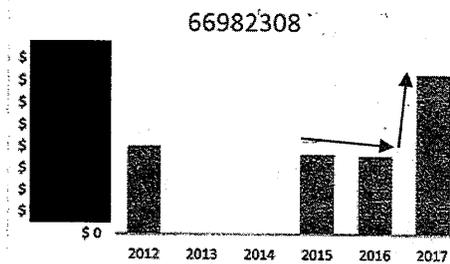
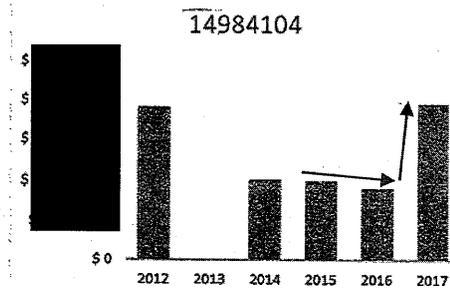
ESPACIO EN BLANCO

¹⁹ Para el pago de la bonificación "202-Bonificaciones Ocasionales" de Luis Felipe Puerto Tobón se dio un primer pago por valor de \$ [REDACTED] el 12 de enero de 2017.

²⁰ Folios 739 a 764 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 1. Variación del monto de las compensaciones de ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER



Fuente: Folios 739 a 764 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

Incluso, de la misma información aportada por los recurrentes, se obtiene que la media del total de bonificaciones otorgadas por **TECNOQUÍMICAS** a sus empleados en el año 2017 fue de [REDACTED] de pesos aproximadamente, valor superado por el total de las bonificaciones dadas a los recurrentes, con excepción de **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**, quien sin embargo obtuvo una bonificación después de que la última que había percibido había sido en el año 2012, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 2. Monto total de las compensaciones recibidas por ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER

| Cédula | Total Compensaciones | | | | | |
|------------|----------------------|------|------|------|------|------|
| | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
| 16633490 | | | | | | |
| 16754394 | | | | | | |
| 66922727 | | | | | | |
| 1130606244 | | | | | | |
| 19208450 | | | | | | |
| 19322139 | | | | | | |
| 15914053 | | | | | | |
| 94489707 | | | | | | |
| 94531172 | | | | | | |
| 19474717 | | | | | | |
| 38439544 | | | | | | |
| 66831674 | | | | | | |
| 16732144 | | | | | | |
| 66982308 | | | | | | |
| 16846229 | | | | | | |
| 31931424 | | | | | | |
| 16615708 | | | | | | |
| 14984104 | | | | | | |

Fuente: Folios 739 a 764 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

Así, hasta este punto se encuentra probado que, con independencia de la situación de los demás empleados de la compañía, los recurrentes vieron aumentados sus ingresos por concepto de bonificaciones en el año 2017 de una manera significativa.

Ahora bien, aunque el Despacho reconoce la información aportada por los recurrentes respecto a que "no se puede establecer un patrón común en el total de compensaciones otorgadas a un empleado, [dado que] estas varían mucho y por diferentes criterios"²¹, de los documentos que reposan en el Expediente no le quedan dudas al Despacho que el factor o criterio específico que hizo que en el año 2017 los valores de los ingresos por concepto de bonificaciones de los recurrentes fueran significativamente más altos que el de los otros empleados de la compañía, se debe precisamente al otorgamiento de las denominadas Bonificaciones Ocasionales a su favor.

La anterior conclusión se obtiene luego de que se analizara de manera conjunta todos los elementos probatorios que reposan en el Expediente, los cuales dan cuenta que (i) los empleados que recibieron Bonificaciones Ocasionales en el año 2017 fueron precisamente quienes tuvieron una variación más alta en el valor de sus bonificaciones entre los años 2016 y 2017; y (ii) que ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER fueron de los pocos empleados en recibir Bonificaciones Ocasionales en el año 2017, a la vez que fueron quienes, con base en la información que reposa en el Expediente, vieron aumentado en mayor medida su valor total de bonificaciones recibidas en dicho año.

Lo anterior puede verse plasmado en la siguiente tabla:

Tabla No. 4. Variación de las Bonificaciones 2016-2017 de los empleados de TECNOQUÍMICAS y valor de las Bonificaciones Ocasionales otorgadas en 2017

| Empleado (cédula de ciudadanía o Nombre) | Total Bonificaciones 2016 | Total Bonificaciones 2017 | Variación Bonificaciones 2016-2017 | Valor "Bonificación Ocasional" 2017 |
|--|---------------------------|---------------------------|------------------------------------|-------------------------------------|
| 16633490 | \$ | \$ | -\$ | |
| 16754394 | \$ | \$ | \$ | |
| 66922727 | \$ | \$ | \$ | |
| 19322139 | \$ | \$ | \$ | |
| 15914053 | \$ | \$ | -\$ | |

²¹ Folios 739 a 759 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

| Empleado (cédula de ciudadanía o Nombre) | Total Bonificaciones 2016 | Total Bonificaciones 2017 | Variación Bonificaciones 2016-2017 | Valor "Bonificación Ocasional" 2017 |
|--|---------------------------|---------------------------|------------------------------------|-------------------------------------|
| 94489707 | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | [REDACTED] |
| 94531172 | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | [REDACTED] |
| 19474717 | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | [REDACTED] |
| 38439544 | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| 66831674 | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| 16732144 | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | [REDACTED] |
| ERNESTO TRUJILLO PEREZ | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| MARIA DEL PILAR CORREA LENIS | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN²² | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| VANESSA HATTY BENAVIDES | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |
| DIEGO HUMBERTO QUIJANO REINER | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] | \$ [REDACTED] |

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio de la información obrante en los Folios 725 y 744 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

En este sentido, es evidente que las Bonificaciones Ocasionales recibidas por los recurrentes en el año 2017, no solo generaron un aumento significativo en el valor total de las bonificaciones que percibieron con respecto a los años anteriores, sino que estuvieron bastante por encima de la media otorgada a los demás empleados de la compañía.

Así, lo que está demostrado en el Expediente y es a todas luces indiscutible, es que si bien **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** efectuaron los pagos de sus respectivas sanciones ante esta Superintendencia por medio de créditos personales otorgados por la entidad financiera Bancolombia, sus patrimonios personales no se vieron afectados toda vez que el año inmediatamente siguiente al pago de la sanción, recibieron unas bonificaciones por parte de **TECNOQUIMICAS** por unos valores considerablemente altos.

En tal medida, dichas bonificaciones permitieron en algunos casos incrementar el patrimonio personal de algunos de los recurrentes, de forma que éstos no se vieran perjudicados por la obtención del crédito y el pago de la multa ante esta Superintendencia, permitiéndoles gozar de la solvencia económica necesaria para soportar los pagos futuros de las respectivas cuotas, sin que su situación económica cambiara antes y después de la imposición de la multa.

Es el caso, por ejemplo, de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ**, quien de acuerdo con los documentos aportados por los recurrentes al Expediente²³, acordó con Bancolombia en el año 2018 una nueva política de pagos de su crédito, consistente en realizarlo en un número de [REDACTED] cuotas, de las cuales la mitad (aproximadamente [REDACTED] cuotas) pueden ser cubiertas con el valor de la Bonificación Ocasional otorgada a dicho recurrente en el año 2017. De esta forma, no le quedan dudas a este Despacho en que la Bonificación Ocasional recibida en el año 2017 garantizó el pago de, al menos y de acuerdo a la información que reposa a la fecha en el Expediente, [REDACTED] la sanción impuesta contra **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** por parte de esta Superintendencia en el año 2016, y que aún sigue siendo cancelada por este sancionado.

De igual forma, en el caso de **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**, esta recurrente, a junio del año 2018, había cancelado un valor aproximado a los [REDACTED] PESOS (\$ [REDACTED]) de su deuda inicial de [REDACTED].

²² Para el pago de la bonificación "202-Bonificaciones Ocasionales" de Luis Felipe Puerto Tobón se dio un primer pago por valor de \$593.165.00, el 12 de enero de 2017.

