



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 34260** DE 2017

(14 JUN 2017)

Radicación No. 12 - 61309

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD-HOC

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 4191 del 10 de febrero de 2017 (en adelante Resolución No. 4191 de 2017 o Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a la **ASOCIACIÓN DE SUBASTAS GANADERAS DE COLOMBIA** (en adelante, **ASOSUBASTAS**) y los siguientes agentes del mercado, por haber infringido lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios):

- **SOCIEDAD CENTRAL GANADERA S.A.** (en adelante, **CENTRAL GANADERA**).
- **COMERCIALIZADORA DE GANADOS DE SUCRE S.A. – COGASUCRE S.A.** (en adelante, **COGASUCRE**).
- **COMERCIALIZADORA Y PROMOTORA AGROPECUARIA DEL CENTRO S.A. – PROAGAN S.A.** (en adelante, **PROAGAN**).
- **COMPAÑÍA COMERCIALIZADORA GANADERA S.A. – C.C. GANADERA** (en adelante, **C.C. GANADERA**).
- **SOCIEDAD SUBASTADORA DE GANADOS DE LA COSTA LTDA. – SUBACOSTA LTDA.** (en adelante, **SUBACOSTA**).
- **SUBASTA GANADERA SUBAGAN SOGA S.A. -SUBAGAN SOGA S.A.** (en adelante, **SUBAGAN SOGA**).
- **SUBASTA GANADERA DE CAUCASIA S.A. – SUBAGAUCA S.A.** (en adelante, **SUBAGAUCA**).
- **SUBASTAR S.A.** (en adelante, **SUBASTAR**).
- **INVERSIONES GANADERA ISAYE S.A.S.** (en adelante, **ISAYE**³).
- **SUBASTAS GANADERAS DEL URABÁ GRANDE S.A. – SUGANAR S.A.** (en adelante, **SUGANAR**).
- **SUBASTA GANADERA DE SAN JORGE Y LA MOJANA S.A. – SUGASAM S.A.** (en adelante, **SUGASAM**).
- **SUBASTA GANADERA CASANARE S.A. – SUBACASANARE S.A.** (en adelante, **SUBACASANARE**).
- **COMERCIALIZADORA Y PROMOTORA GANADERA ASOCEBÚ S.A.S.** (en adelante, **ASOCEBÚ**).
- **COMITÉ DE GANADEROS Y AGRICULTORES DE BUGA** (en adelante, **SUBABUGA**⁴).

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

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ De conformidad con el certificado expedido por la **CÁMARA DE COMERCIO DE MONTERÍA**, la sociedad **ISAYE** tiene matriculado el siguiente establecimiento de comercio: Nombre: **SUBASTA SANTA CLARA**; Matrícula: No. 103678 del 5 de enero de 2010; Renovación de la matrícula: 20 de febrero de 2015; Último año renovado: 2015;

⁴ Entidad sin ánimo de lucro (ESAL).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- **J.V. INVERSIONES JHLV S.A.S. (antes J.V. INVERSIONES JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA E.U.)** (en adelante, **JHLV**⁵).
- **AGROCOMERCIAL KORAN S.A.S.** (en adelante, **KORAN**⁶).

Así mismo, se impusieron sanciones a las siguientes personas naturales vinculadas con las empresas sancionadas por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

- **ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA**, representante legal de **ASOSUBASTAS** para la época de los hechos investigados.
- **JORGE MARIO ESCOBAR CALLE**, representante legal de **CENTRAL GANADERA** para la época de los hechos investigados.
- **GUSTAVO VERGARA ARRÁZOLA**, representante legal de **COGASUCRE** para la época de los hechos investigados.
- **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO**, representante legal de **PROAGAN** para la época de los hechos investigados.
- **GABRIEL VARGAS MONARES**, representante legal de **MEGANSAC** para la época de los hechos investigados.
- **ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ**, representante legal de **SUBACOSTA** para la época de los hechos investigados.
- **JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA**, representante legal de **SUBAGAN SOGA** para la época de los hechos investigados.
- **LEONARDO RUIZ PÉREZ**, representante legal de **SUBAGAUCA** para la época de los hechos investigados.
- **WILLIAM BOTERO MASAD**, representante legal de **SUBASTAR** para la época de los hechos investigados.
- **CHRISTIAN PÉREZ GALLEGO**, representante legal de **ISAYE**⁷ para la época de los hechos investigados.
- **RODRIGO ALBERTO MEJÍA ARANGO**, representante legal de **SUGANAR** para la época de los hechos investigados.
- **ÓSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ**, representante legal de **SUGASAM** para la época de los hechos investigados.
- **HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO**, representante legal de **SUBACASANARE** para la época de los hechos investigados.
- **CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA**, gerente suplente de **ASOCEBÚ** para la época de los hechos investigados.
- **GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCÁRATE**, representante legal de **SUBABUGA** para la época de los hechos investigados.
- **JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA**, representante legal de **JHLV**⁸ para la época de los hechos investigados.
- **JORGE ANTONIO SILVA BARRERA**, representante legal de **KORAN** para la época de los hechos investigados.

⁵ **JV INVERSIONES LAFAURIE VEGA E.U.**, mediante Acta No. 3 de empresario de La Dorada del 21 de julio de 2014, inscrita el 5 de agosto de 2014 con el No. 7555 del Libro IX, cambió de razón social y naturaleza jurídica, en adelante **JHLV S.A.S.** Así mismo, mediante escritura pública No. 1223 de Notaría Única de La Dorada del 19 de junio de 2014, inscrita el 21 de julio de 2014 bajo el No. 7529 del Libro IX, **JHLV** cambió su domicilio de Bogotá D.C. a La Dorada (Caldas). De conformidad con el certificado expedido por la **CÁMARA DE COMERCIO DE LA DORADA Y PUERTO BOYACÁ**, **JHLV** tiene matriculado el siguiente establecimiento de comercio: Nombre: **DOREXPO PLAZA DE FERIAS Y EVENTOS DE LA DORADA**; Matrícula: No. 35119 del 6 de enero de 2011; Renovación de la matrícula: 31 de marzo de 2015; Último año renovado: 2015.

⁶ Mediante certificado de contador público de **AGROCOMERCIAL KORAN S.A.S.** el investigado da constancia que realizó la actividad de subastas ganaderas hasta el 21 de junio de 2012. Folio 2777 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

⁷ La sociedad **ISAYE** es propietaria del establecimiento de comercio **SUBASTA SANTA CLARA**.

⁸ La sociedad **JHLV** es propietaria del establecimiento comercial **DOREXPO**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De igual forma, se decidió sancionar a **ASOSUBASTAS** por haber infringido lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

En la misma Resolución, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió archivar la actuación administrativa en favor de todos los investigados por la infracción contemplada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y a la **COMPAÑÍA GANADERA DEL META S.A.** (en adelante **C.G.D.M.**), **SUBASTA COMERCIALIZADORA GANADERA DEL NORTE S.A. - SUGANORTE S.A.** (en adelante **SUGANORTE**), **MERCADO GANADERO DE SANTANDER Y CESAR MEGANSAC S.A. EN LIQUIDACIÓN - MEGANSAC S.A.** (en adelante **MEGANSAC**) respecto de la infracción contemplada en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y a **PEDRO TURRIAGO GÓMEZ** y **DANIEL HUMBERTO HERNÁNDEZ ARANA** por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 respecto de la infracción al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria respecto de la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios), la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que:

"(...)

- *Las subastas ganaderas investigadas, junto con **ASOSUBASTAS**, formaron un cartel empresarial mediante el cual fijaron una comisión que deberían cobrar a los compradores de ganado, sobre el valor de la transacción respectiva. Esta comisión a los compradores no era cobrada por la mayoría de las investigadas y no corresponde al medio principal de ingreso de las subastas, esto es, las comisiones cobradas a los propietarios de ganado por los servicios relacionados con su venta a través de subastas.*
- *La fijación de la tarifa concertada por el cartel investigado fue propiciada por **ASOSUBASTAS** y se discutió reiteradamente en diferentes escenarios, tales como Juntas Directivas de las subastas investigadas y reuniones de **ASOSUBASTAS** previas a la Asamblea del 27 de febrero de 2012 donde finalmente se fijó la tarifa por unanimidad.*
- *Se encontraron pruebas que evidencian de manera directa que **ASOSUBASTAS** y las subastas ganaderas aquí sancionadas tenían la clara intención de "unificar criterios y tomar medidas conjuntas", de lograr la "suspensión de políticas comerciales diferenciales", "se requiere que allí uniformen sus prácticas con los demás", además de su intención de actuar en el mercado como un "cuerpo monolítico", lo cual es a todas luces ilegal desde el punto de vista de la libre competencia.*
- ***ASOSUBASTAS** y sus asociados consideraron que la manera de enfrentar una supuesta crisis en el sector era acudir a un acuerdo restrictivo de la competencia, es decir a cartelizarse, para dejar de competir y cobrar una comisión unificada a sus clientes, dejándolos sin la opción de obtener un precio que fuera el resultado del juego de la libre oferta y demanda, ello es, de la libre competencia.*
- *Las subastas investigadas se reunieron el 27 de febrero de 2012 en la Asamblea de **ASOSUBASTAS** y acordaron por unanimidad el cobro de una comisión unificada a cargo del comprador del ganado.*
- *De otra parte, existen también múltiples evidencias directas que dan cuenta que con posterioridad a la Asamblea de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012, algunas de las subastas ganaderas investigadas dieron efectiva aplicación a la comisión del 0.5% aplicable al comprador.*
- ***ASOSUBASTAS** estableció en el reglamento denominado "NORMAS PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE GANADO EN SUBASTAS COMO ORGANIZACIONES DE INTERMEDIACIÓN COMERCIAL" la obligación de cobrar al comprador la tarifa previamente autorizada, así como la prohibición de modificar unilateralmente dicha comisión o cualquier otra de las autorizadas por la asociación, lo cual es explícitamente considerado como causal de mala conducta y competencia desleal. En este reglamento se estableció que se consideraba como "mala conducta comercial" y como "competencia desleal" que los afiliados no acataran las tarifas fijadas por **ASOSUBASTAS**."*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por su parte, respecto de la infracción del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 (actos de influenciación) por parte de **ASOSUBASTAS**, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó lo siguiente:

"(...)

- **ASOSUBASTAS** incidió en la política de fijación de precios de las subastas agremiadas.
- **ASOSUBASTAS** buscó difundir esta práctica comercial para que fuera adoptada por todas las subastas del país.
- El comportamiento de **ASOSUBASTAS** condujo a que las subastas investigadas aprobaran por unanimidad la implementación del cobro de una comisión unificada a cargo del comprador de ganado.
- En el reglamento expedido por **ASOSUBASTAS** se estipuló que las subastas cobrarían al comprador la tarifa autorizada por **ASOSUBASTAS** y se incluyó una prohibición a modificar unilateralmente las comisiones y los plazos también autorizados por dicha agremiación."

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a **ASOSUBASTAS** por infringir el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 (actos de influenciación) y a **ASOSUBASTAS** y 16 subastas ganaderas investigadas por infringir el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios), así como a 17 personas naturales investigadas por incurrir en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009:

17 PERSONAS JURÍDICAS		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	ASOSUBASTAS	\$ 6.639.453.00
2	C.C. GANADERA	\$ 298.775.385.00
3	COGASUCRE	\$ 191.806.420.00
4	PROAGAN	\$ 21.393.793.00
5	SUBAGAN SOGA	\$ 346.726.990.00
6	SUBASTAR	\$ 833.620.210.00
7	ISAYE	\$ 4.426.302.00
8	SUGANAR	\$ 149.018.834.00
9	CENTRAL GANADERA	\$ 405.744.350.00
10	SUBACOSTA	\$ 15.492.057.00
11	SUBAGAUCA	\$ 103.280.380.00
12	SUGASAM	\$ 47.213.888.00
13	SUBABUGA	\$ 103.280.380.00
14	JHLV	\$ 11.065.755.00
15	KORAN	\$ 2.213.151.00
16	SUBACASANARE	\$ 147.543.400.00
17	ASOCEBÚ	\$ 4.426.302.00
17 PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA	\$36.885.850.00
2	GUSTAVO VERGARA ARRÁZOLA	\$31.721.831.00
3	DIEGO CAMILO EMURA LOZANO	\$59.017.360.00
4	JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA	\$737.717.00
5	WILLIAM BOTERO MASAD	\$36.885.850.00
6	CHRISTIAN PÉREZ GALLEG0	\$7.377.170.00
7	RODRIGO ALBERTO MEJÍA ARANGO	\$10.328.038.00
8	JORGE MARIO ESCOBAR CALLE	\$13.278.906.00
9	ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ	\$8.852.604.00
10	LEONARDO RUIZ PÉREZ	\$14.016.623.00
11	ÓSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ	\$11.065.755.00
12	GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCÁRATE	\$36.885.850.00

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

13	JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA	\$44.263.020.00
14	JORGE ANTONIO SILVA BARRERA	\$2.950.868.00
15	HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO	\$6.639.453.00
16	CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA	\$17.705.208.00
17	GABRIEL VARGAS MONARES	\$737.717.00

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

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

2.1. Argumentos de CENTRAL GANADERA y JORGE MARIO ESCOBAR CALLE; SUBAGAN SOGA y JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA; SUGASAM y ÓSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ; SUBASTAR y WILLIAM BOTERO MASAD; ASOSUBASTAS y ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA; ASOCEBÚ y CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA y COGASUCRE y GUSTAVO VERGARA ARRÁZOLA

2.1.1. Argumentos comunes

- En la presente actuación administrativa operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, toda vez que ha transcurrido un término mayor a cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta supuestamente violatoria del régimen de prácticas restrictivas de la competencia, que sería la fecha en la que se celebró la Asamblea de **ASOSUBASTAS** en la que se fijó una comisión para los compradores de ganado en subastas, esto es, el 27 de febrero de 2012, sin que se haya notificado el acto administrativo sancionatorio, entendido como tal aquel que ponga fin a la actuación, es decir, el que resuelva los recursos de reposición contra la Resolución sancionatoria.
- Teniendo en cuenta que la norma de procedimiento que rige ultractivamente la presente actuación administrativa es el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 debe aplicarse bajo el entendido que el extremo temporal final del plazo para que opere la caducidad se configura cuando el acto administrativo sancionatorio se encuentra en firme, situación que ocurre cuando interpuestos los recursos, los mismos se han decidido.
- Solamente después de la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA (Ley 1437 de 2011), puede entenderse que el acto administrativo sancionatorio es diferente al acto que decide los recursos, porque dicho código estableció legalmente una regla diferente sobre caducidad de la facultad sancionatoria a través de la cual determinó que el "(...) acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos".
- La jurisprudencia contenciosa administrativa encabezada por el Consejo de Estado unificó las diferentes tendencias históricas sobre el extremo temporal final del plazo para que opere la caducidad, fijando con criterio de autoridad que la misma operaba si el acto que puso fin a la actuación administrativa no había sido notificado vencido el término de tres (3) años a partir de realizada la conducta.
- La conducta de los investigados fue sancionada por objeto, teniendo en cuenta que el hecho investigado y sancionado es la participación de las personas jurídicas y naturales en un presunto cartel de fijación de una comisión al comprador celebrado el 27 de febrero de 2012. En este sentido, siendo la realidad que 14 de 19 subastas no implementaron ningún tipo de comisión, la conclusión obligada es que el acuerdo se configuró y sancionó por objeto, es decir, por el solo hecho que las subastas se reunieron el 27 de febrero de 2012.
- La conducta sancionada no tuvo impacto en el mercado, en la medida en que no produjo ningún efecto adverso en la economía, ni afectó el bienestar general de la población colombiana. Lo anterior, si se tiene en cuenta que los compradores y vendedores en el mercado de comercialización de ganado en pie a través de subastas ganaderas son propietarios de ganado o intermediarios, que un día actúan en el rol de vendedor y otro día en el de comprador. Además,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la comisión que paga el vendedor o comprador por el semoviente en la subasta nunca incide en el precio del producto final que llega a los consumidores porque este se fija aguas abajo en la cadena de distribución.

- El mercado estuvo indebidamente segmentado, porque se dejó de lado la incorporación de sustitutos como las ferias comerciales, sistema de venta potrero – báscula y remates. De acuerdo con lo anterior, se demostró que la participación de las subastas en la comercialización de ganado en pie en Colombia no representa más del 10% del total.
- La Superintendencia de Industria y Comercio releva la importancia del concepto de mercado relevante en el derecho de la competencia en la conceptualización básica de la materia y en la Resolución Sancionatoria pretende desconocer la importancia de su determinación en esta investigación.
- La incidencia de la manera como la Resolución Sancionatoria estableció la dimensión del mercado afectado es clara al momento de imponer la sanción, cuando en general, frente a cada uno de los sancionados estableció que la conducta infractora afectó por lo menos el 89% del mercado afectado.
- No existen beneficios sustanciales obtenidos por los investigados por haber decidido el cobro de una comisión al comprador. De hecho, en la propia Resolución Sancionatoria se afirma que la comisión al comprador no constituía el medio principal de subsistencia de las subastas.
- El hecho que la multa se haya tasado con base en los ingresos operacionales globales de las subastas investigadas implica que se tuvieron en cuenta otros ingresos diferentes a los obtenidos por la supuesta infracción.
- Utilizar exclusivamente el criterio de graduación del patrimonio del infractor resultó muy gravoso para los investigados porque su patrimonio resultó ser un elemento de agravación de su multa y no de graduación a la baja como lo establece la norma legal para que no resulte confiscatoria.
- No hay un criterio de igualdad en relación con el año que se toma como base para calcular el monto de la multa, pues para algunos investigados se toma como base el patrimonio de 2013 y para otras el patrimonio de 2015, debiendo tomarse realmente el más favorable y ello no ocurrió en todos los casos.
- Para el caso de las personas naturales investigadas se tomaron las causales de graduación como agravantes, sin tener en cuenta que no persistieron en la conducta infractora, el acuerdo por objeto tuvo un impacto neutro en el mercado, la comisión al comprador no impacta al consumidor, no se reiteró en la conducta prohibida y el grado de participación de todos los gerentes fue igual.
- La Superintendencia de Industria y Comercio utilizó criterios para graduar la multa de las personas naturales tales como el patrimonio y los ingresos netos, los cuales no están en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- Las personas naturales investigadas sin excepción, lo único que hicieron fue asistir a una única reunión gremial donde se trató un tema de la conveniencia de cobrar una comisión al comprador y su pecado fue haber asistido a esta reunión, de la cual resultó un acta que elaboró una persona ajena a quienes conformaron la comisión aprobatoria. Todos los gerentes entendieron que eran libres de estudiar al interior de sus empresas si era o no conveniente hacerlo.
- Se sanciona a las personas naturales investigadas por haber cumplido con su función de llevar a discusión interna en sus órganos de administración (Junta Directiva) la propuesta de cobrar una comisión a los compradores de ganado para que se adoptara una decisión autónoma e individual por la empresa.
- En la Resolución Sancionatoria se evidencia el poco tiempo (1 mes y 10 días) que se tomó el Superintendente Ad-Hoc para decidir desde que le fue trasladado el expediente que contiene más de 35 cuadernos y, por ende, la imposibilidad de conocerlo en su integridad como era su obligación y de igual forma el tiempo reducido que tuvo el Consejo Asesor.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No es correcto afirmar que se hubiera discutido una comisión "unificada" en la Asamblea de **ASOSUBASTAS**, ya que no existe un Acta unívoca de lo sucedido en la reunión, sino que en el expediente obran varias versiones de la misma, lo que impide calificar jurídicamente a la misma como un acuerdo restrictivo que tuviera "por objeto" fijar precios.
- Está demostrado que las partes no celebraron un acuerdo restrictivo sino que tuvieron una discusión en torno a la conveniencia de cobrar alguna comisión al comprador por seguro de vida, dejando en forme autónoma su fijación a cada subasta, todo como medida gremial de proteger la actividad económica ganadera que atravesaba por una crisis seria.
- El acta de la reunión que contiene el supuesto acuerdo no se levantó al término de dicha reunión, en tanto en el expediente obran varias versiones de la misma y se demostró que ni siquiera los miembros de la supuesta comisión redactora fueron quienes elaboraron el texto.
- En la reunión de **ASOSUBASTAS** no se discutió el cobro de una comisión unificada, sino el cobro de algún porcentaje de comisión al comprador que permitiera pagar el seguro de vida para cubrir deudas que quedaban en los casos de muerte del comprador. Al respecto, en el literal g) de proposiciones y varios del Acta se explicó el alcance y cobertura de dicho seguro.
- La Resolución Sancionatoria desconoció que el reglamento de **ASOSUBASTAS** nunca fue aprobado en la reunión, al margen de que algunos investigados hubieran tratado de legitimar el cobro de alguna comisión refiriéndose al mismo frente a sus clientes.
- No se valoraron los efectos inocuos en el mercado del supuesto acuerdo, porque se demostró que existen fuentes alternativas de oferta de servicios de comercialización de ganado en pie que no se tuvieron en cuenta, al haber segmentado en forma indebida el mercado relevante, dejando de identificar los sustitutos.
- La Delegatura cambió sustancialmente su estudio de mercado en la resolución de cargos, cuando los investigados hicieron notar que el mercado regional identificado y el porcentaje de participación que se atribuía a las subastas del 42% era equivocado. Posteriormente, el Informe Motivado concluyó la existencia de un mercado nacional y una participación del 89% de las subastas.
- Haber segmentado en forma indebida el mercado sin incluir a los demás escenarios de concentraciones ganaderas sustitutos generó una consecuencia clara que afectó la determinación de la participación de mercado de las investigadas. Al no haber incorporado los otros escenarios sustitutos donde se desarrolla dicha intermediación, es claro que se le atribuyó a las subastas un porcentaje de participación en el mercado que no corresponde con la realidad.
- Las razones expuestas en la Resolución Sancionatoria para negar las nulidades relacionadas con la competencia funcional del Coordinador del Grupo de Trabajo de Protección a la Competencia para instruir la investigación y con el testimonio de **OSCAR GUSTAVO GONZÁLEZ CÁRDENAS** generan falsa motivación, por cuanto las nulidades mencionadas se presentaron con anterioridad a que se corriera traslado del Informe Motivado.
- Se prescindió del testimonio de **JOAQUÍN ARTURO GARCÍA MONTES**, cuya declaración aclararía la veracidad del Reglamento de **ASOSUBASTAS**, así como el tema del seguro de deudores que motivaba el cobro de una eventual comisión a los compradores.
- La Resolución Sancionatoria solamente cita las declaraciones originales de **AYDA LILIANA BELLO LÓPEZ** y **ÁLVARO MAURICIO TOBÓN ACEVEDO**, dejando de lado lo que afirmaron en el ejercicio de contrainterrogatorio o contradicción.
- No puede concluirse que los hechos que dan cuenta los correos electrónicos impresos contenidos en la Resolución Sancionatoria fueron corroborados por otros medios de prueba, porque se encuentra demostrada la falsa motivación y el defecto fáctico en la valoración de las pruebas, las cuales en su conjunto desvirtúan el presunto acuerdo que se imputa.
- Existe un error de apreciación en el correo electrónico de 23 de febrero de 2012 enviado por **BEATRIZ ANGÉLICA GALEANO ALMANZA**, que se toma como prueba del objeto de la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

reunión de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012, porque la proposición No. 7 de la convocatoria contenida en el mismo no hacía relación a la supuesta comisión que se acordó, sino a una explicación que presentó **GUSTAVO VERGARA ARRÁZOLA** en la reunión del 27 de febrero de 2012 sobre un seguro de vida de deudores y el 0,5% que se menciona en este punto del orden del día, se refiere al porcentaje que cobraría la aseguradora por dicho seguro a cada una de las subastas asociadas. Dicho porcentaje no constituye un acuerdo restrictivo, sino una facilidad común, expresamente exceptuada en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.

- La reunión que se realizó en **ASOSUBASTAS**, en la que se discutió la conveniencia de cobrar comisión a los agentes compradores intervinientes en las subastas, no constituye un acuerdo que tenga por objeto fijar un precio, ni realizar conductas restrictivas de la libre competencia, teniendo en cuenta que las subastas adoptaron decisiones autónomas, bajo el entendido que existía plena libertad de cada subasta de fijar el monto de las comisiones, habida cuenta que en el acta quedó expresamente consignado que *"cada gerente de las empresas afiliadas sea un delegado ante las empresas de subastas de las diferentes regiones (...) para tratar de convencer a acompañar la decisión."*
- En 14 de 19 subastas no se evidencia ninguna implementación del supuesto acuerdo y el hecho de que cinco (5) de ellas hubiesen decidido cobrar, no es conclusivo de un acuerdo colusorio, ni desvirtúa las decisiones autónomas e individuales que adoptaron las subastas que decidieron efectuar algún cobro.
- Las subastas investigadas no tienen la posibilidad de determinar las condiciones del mercado supuestamente afectado, dado su mínimo porcentaje de participación y el hecho de que cualquier determinación en cuanto al costo trasladaría la decisión de los participantes a otros escenarios sustitutos, como ferias, venta en fincas, frigoríficos, entre otros.
- La participación de las subastas en la comercialización de ganado en pie en Colombia no representa más del 10%, de acuerdo con el oficio remitido por el Director de Cadenas Productivas (folio 3940 del Cuaderno 20). La Superintendencia magnificó artificialmente el mercado afectado y le atribuyó a las subastas ganaderas una participación de mercado que no tienen (89%), pues no incluyó los sistemas de comercialización de ganado sustitutos (ferias comerciales, sistema de venta potrero – báscula, remates), guardando silencio sobre los argumentos presentados que demostraban que las supuestas diferencias de estos sistemas con las subastas ganaderas eran superficiales y no verdaderas.
- Para efectos de graduar la sanción, era necesario tener en cuenta el número de cabezas de ganado que se comercializa en el país por fuera del escenario de las subastas (13.000.000 cabezas).
- La Superintendencia de Industria y Comercio relevó la importancia del concepto de mercado relevante en el derecho de la competencia. La propia conceptualización de la Superintendencia de Industria y Comercio se refiere a la necesidad de efectuar el estudio del mercado afectado en general en el derecho de la competencia y no solo al abuso de posición dominante.
- No se causó ningún efecto negativo a las condiciones de competencia en el mercado, debido a la existencia de sustitutos perfectos de las subastas ganaderas.
- El cobro de una comisión por algunos agentes (7 de 33 subastas existentes en el país y de 413 concentraciones de ganado) que operan a nivel nacional, no produjo daño alguno a los compradores, pues los mismos pueden protegerse dejando de acudir a los agentes que decidieron autónomamente cobrar la comisión. Lo anterior es importante si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la *"verdadera teleología del régimen de prácticas restrictivas"*, *"no hay razones para imponer sanciones si los terceros dañados pueden protegerse autónomamente frente a tales acuerdos"*.
- La participación de cada subasta es muy baja en relación con todo el territorio y con el volumen general que se vende. Lo anterior, si se tiene en cuenta la verdadera dimensión del mercado potencialmente afectado y el hecho de que el mercado sea nacional.
- La conclusión según la cual las subastas ganaderas tienen el 89% del mercado de subastas, no determina para cada caso particular de la sanción el porcentaje que tiene cada subasta dentro

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

del mismo, lo que desconoce abiertamente el criterio de graduación del numeral 6 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

- Respecto del beneficio obtenido por el infractor, la Superintendencia de Industria y Comercio pasó por alto el hecho de que la comisión al comprador no es el medio principal de las subastas, por lo que no genera sus ingresos operacionales globales, los cuales se ven impactados con la sanción impuesta en un porcentaje muy alto.
- Respecto de la cuota de mercado del infractor, señalaron que existió un error en la aplicación de la norma, pues se indicó para todas las subastas investigadas, que las empresas cartelizadas contaban con cerca del 89% de participación en el mercado, desconociendo la verdadera cuota de mercado de cada una de las subastas y el criterio de graduación que exige tener en cuenta el grado de participación de la empresa infractora y no el de todas. Específicamente, respecto de **ASOCEBÚ**, la Resolución Sancionatoria desconoció que la verdadera cuota de participación de dicho agente es cero, porque simplemente no realiza subastas ganaderas.
- Para graduar la multa se tuvo en cuenta únicamente el patrimonio del infractor, lo cual resultó muy gravoso porque para algunos resultó ser un elemento de agravación de la multa y no de graduación a la baja como lo establece la norma legal para que no resulte confiscatoria.
- La proporcionalidad de la multa con base en el patrimonio no puede establecerse de acuerdo con un porcentaje fijo del patrimonio de las empresas. Se debe tener en cuenta la proporcionalidad a la participación del sancionado en la conducta.
- No existió un criterio de igualdad en relación con el año que se tomó como base para calcular el monto de la multa, pues para algunos investigados se utilizó el patrimonio de 2013 y para otros el de 2015, debiendo tomarse realmente el más favorable.
- La sanción impuesta a las personas naturales resulta excesiva y no se corresponde con los criterios de graduación establecidos legalmente. Debí ser impuesta con base en los ingresos que recibieron de su actividad como gerentes de las subastas investigadas, en la época de los hechos y no sobre la totalidad de ingresos, ni con el patrimonio, que nada tiene que ver con la conducta investigada.
- Ninguna de las causales de graduación puede operar como agravantes, ya que: (i) los investigados no han persistido en la conducta infractora; (ii) el acuerdo por objeto tuvo un impacto neutro, (iii) no se ha reiterado la conducta prohibida, y (iv) el grado de participación de todos los Gerentes que fueron a las subastas fue igual.
- La Superintendencia de Industria y Comercio utilizó criterios ajenos, propios de las personas jurídicas, para establecer la multa con base en el patrimonio y los ingresos, criterios ausentes del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

2.1.2. Argumentos particulares de ASOCEBÚ y CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA

- No se encuentra ninguna racionalidad en que el gerente sea sancionado en forma más gravosa que la persona jurídica, porque claramente la persona jurídica es la sancionada por la conducta restrictiva por haberla cometido y la persona natural por haber colaborado, facilitado, autorizado y tolerado la conducta.
- **CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA** nunca propuso al interior de **ASOCEBÚ** ningún tipo de comisión al comprador, dada la actividad precisa de remates que realiza especializados con una comisión exclusivamente a cargo del vendedor que no tiene nada que ver con aquella que cobran las subastas.
- Frente a **ASOCEBÚ** se dejó de lado considerar que esta no realiza subastas sino remates especializados y privados en los cuales la comisión la paga únicamente el vendedor del ejemplar y oscilan entre el 10% y el 12.5%, dependiendo de los costos que generen el montaje por arriendo del recinto, alquiler de corrales, honorarios del martillo, entre otros.
- **CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA** no tuvo un rol importante en la infracción por cuanto se demostró que asistió a la reunión de **ASOSUBASTAS** en calidad de invitado casual.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Debe tenerse en cuenta que toda vez que para establecer el monto de la sanción a **CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA** se utilizó el patrimonio del 2013, su situación al año 2015 es completamente diferente en la medida en que se desvinculó como gerente en noviembre de 2012 y sus ingresos se han disminuido sustancialmente y sus pasivos se han incrementado, teniendo varias obligaciones castigadas y sus cuentas embargadas.
- **ASOCEBÚ** no obtuvo ningún beneficio, toda vez que no cobró comisión alguna al comprador. Por criterio de igualdad aplicado a otras subastas, solicita que la sanción impuesta a **ASOCEBÚ** equivalga a un 3% de su patrimonio del 2013.

2.1.3. Argumentos particulares de **ASOSUBASTAS** y **ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA**

- **ASOSUBASTAS** no obtenía ningún beneficio por ninguna de las prácticas restrictivas que se le imputan.
- La Resolución Sancionatoria solo tuvo en cuenta el patrimonio de **ASOSUBASTAS**, lo que le implicó una sanción del 31% sobre el mismo. El bajo patrimonio de **ASOSUBASTAS**, que solo subsiste de cuotas ordinarias que pagan sus afiliados, debió ser utilizado como un criterio de graduación a la baja, como lo establece la norma legal para que no resulte confiscatoria.
- La sanción impuesta a **ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA** con base en su declaración de renta de 2013 resulta desproporcionada si se tiene en cuenta que según su declaración de renta de 2015, su situación varió sustancialmente luego de su salida de **ASOSUBASTAS** y **C.C. GANADERA**, de manera que sus ingresos actuales solo derivan de la pensión de jubilación, además puede observarse su alto nivel de endeudamiento y la reducción sustancial de su patrimonio.
- La conducta de influenciación de **ASOSUBASTAS** no se configuró, por cuanto concurrieron los elementos subjetivo y objetivo, en la medida en que el hecho de que un asistente a la Asamblea del 27 de febrero de 2012 hubiera propuesto estudiar el eventual cobro de una comisión, no afectó el libre albedrío de los asociados.
- Nunca quedó establecido quién ventiló la propuesta de cobrar algún tipo de comisión, porque en el escrito de denuncia se le atribuyó a **WILLIAM BOTERO MASAD** haberlo hecho, pero en el texto del Acta figura **ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA**; sin embargo, los diferentes asistentes a la reunión en sus interrogatorios negaron que hubiese sido él. En este sentido, no puede concluirse que **ASOSUBASTAS**, como persona jurídica de derecho civil hubiera formulado a través de su representante legal una propuesta referida a una comisión.
- No se demostró que **ASOSUBASTAS** haya influenciado y, por tanto, generado en el mercado un efecto anticompetitivo, porque frente a la propuesta todos los asociados tomaron decisiones autónomas.
- El acto unilateral de **ASOSUBASTAS** no produjo el efecto previsto en la norma de influenciar, sino supuestamente llevó a las subastas a concertar una fijación de precios. En tal virtud, la concertación como modalidad de acuerdo restrictivo excluye por definición el acto unilateral de influencia.
- La Resolución de Apertura con Pliego de Cargos contiene un error estructural y de fondo, ya que le imputa a **ASOSUBASTAS** haber sido parte del supuesto acuerdo, lo cual es contradictorio con el cargo formulado por la realización de un acto unilateral de influenciación, porque por lógica aquel excluiría este.
- No es lógico concluir que si de manera acordada y previa discusión por las subastas se adoptó una decisión, se pueda configurar un acto de influenciación. Tan claro es que no existió ninguna influencia surgida de la discusión que se suscitó en la reunión de **ASOSUBASTAS**, que los asociados tomaron decisiones autónomas frente a la misma. En efecto, al menos 12 de las 19 subastas investigadas no cobran ningún tipo de comisión al comprador y las demás tienen porcentajes de comisión diferenciados.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Consta en pruebas que obran en el expediente que las subastas que participaron en la reunión de **ASOSUBSTAS** entendieron claramente que estaban en libertad de fijar el monto de las comisiones, habida cuenta que en el Acta quedó expresamente consignado que *"cada gerente de las empresas afiliadas sea un delegado ante las empresas de subastas de las diferentes regiones (...) para tratar de convencer a acompañar la decisión."*

2.1.4. Argumentos particulares de SUBASTAR y WILLIAM BOTERO MASAD

- La multa impuesta a **SUBASTAR**, desde el punto de vista del criterio del beneficio obtenido con la supuesta práctica restrictiva, equivale a dos veces las utilidades obtenidas en 2015 por la comisión del 0.5% al comprador y a la tercera parte de las utilidades antes de impuestos de 2015. Desde el punto de vista de gastos de personal para 2015, la multa equivale al 33% del total de los mismos. Tomando como referencia los activos de la empresa, la multa representa el valor y los costos totales de la sede física de la subasta en el municipio de Bosconia.
- Para el caso de **WILLIAM BOTERO MASAD** se tomó su patrimonio líquido de 2013 para la graduación de la multa, lo cual implicó una agravación de la misma en la medida en que en 2015 recibió una pensión de jubilación que no debería ser incluida dentro de sus ingresos.
- La sanción impuesta a **SUBASTAR** fue desproporcionada. Es más alta (5 veces) que el promedio de las multas impuestas a las demás subastas. Equivale a dos veces las utilidades obtenidas en el 2015.

2.1.5. Argumentos particulares de SUBAGAN SOGA

- La Resolución Sancionatoria no tuvo en cuenta el escrito presentado por el gerente de **SUBAGAN SOGA**, que contiene el pronunciamiento al Informe Motivado, presentado en el Despacho del Superintendente Ad-Hoc y el cual se puso en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- La multa impuesta a **SUBAGAN SOGA** de 470 SMLMV, calculada sobre la base del 7% de su patrimonio representa el 12% de sus ingresos operacionales globales de 2013, siendo el porcentaje más alto de todos los sancionados, cuando el promedio de este efecto en todas las sanciones no supera el 4.54%.
- La sanción impuesta a **SUBAGAN SOGA** fue desproporcionada frente a otras sanciones, representa el 12% de sus ingresos operacionales globales de 2013, en los que se incluyen ingresos diferentes a los que fueron objeto de la supuesta infracción, siendo el porcentaje más alto de todos, cuando el promedio de todas las sanciones no superó el 4,54%.

2.2. Argumentos de SUBABUGA y GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCÁRATE

- No existe en la Resolución Sancionatoria un criterio objetivo para la graduación de las multas. No se entiende cómo la multa de **SUBABUGA**, a quienes se recomienda sancionar de forma atenuada debido a que presuntamente sólo aplicó el acuerdo por objeto y que además tuvo un comportamiento adecuado a lo largo del trámite administrativo, es más alta de las de aquellas subastas que conforme al Informe Motivado y la propia Resolución Sancionatoria debía ser sancionadas de manera más severa.
- **SUBABUGA** nunca aplicó el acuerdo para cobrar al comprador una tarifa por el servicio de corralaje, por lo tanto nunca produjo efectos respecto de dicha subasta ni en el mercado en el que participa.
- No es cierto que **SUBABUGA** detente el 89% del mercado de la comercialización en pie de subastas ganaderas. **SUBABUGA** es una entidad sin ánimo de lucro cuya función es enteramente social y de ayuda a los ganaderos y agricultores de la región de Buga y además nunca aplicó el presunto acuerdo. **SUBABUGA** es la subasta más pequeña del país, inclusive las ventas de un año completo de **SUBABUGA** no alcanzan a ser siquiera las ventas de un mes de otras subastas ganaderas del país. Para poder pagar la sanción, tendría que trabajar por más de dos años sin generar ningún gasto o costo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- **GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCÁRATE** ejerció el cargo de representante legal de **SUBABUGA** para el periodo investigado sin recibir ninguna contraprestación por dicha labor, por lo que no pudo ser beneficiado con el acuerdo sancionado.
- El criterio para graduar la sanción de **GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCÁRATE** fue imponerle una multa del 100.7% de sus ingresos declarados para 2013, cuando esta persona nunca implementó el acuerdo, no lo aprobó, no sacó ninguna utilidad de él y además se recomienda en el propio Informe Motivado sancionar de forma atenuada. Promediando las sanciones a los demás representantes legales, el resultado es 5.9% de los ingresos declarados, por ello no se entiende por qué a **GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCÁRATE** se le sanciona con un 100.7% de sus ingresos. Esto a todas luces es desproporcionado y no atiende a ningún criterio de justicia y equidad.
- La multa impuesta a **GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCÁRATE** resulta ser de ruina y quiebra, pues es una persona con unos ingresos anuales que no llegan a los 50 SMLMV, quien para pagar la sanción tendría que dejar de cumplir con todas sus obligaciones personales y familiares por más de 3 años.
- La facultad sancionadora de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra caducada, toda vez que han transcurrido más de cinco años desde producido el presunto hecho generador de reproche, el cual en el caso de **SUBABUGA** es haber presuntamente logrado el acuerdo solo por objeto, sin que haya una decisión en firme frente a la misma, tal y como lo establece la jurisprudencia del Consejo de Estado.
- La sanción contra **SUBABUGA** y **GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCÁRATE** recae solo por objeto, en la medida en que el presunto acuerdo se materializó en una única reunión de Asamblea de **ASOSUBASTAS** realizada el 27 de febrero de 2012, y que en forma posterior nunca se aplicó el acuerdo.
- De acuerdo con la posición de la Sección Primera del Consejo de Estado, la Administración debe expedir, notificar y agotar la vía gubernativa en relación con el acto sancionador dentro del término de caducidad del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que solamente el acto en firme permite su ejecución, porque los recursos, de acuerdo con el artículo 55 del Código Contencioso Administrativo, se conceden en el efecto suspensivo.
- No hay duda, ni puede admitirse interpretación alguna en cuanto a que la Resolución No 4191 de 2017 sea el acto administrativo sancionatorio porque (i) no es un acto administrativo que tome una decisión final, sino por el contrario, el mismo es recurrible; (ii) hay sendas interpretaciones sobre este asunto por el Consejo de Estado; (iii) la Administración no puede ejecutar ni hacer oponible la Resolución 4191 de 2017, pues la misma por su naturaleza, no es una decisión final y definitiva; (iv) la resolución sanción que verdaderamente ponga fin a la presente actuación administrativa será calendada en forma posterior al 27 de febrero de 2017; (v) el contenido material de la resolución futura que decida y ponga fin a la investigación será diferente a la Resolución 4191 de 2017; (vi) de intentarse una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el acto demandado será la resolución futura que decida esta actuación.
- La multa impuesta a **GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCARATE** resulta desmedida, pues ejerció el cargo de Representante Legal para el periodo investigado en forma ad honorem, sin recibir ningún pago o contraprestación por dicha labor, así como tampoco se pudo ver beneficiado en forma alguna con el presunto acuerdo. Es increíble que el criterio para graduar la sanción haya sido el imponer una multa del 100,7% de los ingresos declarados para 2013, cuando nunca implementó el acuerdo, no lo aprobó, no sacó ninguna utilidad de él y además se recomienda en el Informe Motivado sancionar en forma atenuada.
- Multas como la impuesta a **GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCARATE**, que no tienen en consideración ningún tipo de criterio objetivo distinto a decir que 50 SMMLV es bajo frente a los 2000 a que está facultada la Superintendencia de Industria y Comercio, desatienden los más elementales principios del derecho sancionador y de los derechos humanos.
- La multa impuesta a **SUBABUGA**, quien no aplicó el presunto acuerdo, es igual o inclusive más alta que la de otras subastas que no fueron recomendadas sancionar de forma atenuada o la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de aquellas que si aplicaron el acuerdo. No se entiende cual fue el criterio utilizado por el Despacho para imponer la multa, para las demás subastas se toma su patrimonio o ingreso operacional.

- **SUBABUGA** atraviesa una situación financiera muy débil. Para el 2016 recibió como ingresos operacionales por concepto de subasta \$50.823.206, por lo que pagar la multa impuesta significará un perjuicio, pues al pagar una sanción tan alta, sus operaciones comerciales se verán sensiblemente reducidas o tendrán que cerrar.

2.3. Argumentos de ISAYE y CHRISTIAN PÉREZ GALLEGO

- No es proporcional imponerle a **CHRISTIAN PÉREZ GALLEGO** como persona natural una multa mayor a aquella impuesta a la persona jurídica que representa, y quien en definitiva es la llamada a beneficiarse o no del presunto acuerdo anticompetitivo.
- **ISAYE** no ejecutó el presunto acuerdo porque la comisión cobrada al comprador el día 4 de abril de 2012, fue una prueba piloto totalmente independiente y no fruto de un presunto acuerdo.
- Comparte los argumentos de **SUBABUGA** en relación de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio en el presente caso.
- **ISAYE** no pudo haber ejecutado el presunto acuerdo, toda vez que la comisión cobrada al comprador el 4 de abril de 2012 fue una prueba piloto totalmente independiente y no fruto del presunto acuerdo. La recomendación dada por **ASOSUBASTAS** no era aplicable a las condiciones particulares del mercado donde se encuentra radicada la subasta.

2.4. Argumentos de SUBACOSTA y ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ

- El solo hecho de que una sociedad comercial hubiere asistido a la convocatoria de una asamblea de asociados no es una contravención que afecta la libre competencia. Se necesita añadir el ingrediente del verbo rector de la contravención que se cometió en tal reunión, es decir, debió demostrarse que **SUBACOSTA** hubiere asistido para facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.
- Para cometer alguno de los verbos rectores dentro de la reunión, la sociedad comercial debe actuar a través de una persona natural que tenga la representación legal. En el presente caso, **MICHEL BARBUR** no es la persona que ostenta la calidad de representante legal, ni tampoco contaba con la respectiva autorización para decidir y deliberar a nombre de **SUBACOSTA**.
- La Superintendencia de Industria y Comercio considera erradamente que porque **ASOSUBASTAS** en el acta de la reunión del 27 de febrero manifiesta que los asistentes son "asociados hábiles" y que el quorum suficiente lo es para "deliberar y decidir", de esa manera se demuestra que **MICHEL BARBUR** gozaba de facultades para decidir y deliberar. Si esto fuera así, debió quedar consignado en el acta que actuaba mediante poder, autorización o encargo escrito.
- Las personas jurídicas comerciales solo se pueden obligar o comprometer a través de sus legítimos representantes legales conforme a la ley o a los estatutos.
- Al conocerse la propuesta de **ASOSUBASTAS**, la Junta Directiva de **SUBACOSTA** expresó de manera rotunda una negativa a cobrar la comisión propuesta, por lo tanto, nunca accedió a participar en ningún acuerdo anticompetitivo de precios a través de representante u órgano alguno.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no demostró que **SUBACOSTA** hubiera tenido conocimiento previo de la reunión de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012 y los temas a tratar, por cuanto el correo subacosta3@hotmail.com que según la Resolución Sancionatoria fue recibido por **SUBACOSTA** con la convocatoria y el orden del día, no pudo servir para notificar judicialmente a la empresa, pues el correo de **SUBACOSTA** es SUBACOSTALTDA@hotmail.com. Este era el correo para la época de los hechos y lo es aún, como consta en el certificado de cámara de comercio.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El hecho de conocer que se recibirá una propuesta de acuerdo anticompetitivo de precios, por si misma, no configura para el sujeto pasivo de la futura propuesta una actitud contravencional (sic) hacia la libre competencia, pues se necesita actuar realizando alguno de los verbos rectores que son colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no manifiesta en ninguna parte de la Resolución Sancionatoria cual fue el rol importante que realizó **ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ** y que dio como conclusión que el acuerdo lograra celebrarse.
- No tiene lógica jurídica endilgarle a **ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ** un rol importante en el acuerdo, siendo que por otro lado se dice que quien representó a **SUBACOSTA** fue **MICHEL BARBUR** y que la junta de socios de **SUBACOSTA** decidió no aplicar el cobro acordado.
- **SUBACOSTA** a través de **ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ** solo asistió a una reunión previa celebrada en Cartagena, donde se especificó que no estarían a favor del acuerdo reprochado, por lo tanto, nunca toleraron el mismo.

2.5. Argumentos de SUGANAR y RODRIGO ALBERTO MEJÍA ARANGO

- En la presente investigación no quedó evidenciado que se haya deteriorado el crecimiento productivo, ni que la conducta descrita se haya disminuido de manera cuantificable y cierta la rivalidad o competencia empresarial, ni que los productos adquiridos por los proveedores de ganado de **SUGANAR** sean de menor calidad.
- El cobro de la comisión no afecta de manera directa a los consumidores, teniendo en cuenta que aquella es solo una parte del precio, que finalmente se define en la propia subasta cuando el bien es adquirido por el comprador que ofrece un mayor valor, el cual varía de acuerdo con el número de compradores interesados y que acudan a la subasta, es decir, el precio termina siendo incierto, porque lo define la oferta y la demanda en el instante de la subasta.
- La propuesta del cobro de la comisión a los compradores no surgió de **SUGANAR**, ni tampoco se probó la participación en la difusión de la misma, razón por la cual imponer una sanción tan excesiva quebranta el principio de proporcionalidad que debe orientar el derecho sancionador, en desmedro de los intereses de **SUGANAR**.
- A efectos de fijar el monto de la sanción debe tenerse en cuenta el grado de afectación que produjo la conducta, y para el caso de **SUGANAR**, la lesión al bien jurídico protegido es mínima. En efecto, la participación de **SUGANAR** en comparación con el mercado nacional es mínima (0.22%) y tiene influencia únicamente en el área de Urabá. Además, la participación de las subastas en el mercado nacional de venta de ganado es aproximadamente del 5%, es decir, no tiene un impacto fuerte en la economía y el bienestar general de la población colombiana.
- Para que haya una verdadera proporcionalidad de la sanción, debe mirarse la afectación de manera individual generada por cada uno de los agentes y no de manera general como lo hizo la Superintendencia de Industria y Comercio.
- En caso de haberse afectado la libre competencia, la conducta no tuvo una duración extensa en el tiempo, pues tuvo lugar únicamente durante la vigencia de 2013 en tres sedes de **SUGANAR**, razón por la cual no puede decirse que obtuvo un beneficio relevante con la implementación de la comisión tantas veces referida.
- La sanción a **RODRIGO ALBERTO MEJÍA ARANGO** es excesiva y además debe tenerse en cuenta que actuó de buena fe sin tener conocimiento que dicha conducta constituía una infracción a las normas sobre competencia.

2.6. Argumentos de SUBAGAUCA, SUBACASANARE, LEONARDO RUIZ PÉREZ y HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO

- El Despacho se equivocó y creó una injusticia y desigualdad cuando se refirió a todos los sancionados como "cartelistas", pues esta generalización carente de objetividad, fue inconsulta

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

con la realidad de las subastas, como entes que desarrollan su actividad en las provincias sin apoyo alguno de equipos jurídicos sofisticados.