²³ Folios 948 a 949 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

_____ PESOS (\$) _____)²⁴. No obstante, y dado que la Bonificación Ocasional obtenida en el año 2017 había sido de un valor total de _____ PESOS (\$) _____), no cabe duda para este Despacho que el patrimonio de **MARIA DEL PILAR CORREA LENIS** no se vio drásticamente afectado por el pago parcial que ha hecho del crédito obtenido para la cancelación de la multa ante esta Superintendencia.

De igual manera, se logró evidenciar que otros de los recurrentes han logrado disminuir el valor de la deuda en una cantidad significativa en un muy corto tiempo, gracias a la obtención de las mencionadas Bonificaciones. Este Despacho pone el ejemplo del recurrente **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, quien de un crédito equivalente a _____ PESOS COLOMBIANO (\$) _____) que obtuvo para pagar la multa impuesta por el mismo valor, para el 3 de octubre del año 2018 ya había cancelado aproximadamente el _____%²⁵, teniendo un saldo por pagar de _____ PESOS (\$) _____. Adicionalmente, este mismo recurrente aportó evidencia que el día 16 de octubre de 2018 realizó un pago adicional de su cuota por un valor de _____ PESOS (\$) _____) adicionales. En este sentido, no hay duda que la Bonificación Ocasional otorgada en el año 2017 a **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, que ascendió a un valor de _____ PESOS (\$) _____), permitió que el patrimonio del investigado no sufriera un traumatismo mayor por el pago de las cuotas de muy alto valor que ha realizado del crédito obtenido con Bancolombia para el pago de la multa impuesta.

Así las cosas, este Despacho no desconoce, ni lo ha hecho a lo largo de este trámite, que el pago directo que los recurrentes hicieron de la multa impuesta haya sido hecho por medio de unos créditos obtenidos con una entidad financiera, a nombre personal de los recurrentes. Sin embargo, de la información recolectada durante la presente investigación, y de los mismos documentos aportados por los recurrentes en las múltiples oportunidades probatorias que tuvieron lugar a lo largo del proceso, se encuentra plenamente probado que dicha carga financiera que pudo haber significado el crédito obtenido para cancelar las respectivas sanciones, se vio compensada por el ingreso en el año 2017 de unos beneficios de alto valor monetario por concepto de Bonificación Ocasional, los cuales fueron bastante superiores a cualquier otro beneficio recibido anteriormente.

Al respecto, se reconoce que las pruebas aportadas durante el presente trámite, que buscaban dar cuenta que estos valores significativos de las bonificaciones otorgadas a los recurrentes no son una práctica inusual dentro de la compañía, y que por el contrario, como fue demostrado por los documentos y testimonios aportados al Expediente, **TECNOQUÍMICAS** tiene un nivel alto de volatilidad a la hora de otorgar bonificaciones a sus empleados.

No obstante, este Despacho encontró evidencia suficiente que da cuenta que las Bonificaciones Ocasionales dadas por **TECNOQUÍMICAS** a favor de los demás recurrentes en el año 2017, aumentaron significativamente el valor total de las bonificaciones e ingresos que percibieron dichos empleados, incluso en comparación con años anteriores y con respecto a los demás empleados de la empresa. Lo anterior tuvo como efecto que **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, pudieran ver compensado en cierta medida el daño generado en su respectivo patrimonio por las sanciones impuestas por esta Superintendencia en el año 2016.

Lo anterior, para esta Entidad, es una clara forma de asegurar, cubrir, **y en general, garantizar** el pago parcial de la sanción impuesta a los recurrentes **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** por medio de la Resolución 43218 del 28 de junio de 2016, motivo por el cual no encuentra razón alguna en los argumentos presentados por los recurrentes en sus respectivos recursos, y analizados en este acápite.

²⁴ Folio 947 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

²⁵ Folio 835 a 836 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4.7. Argumentos relacionados con la naturaleza de las bonificaciones dadas por TECNOQUÍMICAS a ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER

Los recurrentes sostuvieron que la Superintendencia de Industria y Comercio cometió un error al imponer la sanción recurrida, teniendo en cuenta que la misma se basa en la existencia de unas bonificaciones otorgadas a los empleados de la compañía, incluyendo a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, las cuales hacen parte de una política empresarial de vieja data, que no es contraria a la ley y que de ninguna manera puede entenderse como una omisión a las órdenes dadas.

Como soporte de lo anterior, los recurrentes aportaron diferentes reportes, incluyendo informes y estudios estadísticos²⁶, que dan cuenta de la fuerte y exitosa política de bonificaciones de la que gozan los empleados de **TECNOQUÍMICAS**.

En este sentido, y de manera previa a continuar con el análisis en el caso concreto, se debe recordar que de ninguna manera reprocha, castiga o considera ilegal *per se*, la existencia de una práctica empresarial de beneficios y bonificaciones entregados a los empleados y directivos de una compañía. Por el contrario, esta Superintendencia reconoce los efectos positivos de estas prácticas tanto en el desarrollo de una empresa como en el bienestar de los trabajadores.

Ahora bien, contrario a lo manifestado por los recurrentes, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio no está haciendo ningún juicio sobre la práctica general que tiene **TECNOQUÍMICAS** de otorgar diferentes bonificaciones a sus empleados y directivos, por lo cual en ningún momento de esta actuación se ha atacado la misma o se ha desconocido su importancia.

Por el contrario, se celebra por parte de esta Entidad situaciones como la descrita en el informe allegado al Expediente por **TECNOQUÍMICAS**, elaborado por la empresa Great Place To Work, en el cual se establece de manera textual que "*En las empresas del Grupo Tecnoquímicas se percibe de forma sobresaliente la estructura de su compensación, dado que hay una proporción muy importante de áreas de desempeño, niveles de cargo y lugares de trabajo, en los que se encuentra una apreciación sensiblemente por encima de aquella que impera en el país, en empresas y organizaciones que se han impuesto alcanzar la excelencia del Ambiente Laboral*"²⁷.

No obstante, lo anterior no quiere decir bajo ningún punto de vista que la Superintendencia de Industria y Comercio deba, como lo intentan insinuar los recurrentes, tolerar la utilización de estas prácticas empresariales, como vehículos para la vulneración de las normas que conforman el régimen de libre competencia en Colombia.

Por este motivo, como Autoridad Nacional en materia de libre competencia, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, tiene la obligación de investigar y sancionar, en caso que sea necesario, las conductas violatorias al régimen de libre competencia que sean cometidas por medio de los programas empresariales de bonificaciones.

En este sentido, se procederá a continuación a presentar una serie de elementos obrantes como prueba en el Expediente, que permiten demostrar que las Bonificaciones Ocasionales dadas por **TECNOQUÍMICAS** a los demás recurrentes en el año 2017, y que son objeto de la presente investigación, no pueden justificarse por la simple existencia de una política empresarial de bonificaciones de la empresa, como lo han intentado hacer ver los recurrentes.

Así, de la información que fue aportada por los recurrentes, puede constatarse efectivamente que **TECNOQUÍMICAS** tiene dentro de sus políticas empresariales un programa de beneficios para sus trabajadores²⁸, en el marco del cual hace entrega de bonificaciones extra salariales, entre los cuales se encuentran los siguientes conceptos:

²⁶ Folios 728 a 764 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

²⁷ Ibídem.

²⁸ Folios 155 y 156 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- “143-Bonificación Voluntaria Tiempo de Servicio”
- “202-Bonificaciones Ocasionales”
- “203-Bono Resultado Empresa”
- “210-Bono Resultado Individual S.I.”
- “405-Aporte Empresarial a Pensiones”
- “511-Auxilio Planes de Salud”
- “520-Auxilio Recreación Social o Deporte”

No obstante, se resalta que en el presente caso las bonificaciones que generaron dudas y que derivaron en la conclusión a la que ha llegado esta Superintendencia, hacen referencia exclusivamente a las otorgadas en el año 2017 a favor de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** por concepto de “**202-Bonificaciones Ocasionales**”, las cuales no aparecen registradas en los “comprobantes de pago de nómina” correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016, ni en los “movimientos contables por terceros” que fueron aportados al Expediente.

Respecto a dichos beneficios, varios fueron los elementos que se encontraron que permiten establecer que los mismos fueron utilizados para infringir las órdenes dadas por esta Entidad, y que no pueden ser justificados por la existencia de un plan empresarial.

1. Novedad de los beneficios bajo el concepto de “202-Bonificaciones Ocasionales”

En primer lugar, no encuentra esta Superintendencia que los recurrentes hayan otorgado explicaciones suficientes respecto al hecho que dichas bonificaciones por concepto de “**202-Bonificaciones Ocasionales**” no hubieran sido entregadas a ninguno de los recurrentes con anterioridad al año 2017, año inmediatamente posterior a la imposición de la sanción por parte de la Superintendencia por la participación de los recurrentes en el denominado “cartel de pañales para bebés”.

Así, si bien es cierto que existen pruebas aportadas por los recurrentes que demuestran que desde el año 2009 se les entregaron diferentes tipos de bonificaciones, ninguna de ellas correspondió al concepto de “**202-Bonificaciones Ocasionales**”²⁹.

Al respecto, esta Superintendencia hace referencia al caso puntual de los documentos aportados por **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** al momento de presentar su recurso de reposición, en donde allegó una certificación suscrita por el Revisor Fiscal suplente de **TECNOQUÍMICAS**, en donde buscó evidenciar que este sancionado sí había recibido una bonificación por concepto de “**202-Bonificaciones Ocasionales**” en el año 2012, por un valor de [REDACTED] PESOS MONEDA CORRIENTE (\$) [REDACTED]³⁰.

Sin embargo, la anterior información no corresponde con la que reposa en otros documentos aportados por los recurrentes en el presente trámite. Así, por medio de certificación suscrita por Revisor Fiscal principal de **TECNOQUÍMICAS**, radicada ante esta Entidad el día 12 de octubre del año 2018 junto con el recurso de reposición presentado por **TECNOQUÍMICAS**, se adjuntaron los registros contables y soportes del sistema de nómina para los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, de una muestra de ejecutivos del Grupo Tecnoquímicas, con la información salarial y las bonificaciones extralegales recibidas por concepto de bonificaciones ocasionales (202), bono resultado empresa (203), bono resultado individual S.I. (2010) y fondo institucional. Así, en dichos documentos puede evidenciarse que la bonificación obtenida por **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** en el año 2012 por un valor de [REDACTED] PESOS MONEDA CORRIENTE (\$) [REDACTED], en realidad fue por concepto de “**203-Bono Resultado Empresa**”³¹ y no por concepto de “**202-Bonificaciones Ocasionales**”.

²⁹ Folios 720 a 725 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

³⁰ Folio 951 Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

³¹ Folio 720 Carpeta Reservada No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, esta Superintendencia ratifica que de la información que obra en el Expediente, se evidencia que los recurrentes nunca habían obtenido, con anterioridad al año 2017, bonificaciones por concepto de "202-Bonificaciones Ocasionales".

Es más, de los documentos que obran en el Expediente, puede evidenciarse que en los años anteriores al 2017, el número de personas, diferentes a los sancionados en este proceso, que habían sido beneficiarios de bonificaciones por concepto "202-Bonificaciones Ocasionales" fue mínimo. Así, se evidencia que:

- (i) En el año 2012, tres personas obtuvieron "202-Bonificaciones Ocasionales";
- (ii) En el año 2013, no se otorgaron "202-Bonificaciones Ocasionales";
- (iii) En el año 2014, dos personas obtuvieron "202-Bonificaciones Ocasionales";
- (iv) En el año 2015, dos personas obtuvieron "202-Bonificaciones Ocasionales";
- (v) En el año 2016, una persona obtuvo "202-Bonificaciones Ocasionales"³².

Lo anterior demuestra que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, las bonificaciones otorgadas en el año 2017 tuvieron un carácter excepcional, lo cual, sin lugar a dudas, justificó que esta Superintendencia pidiera explicaciones a los recurrentes, teniendo en cuenta adicionalmente, los altos valores que tuvieron dichos beneficios extrasalariales a favor de los sancionados.

Ahora, si bien es cierto que en oportunidades anteriores **TECNOQUÍMICAS** había otorgado otro tipo de bonificaciones a algunos de los recurrentes, estas fueron otorgadas por conceptos comunes, que incluso se explican solos y sin necesidad de mayor aclaración, como son "Resultado de Empresa", "Resultado Individual", "Fondo Institucional", "Auxilio Planes de Salud", "Bonificación Voluntaria por Tiempo de Servicio", entre otras. Sin embargo, el concepto general de "202-Bonificaciones Ocasionales" no aparece como recurrente en la información que fue allegada al Expediente.

Por su parte, y a lo largo de la investigación, los recurrentes buscaron hacer ver que el concepto de "Bonificación Ocasional" no era novedoso en lo absoluto. Así, por ejemplo, en las declaraciones de **ANA MARÍA ÁLVAREZ**, Vicepresidenta de Recursos Humanos y Asuntos Corporativos de **TECNOQUÍMICAS**, se manifestó que históricamente el concepto utilizado por la empresa para dar las bonificaciones consistía precisamente en el de "202-Bonificaciones Ocasionales", y que solo en los últimos dos años se comenzó a diferenciar los conceptos por resultado³³.

Sin embargo, esta afirmación no parece concordar con los demás documentos aportados por los recurrentes al proceso³⁴, los cuales ponen en evidencia que desde el año 2009 el concepto de "202-Bonificaciones Ocasionales" no era recurrente, y por el contrario, las bonificaciones entregadas correspondían a otros conceptos, en especial al de "Resultado de Empresa".

De igual forma, los recurrentes quisieron hacer ver que las "Bonificaciones Ocasionales" del año 2017 correspondían en realidad a bonificaciones por los resultados finales del ejercicio de dicho año, sustituyendo las otrora "Bonificaciones por Resultado". Así, por ejemplo, en informe aportado como prueba al Expediente³⁵, se estableció que el valor de las compensaciones obedece a las utilidades crecientes de la compañía. En el mismo sentido, **ANA MARÍA ÁLVAREZ**, Vicepresidenta de Recursos Humanos y Asuntos Corporativos de **TECNOQUÍMICAS**, afirmó en sus declaraciones que la bonificación otorgada a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** podía hacer referencia a los extraordinarios resultados que obtuvo su área durante el año 2016³⁶.

Sin embargo, diferentes elementos encontrados en el Expediente desmienten esta posición.

³² Folios 719 a 725 Carpeta Reservada No. 2 del Expediente.

³³ Folio 575 del Cuaderno Público 2 del Expediente. (Minuto 1:51:30)

³⁴ Folios 719 a 725 Carpeta Reservada No. 2 y Folios 812, 842, 951 y 953 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

³⁵ Folios 739 al 757 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente.

³⁶ Folio 575 del Cuaderno Público 2 del Expediente. (Minuto 1:50:05)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, Respecto a las declaraciones de la Vicepresidenta de Recursos Humanos y Asuntos Corporativos, debe mencionarse que, de los documentos que fueron aportados al Expediente por los recurrentes³⁷, se identifica que a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** le fue otorgada una bonificación, precisamente, por concepto de "Resultado de Empresa" por un valor de [REDACTED] (\$ [REDACTED]) aparte de la "Bonificación Ocasional" a la que tuvo derecho en el año 2017. Por lo anterior, no se explica de manera evidente, como lo tratan de hacer ver los recurrentes, que el monto otorgado a este investigado por concepto de "202-Bonificaciones Ocasionales" fuera un sustituto de una Bonificación por Resultado.

De igual forma, y contrario a lo manifestado por los recurrentes, diferentes elementos evidencian que en el año 2017, **TECNOQUÍMICAS** mantenía una división conceptual entre las Bonificaciones por Resultado y las Bonificaciones Ocasionales.

En este sentido, de los documentos aportados al proceso, se evidencia que en los casos en que **TECNOQUÍMICAS** otorgó bonificaciones por "Resultado de la Empresa" en el año 2017, se suscribió un documento denominado "**CLÁUSULA ADICIONAL AL CONTRATO DE TRABAJO**"³⁸ con el respectivo empleado, en donde se estableció expresamente que en caso de cumplir con los resultados corporativos anuales que se hubieran proyectado para la Compañía, el trabajador recibiría un "Bono por Resultado de Empresa", correspondiente al valor pactado para dicho Bono.