- Cartelistas son quienes idearon, propiciaron, impulsaron y se beneficiaron efectivamente del acuerdo reprochado, apalancándose en **ASOSUBASTAS**. Las subastas como **SUBAGAUCA**, que por ignorancia o error y de buena fe asistieron a la reunión de **ASOSUBASTAS** pero jamás aplicaron el acuerdo, y que no impugnaron el acta porque no tenían consecuencia alguna, no son cartelistas.
- El mercado relevante no es nacional sino regional, especialmente en el caso de **SUBAGAUCA**, quien por su ubicación se constituye en una de las opciones para la venta de ganados del departamento de Córdoba y para los municipios del norte de Antioquia. Hacia el sur la subasta más cercana está a 163 kilómetros, lo que deja a **SUBAGAUCA** con una amplia zona de cobertura.
- La Superintendencia de Industria y Comercio confundió la necesidad y obligación de un administrador de una sociedad de estar informado sobre los temas que involucran el sector, y de mantener informada al respecto a su junta directiva, con su complacencia y acuerdo con todos esos temas.
- Aunque el acta de la reunión del 27 de febrero de 2012 indica que se aprobó por unanimidad el cobro de la tarifa a los compradores de ganado, esto no se encuentra probado en el expediente, pues varias declaraciones señalan exactamente lo contrario y está demostrado que **LEONARDO RUIZ PÉREZ**, como representante legal de **SUBAGAUCA** y **HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO**, como representante legal de **SUBACASANARE**, además de oponerse expresamente a la comisión propuesta, le recomendaron a la junta directiva no aprobarla y ésta obró en consecuencia.
- En el Acta de Junta Directiva de **SUBACASANARE** 133 del 27 de marzo de 2012 textualmente se indica que la junta decidió que la comisión del 0.5% al comprador propuesta por **ASOSUBASTAS** no se realice, con lo cual se demuestra que jamás aprobó, autorizó ni condonó dicha propuesta.
- La relación entre **ASOSUBASTAS** y **SUBAGAUCA** ha sido bastante distante, por lo que no existían las condiciones para que estas entidades entraran en un acuerdo anticompetitivo o para que **SUBAGAUCA** lo promoviera de cualquier manera.
- La comisión reprochada surgió en el comité de **ASOSUBASTAS** de Montería, del cual **SUBAGAUCA** no forma parte, así como tampoco asistió a la reunión realizada en Montería el 29 de noviembre de 2011, en la que se discutiría la comisión a los compradores.
- Durante la reunión de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012, **LEONARDO RUIZ PÉREZ** y **HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO** señalaron que se debería someter esta propuesta a discusión y aprobación de sus juntas directivas, que eran las únicas con facultades para aprobarla. Esta circunstancia la compartían varias subastas asistentes, que señalaron que la propuesta debería discutirse y aprobarse por sus respectivas juntas directivas.
- Un eventual acuerdo anticompetitivo como el endilgado no podría tener como fin ni ser idóneo para limitar la libre competencia, porque para el caso de **SUBACASANARE** y **SUBAGAUCA**, no les reportaría ningún beneficio, sino por el contrario, una pérdida de clientes.
- Analizada el Acta de la Asamblea de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012 conjuntamente con las demás pruebas obrantes en el expediente, tales como las declaraciones de **SUBACASANARE**, **HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO**, **SUBAGAUCA**, **LEONARDO RUIZ PÉREZ** y otros investigados en los que se indica que su aprobación no fue unánime y que no incluyó las objeciones que se hicieron a la comisión propuesta, no tiene virtud de evidenciar que efectivamente se aprobó unánimemente.
- El argumento de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionado con la impugnación del acta, no tiene en cuenta que las subastas son entidades que desarrollan su actividad en las provincias, no cuentan con abogados y, adicionalmente, no están subordinadas a **ASOSUBASTAS**. Es así como **SUBAGAUCA** y **SUBACASANARE** no sintieron la necesidad

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de impugnar el acta porque simplemente sabían que no iban a aplicar la comisión propuesta y que esto no tendría ninguna consecuencia porque **ASOSUBASTAS** no tenía ninguna manera de hacerla exigible.

- La relación entre **ASOSUBASTAS** y **SUBACASANARE** ha sido bastante distante, por lo que no existían las condiciones para que estas entidades entraran en un acuerdo anticompetitivo o para que **SUBACASANARE** lo promoviera de cualquier manera.
- La comisión reprochada surgió en el comité de **ASOSUBASTAS** de Montería, del cual **SUBACASANARE** no forma parte, así como tampoco asistió a la reunión realizada en Montería el 29 de noviembre de 2011, en la que se discutiría la comisión a los compradores.
- **LEONARDO RUIZ PÉREZ** y **HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO** no aplicaron ni consintieron el cobro de la tarifa al comprador propuesto por **ASOSUBASTAS**, por el contrario, manifestaron expresamente que *"no lo consideramos viable ni conveniente... nos puede ocasionar que los compradores... prefieran buscar en fincas o que baje el precio de compra afectando a los vendedores. Consideramos que en las subastas debemos trabajar en eficiencia que compense y reduzca estas pérdidas"*. Lo anterior demuestra que no colaboraron, facilitaron, autorizó, ejecutaron, ni toleraron conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.
- **HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO** no debe ser sancionado por cumplir con sus deberes fiduciarios como administrador. Habiéndose posesionado como gerente general de **SUBACASANARE** apenas 4 meses antes de la reunión del 27 de febrero de 2012, era apenas obvio y necesario que asistiera a la misma para enterarse de cómo funcionaba el sector, entender sus particularidades y conocer a sus participantes.
- Teniendo en cuenta que la misma Superintendencia de Industria y Comercio reconoció que **HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO** se opuso por escrito a la comisión propuesta, es inconsistente que se pretenda endilgarle una infracción de las normas de competencia simplemente porque asistió a la reunión.
- Las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio constituyen una violación del principio de igualdad, carecen una metodología que las respalde y no reflejan atenuación punitiva, porque: (i) no aplica criterios de igualdad en cuanto a la base sobre la cual se impone la multa, pues tiene en cuenta estados financieros de 2012, 2013, 2015 y en ocasiones desconocidas; (ii) no tiene en cuenta el deber de ponderación de las sanciones porque a las subastas que se beneficiaron de la comisión ilegítima, la promovieron, idearon y aplicaron, se les impusieron multas inferiores a las que no la aplicaron; (iii) tampoco tuvo en cuenta el grado de participación de los implicados, pues aunque dijo que aplicaría una atenuación punitiva a quienes no aplicaron el acuerdo, en la práctica los sanciona mucho más fuertemente que a los que sí lo aplicaron, idearon, promovieron y se beneficiaron del mismo; (iv) tampoco tuvo en cuenta el impacto de la conducta sobre el mercado porque desconoce que el mercado es regional y que solo se vio afectado en las zonas de influencia de las subastas que aplicaron el acuerdo; (v) no se observa el alcance de lo devengado por la aplicación de la comisión, por parte de las subastas que se beneficiaron de la misma; y (vi) no se tuvo en cuenta que **SUBAGAUCA** fue admitida por la Superintendencia de Sociedades a proceso de reorganización en abril de 2012.
- Una igualdad de tarifas a nivel nacional no le reporta beneficios a **SUBACASANARE** porque el valor de los fletes por el transporte del ganado dejaría al proveedor sin ningún beneficio. Adicionalmente, se deben considerar las dificultades logísticas de transportar el ganado desde tan lejos.
- La Superintendencia de Industria y Comercio hizo un análisis incompleto del mercado geográfico. Los cuadros de flujos comerciales de ganado en pie presentados en la Resolución Recurrída no discriminan si ese flujo corresponde a bovinos con destino o no a sacrificio, lo que muestra un análisis incompleto, sesgado y conveniente en el que se pasan por alto los costos de transporte del ganado, las distancias y la incidencia del transporte sobre la salud y el peso de los animales.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- **SUBACASANARE** compite muy levemente con otras subastas a nivel regional. Las vías en los departamentos del Casanare, Arauca y Meta son bastante limitadas, lo que afecta de manera significativa el comercio y la movilidad. Los posibles competidores de **SUBACASANARE** podrían ser: Subasta Ganadera de Aguazul S.A. (27,5 Km de Yopal); Subasta de Puerto López (250 Km de Yopal); Subasta Ganadera en San Martín (326,1 Km de Yopal); Complejo Ganadero Catama en Villavicencio (261,8 Km de Yopal). Catama no es una subasta, el 95% del ganado que se comercializa es ganado gordo para sacrificio.
- El 96% del ganado comercializado en **SUBACASANARE** proviene de municipios ubicados en el departamento de Casanare. Llevar el ganado a otro municipio o ciudad encarece su valor por los fletes, lo que posiblemente generaría pérdidas, a menos que el precio de compra en este lugar estuviera muy elevado.
- **SUBAGAUCA** compite fuertemente con las subastas de Planeta Rica, porque al estar cerca del **FRIGORÍFICO DEL CAUCA S.A.**, el comprador se ahorra el flete hasta el matadero.
- El 46% del ganado que se subasta proviene de apenas 2 municipios de Antioquia, (Caucasia y Cáceres). El 56,23% del ganado proviene de Antioquia, el 43,6% de Córdoba, y tan sólo el 0,12%, el 0,01%, y el 0,01% de Sucre, Bolívar y Magdalena, respectivamente.
- Los criterios de aplicación de las normas sanitarias en Caucaasia son mucho más estrictos que los existentes en Córdoba, lo que de tiempo atrás le ha impedido a **SUBAGAUCA** incrementar sus tarifas.
- Las subastas que promovieron el acuerdo reprochado por la Superintendencia de Industria y Comercio venían haciéndolo con anterioridad a la reunión de febrero y lo implementaron en su zona de influencia.
- La imposición de una multa de manera indebida puede quebrar la empresa. **SUBAGAUCA** se encuentra en proceso de reestructuración comercial.

2.7. Argumentos de PROAGAN y DIEGO CAMILO EMURA LOZANO

- Se restringió el derecho de defensa, dado que **PROAGAN** solicitó el testimonio de **LEONARDO RUÍZ PÉREZ** y **OSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ** quienes asistieron a la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012, ante lo cual la Autoridad de Competencia negó su decreto y práctica.
- En el acto administrativo recurrido se afirma que existen "otras" pruebas documentales y testimoniales sin que sean transcritas, lo cual imposibilita que se puedan controvertir.
- Los testimonios recogidos en la averiguación preliminar son nulos de pleno derecho y carecen de valor probatorio, ya que no pudieron ser controvertidos puesto que su ratificación fue solicitada pero nunca se adelantó la misma.
- Las impresiones de los correos electrónicos que obran en el expediente carecen de eficacia probatoria al no encontrarse en su forma original de mensaje de datos según lo dispone la Ley 527 de 1999. Del mismo modo, no es posible atribuirles el carácter de prueba documental en los términos del inciso segundo del artículo 247 del Código General del Proceso, dado que se desconoce a su autor.
- El término de caducidad de 5 años previsto en la Ley 1340 de 2009 venció el 27 de febrero de 2012 y comoquiera que a la fecha de la presentación del recurso de reposición no se ha proferido una decisión definitiva, la Superintendencia de Industria y Comercio ha perdido competencia para sancionar la conducta.
- Las pruebas obrantes en el expediente no demuestran una manifestación de voluntad de **PROAGAN** coincidente con las otras subastas ganaderas para acordar que se cobraría una comisión del 0.5% a los compradores de ganado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Los correos electrónicos que obran en el expediente no permiten evidenciar que **PROAGAN** haya participado de un acuerdo de precios, ni las actas de junta directiva de **ASOSUBASTAS** dan cuenta de la voluntad de **PROAGAN** en tal sentido. Más aun, dichas actas muestran la eventual elaboración de una propuesta por parte de las subastas ganaderas, pero jamás la intervención de **PROAGAN**.
- El acta de junta directiva que tiene valor probatorio es la suscrita por el Presidente y el Secretario, en tal virtud, ninguna de las copias del acta del 27 de febrero de 2012 que obran en el expediente, está firmada por el Presidente o Secretario de **ASOSUBASTAS**.
- Lo ocurrido en el seno de la Asamblea de Junta General de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012, no da cuenta de un acuerdo anticompetitivo sino que solo fue una propuesta que aún no se había aceptado. Así mismo, no es cierto que en aquella asamblea se modificara el Reglamento de **ASOSUBASTAS**, lo que se convino fue que un abogado revisaría dicho reglamento.
- **PROAGAN** maneja dos subastas ganaderas: una en Pereira (Risaralda) y otra en Santaguada (Caldas). La subasta de Pereira (Risaralda) nunca ha cobrado comisión a los compradores de ganado. Por su parte, la de Santaguada (Caldas) les ha cobrado a los compradores una comisión desde 2004 la cual inicialmente era del 0.4% y posteriormente se redujo a 0.39%.
- No resulta válida la posición de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de la irrelevancia de definir el mercado relevante en los casos que involucran un acuerdo de precios, pues el mercado relevante sí tiene una importancia fundamental para efectos de determinar si un acuerdo resulta restrictivo de la competencia. La misma Entidad señaló con anterioridad al presente caso que no basta probar que se celebró un acuerdo de precios, sino que debe analizarse si el mismo tiene capacidad, potencialidad o aptitud para restringir la competencia. (Resolución No. 30300 de 2013).
- Se definió equivocadamente el mercado relevante y, con fundamento en dicho error, se consideró que el supuesto acuerdo tenía la capacidad de afectar la libre competencia.
- No es cierto que el producto ofrecido en las subastas ganaderas sea un servicio diferente y que los clientes de las subastas no sustituyan el servicio por otros sistemas de venta de ganado, pues como consta en varios testimonios, la venta de ganado en pie la hacen en subastas presenciales, subastas virtuales, paraderos, ferias, intermediarios, y compraventa directa.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tiene en el expediente ninguna prueba que sustente que los vendedores y compradores de ganado no sustituyan las subastas con los otros mecanismos de negociación de ganado. Solamente señaló las diferencias entre las subastas y otros mecanismos de comercialización de ganado en pie, sin verificar si esas diferencias efectivamente implican que unos mecanismos no sustituyan a otros.
- En la Resolución Recurrída no se dice nada sobre la falta probatoria existente en el Informe Motivado, en el cual, en la página 39, se indicó que de acuerdo con la información obrante en los folios 3920 a 3930 del Cuaderno Público No. 20, "*no existe un actor que sustituya al otro*". **PROAGAN** y **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO** advirtieron que en dichos folios no se encontraba lo citado en el Informe Motivado.
- La comparación del presente caso con la decisión de la Comunidad Económica Europea en el caso Christie's y Sotheby's resulta errónea por las siguientes razones: (i) no se está hablando de arte sino de ganado; (ii) el acuerdo que se analizaba en dicho caso era para fijar la comisión al vendedor y no al comprador; (iii) la Comisión Europea concluyó que el mercado relevante era global porque los investigados tenían salones de subastas en todo el planeta, de no haber sido así el mercado tendría que haberse definido como local. En este caso, cada subasta actúa en una región y no tienen subastas en todo el territorio nacional.
- La Resolución Recurrída desconoció la información aportada por el Ministerio de Agricultura (folios 3920 a 3930 del Cuaderno Público No. 20) y el ICA (CD que obra a folio 1343 del Cuaderno Público No. 7), según la cual la comercialización de ganado en subastas es solamente el 10,5% del total nacional, y la participación de las investigadas en el mercado era del 13%. Así, el supuesto acuerdo se habría celebrado entre empresas que representan un porcentaje

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

mínimo del mercado por lo que no tenía la capacidad de restringir la competencia en el mercado y por lo mismo carece de antijuridicidad.

- La Superintendencia de Industria y Comercio decidió que como ya había abierto la investigación, el criterio de *minimis* no podía ser tenido en cuenta y era mejor sostener a toda costa que las subastas ganaderas ofrecen un servicio que tiene sustitutos.
- Los cuadros que presentó la Superintendencia de Industria y Comercio (Origen – Destino de bovinos de Risaralda) demuestran que la gran mayoría de los ganados vendidos en Risaralda tienen como origen y destino el mismo Risaralda o departamentos aledaños.
- La Superintendencia de Industria y Comercio tenía que probar para dónde se iban los ganados comercializados en las subastas manejadas por **PROAGAN**, que es la única forma de determinar si los compradores efectivamente actuaban como compradores en otras subastas del territorio nacional. La Resolución Recurrída no citó ningún documento y no mencionó en qué parte del expediente está la información utilizada para concluir que todas las subastas del país compiten entre ellas. Solo señaló que a las subastas localizadas en Planeta Rica (**SUBAGAN – SOGA**), Necoclí (**SUGANAR**) y Medellín (**CENTRAL GANADERA**) acuden compradores de regiones distintas a las que están ubicadas las mencionadas subastas.
- Una misma persona puede comprar en varias zonas del país, pero probablemente lo hace porque tiene tierras en esas zonas y no porque vaya a comprar ganado a zonas alejadas para transportarlo hasta sus fincas.
- Para determinar el mercado geográfico y desvirtuar los testimonios que obran en el expediente, la Superintendencia de Industria y Comercio debió realizar un análisis de la importancia de una determinada región para las subastas ganaderas y utilizar el test de Elzinga – Hogarti.
- El mercado natural de una empresa está compuesto por las diferentes regiones o departamentos que tienen una mayor importancia relativa para esa empresa que para el resto de las empresas que están en el mercado. La importancia relativa de una región se mide de la comparación entre la importancia de dicha región para esa empresa y la importancia de la misma región dentro del contexto nacional.
- La importancia directa de la región se mide por la participación de las ventas o despachos realizados a dicha región en el total de la empresa a las diferentes regiones del país.
- La relación entre la importancia directa de una región para una determinada empresa y la importancia directa de una región para todas las empresas corresponde al índice de identificación de mercados relevantes. Un mercado relevante para una subasta sería aquel que incluya todas las regiones para las cuales ese índice sea mayor o igual a 1.
- El test de Elzinga – Hogarti permite determinar si una región configura un mercado independiente de otros mercados regionales. Se basa en un análisis de los flujos de embarque desde y hacia afuera del mercado que se está estudiando o mercado local.
- La Superintendencia de Industria y Comercio utilizó criterios para la graduación de las sanciones no previstos en la Ley 1340 de 2009. Dicha ley habla de los ingresos involucrados en la infracción y la Resolución Recurrída no realiza ningún análisis sobre este aspecto.
- Es increíble que **PROAGAN** reciba una sanción aproximadamente 5 veces el valor de los ingresos que le reportó haber incrementado el valor de los cobros en Santageda. Los ingresos que obtuvo **PROAGAN** por el incremento de la comisión del 0,39% al 0,49% durante el 2012 y 2013 fueron de aproximadamente \$5.600.000.
- El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009, habla de salarios mínimos legales mensuales vigentes y no de salarios mínimos vigentes al momento de imponer la sanción, como decía anteriormente la disposición modificada. Como la norma actual no indica si los salarios mínimos legales vigentes son los vigentes al momento de imponer la sanción o a los de la ocurrencia del mismo, y como el supuesto acuerdo se celebró en el 2012, la multa debe reducirse.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Se utilizó el patrimonio como criterio de agravación y no como criterio de graduación. La misma conducta recibe sanciones totalmente distintas y, al parecer, la única razón para esas diferencias es el patrimonio del investigado.
- El artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 no señala ni el patrimonio líquido ni los ingresos como criterio de graduación de la multa para las personas naturales. Resulta grave que la Superintendencia de Industria y Comercio los utilice como criterio para agravar las sanciones, y que además no verifique si tienen alguna relación con las conductas que se endilgan, y peor aún tenga en cuenta los ingresos de la pensión por jubilación. Por las mismas conductas, la Entidad ha impuesto sanciones muy inferiores.
- **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO**, Representante Legal de **PROAGAN**, no obtuvo beneficio alguno por el incremento de una tarifa que se cobraba desde 2004, por lo que es increíble que haya sido sancionado con una multa de \$59.017.360.
- Como se desprende de los contratos de trabajo y prestación de servicios, **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO** ha tenido una rebaja de sus ingresos provenientes del vínculo con **PROAGAN**. Su patrimonio se ha incrementado por cuenta de políticas fiscales y no tiene relación alguna con sus actividades como gerente de **PROAGAN**.
- La multa impuesta a **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO** es discriminatoria, es superior a la impuesta a **PROAGAN** y otras subastas ganaderas, que serían las empresas que habrían celebrado y beneficiado del acuerdo, e incluso es superior de las multas que se impusieron a otras personas naturales, que según la Resolución Recurrída, habrían recomendado hacer el supuesto acuerdo, citado a reuniones, participado en la asamblea de **ASOSUBASTAS** y aplicado la tarifa del 0,5%. Igualmente, es mayor que la sanción impuesta a **ASOSUBASTAS**, que sería quien habría realizado el acto de influenciación.

2.8. Argumentos de JHLV

- Quien asistió a la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012 por parte de **JHLV** fue **ANTONIO DUQUE RAMÍREZ** quien carecía de la facultad legal de representación de la compañía (poder general o especial), ya que para esa época su Representante Legal era **JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA**.
- **JHLV** se enteró de la convocatoria a la reunión del 27 de febrero de 2012 a través de un funcionario en Medellín (Antioquia), pero no tuvo conocimiento de los temas que allí se tratarían; de haber sido así, **JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA** hubiera asistido o en su defecto hubiera otorgado un poder para tal efecto.
- En la presente actuación administrativa no se configuró el fenómeno jurídico de la representación aparente prevista en el artículo 842 del Código de Comercio, dado que según se determinó en la convocatoria para la asamblea del 27 de febrero de 2012, la subasta ganadera que quisiera hacerse representar debía otorgar poder para tal efecto lo cual no ocurrió en el caso de **JHLV**.
- La sanción impuesta a **JHLV** es ilegal toda vez que se violaron los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad. Lo anterior, teniendo en consideración que esta investigada no participó en ninguna reunión previa al acuerdo de precios imputado.
- En el acto administrativo sancionatorio se omitió la explicación o justificación sobre el proceso de dosimetría, que habría motivado a la Superintendencia de Industria y Comercio la imposición de la sanción pecuniaria.
- Si la Autoridad de Competencia hubiera aplicado los criterios legalmente previstos en la Ley 1340 de 2009, el monto de la sanción impuesta sería notoriamente menor. Por el contrario, se advierte la aplicación de criterios subjetivos sin fundamento alguno y cercanos al ejercicio de una facultad discrecional desmedida.
- Se aplicaron reglas disimiles teniendo como base de las sanciones los ingresos operacionales y patrimonio correspondientes a los años 2013 y 2015 sin tener un criterio de razonabilidad.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Se echa de menos en el ejercicio de dosimetría de la sanción: (i) el análisis del comportamiento de **JHLV**, pues la sociedad no realizó acuerdos previos, no asistió a la reunión y tampoco fijó la comisión; (ii) la determinación del beneficio obtenido por **JHLV** como consecuencia de su actuar y su grado de participación, y (iii) la determinación de la cuota de mercado de **JHLV**, la parte de sus activos o de sus ventas involucradas en la infracción relacionadas directamente como consecuencia de su actuar.
- Teniendo en cuenta que en la mayoría de los investigados el porcentaje de ingresos operacionales que se afecta con la sanción es el mismo, es evidente que no se aplicó un criterio individual y concreto que considerara la conducta de cada investigado, sino que se aplicó una regla para todos. De esta manera, sociedades que asistieron a la reunión y aplicaron la comisión, recibieron sanciones menores a la de **JHLV**, cuando esta última tuvo un comportamiento completamente distinto.

2.9. Argumentos de JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA

- **JHLV** no incurrió en las conductas anticompetitivas investigadas y sancionadas, por consiguiente, no es posible imputarle a **JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA** responsabilidad legal.
- Quien asistió a la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012 por parte de **JHLV** fue **ANTONIO DUQUE RAMÍREZ** que no era el representante legal de **JHLV**, ni tenía poder especial para intervenir en dicha reunión.
- Se enteró de la reunión del 27 de febrero de 2012 a través de un funcionario de Medellín, pero desconocía el objeto y los temas que se tratarían en la misma.
- No es posible aplicarle a **JHLV** la teoría de la representación aparente contenida en el artículo 842 del Código de Comercio, respecto de la asistencia de **ANTONIO DUQUE RAMÍREZ** a la reunión del 27 de febrero de 2012, ya que el supuesto contratante (**ASOSUBASTAS**) no verificó en el registro mercantil quién era la persona legalmente facultada para representar a **JHLV**.
- No se precisó cuál es la evidencia documental que vincula a **JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA** con la supuesta conducta anticompetitiva ejecutada por **JHLV**, en tal sentido, no es posible imputarle responsabilidad personal a él.
- No es posible imputarle responsabilidad personal por omisión a **JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA**, ya que no tuvo conocimiento previo del objeto de la reunión del 27 de febrero de 2012 ni tampoco asistió a la misma.
- Ausencia de proporcionalidad de la sanción, toda vez que no se determinó con claridad y concreción los criterios legales aplicables que le permitieron a la Autoridad de Competencia determinar el monto de la sanción impuesta. En particular, si se tiene en consideración que **JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA** no tuvo conocimiento del objeto de la reunión del 27 de febrero de 2012 ni tampoco asistió a la misma.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio. En el presente caso, mediante la Resolución No. 32096 de 2017, se decretaron algunas pruebas de oficio para verificar los hechos expuestos en los recursos de reposición relacionados con los ingresos y patrimonio de los investigados.

CUARTO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

El Despacho agrupó para su análisis los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición presentados por los investigados, así:

4.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Los recurrentes coincidieron en alegar la operancia de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, en razón a que ha transcurrido un término mayor a cinco (5) años tras haberse ejecutado la conducta supuestamente violatoria del régimen de prácticas restrictivas de la competencia. Tal fecha sería aquella en la que se celebró la Asamblea de **ASOSUBASTAS** en la que se fijó una comisión a cargo de los compradores de ganado en subastas, esto es, el 27 de febrero de 2012, sin que se haya notificado el acto administrativo sancionatorio, entendido como tal aquel que ponga fin a la actuación, es decir, el que resuelva los recursos de reposición contra la Resolución sancionatoria.

En este sentido, manifestaron que toda vez que la presente investigación se rige por el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), no puede considerarse que el acto administrativo sancionatorio es diferente al acto que decide los recursos, porque dicha consideración tiene cabida solamente después de la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA (Ley 1437 de 2011), el cual estableció legalmente una regla diferente sobre caducidad de la facultad sancionatoria a través de la cual determinó que el "(...) *acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos*". Al respecto, agregaron que no puede admitirse interpretación alguna en cuanto a que la Resolución No 4191 de 2017 sea el acto administrativo sancionatorio. Lo anterior, toda vez que ésta no es un acto administrativo que tome una decisión final, sino por el contrario, la misma es recurrible. En tal virtud, la resolución de sanción que verdaderamente ponga fin a la presente actuación administrativa será la que resuelva los recursos de reposición, y de intentarse una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, éste sería el acto por demandar.

Estos argumentos fueron fundamentados por los recurrentes con jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual, la Administración debe expedir, notificar y agotar la vía gubernativa en relación con el acto sancionador dentro del término de caducidad del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que solamente el acto en firme permite su ejecución.

Pues bien, tal y como lo afirman los propios investigados, el régimen legal colombiano de protección a la libre competencia económica contiene una norma especial sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, la cual reza:

"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 conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado." (Subraya y negrilla fuera de texto).

Bajo el amparo de esta disposición normativa, cuando se investigan conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica, el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio es de cinco (5) años, contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva. Ahora bien, si esta es de aquellas de ejecución instantánea, es decir, que se realiza en un momento único en el tiempo, el término se cuenta a partir del hecho constitutivo de la misma. En cuanto a los casos de conductas continuadas, permanentes o de tracto sucesivo, la caducidad se predica tras haber transcurrido cinco (5) del último hecho presuntamente violatorio del ordenamiento jurídico.

En virtud de lo anterior, teniendo en cuenta que la Asamblea de **ASOSUBASTAS** en la que se celebró el acuerdo reprochado se realizó el 27 de febrero de 2012, es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio tenía por los menos hasta el 27 de febrero de 2017 para proferir y notificar a los investigados el acto administrativo sancionatorio que puso fin a la actuación administrativa, esto es, la Resolución No. 4191 de 2017. En efecto, la Resolución No. 4191 de 2017 fue proferida el 10 de febrero de 2017 y notificada el 23 de febrero del mismo año al último de los sancionados, tal y como lo demuestran las respectivas constancias de notificación obrantes en el expediente.

Al respecto, no puede aceptarse bajo ningún punto de vista que los recurrentes consideren que el "acto administrativo sancionatorio", al que hace referencia el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 antes citado, corresponda al acto que resuelva los recursos de reposición contra la Resolución No. 4191 de 2017 (Resolución Sancionatoria), para que, de esta manera, pretendan que se declare una caducidad inexistente, en virtud de que a 27 de febrero de 2017 no había sido expedido ni notificado dicho acto administrativo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En esa medida, este argumento debe ser rechazado, toda vez que tal y como lo ha sostenido categóricamente la jurisprudencia del Consejo de Estado, el extremo límite para interrumpir el término de caducidad lo constituye la expedición y notificación del acto **administrativo principal o primigenio** (en este caso la Resolución No. 4191 de 2017) **y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa**, pues este último no puede ser considerado como el que impone la sanción, ya que corresponde a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento respecto de la actuación, sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado.

En efecto, lo anterior fue precisado en los siguientes términos por el Consejo de Estado en la Sentencia del 26 de noviembre de 2009, con la cual se unificó la jurisprudencia al respecto:

"Por consiguiente, el término de caducidad que se ha de aplicar por no existir norma especial en la referida ley, es el artículo 38 del C.C.A., según el cual la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

El alcance de esa disposición fue precisado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en reciente sentencia cuyo asunto se llevó a su conocimiento por la importancia jurídica del tema nacida de la necesidad de unificar la jurisprudencia sobre el mismo, por lo cual la posición jurisprudencial mayoritaria allí sentada, que aunque concerniente a un proceso disciplinario, se ha de aplicar para dilucidar el cargo bajo examen, pues sustancialmente se trata del ejercicio de una misma facultad, la de imponer sanción por las autoridades administrativas (...)

La posición jurisprudencial allí definida y que, como atrás se señala, acoge la Sala por su carácter unificador de los diferentes lineamientos que se habían dado entre las Secciones de la Corporación, consiste en que la sanción se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, es decir, el que pone fin a la actuación administrativa, decisión ésta que resuelve de fondo el proceso sancionatorio y define la conducta investigada como constitutiva de falta, porque en él se concreta la expresión de la voluntad de la administración; mientras que los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que aquél incluye, sino permitir a la administración que ese pronunciamiento sea revisado a instancias del administrado.

En ese orden, se tiene que los hechos, según consta en autos, tuvieron ocurrencia entre 15 de julio y 31 de agosto de 2000 (folio 112), por consiguiente, la Superintendencia tenía oportunidad hasta 31 de agosto de 2003 para proferir e incluso notificar en debida forma el acto sancionatorio, y observa la Sala que la decisión se tomó mediante Resolución 003262 de 23 de julio de 2003 y que su notificación se surtió de manera personal al apoderado de la actora el 6 de agosto de 2003 (folio 2356), lo que pone en evidencia que tal diligencia se produjo antes de vencerse el comentado término de 3 años, luego no tuvo ocurrencia la invocada caducidad ya que la sanción fue impuesta dentro del lapso que para el efecto tenía la autoridad sancionadora."⁹

Como puede observarse, la sentencia del Consejo de Estado transcrita no deja lugar a duda alguna en cuanto a que el término de caducidad se interrumpe al expedirse y notificarse el acto administrativo que pone fin a la actuación administrativa, es decir, el acto administrativo principal, ya que éste es el que resuelve de fondo el proceso sancionatorio y define la conducta investigada como constitutiva de falta, porque en él se concreta la expresión de la voluntad de la administración. Por su parte, la sentencia también deja claro que los actos administrativos que resuelven los recursos contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción.

La anterior posición fue ratificada posteriormente por el Consejo de Estado mediante Sentencia de 29 de septiembre de 2011, mediante la cual se insiste nuevamente, en que dentro del término de caducidad, la Administración debe proferir la resolución sancionatoria y notificarla al sancionado, **independientemente de la interposición de los recursos:**

⁹ Sentencia del 26 de noviembre de 2009, (Expediente 25000-23-24-000-2004-00339-01, Consejero ponente Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"... Para contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, la Jurisprudencia de esta Sección tiene establecido lo siguiente:

«Ante las diferentes posiciones e interpretaciones que se le ha dado al tema de la prescripción de la acción sancionatoria, acerca de cuándo debe entenderse "impuesta la sanción", la Sala Plena de esta Corporación con el fin de unificar jurisprudencia sostuvo mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009, que "la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa.

Asimismo sostuvo que "los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado.

Es, pues, claro, que en los términos del artículo 38 del C.C.A., la Administración debe ejercer la acción encaminada a sancionar personalmente al autor de la infracción administrativa, dentro de los tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho. En consecuencia, a partir de esa fecha **la Administración cuenta con tres (3) años para proferir la resolución sancionatoria y notificarla al sancionado, independientemente de la interposición de los recursos**».¹⁰ (Negrilla y subraya fuera de texto).

Particularmente sobre la diferencia entre el acto administrativo sancionador y el acto que resuelve los recursos, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

"Sobre el momento en que finaliza el término de caducidad para imponer las sanciones esta Sala ha estimado que es la notificación del acto sancionatorio lo que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos.

La Sección, mediante Sentencia del 15 de junio de 2001 señaló que, "al dar respuesta a los recursos, lo que hace la autoridad es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos, errores de hecho o de derecho, que tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionadora.

(...)

La Sala reitera el criterio expuesto por la Sección en la sentencia transcrita y concluye para el caso en estudio, lo siguiente:

1. No operó la caducidad de la facultad sancionatoria, como quiera que el hecho irregular objeto de sanción, no lo constituye la suscripción de los contratos para la administración de los recursos para la atención de los bonos pensionales y cuotas partes de los municipios de Medellín y Sylvania, sino el desarrollo de actividades en ejecución de tales contratos por fuera del objeto social que le correspondía, por lo que se trata de una conducta permanente o continua, que solamente finalizó hasta el 30 de mayo de 1999, con la exclusión de los recursos respectivos.

De tal manera, que del 30 de mayo de 1999, hasta la fecha en que se notificó la sanción con la Resolución No. 0509 del 29 de marzo de 1999, el 19 de abril del 2000, no habían transcurrido sino diez meses y diez y nueve días, ya que **la interpretación jurídica por parte de la Corporación respecto a la caducidad para imponer sanciones de acuerdo con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, no está ligada a que esté ejecutoriado el acto administrativo (en el asunto en litis, agotada la vía gubernativa), dentro de los tres años siguientes a la comisión del hecho irregular, sino a la notificación de la sanción en dicho término.**¹¹ (Negrilla y subraya fuera de texto).

¹⁰ Sentencia de 29 de septiembre de 2011 (Expediente 1101-03-24-000-2007-00028-00, Consejera ponente María Elizabeth García González).

¹¹ Sentencia del 9 de diciembre de 2004 (Expediente 25000-23-24-000-2001-90129-01(14062), Consejera ponente María Inés Ortiz Barbosa).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, se concluye que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerció legal y válidamente la facultad sancionatoria, en observancia plena del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, toda vez que la Resolución No. 4191 de 2017, donde se declaró que los investigados infringieron el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se profirió y notificó dentro de los cinco (5) años siguientes a la ocurrencia de los hechos que originaron las sanciones impuestas en tal Resolución (expedición y notificación del acto administrativo principal, es decir, el que pone fin a la actuación administrativa, tal y como específicamente lo dice el Consejo de Estado).

Así mismo, es importante resaltar, tal y como se expresa en las sentencias del Consejo de Estado citadas anteriormente, que es claro que una vez proferido el acto principal, la actuación administrativa culmina, y bajo ese entendido, la vía gubernativa es una etapa diferente a aquella en que la autoridad ejerce su facultad sancionatoria. La presentación de los recursos contra la Resolución No. 4191 de 2017, por medio de la cual se impuso la sanción a los investigados, era facultativa de los administrados y su interposición para agotar la vía gubernativa no es obligatoria.

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, dada la fecha de la Asamblea de **ASOSUBASTAS** en la que se celebró el acuerdo reprochado, tenía por los menos hasta el 27 de febrero de 2017 para proferir y notificar a los sancionados el acto administrativo principal o primigenio que pusiere fin a la actuación administrativa, esto es, la Resolución No. 4191 de 10 de febrero de 2017, la cual fue notificada, al último de los sancionados, el 23 de febrero del 2017. Con lo anterior, se evidencia que el acto sancionatorio contenido en la Resolución No. 4191 de 2017, se profirió y se notificó dentro de los cinco (5) años siguientes a la ocurrencia de los hechos que lo ocasionaron, esto es, antes del 27 de febrero de 2017, sin que se hubiese consolidado la aludida situación de caducidad respecto de la facultad sancionatoria.

4.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la relevancia de la reunión de ASOSUBASTAS del 27 de febrero de 2012 respecto de la infracción sancionada

Múltiples investigados coincidieron en plantear en sus recursos de reposición argumentos dirigidos a controvertir la relevancia de la reunión de Asamblea de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012 en lo que a la configuración de la conducta reprochada se refiere. En este sentido, **SUBACOSTA** manifestó que no fue correctamente notificada de la reunión y de los temas que se tratarían, ya que el correo electrónico al que se le envió la citación no es el que aparece en su Certificado de Existencia y Representación Legal como dirección de notificaciones judiciales. En esta misma línea, manifestó que en todo caso, haber conocido previamente que en dicha reunión se recibiría una propuesta de acuerdo anticompetitivo de precios, no configura una infracción a la libre competencia.

Por su parte, otras subastas investigadas sostuvieron que lo ocurrido en la citada asamblea de **ASOSUBASTAS** no da cuenta de un acuerdo anticompetitivo, pues solo se trató de una propuesta que aún no se había aceptado, pues la misma debería discutirse y aprobarse posteriormente por sus respectivas juntas directivas. Más aun, otros investigados como **SUBACASANARE** y **SUBAGAUCA** manifestaron que aunque en el acta de la asamblea en cuestión quedó consignada la aprobación del acuerdo por unanimidad, no sintieron la necesidad de impugnarla porque simplemente sabían que no iban a poner en marcha la comisión aprobada y que esto no tendría ninguna consecuencia porque **ASOSUBASTAS** no tenía manera alguna de hacerla exigible.

Frente a estos argumentos, el Despacho advierte a los impugnantes que las sanciones que les fueron impuestas estuvieron fundamentadas principalmente en las pruebas obrantes en el expediente, que dan cuenta de la celebración efectiva de un acuerdo anticompetitivo para fijar una comisión que sería cobrada a los compradores de ganado, realizada en el marco de la Asamblea de **ASOSUBASTAS** llevada a cabo en Medellín el 27 de febrero de 2012. Como se analizará en detalle más adelante, la sola asistencia y el hecho de que no constase en el acta la abstención respecto del voto favorable en cuanto a las decisiones adoptadas en la Asamblea, implica, por objeto, la configuración de la conducta sancionada.

Por lo anterior, para el caso de **SUBACOSTA**, debe señalarse que independientemente de si la citación a la mencionada asamblea se envió a un correo electrónico distinto al que aparece en su Certificado de Existencia y Representación Legal como dirección de notificaciones judiciales, lo cierto es que dicha subasta asistió a la Asamblea del 27 de febrero de 2012 y aprobó el acuerdo ilegal a través de la persona que envió para que la representara en la misma, tal y como se explicó en la Resolución Sancionatoria. En tal virtud, los argumentos de **SUBACOSTA** relacionados con

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

no haber sido correctamente citada a la Asamblea de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012, o supuestamente no haber conocido los temas que se tratarían en la misma, no desvirtúan su responsabilidad en la conducta investigada, al estar demostrada su participación en dicha asamblea y su aprobación expresa de la comisión acordada con sus competidores, según quedó acreditado en el acta de la misma.

En el mismo sentido, frente a los argumentos relacionados con que la fijación de la comisión a los compradores de ganado se limitó a ser una simple propuesta de **ASOSUBASTAS** que nunca se aprobó, pues la misma debería discutirse y aprobarse por juntas directivas de cada subasta, este Despacho reitera que las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, dicha propuesta fue aprobada por unanimidad de todas las subastas investigadas en la Asamblea General Ordinaria del 27 de febrero de 2012.

En efecto, tal y como se explicó en detalle en la Resolución Sancionatoria, no puede ser de recibo pretender sostener que la propuesta de **ASOSUBASTAS** para fijar la comisión a los compradores de ganado no trascendió más allá de haber sido una simple sugerencia, cuando, como se observa a continuación, se encuentra demostrado que las subastas afiliadas a **ASOSUBASTAS** se comprometieron formalmente a adoptar dicha propuesta, e incluso, a intentar persuadir a otras subastas, afiliadas o no, a poner en marcha tal cobro. Lo anterior, cobra especial importancia si se tiene en cuenta que el artículo 189 del Código de Comercio aclara, respecto del alcance probatorio de las actas, entre otras disposiciones, que "será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas".

Así las cosas, la participación y aprobación del cobro de la comisión se acredita el Acta No. 07 del 27 de febrero de 2012 de la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** obrante en el expediente:

"ACTA No 07
ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA
ASOCIACIÓN DE SUBASTAS GANADERAS DE COLOMBIA "ASOSUBASTAS"
FEBRERO 27 DE 2012

(...)

"7. Propositiones y varios

a) El Doctor Arturo Jaraba propone que las subastas realicen un cobro a los clientes por un valor que va desde 0.1% hasta 0.5%, justificado en que estos (clientes) deben pagar tal como lo hacen los mandantes por la utilización de las instalaciones de la subasta.

Se aprueba también que cada gerente de las empresas afiliadas sea un delegado ante las empresas de subastas de las diferentes regiones del país, sean afiliadas o no, para tratar de convencerlos a que nos acompañen con estas decisiones. Este cobro inicia el 1 de abril de 2012"

(...)

"8. Redacción por parte del Secretario del Acta, su respectiva lectura, discusión y aprobación de la misma por la Comisión designada para ello.

Finalizada la Reunión de Asamblea, el Doctor Diego Emura procede a redactar y a dar lectura del acta de la Asamblea; los Doctores Rodrigo Mejía y Jorge Mario Escobar, realizan la revisión del documento elaborado quedando aprobado por unanimidad."¹²
(Subraya y negrilla fuera de texto)

Como se mencionó, y en efecto puede observarse con claridad del aparte del acta transcrito, no cabe duda de que en la mencionada reunión de asamblea se aprobó por unanimidad el cobro de la comisión a los compradores a la que se ha hecho referencia, brillando por su ausencia cualquier alusión a que la aprobación de dicha comisión quedaría supeditada al beneplácito de las juntas directivas de cada una de las subastas asistentes a la asamblea. De hecho, como ya se señaló, se observa que las subastas investigadas no solo aprueban por unanimidad la comisión mencionada, sino que además se comprometen a tratar de convencer a las subastas restantes de las diferentes

¹² Folio 1155 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

regiones del país, "sean afiliadas o no", a que se adhirieran a esta decisión y cobraran la comisión acordada, es decir, las investigadas pretendían lograr que su conducta ilegal tuviera un alcance potencialmente aún mayor y, por ende, más dañino para el mercado.

Al respecto, deben rechazarse contundentemente los argumentos de algunos de los investigados relacionados con que el aparte del Acta No. 07 de 2012 que da cuenta del compromiso de convencer a las subastas no afiliadas a **ASOSUBASTAS** de adherirse al acuerdo de cobrar la comisión a los compradores de ganado, en realidad debe entenderse como la prueba de que la comisión acordada debía consultarse con las juntas directivas de las subastas, pues el compromiso de "tratar de convencerlos a que nos acompañen con estas decisiones" estaba dirigido a éstas y no a "las empresas de subastas de las diferentes regiones del país, sean afiliadas o no" como lo dice con claridad el acta de la asamblea referida.

En efecto, no puede aceptarse que los recurrentes pretendan tergiversar el sentido literal y obvio de la evidencia obrante el expediente, al afirmar que lo consignado en el Acta No. 07 de 2012 no supone un compromiso para "convencer" a otras subastas, así no fueran afiliadas a **ASOSUBASTAS**, de acompañarlos en la decisión de cobrar la comisión a los compradores de ganado. Esta conclusión resulta de una simple lectura de dicha acta, y es inaceptable y contrario a toda lógica, la suposición según la cual el objetivo era establecer la obligación de no aplicar el acuerdo celebrado en tanto no fuera consultado o consentido por las respectivas juntas directivas de las subastas investigadas.

A continuación se pone de presente el extracto mencionado:

"7. Propositiones y varios

a) El Doctor Arturo Jaraba propone que las subastas realicen un cobro a los clientes por un valor que va desde 0.1% hasta 0.5%, justificado en que estos (clientes) deben pagar tal como lo hacen los mandantes por la utilización de las instalaciones de la subasta.

Se aprueba también que cada gerente de las empresas afiliadas sea un delegado ante las empresas de subastas de las diferentes regiones del país, sean afiliadas o no, para tratar de convencerlos a que nos acompañen con estas decisiones. Este cobro inicia el 1 de abril de 2012"

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

Como puede observarse, el compromiso aprobado en la asamblea de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012 fue que cada gerente de las subastas investigadas tratara de convencer a "las empresas de subastas de las diferentes regiones del país, sean afiliadas o no" de implementar el cobro de la comisión a los compradores de ganado previamente acordado. Nótese que en ninguna parte siquiera se infiere que las empresas a las que hay que tratar de convencer, son las mismas que celebraron el acuerdo y están adquiriendo el compromiso mencionado, lo cual escapa de toda sensatez si se tiene en cuenta que se dirige a empresas que no están afiliadas a **ASOSUBASTAS** y, por lo tanto, diferentes a las investigadas.

Por las anteriores razones, también debe rechazarse el argumento de **SUBACASANARE** y **SUBAGAUCA** según el cual, no obstante aprobaron el acuerdo reprochado, lo hicieron sin la intención de cumplirlo, pues siempre supieron que no iban a aplicar la comisión aprobada y que esto no tendría ninguna consecuencia porque **ASOSUBASTAS** no tenía ninguna manera de hacerla exigible.

Ciertamente, es inaceptable y no puede servir de excusa para evadir la responsabilidad en un acuerdo anticompetitivo, que la empresa manifieste que nunca tuvo la intención de implementar los acuerdos, cuando existen pruebas de asistencia a reuniones, como en el presente caso, donde se manifestaron voluntades para la realización de un acuerdo anticompetitivo. En efecto, la naturaleza ilegal de las reuniones es suficiente para determinar la responsabilidad, en razón a que sus asistentes tomaron parte en ellas, no se distanciaron públicamente y dieron la impresión de que suscribían el acuerdo y actuarían de conformidad. Por consiguiente, los motivos o intenciones ocultas en este sentido resultan irrelevantes.

¹³ Folio 1155 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así ha sido precisado por otras autoridades de competencia, como es el caso de la Comisión de la Comunidad Europea que al decidir sobre un cartel empresarial en el sector de gases médicos e industriales en los Países Bajos, señaló lo siguiente:

"La Comisión señala que el hecho de que Air Liquide y Westfalen participaran en varias reuniones y que el objeto de estas reuniones fuera restringir la competencia, se ve confirmado por las pruebas documentales que figuran en el expediente de la Comisión. La conclusión de que el comportamiento descrito constituye un acuerdo en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se ve modificada si puede establecerse que uno o más participantes no tenían la intención de aplicar las intenciones conjuntas expresadas en ellos. Teniendo en cuenta la naturaleza manifiestamente anticompetitiva de las reuniones en que se expresaron las intenciones, las empresas en cuestión, al participar sin distanciarse públicamente, dieron la impresión a los otros participantes de que suscribían el acuerdo objeto de la discusión y de que actuarían de conformidad con el mismo. La noción de «acuerdo» es objetiva por naturaleza. Los motivos reales (y las intenciones ocultas) que subyacen en el comportamiento adoptado no son relevantes."¹⁴ (Negrilla fuera de texto).

Por las anteriores razones, quedan desvirtuados los argumentos presentados en los recursos de reposición tendentes a desestimar la contundencia de las pruebas que acreditan que el acuerdo ilegal investigado fue efectivamente celebrado en la Asamblea de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012.

4.3. Argumentos relacionados con la legalidad del acta de asamblea general ordinaria que se llevó a cabo el 27 de febrero de 2012 en el seno de ASOSUBASTAS

Algunos de los investigados afirmaron que no existe un Acta inequívoca de lo sucedido en la asamblea del 27 de febrero de 2012, sino que, por el contrario, en el expediente obran varias versiones de la misma sin que ninguno de dichos borradores esté firmado por el Presidente o Secretario de **ASOSUBASTAS**, y sin que se acredite que su texto fue elaborado por la Comisión designada para tal fin.

En relación con los anteriores argumentos, que de paso sea dicho ya habían sido expuestos en las observaciones al Informe Motivado rendido por la Delegatura, encuentra el Despacho que contrario a lo manifestado por algunas de las subastas investigadas, el acta donde se consignaron los acuerdos anticompetitivos y que le sirvió de base a la Superintendencia de Industria y Comercio para acreditar dicha situación, es aquella obrante a folios 1150 a 1155 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente, denominada con el No. 007, aportada el 29 de enero de 2013 por **ASOSUBASTAS** con base en un requerimiento hecho por la Delegatura, con lo cual se reconoce su autenticidad¹⁵.

Pues bien, entre otras cosas, en el acta *sub examine* se aprobó por unanimidad una tarifa a los compradores de ganado a partir del 1 de abril de 2012 y cuyo texto relevante para lo que interesa a esta investigación es el siguiente:

ACTA No. 07
ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA
ASOCIACIÓN DE SUBASTAS GANADERAS DE COLOMBIA "ASOSUBASTAS"
FEBRERO 27 DE 2012

En la Sala de Juntas de la Central Ganadera S.A. de la ciudad de Medellín, Calle 103 EE No. 63D – 70 Autopista Norte, el día 27 de Febrero del año 2012 a las 9:00 a.m. se dio inicio a la Asamblea General Ordinaria de Asociados de ASOSUBASTAS, previa convocatoria por parte de su Representante Legal mediante Carta enviada al domicilio de cada uno de los Asociados el día 01 de febrero de 2012, con el siguiente Orden del Día el cual fue leído y aprobado.