Por el contrario, en los casos de Bonificaciones Ocasionales otorgadas en el año 2017, la empresa suscribe con los empleados beneficiarios un documento denominado "**MUTUO ACUERDO**"³⁹, ciertamente diferente a la "**CLÁUSULA ADICIONAL AL CONTRATO DE TRABAJO**" ya mencionada. Lo anterior evidencia que al interior de **TECNOQUÍMICAS** efectivamente existía una diferenciación entre los "Bonos Ocasionales" y los "Bonos por Resultado", siendo cada uno de estos beneficios aplicables en situaciones visiblemente diferentes.

Este Despacho resalta adicionalmente que incluso dentro de los documentos corporativos aportados por los investigados, se establece una clara diferencia conceptual entre las bonificaciones por concepto de "Resultados de Empresa" y las "**202-Bonificaciones Ocasionales**". Así, se lee en uno de los documentos que obran en el expediente y que fueron aportados por los mismos recurrentes:

"Las bonificaciones ocasionales tienen en común con los bonos de resultado corporativo, en que son otorgadas por mera liberalidad del empleador, son extralegales y su pago no tiene una periodicidad fija determinada para la fecha en que se liquiden y pague. Sin embargo, los bonos de resultado a diferencia de las bonificaciones ocasionales que pueden tener diversos orígenes discrecionales (razones personales, de salud, de familia, competitividad, estímulo, reconocimiento de compromiso, entre otras), responden para Tecnoquímicas a un ejercicio interno de la compañía que implica evaluar el desempeño que ha obtenido en relación con lo que ha establecido para sí como objetivos de resultado. (...)".⁴⁰ (Subrayado fuera de texto).

En tal medida, queda en evidencia que, contrario a lo que pretenden hacer creer los recurrentes, en **TECNOQUÍMICAS** para el año 2017 efectivamente existía cierta diferenciación entre las bonificaciones dadas por el Resultado de la Empresa, o Resultados Individuales, y los denominados Bonos Ocasionales. Por este motivo, no parece evidente la razón por la cual intentan hacer creer que pueden equipararse los diferentes conceptos de bonificaciones, y más aún, hacer ver como si los Bonos Ocasionales dados en el año 2017 no fueran una novedad para el caso de los recurrentes, dado que correspondían en realidad a las Bonificaciones por Resultado dadas en ocasiones anteriores.

Ahora bien, en el caso de **VANESSA HATTY BENAVIDES**, quien según documentos aportados por los recurrentes en sus recursos no fue la única persona en recibir bonificaciones al momento de su retiro de la compañía⁴¹, sí fue la primera en recibir una bonificación por concepto de "**202-**

³⁷ Folio 725 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente y Folio 951 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

³⁸ Folio 316 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

³⁹ Folio 301 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

⁴⁰ Folios 283 a 287 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

⁴¹ Folio 727 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Bonificaciones Ocasionales" de un monto significativamente alto. Así, de los documentos aportados por los recurrentes, se desprende que en años anteriores, quienes habían recibido bonificaciones al momento de su retiro, los habían obtenido por concepto de "Bonificaciones por Retiro", y en ocasiones con algunas **"202-Bonificaciones Ocasionales"**, pero de un valor significativamente menor. No puede perderse de vista además, que de los mismos documentos aportados por los recurrentes⁴² se desprende que los casos relacionados en que se otorgó "Bonificaciones por Retiro", fue a ejecutivos de la compañía, es decir, personas con un perfil profesional similar al de **VANESSA HATTY BENAVIDES**, por lo cual el monto de su bonificación al momento de abandonar la empresa es aún más llamativo.

Lo anterior, para este Despacho, llama la atención, puesto que resulta particular que las bonificaciones por retiro, en años anteriores, estuvieran soportadas por conceptos tan claros y precisos, mientras que justo en el año en que se otorga el beneficio a quien fue anteriormente sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio, se utilice, junto a los conceptos anteriormente aplicados, un concepto adicional ambiguo, poco claro y abierto como el de **"202-Bonificaciones Ocasionales"** de un valor significativo, sin obtener además ninguna explicación completa y objetiva.

Así, es posible concluir que: (i) las Bonificaciones Ocasionales tienen un tratamiento interno diferente al de las Bonificaciones por Resultado u otros conceptos; y (ii) que este tipo de bonificaciones nunca les habían sido entregadas a los recurrentes con anterioridad al año 2017. Para esta Superintendencia lo anterior muestra que las mencionadas Bonificaciones Ocasionales, de carácter novedoso en la trayectoria profesional de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, al ser entregadas por primera vez en el año 2017, año inmediatamente posterior a la imposición de la multa por parte de esta Superintendencia, no tenían otro propósito que el de garantizar, de manera general, la sanción impuesta a los recurrentes, incumpliendo lo establecido en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

2. Monto de los beneficios bajo el concepto de "202-Bonificaciones Ocasionales"

Otro de los puntos en los que esta Superintendencia llamó la atención desde un inicio, y sobre los cuales no obtuvo ningún tipo de explicación objetiva por parte de los recurrentes, corresponde al monto de las bonificaciones otorgadas y su relación porcentual con la sanción impuesta por la Superintendencia en virtud de la Resolución 43218 del 28 de junio de 2016.

Así, las siguientes tablas muestran los valores del beneficio **"202-Bonificaciones Ocasionales"** recibido por **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** en el año 2017:

Tabla No. 5. Valor del beneficio "202-Bonificaciones Ocasionales" en primer semestre del 2017 para ejecutivos sancionados

| Ejecutivo Sancionado | Cargo | Valor pago Primer Semestre |
|--|-----------------------|----------------------------|
| ERNESTO RUJILLO PEREZ | Vicepresidente Senior | \$ [REDACTED] |
| MARIA DEL PILAR CORREA LENIS | Vicepresidente Senior | \$ [REDACTED] |
| LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN ⁴³ | Gerente | \$ [REDACTED] |
| VANESSA HATTY BENAVIDES | Gerente | \$ [REDACTED] |
| DIEGO HUMBERTO QUIJANO REINER | Vicepresidente Senior | \$ [REDACTED] |

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información del Expediente

⁴² Folio 726 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

⁴³ Para el pago de la bonificación "202-Bonificaciones Ocasionales" de Luis Felipe Puerto Tobón se dio un primer pago por valor de \$593.165.00, el 12 de enero de 2017.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tabla No. 6. Valor del beneficio "202-Bonificaciones Ocasionales" en segundo semestre del 2017 para ejecutivos sancionados

| Ejecutivo Sancionado | Cargo | Valor pago Segundo Semestre |
|-------------------------------|-----------------------|-----------------------------|
| ERNESTO RUJILLO PEREZ | Vicepresidente Senior | \$ [REDACTED] |
| MARIA DEL PILAR CORREA LENIS | Vicepresidente Senior | \$ [REDACTED] |
| LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN | Gerente | \$ [REDACTED] |
| VANESSA HATTY BENAVIDES | Gerente | [REDACTED] |
| DIEGO HUMBERTO QUIJANO REINER | Vicepresidente Senior | \$ [REDACTED] |

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información del Expediente

Tabla No. 7. Valor TOTAL del beneficio "202-Bonificaciones Ocasionales" en 2017 para ejecutivos sancionados

| Ejecutivo Sancionado | Cargo | Valor "202-Bonificaciones Ocasionales" en 2017 |
|-------------------------------|-----------------------|--|
| ERNESTO RUJILLO PEREZ | Vicepresidente Senior | \$ [REDACTED] |
| MARIA DEL PILAR CORREA LENIS | Vicepresidente Senior | \$ [REDACTED] |
| LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN | Gerente | \$ [REDACTED] |
| VANESSA HATTY BENAVIDES | Gerente | \$ [REDACTED] |
| DIEGO HUMBERTO QUIJANO REINER | Vicepresidente Senior | \$ [REDACTED] |

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información del Expediente

Visto lo anterior, a continuación se muestra que los valores otorgados a los recurrentes en el año 2017, identificados anteriormente, tienen una clara relación porcentual con el monto de la multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio contra los ejecutivos recurrentes en este caso en el año 2016. Así, como se verá a continuación, en la mayoría de los casos el valor de las bonificaciones cubría casi el [REDACTED]% (entre el [REDACTED]% y el [REDACTED]%) del valor de la sanción en cabeza de los recurrentes, excepto en el caso de **VANESSA HATTY BENAVIDES** (quien recibió el bono al momento de su retiro de la empresa en marzo de 2017), en el cual la bonificación cubría la totalidad de la multa.