(...)

DESARROLLO DE LA REUNIÓN

¹⁴ Decisión de la Comisión Europea de 24 de julio de 2002, Asunto COMP/E-3/36.700 Gases médicos e industriales.

¹⁵ Código General del Proceso, artículo 244. Documento auténtico. "Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad (...)".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

1. Verificación del Quórum

De un total de Diez y nueve (19) Asociados Hábiles se presentaron Diez y siete (17) que corresponden al 89%. Por tal razón se obtiene Quórum suficiente para deliberar y decidir.

A continuación se relacionan los Asociados Hábiles asistentes a la Reunión, y las personas que los representan:

ASISTENTES

Central Ganadera S.A.	Jorge Mario Escobar Calle
Proagan S.A.	Diego Camilo Emura L.
Subastar S.A.	William Botero Massad
Cogasucro S.A.	Gustavo Vergara Arrázola
C.C. Ganadera S.A.	Arturo Jaraba Ledezma
Megansac S.A.	Gabriel Vargas Monares
Subagan Soga S.A.	Jorge Herrera Herrera
Subasta Santa Clara S.A.S.	Cristian Pérez Gallego
Suganar S.A.	Rodrigo A. Mejía A.
Subacasanare S.A.	Humberto Alvarado
Subagauca S.A.	Leonardo Ruiz Pérez
Sugasam S.A.	Oscar Alejandro Medina
Subacosta S.A.	Michael Barbur
Subasta Ganadera de Buga	Cesar Cardozo S.
Dorexpo	Antonio Duque Ramírez
Comercializadora Asocebú S.A.	Carlos Villarreal
Agrocomercial Koran S.A.S.	Jorge Antonio Silva B.

AUSENTES

Compañía Ganadera del Meta S.A.	Pedro Turriago T.
Suganorte S.A.	Daniel Hernández

Además de la asistencia de los Señores Joaquín Arturo García Montes (Miembro de Junta Directiva de Subagan Soga S.A.), Claudia Argote (Miembro de Junta Directiva de Suganar S.A.) y Jairo Barreneche G. (Gerente de Visión Agraria del Nordeste)".

(...)

"7. Propositiones y varios

a) El Doctor Arturo Jaraba propone que las subastas realicen un cobro a los clientes por un valor que va desde 0.1% hasta 0.5%, justificado en que estos (clientes) deben pagar tal como lo hacen los mandantes por la utilización de las instalaciones de la subasta.

Se aprueba también que cada gerente de las empresas afiliadas sea un delegado ante las empresas de subastas de las diferentes regiones del país, sean afiliadas o no, para tratar de convencerlos a que nos acompañen con estas decisiones. Este cobro inicia el 1 de abril de 2012".

(...)

"8. Redacción por parte del Secretario del Acta, su respectiva lectura, discusión y aprobación de la misma por la Comisión designada para ello.

Finalizada la Reunión de Asamblea, el Doctor Diego Emura procede a redactar y a dar lectura del acta de la Asamblea; los Doctores Rodrigo Mejía y Jorge Mario Escobar, realizan la revisión del documento elaborado quedando aprobado por unanimidad.

Agotado el orden del día de la Asamblea se da por terminada la reunión siendo la 1:45 p.m.

Dr. Diego Camilo Emura Lozano
Secretario" (Subrayado fuera del texto original).

En tal virtud, vale reiterar que el acta de la asamblea general ordinaria donde se consignaron los acuerdos anticompetitivos objeto de reproche, es la que se refirió en líneas precedentes. El hecho de que hubiese algún borrador de dicha acta, de manera alguna le resta la eficacia probatoria que tiene este documento para acreditar lo sucedido en el curso de la mentada reunión. Más aun, lo cierto es que en el expediente administrativo se probó que obran dos copias del mismo borrador del acta, recogidas en las visitas adelantadas por la Delegatura en la etapa de averiguación

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

preliminar practicadas en las subastas ganaderas C.C. **GANADERA**¹⁶ y **CENTRAL GANADERA**¹⁷ y posteriormente aportadas por diferentes investigados¹⁸.

Según se indicó en la Resolución Sancionatoria, en el expediente administrativo obra como evidencia el borrador del Acta No. 007 del 27 de febrero de 2012, el cual fue encontrado en archivo adjunto a un correo electrónico del 5 de marzo de 2012 enviado a sus asociados por **BEATRIZ ANGÉLICA GALEANO ALMANZA** (Coordinadora de **ASOSUBASTAS**). En dicho borrador, se estableció que el valor del cobro a los compradores de ganado acordado por los cartelistas en virtud del acuerdo aprobado en la Asamblea General sería del 0.5%, iniciando desde el 1 de abril del 2012:

*"De: **Beatriz Angélica Galeano Almanza** (beatriz.galeano.almanza@gmail.com) Enviado: lunes, 05 de marzo de 2012 02:35:36 p.m.*

Para:

1 archivo adjunto

Asamblea general ordinaria Asosubastas feb. 2012.pdf (60,7 KB)

Bnas tardes a todos, envío copia del borrador del Acta de Asamblea de Asosubastas, les pido el favor de revisarla y espero comentarios a la vuelta de correo, para correcciones o aclaraciones en la misma.

Agradeciendo la atn prestada.

Cordialmente.

*Beatriz Angélica Galeano Almanza
Coordinadora de ASOSUBASTAS"¹⁹*

Archivo adjunto: Borrador del Acta No. 007 del 27 de febrero de 2012 de **ASOSUBASTAS**.

"7. Propositiones y Varios

a) El Doctor Arturo Jaraba propone que todas las subastas cobren una comisión del 0.5% a los compradores justificado en: seguro de vida de los deudores, asistencia en corrales (relacionado con los animales que muera después de recibidos y antes de ser entregados) y para las personas jurídicas el cobro del registro en Bolsa Nacional Mercantil.

Abierta la discusión los miembros presentes acuerdan y aprueban por unanimidad este cobro del 0.5% pero con la justificación de que los compradores deben pagar como lo hacen los proveedores por la utilización de las instalaciones de la subasta. Se aprueba también que cada gerente de las empresas afiliadas sea un delegado ante las empresas de subastas de las diferentes regiones del país, sean afiliadas o no para tratar de convencerlos a que nos acompañen con estas decisiones. Este inicia el 1 de abril del año 2012"²⁰.

Si bien en el curso de la presente investigación se encontraron algunas evidencias adicionales de los acuerdos anticompetitivos celebrados, el Despacho no puede compartir la tesis de la existencia de "varias versiones" del acta de asamblea general. Ahora bien, lo que sí existe en el expediente, son múltiples evidencias que acreditan la celebración de un acuerdo ilegal de precios, el cual fue ejecutado por algunas de las subastas lo cual produjo un efecto nocivo en el mercado de las subastas ganaderas. En otros casos, si bien no se ejecutó dicho acuerdo, también se reprocha su ilegalidad por objeto como se ha explicado de manera pormenorizada tanto en la Resolución Sancionatoria como en el presente acto administrativo.

A su turno, también se afirmó por parte de algunos recurrentes que aun cuando en el acta de la reunión del 27 de febrero de 2012 se indicó que el cobro de la tarifa a los compradores de ganado fue aprobada por unanimidad, esto no se encuentra acreditado, ya que varias declaraciones

¹⁶ Folio 563 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

¹⁷ Folio 668 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

¹⁸ Folios 334 a 340 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente; y, Folios 668 a 674 del Cuaderno Público No. 4.

¹⁹ Folio 333 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

²⁰ *Ibidem*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

rendidas en el curso de la investigación señalaron lo contrario, a la vez que se demostró que **LEONARDO RUIZ PÉREZ** (representante legal de **SUBAGAUCA**) además de oponerse a la comisión propuesta, le recomendó a la junta directiva no aprobarla y ésta obró en consecuencia.

En relación con este punto ya la Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado en detalle en la Resolución Sancionatoria, advirtiendo que no obra en el expediente ninguna evidencia que permita acreditar que alguno de los asistentes a la reunión del 27 de febrero de 2012 se hubiere opuesto a los acuerdos anticompetitivos. Por el contrario, a lo largo del expediente está probado, de múltiples formas, que los investigados adoptaron las decisiones de manera unánime. Como prueba de lo anterior, obra el Acta No. 07 en cuyo punto tercero se convino por unanimidad que su revisión y aprobación estaría a cargo de una comisión integrada por "Rodrigo Mejía y Jorge Mario Escobar" de la siguiente manera:

"3. Nombramiento de la Comisión designada para revisar y aprobar el acta de la presente reunión.

Se nombran por unanimidad a los señores Rodrigo Mejía (sic) y Jorge Mario Escobar como Comisión (sic) para revisar y aprobar el acta de la presente reunión"²¹. (Subrayado fuera del texto original).

Como se observa, los asistentes a la reunión del 27 de febrero de 2012 delegaron en cabeza de **JORGE MARIO ESCOBAR CALLE** (representante legal de **CENTRAL GANADERA**) y **RODRIGO ALBERTO MEJÍA ARANGO** (representante legal de **SUGANAR**) la revisión y aprobación del Acta No. 07 lo cual se ajusta a las disposiciones legales sobre la materia, en particular, el artículo 189 del Código de Comercio el cual preceptúa lo siguiente:

*"Artículo 189. Constancia en actas de decisiones de la junta o asamblea de socios.
"Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto (...)"
(Subraya fuera de texto).*

Así pues, la designación efectuada en cabeza de los representantes legales de **SUGANAR** y **CENTRAL GANADERA** para aprobar el Acta No. 07 guarda perfecta relación con la disposición legal anteriormente citada. Como si lo anterior no fuese suficiente, en el octavo punto de dicha acta consta su lectura, discusión y aprobación de la siguiente manera:

"8. Redacción por parte del Secretario del Acta, su respectiva lectura, discusión y aprobación de la misma por la Comisión designada para ello.

Finalizada la Reunión de Asamblea, el Doctor Diego Emura procede a redactar y a dar lectura del Acta de Asamblea; los doctores Rodrigo Mejía y Jorge Mario Escobar, realizan la revisión del Documento (sic) elaborado quedando aprobada por unanimidad. Agotado el orden del día de la Asamblea se da por terminada la reunión siendo la 1:45 p.m."²² (Subraya fuera de texto).

Bajo este panorama, para la Superintendencia no cabe duda de que el Acta No. 07 fue discutida y aprobada por todos los asistentes a la reunión del 27 de febrero de 2012, conforme se desprende de su simple lectura.

De otra parte, está probado que el acuerdo de precios fue el fruto de las conversaciones sostenidas en diferentes escenarios en que participaron los investigados, en particular, la asamblea del 27 de febrero de 2012. Así las cosas, se aprobó por unanimidad el cobro de dicha comisión y contrario a lo expuesto por algunos recurrentes, ninguna de las subastas ganaderas, ni las personas naturales que asistieron a dicha reunión, se opusieron, o, expresaron su inconformidad en cuanto a las decisiones allí adoptadas. En línea con lo anterior, en el punto 7 del Acta No. 007 se acreditó la aprobación unánime de lo discutido sobre el cobro de la comisión. Por lo demás, en la parte final del documento se encuentra el siguiente texto:

"8. Redacción por parte del Secretario del Acta, su respectiva lectura, discusión y aprobación de la misma por la Comisión designada para ello.

²¹ Folio 1152 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

²² Folio 1155 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Finalizada la Reunión de Asamblea, el Doctor Diego Emura procede a redactar y a dar lectura del acta de la Asamblea; los Doctores Rodrigo Mejía y Jorge Mario Escobar, realizan la revisión del documento elaborado quedando aprobado por unanimidad.

Agotado el orden del día de la Asamblea se da por terminada la reunión siendo la 1:45 p.m.

Dr. Diego Camilo Emura Lozano
Secretario²³ (Subrayado fuera del texto original).

Si bien en el texto del Acta No. 07 se hizo referencia a la aprobación unánime de la mentada comisión en un rango que va desde del 0.1% hasta el 0.5% para ser cobrada a "los clientes" justificada en que estos "deben pagar tal como lo hacen los mandantes por la utilización de las instalaciones de la subasta", antes de celebrarse esta asamblea, en diferentes escenarios y, en lo que tiene que ver con el valor de esta comisión, **ASOSUBASTAS** sugirió que el valor a cobrar debería corresponder a un monto fijo equivalente al 0.5%.

Sobre el particular, debe mencionarse que el Despacho acreditó lo anterior a través del Acta No. 141 de la reunión de Junta Directiva de **C.C. GANADERA** del 25 de enero de 2012²⁴, el Acta No. 207 de la reunión de Junta Directiva de **SUBASTAR** del 27 de enero de 2012²⁵, los correos electrónicos del 31 de enero y del 23 de febrero de 2012²⁶ enviados por **BEATRIZ ANGÉLICA GALEANO ALMANZA** (Coordinadora de **ASOSUBASTAS**) en el que además, se adjuntó el orden del día por tratar en la asamblea del 27 de febrero de 2012, así como el borrador del Acta No. 007. En el punto 7 del referido borrador del acta, frente al cual ya se ha pronunciado el Despacho, se recoge la propuesta de **ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA** (representante legal de **C.C. GANADERA**) relacionada con el cobro de una comisión a cargo del comprador de ganado, la cual se fijaría en un 0.5%, así:

"7. Propositiones y Varios

- a) El Doctor Arturo Jaraba propone que todas las subastas cobren una comisión del 0.5% a los compradores justificado en: seguro de vida de los deudores, asistencia en corrales (relacionado con los animales que muera después de recibidos y antes de ser entregados) y para las personas jurídicas el cobro del registro en Bolsa Nacional Mercantil.

Abierta la discusión los miembros presentes acuerdan y aprueban por unanimidad este cobro del 0.5% pero con la justificación de que los compradores deben pagar como lo hacen los proveedores por la utilización de las instalaciones de la subasta. Se aprueba también que cada gerente de las empresas afiliadas sea un delegado ante las empresas de subastas de las diferentes regiones del país, sean afiliadas o no para tratar de convencerlos a que nos acompañen con estas decisiones. Este inicia el 1 de abril del año 2012." (Subraya fuera de texto).

Como se observa, el punto 7 del acta borrador es diferente en su contenido, respecto del que fue aprobado. Nótese cómo el acta allegada por la agremiación y que, según se dice, fue la aprobada por unanimidad, da cuenta de que **ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA** (representante legal de **ASOSUBASTAS**) no propuso "que todas las subastas cobren una comisión del 0.5% a los compradores", como está consignado en el orden del día y en el acta borrador, sino que "las subastas realicen un cobro a los clientes por un valor que va desde 0.1% hasta 0.5%", según se consignó en el acta aprobada signada con el No. 007. Así las cosas, los argumentos presentados por algunos investigados en su recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria según los cuales en el acta de la asamblea general donde no consta el acuerdo anticompetitivo ni que fue aprobado por unanimidad será rechazado, ya que está probada la asistencia de las subastas ganaderas investigadas y la aprobación unánime del acta contentiva del acuerdo de precios.

²³ Folio 1155 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

²⁴ CD obrante en el folio 563 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

²⁵ Folios 693 a 698 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

²⁶ USB obrante en el folio 2137 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4.4. Argumentos relacionados con la supuesta falta de representación legal por parte de algunos asistentes a la Asamblea General de ASOSUBASTAS celebrada el 27 de febrero de 2012

Algunos investigados indicaron que quienes asistieron a la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** celebrada el 27 de febrero de 2012 no eran sus representantes legales, en tal virtud, no podían obligar a las compañías respecto de los acuerdos celebrados. Así, en el caso de **JHLV**, quien concurrió a la reunión fue **ANTONIO DUQUE RAMÍREZ**, careciendo de la facultad legal de representación de la compañía. En igual sentido se pronunció **SUBACOSTA**, al afirmar que quien asistió a la Asamblea por parte de dicha empresa fue **MICHAEL BARBUR**, quien carecía de la representación legal de la compañía. En línea con lo anterior, afirman los investigados que contrario a lo expuesto por la Autoridad de Competencia, no es posible considerar que se haya producido el fenómeno jurídico de la representación aparente en los términos establecidos en el artículo 842 del Código de Comercio, dado que en la convocatoria para la asamblea del 27 de febrero de 2012, quien quisiera hacerse representar debía otorgar poder especial para tal efecto.

Según se indicó en la Resolución Sancionatoria y se reitera en el presente acto administrativo, dicho argumento carece de sustento jurídico. Lo anterior, si se toma en consideración que las sociedades comerciales al estar dotadas de personería jurídica actúan en el tráfico comercial a través de las personas naturales que legal o estatutariamente están facultadas para tal fin, ostentando la representación legal de la compañía.

Sobre el particular, la doctrina²⁷ enseña que el régimen legal de los administradores de las sociedades comerciales en los sistemas jurídicos de origen romano-germánico solía tener como punto de referencia la teoría de la representación, con base en la cual los administradores ocupaban la posición de un representante legal de la persona jurídica y en esa calidad, se consideraban facultados para cumplir ciertos deberes legales y estatutarios. En la actualidad se ha abierto paso a la denominada teoría organicista, en virtud de la cual, la gestión de los negocios sociales se cumple con funcionarios a quienes la ley y el contrato social les concede la facultad de administrar la sociedad.

Es así como el artículo 196 del Código de Comercio traza las funciones y limitaciones de los administradores de las sociedades comerciales de la siguiente manera:

"Artículo 196. Funciones y limitaciones de los administradores. *"La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.*

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros".

A su turno, la ficción legal de la representación aparente se encuentra contenida en el artículo 842 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

"Artículo 842. Representación aparente. *"Quién dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa".*

Sobre el particular, la Superintendencia de Sociedades ha sentado la siguiente doctrina en lo que respecta al fenómeno jurídico de la representación aparente:

"(...) Es claro entonces, que para todos los efectos legales quien en nombre y representación de una sociedad, mediante la realización de actos tendientes al

²⁷ Cfr. Pinzón, Gabino. *Personificación jurídica de las sociedades*, Bogotá, Temis, 1980; Narváez, José. *Teoría general de las sociedades*, Bogotá, Legis, 2005; Ferrara, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, Reus, 1929; De Benito, José. *Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*, Madrid, 1953; Hiestrosa, Fernando. *Representación*, Bogotá, Univ. Externado, 2008.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

cumplimiento del objeto social, dentro del marco de las atribuciones que le han sido conferidas y/o actué debidamente facultado por el órgano social competente, se desempeña en nombre de la sociedad que representa, condición que en principio debe mencionarse en los actos y contratos que suscribe, para resaltar que su actuación no lo vincula personalmente sino a la sociedad que por su conducto se desempeña.

El tema de la representación aparente a la que alude el artículo 842 del Código de Comercio, se relaciona con actuaciones de quien sin ser representante legal, induce a terceros de buena fe a creer que actúa legítimamente autorizado para hacerlo; así se desprende del texto de la norma y lo confirman innumerables sentencias en las que a partir del material probatorio arrimado a la actuación, el Juez puede determinar que en efecto, el contrato se suscribió bajo la convicción errada y de buena fe de estar contratando con quien es su representante legal, en razón a conductas propiciadas por el mismo demandado"²⁸.

Teniendo como fundamento la legislación y doctrina anteriormente referida, no es posible considerar que la Autoridad de Competencia hubiese incurrido en un yerro de apreciación en relación con algunos de los asistentes a la reunión del 27 de febrero de 2012, como lo afirman los recurrentes, quienes aducen que al carecer de la representación legal en los términos formales del derecho societario, no pueden ser sujetos sancionables a la luz de las normas del derecho de la competencia.

Según se dijo en el acto administrativo recurrido, dicha tesis no puede ser prohijada por esta Entidad ya que excusarse en el hecho de la supuesta falta de representación legal en quienes comparecieron a la Asamblea General donde se celebraron acuerdos anticompetitivos, significaría que en lo sucesivo ninguno de los representantes legales de las empresas sería responsable por la violación de las normas de competencia respecto de las empresas donde se encuentran vinculados, toda vez que quienes asistirían serían aquellos funcionarios que aun teniendo un cargo jerárquico importante en la compañía, legal o estatutariamente deferido no detentarían la representación legal de la persona jurídica eximiéndose de responsabilidad y permaneciendo impunes su conducta ilegal.

En suma, en aquellas reuniones donde se celebren acuerdos anticompetitivos siempre será habitual que comparezca una persona distinta del representante legal, razón por la cual, no podría predicarse la responsabilidad de la compañía en la cual el individuo ejerce sus funciones. Por lo demás, aceptar semejante tesis expuesta por los impugnantes, sería tanto como dar carta de naturaleza para que en lo sucesivo el patrimonio de las empresas involucradas en conductas anticompetitivas se enriquezca ilícita e impunemente, contrariando los más elementales principios constitucionales de la economía social de mercado que impera en Colombia, y cuya protección le ha sido legalmente confiada a esta Superintendencia de Industria y Comercio.

Frente a este punto vale mencionar que la Superintendencia de Sociedades, precisó que quienes ostentan ciertos cargos directivos en una compañía, están facultadas para representarla en razón de la función que cumplen, así como por las labores que desempeñan. Así las cosas, no es fundamental detentar la representación legal de una sociedad, pues pueden actuar en su nombre quienes ejerzan funciones administrativas y obren en ese sentido. Sobre el particular, así se pronunció la Superintendencia de Sociedades:

"Fenómeno análogo se presenta con las personas que por razón de las responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción, y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y serán administradores si ejercen funciones administrativas o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas"²⁹.

Ahora bien, no es posible compartir el argumento expuesto por **SUBABUGA** según el cual, **CÉSAR CARDOZO SANTAMARÍA** (quien asistió a la reunión del 27 de febrero de 2012 en nombre de dicha subasta) no pudo tomar ninguna decisión, ya que se retiró de la Asamblea antes del medio día

²⁸ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-164753 de septiembre 30 de 2014.

²⁹ Circular Externa 220-000006 del 25 de marzo de 2008. Superintendencia de Sociedades.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

porque debía viajar a otra ciudad. Para la Superintendencia de Industria y Comercio, además de que dicho investigado no demostró su ausencia de la mencionada Asamblea, pues no obra en el expediente la respectiva constancia en el acta de la reunión, no es posible eludir la responsabilidad del representante legal en la toma de las decisiones empresariales bajo el argumento de haberse retirado antes de la finalización de la reunión. Lo anterior se predica justamente del régimen legal de la responsabilidad del administrador societario, por virtud de la cual debe velar por el estricto cumplimiento de las normas legales y estatutarias.

En ese sentido, el administrador también tiene un deber positivo de conducta que se manifiesta en la obligación de poner todo su empeño en que se cumplan las normas legales y contractuales tanto en su actividad como en las de sus subalternos. Esto comprende, en cierta medida, la consagración de la *culpa in vigilando* la cual acarrea también un deber de cuidado sobre los funcionarios que trabajan bajo la dependencia de los administradores, y que actúan a menudo con sujeción a las órdenes impartidas por aquellos. Con ello se procura un mayor rigor en la supervisión de las labores de dependientes y subalternos. Ahora bien, si por algún motivo el delegado se hubiese visto obligado a retirarse antes de la discusión y correspondiente aprobación respecto del asunto por tratar relativo a la comisión, y dicho retiro estuviese documentado y obrase como prueba fehaciente en el presente proceso, en efecto, se le hubiere dado el mismo trato respecto de aquellas subastas que no asistieron a la Asamblea. Esto, pues mal se haría sancionando a una persona natural o jurídica, que no hubiese tenido incidencia o participación alguna en la conducta, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Ahora bien, los representantes legales tienen amplias facultades para actuar en nombre de las sociedades en lo que tiene que ver con su objeto social o funcionamiento, en consecuencia, las obligan mediante sus hechos, actos y omisiones. Respecto de las facultades legales y estatutarias de los representantes legales, la Superintendencia de Sociedades ha indicado:

*"En consecuencia resulta ineficaz cualquier prueba tendiente a demostrar la capacidad del representante legal para obligar a la sociedad o para actuar en su nombre, pues la propia ley establece dicha capacidad para celebrar todo acto o contrato comprendido dentro del objeto o relacionado con la existencia o funcionamiento de la sociedad y es principio general que la norma jurídica se presume conocida y no deba ser objeto de prueba. En igual sentido no existe razón para exigir al representante autorización especial del máximo órgano social, salvo en el caso de las limitaciones que se han pactado por los estatutos o en presencia de normas legales de carácter especial que así lo exijan"*³⁰.

En el mismo sentido, la doctrina ya había expresado lo siguiente:

*"(...) el representante o los representantes legales de una sociedad solamente tienen frente a terceros las limitaciones expresamente estipuladas en los estatutos y que hayan sido dotadas de publicidad comercial mediante su correspondiente inscripción en el registro público de comercio, en todo lo demás sus facultades son tan amplias como el objeto social mismo"*³¹.

Por lo demás, a tono con lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, a fin de imputar responsabilidad a las personas naturales respecto de las conductas anticompetitivas ejecutadas por las empresas en las cuales se encuentran vinculadas deberá acreditarse:

- (i) Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.
- (ii) Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.
- (iii) Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.

³⁰ Oficio 03-1537 del 30 de diciembre de 1983.

³¹ Gabino Pinzón. *Sociedades comerciales*, vol. I, Bogotá, Temis, 1989, pág. 191.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En cuanto a **CÉSAR CARDOZO SANTAMARÍA (SUBABUGA)** y **ANTONIO DUQUE RAMÍREZ (JHLV)**, se acreditó que deliberadamente indujeron a los demás asistentes a la reunión del 27 de febrero de 2012, a creer que representaban a las respectivas subastas mencionadas, según consta en el texto aprobado y suscrito del Acta No. 07, donde se relacionaron a los "asociados hábiles asistentes a la Reunión y las personas que los representan".

Por su parte, **HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO** (Representante Legal de **SUBACASANARE**), afirmó que no debe ser sancionado por cumplir sus deberes fiduciarios como administrador, dado que se posesionó como gerente general de dicha compañía apenas cuatro meses antes de la reunión del 27 de febrero de 2012, por ello debía asistir para enterarse del funcionamiento del sector, entender sus particularidades y conocer a sus participantes.

El anterior argumento no puede ser acogido por este Despacho, en razón a que no es posible concebir que por el hecho de que el representante legal de una compañía lleve un lapso relativamente corto en el cargo, pueda actuar en contravención de la ley. Es justamente con base de los deberes fiduciarios que les compete a los administradores, que deben obrar con el máximo grado de prudencia y diligencia en la gestión encomendada.

A propósito de "*deberes fiduciarios*" la doctrina³² considera que este concepto es muy útil al momento de revisar judicialmente la actuación de los administradores de las compañías. Si bien tuvo su origen en el derecho societario norteamericano, varias legislaciones romano-germánicas la han replicado incluyendo la colombiana. El deber fiduciario es aquel que impone actuar para el beneficio de otro, mediante la subordinación del interés propio respecto del de la otra persona y constituye la pauta más estricta de deberes consagrada en el derecho. En efecto, las relaciones fiduciarias se prevalecen del máximo grado de confianza legítimamente depositada en aquellas personas, en quienes por sus especiales características, están obligadas a actuar, en todo caso, en provecho de los individuos o empresas a quienes legal o contractualmente representan.

Dentro de los deberes fiduciarios se encuentra el *deber de cuidado*, por cuya virtud surge la obligación de actuar con diligencia en la gestión de los negocios societarios, con el mismo cuidado con el que actuaría una persona prudente puesta en una posición semejante y bajo las mismas circunstancias. En tal virtud, las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben cumplirse con una particular diligencia que representa una forma de actuar, propia de las personas conocedoras de las técnicas de administración. Se trata de un patrón de conducta más estricto, que trae consigo una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador al tomar las respectivas determinaciones.

Bajo el anterior panorama, la existencia de una relación fiduciaria entre las compañías y sus administradores, justamente implica que las personas naturales actúen en el tráfico comercial con la máxima cautela para no afectar los intereses de la empresa, y de contera, ver comprometida su responsabilidad personal. Es inexcusable que el administrador de la compañía pretenda justificar su culpa en la comisión de una conducta anticompetitiva, aduciendo que lleva "pocos meses" en el cargo. Lo cierto es que en el actual esquema del derecho societario colombiano a partir de la designación e inscripción del nombramiento en el registro mercantil, surgen todas las obligaciones a cargo de la persona designada como representante legal.

Los planteamientos expuestos en precedencia también se pueden extender a otros investigados, quienes adujeron que no obstante su calidad de representantes legales de algunas de las subastas ganaderas que asistieron a la reunión del 27 de febrero de 2012, no es posible imputarles responsabilidad en los acuerdos anticompetitivos objeto de sanción, dado que no tuvieron un rol importante en su configuración ni ejecución, e incluso, que se compareció como un "invitado casual". Pues bien, el Despacho no encuentra de recibo los anteriores argumentos expuestos por **ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ** (Representante Legal de **SUBACOSTA**) y **CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA** (Representante Legal de **ASOCEBÚ**) en cuanto a que no tuvieron un rol importante en la conducta anticompetitiva imputada de acuerdo de precios.

³² Cfr. DeMott, Deborah. *Fiduciary obligation, agency and partnership*, St. Paul, West Publishing, 1991; Hamilton, Robert. *Corporations*, St. Paul, West Publishing, 2003; Solomon, Lewis. *Corporations*, New York, Aspen Law & Business, 1999; Gower. *Principles of modern company law*, London, Sweet & Maxwell, 2003; Clark, Robert. *Corporate law*, Aspen Publishers, 1986.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Según se explicó en la Resolución Sancionatoria, **ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ** aceptó que puso de presente ante la Junta Directiva de **SUBACOSTA** el acuerdo celebrado por las subastas ganaderas, consistente en implementar el cobro de la comisión a cargo de los compradores de ganado. Sobre el punto, en diligencia de interrogatorio así lo declaró:

"DESPACHO: ¿Usted como representante legal de **SUBACOSTA**, asistió a la Asamblea General del 27 de febrero de 2012 celebrada en **ASOSUBASTAS**, con motivo de la agremiación de las subastas ganaderas?

ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ: Afirmativo, si asistí.

(...)

DESPACHO: ¿Usted llevó al seno de la asamblea de la Junta Directiva de **SUBACOSTA** la propuesta elevada en la asamblea general del 27 de febrero de 2012?

ROBERTO GARCÍA MÉNDEZ: Sí lo sometí a la consideración de los socios, pero no con la formalidad de un acta, simplemente nos reunimos, analizamos la propuesta y consideramos que no era viable para nosotros adoptar esa práctica de cobrarle al comprador de ganado una comisión o servicio del 0.5%.³³

Más aun, está probado que **ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ** tuvo conocimiento de los temas por tratar en la reunión del 27 de febrero de 2012, de lo anterior da cuenta el correo electrónico del 23 de febrero de 2012 enviado por **BEATRIZ ANGÉLICA GALEANO ALMANZA**, entre otras, a la cuenta de correo electrónico: subacosta3@hotmail.com, con el asunto: "ORDEN DEL DIA ASAMBLEA ASOSUBASTAS 2012" sobre el cual ya se ha referido en este acto administrativo.

Frente al argumento de **CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA** (Representante Legal de **ASOCEBÚ**) según el cual, éste habría acudido a la pluricitada Asamblea del 27 de febrero de 2012 como un "invitado casual" no puede ser aceptada por el Despacho. En primer lugar, porque la empresa por él legalmente representada (**ASOCEBÚ**) estaba afiliada a **ASOSUBASTAS** para la época en la cual transcurrieron los hechos investigados (2012)³⁴. En segundo lugar, según consta en su certificado de existencia y representación legal, se probó que **ASOCEBÚ** tenía en su objeto social actuar en el mercado de intermediación a través de subastas ganaderas: "(...) La promoción, organización y realización de ferias y eventos ganaderos y agrícolas, tanto a nivel nacional como internacional, que faciliten la venta de animales y material genético, mediante la realización de remates, subastas, etc."³⁵.

Corolario de lo anterior, este Despacho no acoge los argumentos expuestos tendentes a eximir de responsabilidad a los representantes legales de algunas de las subastas ganaderas investigadas, respecto de los hechos investigados sobre la práctica anticompetitiva de acuerdo de precios.

4.5. Argumentos relacionados con que la propuesta de la comisión por cobrar a los compradores de ganado tenía como destino la adquisición de un seguro de vida de deudores

Algunos de los investigados indicaron que en la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** celebrada el 27 de febrero de 2012 no se discutió el cobro de una comisión unificada, sino el cobro de un porcentaje para tomar un seguro de vida que garantizara el pago de las deudas a cargo de los compradores de ganado que fallecieran.

Para resolver sobre el particular, a continuación, se transcribe lo dispuesto en el literal g) del Acta No. 07 de la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** celebrada el 27 de febrero de 2012, donde se consignó lo relacionado con este asunto en los siguientes términos:

"g) Después de explicarnos el Dr. Gustavo Vergara Arrázola, el alcance y cobertura del seguro de vida (sic) deudores de subastas, se propone el cobro de 0.5 por mil para pagar este seguro de vida para cubrir las deudas en los casos de muerte de nuestros deudores. Se abre una amplia discusión y se aprueba la propuesta y se delega en el Dr. Joaquín

³³ Folio 4457 del Cuaderno Público No. 23 de Expediente.

³⁴ Folios 1028 a 1029 y 1156 a 1157 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

³⁵ http://www.rues.org.co/RUES_Web/consultas/DetalleRM?codigo_camara=04&matricula=0001858143 (Consulta: 17/ABR/17)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Arturo García realizar las averiguaciones del caso con varias compañías de seguros en el evento en que no haya reclamaciones, qué porcentaje de los dineros pagados nos serían devueltos por baja siniestralidad³⁶.

En igual sentido, arguyen los investigados que prueba de lo anterior es el correo electrónico del 23 de febrero de 2012 donde **BEATRIZ ANGÉLICA GALEANO ALMANZA** (Coordinadora de **ASOSUBASTAS**) les envió a los asociados el orden del día de la reunión del 27 de febrero de 2012, justificando el cobro de la comisión del 0.5% a los compradores de ganado:

"De: **Beatriz Angélica Galeano Almanza** <beatriz.galeano.almanza@gmail.com> Fecha: 23 de febrero de 2012 15:14

Asunto: ORDEN DEL DIA ASAMBLEA ASOSUBASTAS 2012

Para: Luz Mercedes Agudelo <asistente@centralganadera.com>, Gustavo (sic) Vergara <gerencia@coqasucre.com>, diegoemura@yahoo.com, qvargasmonares@yahoo.com, SUBAGAN LINA MARIA <subagan@gmail.com>, contadorasubagauca@hotmail.com, gloria maria (sic) osorio hernandez (sic) <gloriaosorio0128@hotmail.com>, chripega@hotmail.com, Rodrigo Mejia (sic) Arango <suganargerencia@suganar.com>, subasta sugasam subasta sugasam <sugasam.sa@gmail.com>, COMITE DE GANADEROS Y AGRICULTORES DE BUGA <feriadebuga@gmail.com>, subastabuga@gmail.com, feriaganaderajv <dorexpo@jvinversiones.com.co>, Jorge Silva Subasta Korán <jsilva@subastakoran.com>, humberto.alvarado@subacasanare.com, humberto.alvarado.m@gmail.com, subacosta3@hotmail.com, beatriz.quinones@ASOCEBÚ.com

Bnas (sic) tardes a todos, envío el orden del día propuesto para la Reunión de Asamblea del día lunes 27 de febrero en la Central Ganadera (Medellín). Quedamos atentos a sugerencias en el mismo.

Cordialmente.

Beatriz Angélica Galeano Almanza
Coordinadora de ASOSUBASTAS³⁷.

ASOCIACIÓN DE SUBASTAS GANADERAS DE COLOMBIA
"ASOSUBASTAS"

ASAMBLEA GENERAL DE ASOCIADOS
MEDELLÍN - FEBRERO 27 DE 2012

ORDEN DEL DÍA

1. Verificación del Quórum
2. Aprobación del Orden del día
3. Nombramiento de la Comisión designada para revisar y aprobar el acta de la presente reunión.
4. Informe de Gestión del Director Ejecutivo.
5. Informe del Revisor Fiscal.
6. Presentación y aprobación de Estados Financieros a Diciembre 31 de 2011.
7. Proposiciones y Varios
 - A. Cobro de comisión del 0.5% a los compradores de las subastas justificado en: seguro de vida deudores, asistencia en corrales (relacionado con los animales que mueran después de recibidos y antes de ser entregados) y para las personas jurídicas el cobro del registro en Bolsa Nacional Mercantil.
 - B. Revisar el Reglamento de ASOSUBASTAS para proponer y aprobar cambios en el mismo.
 - C. Convenio de Publicidad ASOSUBASTAS y ASOCEBU.
8. Redacción por parte del Secretario del Acta, su respectiva lectura, discusión y aprobación de la misma por la Comisión designada para ello.

³⁶ Folio 1154 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

³⁷ Cd obrante a Folio 2199 del Cuaderno Pública No. 12 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Además de lo anterior, obran en el expediente evidencias relacionadas con el presunto destino que habría tenido la comisión cobrada, para la supuesta adquisición de un seguro de vida que garantizara el pago de las obligaciones insolutas al tiempo del fallecimiento de los compradores de ganado. Es así como en el Acta No. 141 de la reunión de Junta Directiva de **C.C. GANADERA** del 25 de enero de 2012, se sometió a su consideración la *"solicitud de Asosubastas"* para *"trabajar con el 0.5% como un valor para aplicarle al comprador de la subasta"* en los siguientes términos:

"Propuesta Asosubastas: El presidente propone una solicitud de Asosubastas la cual se está en consulta con las distintas subastas para trabajar con el 0.5% como un valor para aplicarle al comprador de la subasta ofreciendo un seguro al cliente comprador por muerte, como también las subastas asumirán la cancelación del registro en bolsa y los costos que representan las muerdes de los animales en las subastas. (...) ³⁸ (Subraya fuera de texto).

Lo propio ocurrió en una reunión de Junta Directiva de **SUBASTAR** del 27 de enero de 2012, en la que su Gerente General expuso, que como consecuencia de lo discutido en *"algunas reuniones de Asosubastas"*, debía procederse a estudiar el mencionado cobro de la comisión al comprador. De lo anterior da cuenta el Acta No. 207 de Junta Directiva de **SUBASTAR** del 27 de enero de 2012 en los siguientes términos:

"El gerente general, WILLIAM BOTERO, inició su exposición informando que había asistido a algunas reuniones de Asosubastas en las cuales se percibía una preocupación real y creciente acerca de la situación crítica por la que atraviesan nuestras empresas, lo que exige buscar soluciones inmediatas y concertadas, sino queremos ver morir una actividad que se ha mantenido en un buen nivel durante tanto tiempo. La situación debe ser muy difícil, si un gremio desunido y egoísta está buscando asociarse para soportar el chaparrón.

Los puntos concretos que se están estudiando, se pueden resumir en lo siguiente:

Cobro de comisión al comprador, el eslabón más cómodo de la cadena, que solo obtiene beneficios sin hacer el menor esfuerzo por merecerlos. Se propone cobrarle un 0.5% – medio por ciento– justificado en parte por un seguro sobre la cartera y sobre el desplazamiento de los animales, una vez colocados en el camión y hasta su destino final.

(...) ³⁹ (Subrayado fuera del texto original)

De la anterior evidencia, además de acreditarse la concertación en el cobro de la comisión en cuantía del 0.5%, se afirmó que una parte de la misma se destinaría a cubrir el valor de la póliza de seguro de vida para deudores compradores de ganado, y otra parte se imputaría a los costos derivados de *"desplazamiento de los animales"* y *"muerte de los animales en las subastas"*. Del mismo modo, las subastas ganaderas investigadas convinieron el cobro de dicha comisión como reacción a una supuesta crisis por la que estaban atravesando, y en palabras de ellas, se debía *"proceder de inmediato a buscar estos acuerdos, implementando todas las medidas previsibles que garanticen el cumplimiento de las mismas por todas las partes involucradas"*.

Sobre el particular, vale recordar que las sanciones pecuniarias impuestas en la presente actuación administrativa se fundamentaron en la ilicitud del acuerdo anticompetitivo de precios, que tuvo lugar en el marco de la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** celebrada el 27 de febrero de 2012, donde se concertó el cobro de una comisión unificada a cargo del comprador de ganado con una tarifa del 0.5% de la transacción. En ese sentido, para la Superintendencia de Industria y Comercio es irrelevante el destino que se les hubiera dado o pretendido dar a las rentas ilícitamente extraídas, lo que sí le interesa al derecho de la competencia es preservar la libre concurrencia a los mercados en condiciones de igualdad jurídica y reprimir aquellas prácticas que no se ajusten a las disposiciones legales vigentes. Así las cosas, incluso si se aceptase el argumento según el cual el destino único de la comisión era la adquisición del seguro de vida, se estaría, en todo caso, ante una práctica restrictiva y anticompetitiva. Así lo reconocen los expertos a nivel internacional:

"En una economía de mercado las empresas compiten unas con otras para ganarse clientes. La competencia incita a las empresas a funcionar lo más eficazmente posible, produciendo bienes y servicios de alta calidad al precio más barato posible. La competencia estimula la actividad empresarial y alienta a las nuevas empresas a entrar en

³⁸ CD obrante en el folio 563 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³⁹ Folio 695 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

el mercado al recompensar la eficiencia y sancionar la ineficiencia. En unas condiciones de mercado ideales, las empresas reaccionan de manera flexible y rápida a las variaciones del mercado y a la constante entrada de nuevos agentes. La entrada de nuevas compañías constituye el estímulo necesario para el ajuste, al tiempo que la capacidad de las empresas para ajustarse y la rapidez con que lo hacen constituyen una medida de su eficacia y, por añadidura, de su competitividad. Así, pues, la competencia es uno de los motores decisivos de la competitividad"⁴⁰.

De otra parte, tampoco comparte este Despacho lo afirmado por los investigados en cuanto a que el porcentaje de la comisión cobrada y destinada al pago de la supuesta póliza de seguro de vida no constituye un acuerdo restrictivo, sino una *facilidad común* a la luz del numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 49. Excepciones. *"Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:*

(...)

3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes".

En relación con el tema de las facilidades comunes a que aluden los impugnantes, esta Entidad ha sostenido que la legislación colombiana considera que no son contrarios a la libre competencia los acuerdos entre competidores que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes. La facilidad común no implica la existencia de un derecho exclusivo de un agente del mercado sobre una facilidad, sino la presencia de un producto o servicio del cual varios agentes en el mercado pueden hacer uso sin que exista exclusividad en el derecho de propiedad en cabeza de alguno de ellos. Los acuerdos para el uso de facilidades comunes tienen la potencialidad de generar eficiencias y beneficios para los consumidores, que es lo que en últimas justifica la excepción establecida en la norma.

El análisis de legalidad que realiza la Superintendencia respecto de los acuerdos de colaboración que cumplen con el supuesto de hecho contenido en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, tiene que ver con que tal excepción únicamente se predica de los acuerdos de colaboración que tengan como objeto exclusivo lo dispuesto en la norma que se comenta. En consecuencia, al momento de verificar la conducta mencionada en el numeral tercero del artículo 49 *ibídem* y de reconocer su legalidad frente al régimen de protección de la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio analiza el acuerdo de colaboración en su conjunto para determinar si su objeto se limita a alguno de los indicados en la excepción o se amplía para incluir otro tipo de compromisos. En este último escenario, corresponderá evaluar la colaboración de manera global para determinar si su efecto es neutro en el mercado o si, a pesar de producir efectos anticompetitivos, las eficiencias que emanan del acuerdo son suficientes para compensar al consumidor su pérdida de bienestar⁴¹.

En línea con lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio ha precisado en la práctica cuál es el alcance y contenido de las facilidades comunes en los siguientes términos:

"Por último, de acuerdo con el texto en cuestión, para que se configure la tercera excepción deben confluir principalmente dos elementos. Como primera medida, no se trata de cualquier acuerdo entre agentes económicos, debe demostrarse la presencia de procedimientos, sistemas y formas de utilización de un determinado bien o servicio. En segunda instancia, dicho bien o servicio debe ser considerado como una facilidad común en el mercado, concepto que no puede ser confundido con el de facilidad esencial al que ya se ha referido este Despacho en el presente acto administrativo, descartando su aplicación en el caso bajo estudio.

En efecto, al no existir una definición económica de facilidad común, es necesario acudir al sentido literal de las palabras que componen el concepto. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra "común" hace referencia a una cosa "Que no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios". De esta

⁴⁰ Organización de Naciones Unidas: "La relación entre la competencia, la competitividad y el desarrollo" pág. 4.

⁴¹ Vid. Superintendencia de Industria y Comercio: "Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores" págs. 10 a 12.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

manera, se deduce que aquellas facilidades, entendidas como bienes o servicios, sobre los que puede versar la excepción a la que se acude, son utilizadas de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecen privativamente a alguno o algunos de ellos.

La anterior interpretación está acorde con el contexto normativo en donde se encuentra la excepción, ya que como se afirmó anteriormente cada uno de los escenarios planteados en el artículo 49 tienen como denominador común la búsqueda de eficiencias para todos los competidores y consumidores de un sector, representada en avances tecnológicos, normas o estándares y medidas y, por supuesto, la utilización de facilidades comunes"⁴².

Visto lo anterior, encuentra el Despacho que a la luz de la legislación vigente y doctrina institucional de esta Superintendencia, no es posible considerar que la toma de un supuesto seguro de vida para los compradores de ganado para garantizar el pago de las obligaciones insolutas pueda ser considerada una facilidad común. Lo anterior, en la medida en que no se probaron los dos supuestos anteriormente referidos, y de otra parte, no obra prueba que permita acreditar que efectivamente dichos seguros fueron tomados y suscritas las respectivas pólizas, máxime en el caso de las subastas ganaderas que implementaron el cobro de las comisiones objeto de la conducta anticompetitiva⁴³.

Por lo demás, en relación con la naturaleza de la comisión objeto de sanción, dijo el Despacho en el acto administrativo recurrido lo siguiente:

"Al respecto, debe tenerse en cuenta que la comisión que ilegalmente se acordó cobrar no supone ser el medio principal de subsistencia de las subastas investigadas, pues este tipo de negocio, en esencia, fue creado para prestar un servicio dirigido a los propietarios de ganado con el propósito de venderlo bajo las mejores condiciones y precios posibles a través de una subasta, por lo cual las empresas que desarrollan esta actividad cobran diversas comisiones como contraprestación y que son su ingreso principal. En este sentido, se entiende que la comisión a los compradores del ganado comporta un ingreso adicional para las subastas ganaderas, que en modo alguno puede reputarse como ilegal per se por el Despacho, sino que lo que aquí se reprocha por un acuerdo restrictivo de la libre competencia, es que dicho cobro no hubiera sido el resultado de un ejercicio individual de un empresario, sino el fruto de una concertación ilegal de las subastas investigadas en la Asamblea de ASOSUBASTAS del 27 de febrero de 2012, lo cual es propio de un cartel de precios abiertamente ilegal y reprochable desde todo punto de vista".

Por lo anteriormente expuesto el Despacho no acoge los argumentos relacionados con la supuesta existencia de una facilidad común, en la supuesta toma de un seguro de vida de deudores.

4.6. Argumentos relacionados con la supuesta autonomía en la toma de decisiones por parte de algunas de las subastas investigadas

Algunos investigados afirmaron que la Superintendencia de Industria y Comercio los sancionó por haber llevado a sus respectivos órganos de administración, la propuesta de cobrar una comisión a los compradores de ganado para que se adoptara una decisión autónoma por cada empresa, por lo que no se habría configurado ningún acto de influenciación por parte de **ASOSUBASTAS**, sino que se trató de actos autónomos de las subastas investigadas. Sin perjuicio del acápite correspondiente a esta conducta, a la cual se hará referencia más adelante, este Despacho se permite aclarar que los argumentos relativos a la autonomía de cada subasta, no tienen recibo por las razones que se exponen a continuación.

⁴² Resolución No. 23890 de 2011, págs. 66 y 67.

⁴³ Para mayor ilustración con relación a la doctrina de las facilidades comunes y los casos en que la Superintendencia de Industria y Comercio ha considerado que existe dicha excepción, ver la Resolución No. 25559 de 2002, en la que la Superintendencia de Industria y Comercio declaró que la conducta objeto de investigación realizada por la Asociación de Líneas Aéreas Internacionales – Alaico y algunas aerolíneas no era ilegal. En este caso se demostró que la asignación y aplicación de la denominada tasa Alaico constituyó una conducta que conlleva la adopción de procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes, por lo que la Superintendencia archivó la actuación en los términos previstos en el numeral 3 del artículo 49 del aludido decreto 2153. En este caso, se estableció que estaría exceptuado un acuerdo sobre una tasa de cambio que permita a unas empresas compensar la diferencia, entre la fecha de liquidación de la tasa de cambio para la determinación de las obligaciones en pesos y de la liquidación para la adquisición de divisas en el mercado cambiario para realizar remesas o cancelar obligaciones generadas en acuerdos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En primer lugar, la Resolución Sancionatoria indicó que fue a instancias de **ASOSUBASTAS** donde se gestó un acuerdo para adoptar una medida gremial cuyo propósito consistió en generar el cobro de una comisión del 5% a cargo del comprador de ganado, con lo cual se desconoció el régimen de la libre competencia. Dicho acuerdo tuvo como escenario, la reunión de Asamblea General de la entidad gremial que se llevó a cabo el 27 de febrero de 2012. Lo anterior se acreditó a través del Acta de la Asamblea, donde se evidenció el compromiso de las subastas afiliadas frente a la implementación de la mencionada comisión en los siguientes términos:

"7. Propositiones y varios

(...)