En este orden de ideas, a continuación se presenta una tabla que demuestra lo anterior:

Tabla No. 8. Porcentaje de cubrimiento de la multa con el valor del "202-Bonificación Ocasional"

| Ejecutivo Sancionado | Valor Multa Superintendencia (Resolución No 43218 del 28 de junio de 2016) | Valor "202-Bonificaciones Ocasionales" en 2017 | Porcentaje de cubrimiento |
|-------------------------------|--|--|---------------------------|
| ERNESTO RUJILLO PEREZ | \$198.563.040.00 | \$ [REDACTED] | [REDACTED]% |
| MARIA DEL PILAR CORREA LENIS | \$117.896.805.00 | \$ [REDACTED] | [REDACTED]% |
| LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN | \$39.298.935.00 | \$ [REDACTED] | [REDACTED]% |
| VANESSA HATTY BENAVIDES | \$24.820.380.00 | \$ [REDACTED] | [REDACTED]% |
| DIEGO HUMBERTO QUIJANO REINER | \$155.127.375.00 | \$ [REDACTED] | [REDACTED]% |

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información del Expediente

Como puede observarse, los valores correspondientes a las bonificaciones entregadas a los recurrentes, con excepción de **VANESSA HATTY BENAVIDES**, representaban aproximadamente el mismo porcentaje de las respectivas sanciones impuestas a cada uno de los recurrentes por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2016 (valores cercanos al [REDACTED]%). Dicha similitud es una clara evidencia de que la bonificación otorgada a cada uno de los recurrentes buscaba un objetivo común, el cual consistía en cubrir, en el año 2017, prácticamente [REDACTED] de la deuda adquirida por los recurrentes con Bancolombia utilizada para pagar la sanción impuesta anteriormente por esta Superintendencia.

Con respecto a **VANESSA HATTY BENAVIDES**, para esta Superintendencia el hecho que el valor de la bonificación otorgada en 2017 superara el monto de la sanción impuesta en el año 2016 por su participación en el "cartel de pañales para bebés", lejos de desmentir la teoría de esta Entidad, la refuerza. En primer lugar, como lo dijo la Resolución Sancionatoria, no puede olvidarse que el crédito obtenido por **VANESSA HATTY BENAVIDES** debió generar unos costos adicionales

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(intereses, pago de seguro, etc.) que debieron ser asumidos por la sancionada. Pero adicionalmente, el hecho de que **VANESSA HATTY BENAVIDES** se hubiera retirado de su cargo en **TECNOQUÍMICAS** en el año 2017, implicaba que esta sancionada no iba a poder seguir percibiendo pagos ni apoyos futuros por parte de **TECNOQUÍMICAS** para el pago de su deuda. Por este motivo, es completamente razonable, analizado en conjunto con los demás elementos probatorios, inferir que **TECNOQUÍMICAS** decidió otorgarle una bonificación que cubriera la totalidad de su deuda en un solo año.

En este sentido, el hecho que el valor de las bonificaciones otorgadas a los recurrentes en el año 2017 por concepto de "**202-Bonificaciones Ocasionales**" fuera equivalente, con excepción del caso de **VANESSA HATTY BENAVIDES**, a aproximadamente [REDACTED] del valor de la multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2016 a los recurrentes, descarta el argumento de los sancionados respecto a la objetividad con que fueron otorgados dichos beneficios en el año 2017.

Adicionalmente, y retomando lo expuesto por los recurrentes respecto a la alta volatilidad en los valores de las bonificaciones otorgadas a los empleados de **TECNOQUÍMICAS**, de ser cierto, coincidencias tan dicientes como las que este Despacho ha puesto en evidencia respecto a la relación entre los valores otorgados a los recurrentes y el monto de las sanciones impuestas por esta Superintendencia parecerían inexplicables. Sin embargo, para esta Superintendencia los datos expuestos no dan lugar a dudas.

Por último, debe resaltarse lo llamativo que resulta el hecho que en el año 2017, exactamente un año después a la imposición de una sanción por parte de esta Entidad, **TECNOQUÍMICAS** decida otorgar bonificaciones "ocasionales", precisamente a los empleados que fueron igualmente sancionados por esta Superintendencia como facilitadores de la conducta anticompetitiva que implicó la sanción a la empresa. Para esta Entidad, sería razonable pensar que el comportamiento de estos empleados sería castigado al menos no otorgándoles beneficios ni bonificaciones adicionales a su salario, sin embargo, **TECNOQUÍMICAS** decidió premiarlos con bonificaciones superiores a las recibidas por trabajadores que no fueron sancionados que, como quedó demostrado, cubren aproximadamente [REDACTED] del valor de las multas impuestas en el año 2016.

Por todo lo anterior, para la Superintendencia de Industria y Comercio la relación entre el alto valor de las Bonificaciones Ocasionales otorgadas a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** en el año siguiente al que esta Entidad les impuso las multas mencionadas, es un elemento probatorio adicional que demuestra la intención de **TECNOQUÍMICAS** de garantizar, por medio de una política empresarial reconocida, el pago de las sanciones impuestas a sus empleados.

3. Fecha de entrega de las bonificaciones

Pese a que los impugnantes pretenden restar importancia a la fecha en que se entregaron las bonificaciones, para esta Superintendencia dicha fecha constituye una evidencia más que demuestra que los pagos de las bonificaciones a los recurrentes se hicieron por parte de **TECNOQUÍMICAS** en las mismas fechas en que **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** tuvieron que hacer los primeros pagos de las cuotas de sus respectivos créditos con Bancolombia, utilizados para pagar las sanciones impuestas por esta Entidad. Como puede observarse, dicha coincidencia no puede omitirse bajo ninguna lógica.

En efecto, como ha quedado demostrado, las fechas en que los recurrentes recibieron sus pagos por concepto de bonificaciones en el año 2017 no eran las fechas en que todos los empleados de la compañía los recibían, por el contrario, se encuentra acreditado que los ejecutivos no sancionados y que fueron beneficiarios de las bonificaciones por concepto "**202-Bonificaciones Ocasionales**" en el año 2017, recibieron estas últimas en diferentes fechas. Así, algunos recibieron sus bonificaciones en un solo pago en el mes de mayo, mientras que otros en cuatro pagos en los meses de febrero, marzo, abril y junio.

Nótese que contrario a lo manifestado por los recurrentes, no es posible establecer que el pago de las bonificaciones en las fechas en que se les hicieron fuera una práctica común. Por el contrario,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

lo que sí se acreditó fue que dichos pagos coincidieron justo con las fechas en que los recurrentes tenían que cancelar las primeras cuotas de sus créditos personales con Bancolombia.

De igual forma, debe recordarse que todos los recurrentes están vinculados con **TECNOQUÍMICAS** por medio de contratos laborales, en virtud de los cuales perciben salarios integrales, de acuerdo con las normas laborales del país. Por este motivo, no reciben primas legales en los meses de junio y diciembre, lo cual hace que el argumento establecido por los recurrentes respecto a que ese era el motivo por el que **TECNOQUÍMICAS** hizo el pago de los beneficios otorgados en dichos meses no tenga asidero alguno, y por el contrario, refleja que la fecha establecida para el pago de las bonificaciones fue deliberadamente establecida con la fecha del pago de las cuotas de los respectivos créditos con Bancolombia.

De otra parte, si bien este Despacho reconoce que de la información aportada por los recurrentes al Expediente se evidencia que algunos de ellos han modificado las condiciones de pagos con la entidad financiera⁴⁴, ajustando el valor de las cuotas a pagos mensuales y por menor valor, ello no desdibuja el hecho que las Bonificaciones Ocasionales en cuestión hubieran sido pagadas justo en las mismas fechas en que los recurrentes debieron hacer los pagos de sus primeras dos cuotas correspondientes al crédito con el cual cubrieron las sanciones impuestas.