Se aprueba también que cada gerente de las empresas afiliadas sea un delegado ante las empresas de subastas de las diferentes regiones del país, sean afiliadas o no, para tratar de convencerlos a que nos acompañen con estas decisiones. Este cobro inicia el 1 de abril de 2012"⁴⁴.

Fue así como la Superintendencia de Industria y Comercio evidenció el compromiso de las subastas investigadas frente a la propuesta ilegal de **ASOSUBASTAS**, que sin duda obedeció a la capacidad de influenciación de dicha agremiación sobre sus afiliados. Además de lo anterior, **ASOSUBASTAS** implementó un reglamento como mecanismo coercitivo para lograr la aplicación del acuerdo por parte de todas las subastas asociadas, lo cual es otra prueba de su capacidad de influenciación y de su conducta contraria al ejercicio del derecho de asociación, conculcando el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica.

Así las cosas, se tiene que Asosubastas no sólo tiene capacidad influenciadora debido a su calidad de convocante, sino también, con ocasión a la inclusión del cobro de la comisión en el reglamento de ésta.

Para el Despacho, el argumento expuesto según el cual la decisión sancionatoria se fundamentó en el hecho de haberse expuesto ante los respectivos órganos de decisión social de las subastas ganaderas la propuesta del cobro de la comisión, conservando cada una la autonomía sobre su implementación debe ser desechada. Lo anterior en la medida en que el reproche de esta Superintendencia no se basó en la implementación o no del acuerdo anticompetitivo sino de su celebración misma, independientemente de que se haya probado que algunas investigadas cobraron la tarifa acordada, lo cual fue tenido en cuenta en el momento de tasar la sanción por imponer.

En efecto, a lo largo de la Resolución Sancionatoria se explicó la forma en que algunas subastas ganaderas no solo celebraron el acuerdo de precios anticompetitivo, sino que además lo implementaron como fue el caso de **COGASUCRE, PROAGAN, C.C. GANADERA, SUBAGAN SOGA, SUBASTAR, ISAYE y SUGANAR**. Por el contrario, hubo subastas ganaderas que celebraron el acuerdo sin que se lograra acreditar que lo hubieran implementado como en el caso de **CENTRAL GANADERA, MEGANSAC, SUBACOSTA, SUBAGAUCA, SUGASAM, SUBACASANARE, ASOCEBÚ, SUBABUGA, JHLV, KORAN, C.G.D.M. y SUGANORTE**.

En todo caso, se reitera al momento de hacerse la respectiva dosificación la Autoridad de Competencia tuvo en consideración quiénes implementaron el acuerdo de precios respecto de aquellos que no lo hicieron, en la medida en que el cobro de la comisión generó unos mayores efectos negativos en el mercado frente los que se abstuvieron de hacerlo, sin que ello significara que estos últimos no hubiesen violado las normas de competencia solo que las consecuencias jurídicas de su actuar son distintas, lo cual repercutió en la imposición de una menor sanción, con todo, teniendo como fundamento los criterios legales de dosificación. Se resalta que si bien se considera que todos los sujetos sancionados violaron el ordenamiento jurídico con diferentes grados de participación, por ende, la imposición de la correspondiente sanción debe distinguir claramente entre las conductas que tuvieron una repercusión considerablemente menor y aquellas que además de haber sido concertadas y puestas en marcha, tuvieron importantes y nocivos efectos en el mercado.

⁴⁴ Folios 1153 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sin perjuicio de lo anterior, el argumento que se rebate le da la razón a la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a la efectiva celebración del acuerdo anticompetitivo, más allá de que éste se hubiese ejecutado o no. Es por ello que vale reiterar lo dicho en cuanto a que la Autoridad de Competencia está facultada para sancionar tanto los acuerdos que produzcan efectos en los mercados, como aquellos cuya ilegalidad se predica únicamente de su concertación, es decir, por objeto.

Cuando los investigados afirman que su conducta se habría circunscrito a llevar ante sus respectivos órganos de administración los acuerdos celebrados sobre el cobro de la mencionada comisión para su implementación, no es más que una prueba adicional de la celebración del convenio ilegal objeto de sanción. Pensar que no haberse implementado el cobro de la comisión pactada por parte de algunas subastas ganaderas, sería una causal eximente de responsabilidad administrativa que daría carta de naturaleza para que las empresas se pacten diversos tipos de acuerdos ilegales y que la imposición de las sanciones quede supeditada a la ejecución del acuerdo, lo cual resulta contrario a lo previsto por el legislador que también consagró la infracción de las normas de protección de la libre competencia por objeto. Efectuada la anterior aclaración, este Despacho insiste en que si bien todas las conductas son sancionadas, se reprimen más drásticamente, los carteles que muestran tener efectos nocivos en el mercado y frente a los potenciales consumidores.

Ahora bien, otro de los argumentos expuestos sobre la supuesta autonomía en la toma de decisiones, tiene que ver con el hecho de que la reunión que se realizó en **ASOSUBASTAS** donde se discutió la conveniencia de cobrar una comisión a los compradores de ganado no constituye una conducta ilegal de fijación de precios, ya que las subastas adoptaron decisiones autónomas, asumiendo que cada una de ellas podría determinar el valor de la comisión, dado que en el acta se plasmó que *"cada gerente de las empresas afiliadas sea un delegado ante las empresas de subastas de las diferentes regiones (...) para tratar de convencer a acompañar la decisión"*.

Para el Despacho, el anterior argumento lejos de reflejar una supuesta autonomía en el cobro de la comisión, lo que en realidad permite observar es la forma en que los investigados asumieron el firme compromiso de influenciar a las demás subastas ganaderas que no se encontraran afiliadas a **ASOSUBASTAS**. En efecto, en el acta de la Asamblea General Ordinaria de la agremiación quedó consignado lo siguiente:

"Abierta la discusión los miembros presentes acuerdan y aprueban por unanimidad este cobro del 0.5% pero con la justificación de que los compradores deben pagar como lo hacen los proveedores por la utilización de las instalaciones de la subasta. Se aprueba también que cada gerente de las empresas afiliadas sea un delegado ante las empresas de subastas de las diferentes regiones del país, sean afiliadas o no para tratar de convencerlos a que nos acompañen con estas decisiones. Este inicia el 1° de abril del año 2012". (Subraya fuera de texto).

Como se observa, no es cierto que las subastas ganaderas fuesen autónomas en la implementación de los acuerdos celebrados, toda vez que del texto anteriormente citado se advierte que junto a los evidentes actos de influenciación de la agremiación, sus afiliados debían propender porque dichos acuerdos anticompetitivos se implementaran no solo por cada una de las subastas que representaban, sino por todas aquellas que aun concurriendo al mercado no estaban afiliadas a **ASOSUBASTAS**.

En línea con el argumento planteado por algunas subastas, se afirma que en catorce de las diecinueve empresas investigadas no se evidencia ninguna implementación del supuesto acuerdo, y el hecho de que cinco de ellas hubiesen decidido cobrar no es concluyente de la celebración de un acuerdo anticompetitivo, ni desvirtúa las decisiones autónomas e individuales que adoptaron las subastas que decidieron efectuar algún cobro.

En primer lugar, cabe mencionar que ninguno de los investigados allegó con su recurso de reposición nueva evidencia relacionada con este argumento, que permitiera desvirtuar los análisis hechos por el Despacho y las respectivas conclusiones a las que llegó en la Resolución Sancionatoria objeto de la presente impugnación. Dicho lo anterior, es oportuno manifestar que no es cierto lo afirmado en cuanto a que catorce de las diecinueve subastas investigadas no implementaron el acuerdo de precios anticompetitivo, y que tan solo cinco de ellas si lo hubiesen hecho.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tanto en el Informe Motivado rendido por la Delegatura, como en la Resolución Sancionatoria objeto de este recurso, se puso de presente que las pruebas obrantes en el expediente evidencian que **COGASUCRE, PROAGAN, C.C. GANADERA, SUBAGAN SOGA, SUBASTAR, ISAYE y SUGANAR**, implementaron el cobro de una comisión a cargo del comprador de ganado en pie, según se acordó en la Asamblea General Ordinaria del 27 de febrero de 2012:

Análisis de los cobros adicionales (comisión) al valor del lote subastado realizado a los compradores de ganado en el periodo 2011 a 2013

SUBASTAS GANADERAS	2011	2012	2013
CENTRAL GANADERA ⁴⁵	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.
COGASUCRE ⁴⁶	Se cobraba por concepto de aplicación de vacuna, desparasitantes, marcada de ganado. Diferentes porcentajes.	A partir del 2 de abril de 2012 inició cobro de 0.5% a compradores.	Registró cobro de 0.5% a compradores durante todo el año (última subasta del año no registró el cobro).
PROAGAN ⁴⁷	Cobro denominado "Asistencia técnica en corrales" en sede Santágueda de 0.39%. En las otras 2 sedes de PROAGAN no se hicieron cobros al comprador.	El cobro de la sede Santágueda denominado "Asistencia técnica en corrales" de 0.39% se realizó hasta el 14 de febrero. De ahí en adelante (28 febrero) se aumentó a 0.49%. En las otras 2 sedes de PROAGAN no se hicieron cobros al comprador.	Se continuó con el cobro de la sede Santágueda denominado "Asistencia técnica en corrales" de 0.49%. En las otras 2 sedes de PROAGAN no se hicieron cobros al comprador.
C.C. GANADERA ⁴⁸	Aproximadamente al 2% de los compradores se les cobró por concepto de pesaje y corralaje diferentes porcentajes entre el 0.4% y 1,1% sobre el valor total del lote subastado.	A partir del 2 de abril de 2012 se inició cobro de 0.5% a compradores.	El cobro de 0.5% a compradores continuó durante 2013
MEGANSAC ⁴⁹	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.
SUBACOSTA ⁵⁰	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.

⁴⁵ Folio 3713 (Cd) del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

⁴⁶ Folio 5615 (Cd) del Cuaderno Público No.30 del Expediente.

⁴⁷ Folio 5557 (Cd) del Cuaderno Reservado No.3 del Expediente.

⁴⁸ Folio 5965 (Cd) del Cuaderno Público No.32 del Expediente.

⁴⁹ Folio 1165 (Cd) del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

⁵⁰ Folio 3957 (Cd) del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

SUBASTAS GANADERAS	2011	2012	2013
SUBAGAN SOGA ⁵¹	Sin cobro adicional al valor del lote.	A partir del 4 de abril de 2012 inició cobro de 0.5% a compradores.	El cobro de 0.5% a compradores continuó durante el 2013
SUBAGAUCA ⁵²	NO SE EVIDENCIA	NO SE EVIDENCIA	NO SE EVIDENCIA
SUBASTAR ⁵³	Sin cobro adicional al valor del lote.	Se empieza a cobrar el 0.5% a partir del mes de abril de 2012, en diferentes sedes de la subasta, así: - Sede San Pedro a partir del 14 de abril de 2012, - Sede Bosconia a partir del 23 de mayo de 2012 (no hay registro de subastas entre marzo y abril), - Sede Montería a partir del 3 de abril de 2012, - Sede Planeta Rica a partir del 4 de abril de 2012, - Sede Sahagún a partir del 3 de abril de 2012, - Sede Sampués a partir del 4 de abril de 2012.	El cobro de 0.5% a compradores continuó durante el 2013 en todas las sedes.
ISAYE ⁵⁴	Sin cobro adicional al valor del lote.	Únicamente el 9 de abril de 2012 se cobró al comprador el 0.5%.	Sin cobro adicional al valor del lote.
SUGANAR ⁵⁵	Se cobraba al comprador el 0.4% en la sede Chigorodó. En las sedes de Necoclí y San Pedro no existen datos de 2011.	En la sede de Chigorodó a partir del 23 de abril de 2012 se aumentó el cobro al comprador de 0.4% a 0.5%. Sede Necoclí y San Pedro no tienen datos de 2012	En todas las tres sedes durante el 2013 se cobró el 0.5% al comprador.
SUGASAM ⁵⁶	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.
SUBACASANARE ⁵⁷	Se realizó durante el periodo 2011 a 2013 un cobro al comprador fijo de \$1200 por cada animal subastado denominado "ING SGC (ASIS CORRAL)".		
ASOCEBÚ ⁵⁸	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.
SUBABUGA ⁵⁹	Se evidencia un cobro de 0.4% durante todo el periodo 2011 a 2013.		

⁵¹ Folio 987 (CD) del Cuaderno Reservado No.1 del Expediente.

⁵² Folio 4326 (Cd) del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

⁵³ Folio 5537 del Cuaderno Público No.30 del Expediente.

⁵⁴ Folio 4655 del Cuaderno Público No. 25 del Expediente.

⁵⁵ Folio 5465 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

⁵⁶ Folio 4118 (USB) del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

⁵⁷ Folio 1276 (Cd) del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

⁵⁸ Folio 3716 (Cd) del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

⁵⁹ Folio 3725 (Cd) del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

SUBASTAS GANADERAS	2011	2012	2013
DOREXPO ⁶⁰	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.
KORAN ⁶¹	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.
C.G.D.M. ⁶²	Se evidencia un cobro de 0.4% durante todo el periodo 2011 a 2013.		
SUGANORTE ⁶³	Se evidencia un cobro de 0.5% entre el 27 de abril de 2011 y 10 de agosto de 2011.	NO SE EVIDENCIA.	NO SE EVIDENCIA.

Fuente: Elaboración Delegatura con información aportada por las subastas investigadas obrante en el Expediente.

Como se dijo en la Resolución Sancionatoria y se ha venido exponiendo a lo largo del presente acto administrativo, para el Despacho se encuentra acreditada tanto la conducta anticompetitiva de fijación de precios por parte de las subastas ganaderas sancionadas, como aquellos actos de influenciación ejercidos por **ASOSUBASTAS**. Distinto es que en el curso de la actuación administrativa no se encontró evidencia que permitiera probar que todas las subastas investigadas hubieran implementado el cobro de la comisión acordada en la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012, sino solo algunas de ellas.

Conforme se ha dicho en precedencia, la implementación del acuerdo de precios por sí mismo no constituye una conducta anticompetitiva autónoma, se trata de un efecto en el mercado que tuvo el acuerdo ilegal que celebraron las subastas ganaderas a instancias de **ASOSUBASTAS**; y la no implementación del mismo, fue apreciada por este Despacho no como una causal eximente de responsabilidad administrativa, sino como un criterio de atenuación de la sanción pecuniaria en la medida en que los efectos del acuerdo ilegal no se proyectaron con toda su intensidad en el mercado relevante afectado.

De otra parte, **SUBACOSTA** afirma que al conocer la propuesta de **ASOSUBASTAS**, su Junta Directiva expresó la negativa de cobrar la comisión propuesta, por lo tanto, nunca participó del acuerdo anticompetitivo objeto de reproche. La participación de **SUBACOSTA** en el cartel de precios objeto de esta actuación se acreditó con su asistencia a la Asamblea General Ordinaria del 27 de febrero de 2012, donde tuvo lugar el acuerdo de precios sancionado. Sin embargo, lo cierto es que no se logró acreditar que dicha subasta ganadera ejecutara el acuerdo de precios, razón por la cual, la sanción pecuniaria impuesta fue menor respecto de aquellos que sí implementaron el acuerdo ilegal. Dicho lo anterior, no obra en el expediente prueba alguna que acredite lo dicho por **SUBACOSTA** en cuanto a que su Junta Directiva hubiese expresado su voluntad de no implementar el acuerdo anticompetitivo.

Huelga reiterar que en el caso de esta investigada –al igual que con otras subastas– la Superintendencia de Industria y Comercio reconoció que si bien es cierto no se implementó el acuerdo anticompetitivo, es decir, que su conducta no tuvo efecto en el mercado, sí infringió las normas de competencia ya que el acuerdo de precios celebrado a instancias de **ASOSUBASTAS** tuvo un objeto anticompetitivo consistente en la fijación de un precio a los compradores de ganado. En tal virtud, para esta Entidad es irrelevante conocer los motivos que llevaron a que una subasta investigada se abstuviera de implementar el acuerdo de precios, ya que se reitera, lo reprochado es el acuerdo por objeto en el caso de las subastas que no implementaron el acuerdo ilegal.

Las anteriores consideraciones se hacen extensibles a **SUBAGAUCA**, quien afirmó en su escrito de impugnación que no es posible catalogarla como una empresa cartelista, ya que no ideó, propició, impulsó o se benefició del acuerdo reprochado. En tal sentido, las subastas que por

⁶⁰ Folio 3705 (Cd) del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

⁶¹ Folio 4212 (USB) del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

⁶² Folio 4337 (USB) del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

⁶³ Folio 4365 (CD) del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ignorancia o error y de buena fe asistieron a la reunión del 27 de febrero de 2012, pero no implementaron el acuerdo no pueden ser catalogadas como cartelistas.

Contrario a lo afirmado por dicha empresa, la Superintendencia de Industria y Comercio no puede concebir que esta empresa haya asistido a la reunión del 27 de febrero de 2012 por *ignorancia o error*, toda vez que su presencia obedeció a la convocatoria hecha por la entidad gremial en su calidad de afiliada. Ahora bien, si de lo que se trata es de argumentar que **SUBAGAUCA** celebró el acuerdo anticompetitivo objeto de sanción por *ignorancia o error*, debe recordarse que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para justificar su incumplimiento. De hecho, vale la pena poner de presente que aun si se aceptara que estos investigados incurrieron en la conducta ilegal por ignorancia o error, brilla por su ausencia el reconocimiento de tal circunstancia y el allanamiento a los cargos al inicio de la investigación o incluso en un momento posterior.

La doctrina reconoce que desde un punto de vista filosófico, el error y la ignorancia no son conceptos equiparables dado que el primero supone la falsa noción de la realidad, en tanto que la segunda, parte de la inexistencia de dicha noción. Sin embargo, en el plano jurídico la ignorancia y el error sí son equiparables, en especial, cuando se trata de la expresión de la voluntad⁶⁴. Bajo este panorama, encuentra el Despacho que si en gracia de discusión la empresa investigada acudió por "ignorancia o error" a la reunión del 27 de febrero de 2012, simplemente le bastaba con retirarse de la misma o dejar la respectiva constancia de desacuerdo respecto de los acuerdos anticompetitivos pactados.

Por el contrario, si el "error – ignorancia" se produjo bajo la íntima convicción de creer en la legalidad del acuerdo celebrado consistente en el cobro de una comisión unificada del 0.5% a los compradores de ganado, pues aquel error o ignorancia se derivaría simplemente del desconocimiento de la ley que considera contrarios a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios, caso en el cual, también aplicaría el artículo 9 del Código Civil, el cual dispone que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

4.7. Argumentos relacionados con que no existieron actos de influenciación por parte de ASOSUBASTAS

Aunado a los argumentos señalados en el acápite anterior y en la misma línea de estos, algunos de los impugnantes afirmaron en sus recursos de reposición que supuestamente no se probó que **ASOSUBASTAS** hubiera influenciado a sus afiliadas a celebrar un acuerdo para fijar el cobro de una comisión unificada del 0.5% a los compradores de ganado.

Al respecto, y según se dijo en el acto administrativo recurrido, de la evidencia obrante en el expediente se probó que **ASOSUBASTAS** fue el sujeto activo de los actos de influenciación (influenciador), que condujeron a que las subastas afiliadas a ella (influenciadas) se concertaran para fijar el cobro de la pluricitada comisión. La primera evidencia con que se cuenta es el correo electrónico remitido por **BEATRIZ ANGÉLICA GALEANO ALMANZA** (Coordinadora de **ASOSUBASTAS**) mediante el cual invitó a una de las subastas investigadas a una reunión que se celebraría el 29 de noviembre de 2011 en Montería (Córdoba) para discutir la propuesta de cobrar una comisión a los compradores de ganado⁶⁵.

Otra prueba que acredita los actos de influenciación aparece en el extracto del Acta No. 141 de la reunión de la Junta Directiva de **C.C. GANADERA** del 25 de enero de 2012, donde se sometió a consideración la "solicitud de Asosubastas" para "trabajar con el 0.5% como un valor para aplicarle al comprador de la subasta"⁶⁶. A su turno, en una reunión de Junta Directiva de **SUBASTAR** del 27 de enero de 2012, su Gerente General expuso que como consecuencia de lo discutido en "algunas reuniones de Asosubastas", debía procederse a estudiar el mencionado cobro de la comisión al comprador. De lo anterior da cuenta el Acta No. 207 de Junta Directiva de **SUBASTAR** del 27 de

⁶⁴ Vid. Álvaro Pérez Vives. *Teoría general de las obligaciones*, vol. I, Bogotá, Doctrina y Ley, 2009, págs. 190 a 240; Guillermo Ospina Fernández. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 2005, págs. 181 a 201; Arturo Valencia Zea. *Derecho civil*, t. I, Bogotá, Temis, 2000, págs. 417 a 423.

⁶⁵ CD obrante en el folio 2199 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

⁶⁶ CD obrante en el folio 563 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

enero de 2012⁶⁷. Esto es una clara señal de que las propuestas o directrices de **ASOSUBASTAS**, en efecto, tenían la potencialidad de ser bien fuere puestas en marcha de manera directa, o al menos, llevadas a discusión en algunas de las subastas.

En el mismo sentido, obra en el expediente un correo electrónico enviado por **ASOSUBASTAS** a todos los gerentes de sus subastas asociadas, donde se observa cómo esta asociación le comunicó a sus afiliados los acuerdos "*que se han venido gestando*", entre los que se encuentra el cobro al comprador del 0.5%" ⁶⁸. Finalmente, en el correo electrónico del 23 de febrero de 2012, **ASOSUBASTAS** les envió a sus asociados el orden del día de la asamblea que se celebró el 27 de febrero de 2012, aclarando y anunciando que uno de sus puntos era la propuesta del cobro de la comisión del 0.5% a los compradores de ganado⁶⁹.

Como se analizó en detalle en la Resolución Sancionatoria, cada una de las anteriores pruebas permitió evidenciar que **ASOSUBASTAS** influyó a las subastas ganaderas afiliadas a ella, e incluso, su comportamiento pretendió proyectarse también en las subastas ganaderas no afiliadas a ella.

En efecto, contrario a lo manifestado por los impugnantes, los elementos del acto de influenciación por parte de **ASOSUBASTAS** quedaron plenamente demostrados en los términos expuestos en la Resolución Sancionatoria. Es así como se demostró que el elemento subjetivo se configuró por parte de dicha asociación como sujeto activo y por las subastas ganaderas agremiadas y no agremiadas, como sujetos pasivos de la conducta anticompetitiva. A su turno, respecto del elemento objetivo, éste se configuró a partir del comportamiento desplegado por **ASOSUBASTAS**, al incidir en la política de fijación de precios de las subastas ganaderas agremiadas y no agremiadas, para el cobro de una comisión unificada a cargo del comprador de ganado.

Fue así como la Superintendencia de Industria y Comercio evidenció el compromiso de las subastas investigadas frente a la propuesta ilegal de **ASOSUBASTAS**, que sin duda obedeció a la capacidad de influenciación de dicha agremiación sobre sus afiliados. Además de lo anterior, **ASOSUBASTAS** implementó un reglamento como mecanismo coercitivo para lograr la aplicación del acuerdo por parte de todas las subastas asociadas, lo cual es otra prueba de su capacidad de influenciación y de su conducta contraria al ejercicio del derecho de asociación, conculcando el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica.

Por último, frente al argumento relacionado con que nunca se fijó un valor exacto respecto de la comisión, el Despacho reitera que independientemente de si la comisión al comprador de ganado acordada por las investigadas fue del 0,5% o si se estableció un rango del 0.1% hasta el 0.5%, lo cierto es que se concertaron para cobrar una comisión unificadamente y de manera mancomunada. Esto, como se dijo en la Resolución Sancionatoria, es propio de un cartel de precios abiertamente reprochable y es lo que configura la conducta ilegal.

Por estas razones, deben rechazarse los argumentos de los recurrentes dirigidos a desvirtuar que **ASOSUBASTAS** haya ejecutado actos de influenciación respecto de las subastas investigadas.

4.8. Argumentos relacionados con la supuesta falta de determinación del verbo rector infringido por las personas naturales investigadas según el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009

DIEGO CAMILO EMURA LOZANO (representante legal de **PROAGAN**) afirmó que en la Resolución de Apertura de Investigación no se le imputó un hecho concreto del que se pudiera inferir que hubiera colaborado, facilitado, autorizado, tolerado o ejecutado una conducta anticompetitiva. En el mismo sentido, **ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ** (representante legal de **SUBACOSTA**) afirmó que para que una persona pueda realizar alguno de los verbos rectores previsto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, la compañía investigada debía actuar a través de una persona natural que ostentara la calidad de representante legal. En este caso, **MICHAEL BARBUR** quien asistió en nombre de dicha empresa no lo era, ni tampoco contaba con un poder especial que le facultara para tales fines.