Como se evidencia de los documentos que obran en el Expediente⁴⁵, las primeras cuotas semestrales que debieron soportar algunos de los recurrentes por los créditos de Bancolombia ascendían a valores cercanos a los [REDACTED] PESOS (\$ [REDACTED]), es decir, casi [REDACTED] PESOS (\$ [REDACTED]) anuales. Por este motivo, el hecho que en el año 2017 los pagos de las Bonificaciones Ocasionales otorgadas a favor de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** se hubieran hecho justo en las fechas en que debían asumir los pagos de esas cuotas, no pierde valor probatorio por el hecho que un año después algunos de los recurrentes hayan decidido ajustar el valor de las cuotas a pagar a la entidad financiera.

Finalmente, este Despacho recuerda que de las declaraciones rendidas por **ANA MARÍA ÁLVAREZ**, Vicepresidenta de Recursos Humanos y Asuntos Corporativos de **TECNOQUÍMICAS**, las fechas para realizar los pagos de las Bonificaciones otorgadas en general por **TECNOQUÍMICAS** a favor de sus empleados, podía ser acordada por las partes, teniendo en cuenta las necesidades de los trabajadores. Por este motivo, este Despacho encuentra llamativo que en el año 2017, las fechas de los pagos de las Bonificaciones Ocasionales otorgadas a favor de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** fueron acordadas exactamente el mismo día, el cual además coincidía (en algunos casos con uno o dos días de diferencia) con las fechas acordadas por estos últimos con Bancolombia para el pago de sus primeras cuotas correspondientes a los créditos obtenidos para el pago de las sanciones impuestas por esta Superintendencia.

En suma, todo lo anterior son elementos adicionales que permiten llegar a la conclusión que las Bonificaciones Ocasionales del año 2017 a favor de los recurrentes, más allá de enmarcarse en una política empresarial de pago de beneficios extra salariales, estaban destinadas a garantizar el pago de las sanciones impuestas por esta Superintendencia a los recurrentes en el año 2016.

4. Falta de explicación por parte de **TECNOQUÍMICAS**

Por último, y como se mencionó anteriormente, esta Superintendencia echó de menos desde un inicio una explicación completa de las razones que fundamentaron los incentivos denominados "**202-Bonificaciones Ocasionales**" a todos los ejecutivos que fueron sancionados por la Superintendencia, con montos coincidentes con el cubrimiento de sus multas y en circunstancias que no fueron comunes en su trayectoria profesional dentro de la empresa.

Al respecto, se aclara a los impugnantes que, contrario a lo que manifestaron en sus recursos de reposición, el hecho que brillen por su ausencia las explicaciones referidas no quiere decir bajo ninguna óptica que este Despacho haya invertido la carga de la prueba y que los haya sancionado solamente por dicha circunstancia, pues como puede observarse en la Resolución Sancionatoria, la

⁴⁴ Folios 947 y 948 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁴⁵ Folios 228 a 247 del Cuaderno Reservado 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Entidad expuso múltiples fundamentos probatorios para imponer las sanciones. El hecho que los impugnantes no hayan explicado satisfactoriamente las razones que fundamentaron las “Bonificaciones Ocasionales” pagadas a todos los ejecutivos sancionados en montos superiores a los de otros empleados no sancionados y precisamente en las fechas en que debían pagar las cuotas de los préstamos con los que cubrieron los montos de las sanciones, solamente constituye una circunstancia adicional que corrobora la tesis del Despacho.

Así bien, debe recordarse que en múltiples oportunidades procesales se les brindó a los recurrentes la oportunidad de brindar dichas explicaciones (requerimiento de información⁴⁶, Solicitud de Explicaciones, práctica de pruebas, entre otras), ante lo cual se limitaron a mencionar que el otorgamiento de los beneficios se debía a una política empresarial, de mera liberalidad de la empresa, en la cual **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** no tuvieron ninguna injerencia.

Así, si bien este Despacho no pasa por alto lo manifestado por los recurrentes, respecto que al momento de determinar el otorgamiento de Bonificaciones Ocasionales, la presidencia de la compañía tiene en cuenta las particularidades de cada empleado, así como “razones personales, de salud, de familia, competitividad, estímulo, reconocimiento de compromiso”, ello no puede significar bajo ningún punto de vista que los altos valores otorgados en bonificaciones a los recurrentes en el año 2017 no hayan sido motivados por razones objetivas y claramente determinables, ni que los mismos se justifiquen simplemente por el hecho de que la presidencia de la compañía es “libre” en determinar que valores de bonificaciones les otorga a sus empleados.

De ser así, este Despacho entendería que en realidad las bonificaciones en **TECNOQUÍMICAS** son dadas con base en criterios subjetivos y sin justificación, lo cual sería contrario a todo el programa de buen gobierno y de bonificaciones que se ha buscado resaltar a lo largo de esta actuación administrativa por parte de los recurrentes.

5. Conclusiones respecto a la naturaleza de las Bonificaciones otorgadas por TECNOQUÍMICAS a ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES y DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER

Para esta Superintendencia los argumentos expresados por los recurrentes en los que manifestaron que los beneficios recibidos en el año 2017 eran parte de una política empresarial de la cual se veían beneficiados todos los empleados de la compañía, que no tenían el objetivo de garantizar el pago de las multas impuestas por esta Entidad por medio de la Resolución 43218 de 2016 y que la Superintendencia no tenía pruebas para concluir lo contrario, deben desestimarse teniendo en cuenta lo siguiente:

(i) **TECNOQUÍMICAS** durante el año 2017 otorgó beneficios a los ejecutivos que fueron sancionados por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2016, entre otros, por medio del otorgamiento de bonificaciones bajo el concepto “**202-Bonificaciones Ocasionales**”;

(ii) Este tipo de bonificaciones no habían sido entregadas nunca a ninguno de los recurrentes, y en los periodos anteriores solo un número muy reducido de empleados se habían visto beneficiados de este tipo de bonificaciones;

(iii) El monto de los beneficios otorgados a los recurrentes en el año 2017 guarda una estrecha relación con el monto de las sanciones impuestas a los mismos por esta Superintendencia en el año 2016;

(iv) La fecha de entrega de las bonificaciones por concepto “**202-Bonificaciones Ocasionales**” a los recurrentes, a diferencia de otros ejecutivos de la compañía, se dio en los meses de junio y diciembre, meses en los que además los recurrentes debían pagar sus cuotas semestrales de los

⁴⁶ En el requerimiento de información con radicado 18-89805-14 del día 18 de abril de 2018, el cual obra en el Expediente en los Folios 273 a 278 del Cuaderno Público No. 2, se solicitó el envío de los soportes y explicaciones objetivas que dieran cuenta del por qué se otorgaron las bonificaciones ocasionales en el año 2017 a las personas naturales investigadas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

créditos personales otorgados por Bancolombia para el pago de la sanción impuesta por esta Superintendencia en el año 2016; y

(v) A pesar de haber tenido diferentes oportunidades procesales para hacerlo, los recurrentes no aportaron en ningún momento una explicación concreta y clara que diera cuenta de las razones objetivas que llevaron a **TECNOQUÍMICAS** a otorgar los beneficios en cuestión a los recurrentes, por los montos y condiciones establecidos en esta Resolución.

De esta forma, para este Despacho, si bien las bonificaciones otorgadas por **TECNOQUÍMICAS** a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** podían estar basadas y sustentadas corporativamente en el programa o plan empresarial de bonificaciones, no queda duda que el objetivo real de las mismas era garantizar, de manera general, el pago de las multas impuestas a dichos empleados por esta Superintendencia en el año 2016.

Por todo lo anterior, este Despacho no acoge los argumentos presentados por los recurrentes respecto a este punto.

4.8. Argumentos relacionados con la indebida graduación de las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución Sancionatoria

Los recurrentes presentaron algunos argumentos relacionados con la dosificación de las sanciones impuestas. En primer lugar, afirmaron que debe existir una relación de correspondencia entre la infracción cometida y la sanción impuesta. Asimismo, señalaron que, haciendo un estudio de casos anteriores, la sanción más alta impuesta por incumplimiento de instrucciones era de 3.565 SMLMV, con lo cual una sanción de 33.000 SMLMV resultaría desproporcionada en todo sentido.

Frente a este punto, es importante precisar dos elementos. El primero consiste en que, como ha sido reiterado durante esta actuación, la infracción investigada es particularmente grave en la medida en que afecta los objetivos del régimen de libre competencia económica. Lo anterior, dado que la disposición según la cual las multas impuestas a personas naturales no pueden ser cubiertas, aseguradas ni garantizadas por la persona jurídica a la cual se encontraban vinculadas, tiene como finalidad lograr que el efecto disuasorio que se busca con las multas impuestas por infracciones al régimen de protección de la competencia se cumpla efectivamente, y que la imposición de la multa por un cartel empresarial represente consecuencias para los agentes del mercado y no que, por el contrario, genere incentivos para repetir conductas ilegales.

En esta medida, en el presente caso sí existe una relación de correspondencia entre la infracción cometida y la sanción impuesta.

El segundo punto a precisar consiste en que la comparación realizada por los sancionados respecto del valor que representan las multas en salarios mínimos mensuales legales vigentes es inválida y a todas luces impertinente. Lo anterior, por cuanto el monto de la sanción depende, entre otros factores particulares de cada agente, de la situación financiera de los sancionados, con el fin de que el monto impuesto no resulte confiscatorio y desproporcionado. Por lo anterior, cualquier comparación en valores absolutos no es apropiada pues no refleja reales diferencias entre el presente caso y sanciones históricamente impuestas por la Entidad.

En segundo lugar, los recurrentes también encontraron desproporcionada la sanción impuesta a las personas naturales, pues indicaron que entre la sanción impuesta en la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016 (referente al cartel) y aquella de la Resolución Sancionatoria, existe un aumento aproximado del 77% en cada caso.

Este argumento debe desestimarse en la medida en que se trata de conductas diferentes, por lo que la Superintendencia está obligada a realizar una nueva evaluación de los criterios de graduación por la conducta investigada y sancionada en este caso. Así, para la imposición de la multa por el incumplimiento de la orden dada por la Superintendencia se tuvieron en cuenta los diferentes criterios de graduación, como por ejemplo la frustración de los fines de las multas y el incumplimiento de la prohibición de que las sanciones ejemplarizantes sean cubiertas por la empresa infractora. De igual forma se tuvo en cuenta el antecedente que en materia de prácticas restrictivas de la competencia tenían los sancionados.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Finalmente, también debe tenerse en cuenta que la situación financiera de las personas naturales sancionadas al momento de establecer la multa en la Resolución Sancionatoria era diferente respecto de aquella que tenían en 2016, momento en que fueron sancionados por su participación como facilitadores en un cartel empresarial, por lo cual es de esperarse que el monto de la multa, no solo no sea el mismo, sino que hubiera aumentado dado su incremento patrimonial si lo hubo.

Por todo lo anterior, este Despacho descarta el argumento de los recurrentes, en la medida en que no es posible comparar el monto de las sanciones impuestas por la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, modificada por la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016 (caso "cartel de los pañales"), con el monto de las sanciones impuestas en el presente caso por medio de la Resolución Sancionatoria.

En tercer lugar, varios de los sancionados aseguraron que la Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó los criterios relacionados con el impacto de la conducta y la dimensión del mercado afectado bajo el argumento de que no tenía un impacto en el mismo. Para ellos, esto debería ser entonces un criterio de atenuación. Agregaron que el Despacho se contradijo pues por un lado indicó que no había impacto pero por otro afirmó que la conducta resultaba ser aún más grave que el cartel.

Con el fin de graduar las sanciones impuestas tanto a **TECNOQUÍMICAS** como a las personas naturales vinculadas en la investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en cuenta lo dispuesto en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, respectivamente. En este sentido, los criterios de atenuación que pueden tenerse en cuenta en el momento de graduar la sanción corresponden únicamente a aquellos determinados por las citadas disposiciones, de manera que el hecho de que algunos de los criterios no hayan podido ser aplicados -impacto de la conducta y dimensión del mercado afectado- fueron tenidos en cuenta en la dosificación pero de ninguna manera pueden ser calificados como atenuantes.

Ahora bien, respecto de la afirmación según la cual el Despacho se contradijo al indicar que no existió un impacto de la conducta en el mercado pero que la misma resultaba ser aún más grave que el cartel, el Despacho se permite indicarle a los sancionados que la gravedad de la conducta en este caso no está relacionada con el impacto que la misma haya tenido en el mercado.

Como se mencionó inicialmente en esta Resolución, no puede perderse de vista que el régimen legal de libre competencia en Colombia incluye diferentes conductas, de diferente naturaleza, que protegen diferentes bienes jurídicos. En este orden de ideas, mientras que las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia buscan evitar prácticas que tengan un impacto directo en los mercados nacionales, otro tipo de conductas, como la analizada en este caso, consistente en el incumplimiento de órdenes dadas por esta Entidad, buscan proteger un bien jurídico diferente.

En este sentido, y como se afirmó reiteradamente en la Resolución Sancionatoria, la gravedad del incumplimiento de la orden por parte de **TECNOQUÍMICAS** y de las personas naturales sancionadas se debió a la frustración de los propósitos de difusión y represión de las sanciones así como de la política pública de protección de la competencia, con lo cual la gravedad de la conducta se debió principalmente al impacto que la misma tendría sobre los propósitos del régimen en materia sancionatoria.

Por otro lado, los investigados alegaron que la Superintendencia de Industria y Comercio afirmó de forma genérica lo mismo para todas las personas naturales, cuando debería individualizar cada uno de los criterios de dosificación.

El anterior argumento resulta inválido en la medida en que no hay evidencia en el Expediente de que los hechos probados para cada una de las personas naturales sancionadas hayan diferido sustancialmente. Esto es, la investigación arrojó que todos los agentes sancionados tuvieron una participación activa en la comisión de la conducta anticompetitiva, que además dicha conducta fue la misma en todos los casos, que sus antecedentes y conducta procesal coincidieron, y que el impacto que su accionar causó sobre los propósitos de la política de protección de la libre competencia económica fue igualmente negativo. En este sentido, no se encuentra razón alguna por la cual los criterios deberían diferir entre las personas naturales sancionadas. Por el contrario, el hecho de que a comportamientos iguales se apliquen los mismos criterios soporta la objetividad

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

y proporcionalidad con la cual la Superintendencia de Industria y Comercio realiza el ejercicio de graduación de las sanciones.

Ahora bien, que dichos criterios hayan resultado siendo coincidentes en el presente caso, no quiere decir que la multa no se haya individualizado teniendo en cuenta la situación financiera particular de cada individuo. Lo anterior es evidente si se hace una revisión a los montos de las sanciones impuestas que, en efecto, difieren, reflejando divergencias entre los sancionados. Así, no es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio haya afirmado de forma genérica lo mismo para todas las personas sin hacer un ejercicio de examen de los criterios a tener en cuenta, sino que precisamente un examen exhaustivo logró identificar que muchos de dichos criterios resultaron coincidentes para todas las personas naturales sancionadas. Por lo anterior, queda descartado el argumento.

Por otra parte, algunos de los recurrentes advirtieron que agravar la multa por la existencia de un antecedente en relación con infracciones al régimen de competencia, en su opinión, es una violación del principio de *non bis in ídem*.

El párrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que establece la dosificación de sanciones para agentes de mercado infractores del régimen de libre competencia económica dispone que "serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia (...)" (subraya fuera de texto). Este criterio de agravación de la multa en ningún momento quiere decir que se esté juzgando doblemente por la comisión de una misma práctica anticompetitiva sino que debe ser agravada la sanción de aquel que ya sancionado, vuelve a cometer otra infracción contra el régimen. Esto es, la ley contempla una penalidad adicional para aquel infractor que tiene la característica de reincidente sin que esto signifique juzgarlo dos veces por la misma infracción. Es así como la Superintendencia de Industria y Comercio usa como antecedentes para la dosificación de una multa todas aquellas conductas ya juzgadas respecto de las cuales no realiza ningún juicio de valor.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el párrafo del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, norma violada en el presente caso, tiene como condición *sine qua non* la previa violación al régimen de libre competencia, y la imposición de una multa por parte de esta Superintendencia. Sin embargo, como quedó ampliamente demostrado anteriormente, el procedimiento y la sanción impuesta por la violación a la norma anteriormente mencionada, como en el presente caso, consiste en un trámite incidental pero independiente del trámite principal que le da origen.

Por este motivo, los argumentos de los recurrentes respecto a la violación del principio del *non bis in ídem* en el presente caso radica en un desconocimiento, o una mala interpretación, de las normas aplicables en el presente caso, dado que lo que se está investigando y castigando es una conducta abiertamente violatoria del régimen de libre competencia, pero completamente independiente y diferente a la conducta que fue investigada y sancionada por esta Entidad por medio de la Resolución No. 43218 de 28 de junio de 2016.

Finalmente, los sancionados manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio aplicó en la dosificación de las sanciones un criterio no previsto en la normatividad, referente a que el incumplimiento de la orden implicó la frustración de los propósitos de disuasión y represión de las sanciones, así como de la política pública de protección de la competencia. Para ellos, esto es absolutamente subjetivo, pues no solo no está en la norma, sino que no existe prueba que lo soporte.

Como puede apreciarse en los numerales 8.1 y 8.2 de la Resolución Sancionatoria en los que se presentan los montos de la sanción a imponer a cada investigado, la Superintendencia de Industria y Comercio solo tuvo en cuenta los criterios dispuestos en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 para dosificar las multas calculadas. No obstante, es importante poner de presente que, respecto del impacto de la conducta, si bien el Despacho reconoce que dicho criterio no es aplicable en la medida en que la infracción no tuvo un impacto directo en el mercado, también es cierto que la misma sí tuvo implicaciones y afectó negativamente los propósitos de la política de libre competencia económica, así como aquellos de disuasión y represión del esquema sancionatorio contenido en dicha política.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

4.9. Conclusiones Finales

En este punto, el Despacho considera pertinente hacer un resumen de los puntos analizados y que llevaron a esta Entidad a su conclusión final.

Así, en primer lugar, esta Superintendencia manifiesta que, luego de haber analizado los diferentes argumentos y elementos probatorios que obran en el Expediente, ha concluido que, a pesar de que las sanciones impuestas en el año 2016 a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** fueron canceladas directamente por los afectados, a través de créditos obtenidos con la entidad financiera Bancolombia, **TECNOQUÍMICAS** garantizó el pago de dichos créditos, y por tanto indirectamente de las multas impuestas, por medio del otorgamiento de Bonificaciones Ocasionales en el año 2017, incumpliendo de tal forma lo establecido en el parágrafo del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

El Despacho llegó a la anterior conclusión teniendo en cuenta lo siguiente:

(i) En el año 2016, **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** fueron sancionados por esta Superintendencia por medio de la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016, por su participación como facilitadores en el denominado “cartel de pañales para bebés”.

(ii) En virtud de lo anterior, **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** registraron el pago de dichas multas ante esta Entidad, por medio de cheques de gerencia emitidos por la entidad financiera Bancolombia, por los respectivos valores que debían cancelar por concepto de la multa impuesta por esta Superintendencia.

(iii) Así, **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** demostraron que, con el fin de cancelar sus multas impuestas por esta Superintendencia, cada uno de ellos obtuvo un crédito personal con Bancolombia, que en algunos casos, aún a la fecha, mantienen un saldo pendiente por pagar.

(iv) Sin embargo, esta Superintendencia encontró evidencia de la información recolectada y de la aportada al Expediente por los investigados, que en el año 2017, el año inmediatamente siguiente al haber sido sancionados y cuando debían asumir los primeros pagos de los créditos personales por medio de los cuales acreditaron el pago de las sanciones ante esta Entidad, **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** vieron aumentados sus ingresos de manera significativa con respecto a los años inmediatamente anteriores.

(v) De igual forma, esta Superintendencia logró evidenciar que dicho aumento en los ingresos de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** para el año 2017 tuvo lugar como consecuencia del significativo aumento en el valor total de las bonificaciones recibidas por dichos empleados por parte de **TECNOQUÍMICAS** en el año 2017.

(vi) El aumento en el valor total de las bonificaciones recibidas en el año 2017 con respecto a años anteriores, lo percibieron únicamente los empleados de **TECNOQUÍMICAS** que fueron sujetos de los beneficios por concepto de Bonificaciones Ocasionales, entre los cuales se encontraban **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**.

(vii) De la información recolectada por esta Entidad, y la aportada por los investigados, el aumento en los ingresos percibidos en el año 2017 por **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** como consecuencia del incremento en el valor total de bonificaciones percibidas, en virtud del otorgamiento de las denominada Bonificaciones Ocasionales para dicho año, permitió un incremento en el patrimonio de los sancionados, que garantizó que los

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

mismos pudieran compensar los costos adicionales y el efecto negativo que hubiera implicado el crédito obtenido con Bancolombia para el pago de las sanciones impuestas por esta Superintendencia por medio de la Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016.

(viii) A pesar de que tanto **TECNOQUÍMICAS** como **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** manifestaron a lo largo del proceso que las Bonificaciones Ocasionales percibidas en el año 2017 se enmarcaron en la aplicación del plan empresarial de bonificaciones existente en la compañía de tiempo atrás, esta Superintendencia encontró evidencia de diferentes elementos que permiten concluir que el otorgamiento de dichos beneficios a favor de los recurrentes tuvo el objetivo de garantizar, y compensar, los efectos negativos que se generaron por la imposición de la sanción de la que fueron objeto **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** por su participación en el denominado "cartel de los pañales para bebés".

(ix) En el caso específico de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, las Bonificaciones Ocasionales percibidas en el año 2017 **(a)** fueron novedosas y excepcionales, pues no se encontró registro que dicho concepto de bonificaciones se hubiera entregado con anterioridad; **(b)** fueron de un valor que tenía una correlación inexplicable con el monto de las sanciones impuestas por esta Superintendencia a los recurrentes en el año 2016; **(c)** las fechas en que se realizaron los pagos de las Bonificaciones Ocasionales en el año 2017 coincidían con las fechas de pagos de las primeras cuotas de los créditos obtenidos por los recurrentes para el pago de las sanciones impuestas por esta Superintendencia; **(d)** durante todo el proceso, la única justificación dada por los recurrentes respecto al pago de las Bonificaciones Ocasionales fue que las mismas hacían parte del plan empresarial de mera liberalidad, de **TECNOQUÍMICAS** de otorgar beneficios extra salariales a sus empleados.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 68722 del 17 de septiembre de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **TECNOQUIMICAS S.A.**, identificada con NIT. 890.300.466-5, **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ**, identificado con la C.C. 14.984.104, **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**, identificada con la C.C. 31.931.424, **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN**, identificado con la C.C. 16.846.229, **VANESSA HATTY BENAVIDES**, identificada con la C.C. 66.982.308 y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, identificado con la C.C. 16.615.708, informándoles que en su contra no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **01** ABR 2019

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

NOTIFICAR:

TECNOQUÍMICAS S.A.

NIT. 890.300.466-5

ERNESTO TRUJILLO PÉREZ

C.C. 14.984.104

MARIA DEL PILAR CORREA LENIS

C.C. 31.931.424

Apoderado

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

C.C. 79.779.355

T.P. 82.904 del C.S.J.

Calle 97 A No. 8-10, Of. 204

Bogotá, D.C.

LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN

C.C. 16.846.229

Carrera 6 No. 23-30

Barrio San Nicolás

Cali – Valle del Cauca

DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER

C.C. 16.615.708

Carrera 6 No. 23-30

Barrio San Nicolás

Cali – Valle del Cauca

VANESSA HATTY BENAVIDES

C.C. 66.982.308

Avenida 3 Oeste No. 7-115 apartamento 504, Edificio Portada del Mar

Barrio Santa Rita

Cali – Valle del Cauca