⁶⁷ Folio 695 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁶⁸ USB obrante en el folio 2137 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

⁶⁹ CD obrante en el folio 2199 de la carpeta pública No. 12 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Para resolver sobre el particular, debe indicarse que es doctrina reiterada de esta Superintendencia de Industria y Comercio, considerar que la sola pertenencia de una persona natural a una compañía respecto de la cual se prueba su participación en una práctica anticompetitiva, no le genera automáticamente responsabilidad en esta. Por ello, se requiere acreditar que dicha persona natural desplegó un comportamiento activo, o que de manera dolosa o culposa se abstuvo de adelantar algo a lo cual estaba obligado y de esa forma contribuyó a que se violaran las normas de competencia⁷⁰.

En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad y por consiguiente sancionar a una persona natural involucrada en la conducta anticompetitiva, con base en lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe acreditar lo siguiente en el marco de la respectiva actuación administrativa:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.
- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió de manera deliberada o negligente adoptar las medidas tendientes a evitar que se realizara la conducta o que la misma cesara.
- Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector: *tolerar*.

En cuanto a la relación jerárquica de la persona natural investigada de cara a sus deberes para con la compañía con la cual está vinculada a través de una relación de trabajo o contractual, cobra especial relevancia en el análisis del supuesto referido en el tercer ítem: (i) quiénes obran como administradores de las personas jurídicas, sobre los cuales, de acuerdo con el Código de Comercio⁷¹ y la Ley 222 de 1995⁷², recaen unos deberes fiduciarios; y, (ii) quienes a pesar de no ostentar la calidad de administradores, tienen una posición directiva en la estructura jerárquica del agente de mercado.

Por otra parte, frente al argumento expuesto según el cual, en la Resolución de Apertura de Investigación no se determinó con precisión cuál fue el verbo rector presuntamente infringido, vale indicar que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009:

"Artículo 26. Monto de las multas a personas naturales. El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

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

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

⁷⁰ Resoluciones Nos. 23521 de 2015 y 16562 de 2015.

⁷¹ El artículo 196 del Código de Comercio dispone: "La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad (...)".

⁷² El artículo 22 de la Ley 222 de 1995, establece que: "Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones". Por su parte, el artículo 23 *ibídem* dispone: "Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán: (...) 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. (...)".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De la norma anteriormente transcrita, se evidencia que el legislador le atribuyó responsabilidad a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere una conducta que viole las normas de competencia. En ese sentido, es posible que al momento de iniciarse una actuación administrativa, la Autoridad de Competencia desconozca en cuál de los verbos rectores previstos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, pudiera enmarcarse la conducta de una persona natural, razón por la cual, en el marco de la actuación administrativa deberá acreditarse si dicha persona natural adecuó su comportamiento en alguno de los verbos previstos, o, de lo contrario, habrá de clausurarse la investigación y absolverse de los cargos imputados.

En el caso de **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO** (representante legal de **PROAGAN**) esta Entidad acreditó que dicho investigado colaboró, facilitó, ejecutó, autorizó y toleró una práctica restrictiva de la competencia de acuerdo de precios, en relación con la implementación del cobro de una comisión a cargo de los compradores de ganado en el marco de la reunión del 27 de febrero de 2012 en los términos explicados en el acto administrativo recurrido.

Del mismo modo, esta Superintendencia de Industria y Comercio también encontró probado que **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO** fue el Secretario de la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** que se llevó a cabo el 27 de febrero de 2012, en razón de ello, colaboró, facilitó, ejecutó, autorizó y toleró la práctica restrictiva de la competencia de actos de influenciación. Lo anterior se probó con lo dispuesto en el octavo punto del acta de Asamblea No. 7 donde se consignó lo siguiente:

"(...) 8. Redacción por parte del Secretario del Acta, su respectiva lectura, discusión y aprobación de la misma por la Comisión designada para ello. Finalizada la Reunión de Asamblea, Diego Emura procede a redactar y a dar lectura del Acta de la Asamblea. Rodrigo Mejía y Jorge Mario Escobar, realizan la revisión del Documento elaborado quedando aprobada por unanimidad"⁷³. (Subraya fuera de texto)

En efecto, **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO** al desempeñarse como Secretario de dicha Asamblea asumió la principal obligación derivada del cargo deferido consistente en dar fe de lo acontecido en dicha reunión. En este sentido, al haber desempeñado tal tarea, debe responder tanto por la elaboración del acta, como por la legalidad de las declaraciones en ella contenidas.

4.9. Argumentos relacionados con los criterios utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer las sanciones pecuniarias y dosificación de las multas

Algunos investigados afirmaron que la Superintendencia de Industria y Comercio habría tasado irregularmente el valor de las sanciones, ya que tomó como base para su dosificación los ingresos operaciones globales de las compañías y el patrimonio de las personas naturales investigadas, criterios que no se encuentran previstos en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Sobre el particular, la Superintendencia de Industria y Comercio ha consolidado una doctrina integral en cuanto al régimen sancionatorio por prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia económica en su calidad de Autoridad de Competencia. Así pues, esta Entidad se encuentra facultada para imponer sanciones con miras a proteger el derecho colectivo a la libre competencia, bajo las disposiciones contenidas en los artículos 2, 4, 6, 29, 88, 150 numeral 8, 189 numerales 21, 22, 24 y 26, 209, 333, 334, 365, 366 y 370 de la Constitución Política⁷⁴.

En el ejercicio de su facultad sancionadora el Estado debe respetar el principio de legalidad, el cual se manifiesta a través de los principios de reserva de ley y de tipicidad⁷⁵. Según el primero de estos principios, el legislador es el único habilitado para establecer cuáles son las acciones y las

⁷³ Folios 1020 y 1155 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

⁷⁴ Corte Constitucional. Sentencia C - 595 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio.

⁷⁵ "El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política -art. 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que es el pilar fundamental del derecho sancionador del Estado". Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia de noviembre 13 de 2008. Radicación: 68001-23-31-000-1996-02081-01 (17009).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

omisiones que dan lugar a que el Estado ejerza su poder punitivo, así como para determinar cuáles son las sanciones y procedimientos para imponerlas. Por su parte, a través del principio de tipicidad se busca establecer los elementos fundamentales de la infracción administrativa, tales como la descripción de la conducta sancionable, el monto de la sanción pecuniaria a imponer, la autoridad competente, etc⁷⁶.

La jurisprudencia administrativa ha precisado la forma en la cual la potestad sancionadora se sujeta al principio de legalidad en los siguientes términos:

*"Visto lo anterior, la potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción"*⁷⁷.

En el marco del principio de legalidad, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional coinciden en reconocer que el legislador es el encargado de establecer los lineamientos a partir de los cuales el Estado ejercerá la función administrativa sancionadora en los casos particulares⁷⁸. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto de libertad de configuración legislativa en materia de sanción administrativa, en virtud de la cual:

*"(...) el legislador dispone de un margen de configuración de las sanciones administrativas, que es amplio habida cuenta de la gran diversidad de sectores de la administración y de las necesidades y particularidades en cada uno de ellos (...)"*⁷⁹.

En consideración de lo anterior y en ejercicio del principio de legalidad y de libertad de configuración legislativa en materia de sanciones administrativas, mediante la Ley 1340 de 2009 se fortaleció la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, mediante un incremento, en cincuenta (50) veces, del valor de las multas por imponer en relación con la normativa anterior.

El legislador consideró que un incremento en el monto de las sanciones según quedó expresado en la Ley 1340 de 2009, se fundamentaba en la necesidad de lograr que la sanción no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que se pueden obtener mediante prácticas restrictivas de la competencia, así como en la necesidad de alcanzar un efecto disuasivo para que con ellas se mande un mensaje a la sociedad y evitar futuras infracciones al régimen de protección de la libre competencia. En otras palabras, el fin último consistía en poner en marcha un sistema según el cual, los beneficios percibidos por la comisión de un acto anticompetitivo no fuesen mayores al valor de una potencial multa.

Bajo este panorama, también resulta oportuno reiterar lo señalado en anteriores decisiones, en cuanto a que los criterios establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, no representan una lista exhaustiva o taxativa por considerar para graduar la multa en todas las investigaciones, ya que los mismos deben ser utilizados dependiendo de si las particularidades de cada caso permiten o no su aplicación⁸⁰. Esta posición ha sido validada por la jurisprudencia administrativa, en lo relativo a la dosificación de la sanción en materia administrativa de la siguiente forma:

"(...) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU - 1010 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia octubre 22 de 2012. M.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

⁷⁸ "Así, las cosas, todos los elementos que conforman la conducta reprochada no necesariamente deben haber sido previstos por el legislador, en atención a que el derecho administrativo admite una participación activa del reglamento en la definición del ilícito administrativo". Ibid.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia C - 616 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda.

⁸⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 66934 del 19 de noviembre de 2013, pág. 90.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

administrado demostrar que es desproporcionada a los mismos (...)⁸¹. (Subrayado fuera del texto original).

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación no le impone a la Superintendencia de Industria y Comercio, la carga de exponer en sus actos administrativos un razonamiento expreso y especial sobre la metodología aplicada para estimar el *quantum* de las sanciones. Por esta razón, corresponde a la Autoridad de Competencia analizar los supuestos de hecho que originaron la infracción prevista en la norma y adoptar las medidas tendentes a reprimir el ilícito anticompetitivo, dentro de las cuales se cuenta con la imposición de una sanción pecuniaria a título de multa.

Ahora bien, en lo que respecta a los *ingresos operacionales* de los investigados, debe indicarse que los mismos fueron tenidos en cuenta por el Despacho como un criterio auxiliar con miras a evitar la vulneración del principio de proporcionalidad ya que de no ser así, pudiera generarse una situación confiscatoria lo cual es contrario al espíritu que impera en el ordenamiento constitucional y legal colombiano. Del mismo modo, al considerarse los ingresos operacionales globales de las compañías la Autoridad de Competencia propende porque las sanciones pecuniarias impuestas sean pagadas por los multados, sin que esto conlleve inexorablemente a una situación ruinosa.

En tal virtud, en la Resolución impugnada existe un balance ajustado a las disposiciones legales vigentes entre una sanción que resulte disuasiva del comportamiento anticompetitivo objeto de reproche, con el propósito de evitar un incentivo perverso consistente en que la violación de la ley es redituable y una sanción que no sea confiscatoria. Así las cosas, si bien el Despacho tomó como base el patrimonio de los investigados y subsidiariamente, sus ingresos operacionales como criterio auxiliar de verificación de la liquidez y solvencia, lo hizo para salvaguardar a las empresas como fundamento del desarrollo económico nacional⁸².

De esta forma, las sanciones impuestas a las subastas ganaderas fueron aplicadas dentro de un rango que en promedio no superó el 7% de su patrimonio ni el 5% de sus ingresos. Siendo el criterio de patrimonio un punto medio y objetivo para llegar a una multa razonable, compararla con los ingresos operacionales constituyó tan solo un esfuerzo por verificar que la sanción no tuviera un carácter confiscatorio o expropiatorio y garantizar así su proporcionalidad. Como puede verse en el acto administrativo recurrido, el porcentaje que sobre el patrimonio representa la sanción es distinto para cada uno de los sancionados, en razón a que la Superintendencia de Industria y Comercio dosificó las respectivas sanciones con base en criterios legales, objetivos y proporcionales. De ahí a que, en efecto, se de la situación según la cual, un determinado sancionado que haya incurrido en una conducta agravada, tenga una multa inferior a aquél que sólo es sancionado por objeto, sin que su conducta hubiere tenido efectos negativos en el mercado. No obstante, este Despacho debe aclarar que esto no se debe, bajo ninguna circunstancia, a una arbitrariedad o a un error, sino por el contrario, resulta por el hecho de la gran variación que puede haber entre los patrimonios o ingresos operacionales de los investigados.

En ese sentido, debe recordarse a los impugnantes que en el aparte correspondiente a la dosificación de las sanciones, en la Resolución Sancionatoria se establecieron tres (3) grupos distintos de atenuación de las multas, en los cuales fueron clasificadas las subastas investigadas de acuerdo a su participación la conducta sancionada.

En efecto, se estableció un primer grupo conformado por las subastas investigadas a las que se les impuso la sanción más atenuada, correspondiente al 3% de su patrimonio aproximadamente, por cuanto se verificó que únicamente asistieron a la Asamblea de **ASOSUBASTAS** y aprobaron el acuerdo anticompetitivo reprochado, más no participaron en las reuniones previas a la Asamblea de **ASOSUBASTAS** ni implementaron efectivamente el acuerdo. En este grupo fueron incluidas las

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

⁸² Constitución Política, artículo 333. "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.
(...)"

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

(...)" (Subrayado fuera del texto original).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

investigadas **CENTRAL GANADERA, MEGANSAC, SUBACOSTA, SUBAGAUCA, SUGASAM, SUBACASANARE, ASOCEBÚ, SUBABUGA, JHLV y KORAN.**

Un segundo grupo de atenuación está conformado por las subastas investigadas que asistieron a la Asamblea de **ASOSUBASTAS**, aprobaron el acuerdo anticompetitivo reprochado y lo implementaron efectivamente, mas no participaron en las reuniones previas a dicha Asamblea. A este grupo de se le impuso una sanción correspondiente al 5% de su patrimonio aproximadamente. En este grupo fueron incluidas las investigadas **COGASUCRE, PROAGAN, ISAYE y SUGANAR.**

Por último, al grupo conformado por las subastas investigadas con mayor participación en la conducta reprochada por cuanto participaron en las reuniones previas a la Asamblea de **ASOSUBASTAS**, asistieron a dicha Asamblea, aprobaron el acuerdo anticompetitivo reprochado y lo implementaron efectivamente, se les impuso una sanción correspondiente al 7% de su patrimonio aproximadamente. En este grupo fueron incluidas las investigadas **C.C. GANADERA, SUBAGAN SOGA y SUBASTAR.**

Así pues, puede concluirse que la dosificación de las sanciones no fue caprichosa ni antojadiza ya que para su imposición, se aplicó el patrimonio como criterio principal de dosificación legal, pero además se observaron los ingresos operacionales como criterio auxiliar, el cual es comúnmente utilizado por las autoridades de competencia a nivel internacional dado que permite mostrar el volumen de sus negocios, incluyendo el involucrado en el cartel objeto de sanción.

Adicionalmente, vale advertir que los ingresos operacionales además de servir como un elemento de valoración de la liquidez del infractor, también constituyen un elemento de juicio sobre la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción, lo anterior, de cara al numeral 6 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. De esta forma se aplica un criterio económicamente más racional, en la medida en que se contrasta el patrimonio del infractor para verificar que la multa impuesta no sea expropiatoria.

Del mismo modo, debe insistirse en que la imposición de multas sustancialmente inferiores generaría un incentivo perverso para que los investigados o cualquier agente de mercado infrinja las normas de protección de la competencia, una vez sopesen las potenciales ventajas que podrían resultar de la infracción, frente al riesgo de la posible multa de ser descubierto. Nótese la secuela en el evento en que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga sanciones que no cumplen el objetivo de reprimir y ser lo suficientemente disuasorias, en tal caso estaría incentivando las conductas anticompetitivas cuando su deber es castigarlas y ejecutar una política pública preventiva.

Adicionalmente, resulta paradójico que los investigados acusen a esta Superintendencia de Industria y Comercio de utilizar unos criterios no previstos en la ley, pero cuando les resulta conveniente a sus intereses, sí reclaman la aplicación de un criterio consistente en las utilidades netas, que no está previsto en la ley colombiana, sino que tampoco lo contempla ninguna autoridad de competencia. No son las utilidades el criterio por utilizar en el derecho de la competencia para sancionar, sino los ingresos operacionales, las ventas del producto involucrado en la conducta o el patrimonio del infractor, en los términos que se ha venido explicando con suficiencia en la presente Resolución.

Dicho lo anterior, se considera indispensable reiterar que si bien para tres de las subastas ganaderas sancionadas la multa equivale al 7% de su patrimonio, para otras solo equivale a menos del 0.3% de este, habida cuenta de que son entes diferentes, con condiciones diferentes, con patrimonios diferentes, con ventas diferentes y con participaciones de mercado diferentes. La razón por la cual frente al tope máximo legal permitido, la sanción impuesta a cada sancionado tiene un porcentaje diferente, se debe a que si las sanciones fueran iguales en valor y en porcentaje para todos los investigados en relación con el máximo legal, en la mayoría de los casos la multa podría ser expropiatoria. Esta es la forma de preservar la proporcionalidad en relación con el infractor.

Las sanciones que impone la Autoridad de Competencia no son idénticas para todos los integrantes del cartel, pues hay que evitar, entre otras cosas, que ella resulte irrisoria para unos agentes del mercado y expropiatoria o confiscatoria para otros. De ahí, que una de las razones para que estos porcentajes y valores sean distintos es precisamente con base en las características propias de cada agente económico sancionado. Ahora bien, obsérvese que en todo caso, para ningún sancionado, la multa está por encima del tope máximo legal permitido, y la máxima sanción que se

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

impuso en este caso (**SUBASTAR**) representa únicamente el 1.1% del tope aplicable, razón por la cual el principio de legalidad de la sanción está debidamente garantizado.

Sobre este particular se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"(...) la parte actora considera que las sanciones impuestas son expropiatorias en tanto que, en algunos casos, ascienden al 10% de la utilidad neta de algunas de las sancionadas, al tiempo que considera que para dosificar correctamente la multa económica, debieron tenerse en cuenta factores distintos a los balances económicos de las empresas.

(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma. (...)”⁸³. (Subraya fuera de texto).

A su turno, se mencionó por parte de algunos sancionados que la conducta anticompetitiva de fijación de precios lejos de reportarles algún beneficio económico, lo que les ha traído es pérdidas en sus operaciones comerciales.

Ciertamente, un acuerdo de precios se celebra con miras a obtener un beneficio económico, que en condiciones de libre competencia no se produciría. Sin embargo, es posible que aun celebrado el acuerdo ilegal no se generen las rentas esperadas, bien porque el convenio no se estructuró de manera económicamente eficiente, o bien porque habiéndolo sido, el mercado no respondió de la forma en que los cartelistas lo planificaron. En cualquier caso, indiscutiblemente, se violan las normas de competencia y procede la imposición de las sanciones legalmente previstas, más allá de que el acuerdo anticompetitivo no hubiere arrojado utilidades e incluso que su estructuración y ejecución hubiese conllevado únicamente pérdidas a los cartelistas.

Así las cosas, el beneficio obtenido por el infractor con la conducta anticompetitiva será un criterio más de graduación de la multa conforme lo establece el numeral 3 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, pero de ninguna manera puede pensarse que cuando un agente económico decide cartelizarse y su estrategia ilegal no arroja los beneficios económicos esperados, sea exonerado por la responsabilidad que le cabe por violar la ley de competencia.

En ese sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio ha consolidado su doctrina en relación con las prácticas cartelistas al establecer que a tono con lo señalado por la OCDE, dicha conducta es la más reprochable, vergonzosa o escandalosa en la que puede incurrir un empresario. Esta calificación encuentra sustento en que los carteles empresariales como modalidad de práctica restrictiva de la libre competencia económica, normalmente generan que compradores en los eslabones posteriores de la cadena y consumidores del producto final, en general, paguen más para acceder a un determinado bien o servicio. Sobre el particular, se hace nuevamente la distinción respecto de aquellas subastas que si bien, se insiste, incurrieron en un acto anticompetitivo bien fuese por desconocimiento o error, no todas las conductas de las sancionadas pueden recibir idéntica calificación pues, no cabe duda, algunos actos fueron considerablemente más lesivos por los efectos que conllevó la implementación de la comisión.

De otro lado, la afectación producida por el cartel empresarial trasciende el daño generado a los consumidores y afecta a la economía en general. En efecto, si un empresario utiliza el bien o servicio objeto del cartel en su proceso productivo, el cartel le genera un sobreprecio por este insumo que seguramente terminará trasladándose total o parcialmente al consumidor final y, en cualquier caso, conllevará al alza en la estructura de costos, lo que genera ineficiencias en el mercado y afecta significativamente su competitividad.

En suma, para la Superintendencia de Industria y Comercio es irrelevante si un agente de mercado, en su intento por conseguir rentas supra competitivas en lugar de lucrarse ilegalmente, obtiene pérdidas con ocasión del acuerdo, lo cierto es que de encontrarse acreditado que se han infringido las normas de protección del régimen de la libre competencia corresponderá la imposición de las respectivas sanciones legales.

⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De otra parte, algunos investigados indicaron que la Superintendencia de Industria y Comercio utilizó criterios discriminatorios al momento de imponer las sanciones pecuniarias, tomando como base de las mismas el patrimonio de los investigados para distintos años. Así, en algunos casos consideró el patrimonio del año 2013 y en otros casos el del año 2015.

Sobre el particular, cabe mencionar que cuando la Autoridad de Competencia encuentra probada una conducta violatoria del régimen de protección de la libre competencia, al imponer las respectivas sanciones pecuniarias se basa en la evidencia contable y financiera que ha sido allegada al expediente administrativo conforme las reglas generales de abducción de la prueba. En ese sentido, es posible que dicha información contable y financiera no se encuentre actualizada respecto de todos los investigados, bien sea porque no fue aportada al expediente en forma oportuna cuando la Superintendencia la requirió, o, porque habiéndolo sido, las circunstancias del agente económico han cambiado.

En efecto, para el caso particular, en el trámite de los recursos de reposición esta Superintendencia solicitó a los investigados que actualizaran su información financiera con el ánimo de verificar que las sanciones estuvieran liquidadas de la manera más fidedigna y ajustada a la realidad.

Para estos efectos, teniendo en cuenta la información financiera actualizada aportada por los investigados que dieron respuesta al requerimiento del Despacho, se observó que resulta procedente liquidar nuevamente la sanción impuesta a las subastas **PROAGAN, SUGASAM y SUBABUGA**, y a las personas naturales **ÓSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ**, representante legal de **SUGASAM** y **CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA**, gerente suplente y representante legal de **ASOCEBÚ**, cuyos nuevos montos serán establecidos en la presente resolución, modificando los señalados en la Resolución Sancionatoria. Frente a los restantes investigados que aportaron su información financiera actualizada, el Despacho verificó que una nueva liquidación de la multa resultaría en un monto mayor al establecido en la Resolución Sancionatoria, por lo que no modificará las multas impuestas en la Resolución Sancionatoria, en virtud del principio de *reformatio in peius*.

Así mismo, respecto de la sanción impuesta a **ASOCEBÚ**, este Despacho verificó que se le impuso una multa correspondiente al 5% de su patrimonio, y que efectivamente dicha subasta pertenece al grupo de atenuación constituido por las investigadas que únicamente asistieron a la Asamblea de **ASOSUBASTAS** y aprobaron el acuerdo, a las cuales se les impuso la multa más atenuada y correspondiente al 3% de su patrimonio aproximadamente, por cuanto no participaron en las reuniones previas a la Asamblea de **ASOSUBASTAS** ni implementaron efectivamente el acuerdo. Sin embargo, se observa que al calcular la multa con base en las condiciones de atenuación correspondientes a **ASOCEBÚ** y en su información financiera actualizada, la misma aumentaría de \$4.426.302.00 a \$8.114.887.00, razón por la que este Despacho no modificará la multa impuesta originalmente en virtud del principio de *reformatio in peius*.

4.10. Argumentos relacionados con la validez del reglamento de ASOSUBASTAS

Algunos de los investigados reiteraron en sus recursos de reposición que el reglamento de **ASOSUBASTAS** nunca fue aprobado, pues lo único que se aprobó en la asamblea del día 27 de febrero de 2012 fue que un abogado revisaría dicho documento.

Frente a estos argumentos, este Despacho reitera lo expuesto en la Resolución Sancionatoria, en el sentido que contrario a lo manifestado por los impugnantes, el Reglamento de **ASOSUBASTAS** que reposa en el expediente señala expresamente y con toda claridad en su parte final que "*Las presentes normas fueron aprobadas por decisión mayoritaria de las subastas asociadas en reunión del día 27 de febrero del año 2012, según consta en el acta No. 7 realizada en la fecha indicada*", debe asumirse que el mismo en efecto fue aprobado en la Asamblea de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012, sin que alguna revisión posterior provocara algún cambio, por lo menos en lo atinente al cobro de la tarifa a los compradores del ganado.

De hecho, como se dijo en la Resolución Sancionatoria, una prueba de que el mencionado reglamento fue difundido sin modificación alguna a las subastas ganaderas, es el Acta No. 20 de la reunión de la Junta Directiva de **C.C GANADERA** del 20 de marzo de 2012, en la que puede leerse que algunas reformas introducidas al mismo, particularmente la de cobrar la comisión al comprador del ganado, gozaban de gran importancia y **ya estaban vigentes**:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"(...)

a. *Reformas en el Reglamento de Asosubastas:*

El **Dr. Arturo Jaraba** hace lectura de las reformas del Reglamento de Asosubastas y puntualiza en las que tienen mayor relevancia como son:

Artículo 13. *Las subastas no pueden comprar ganado ni quedarse con animales resultantes del proceso, ya que estas son prácticas improcedentes dentro de un sano criterio de intermediación.*

Artículo 19. **LA SUBASTA cobrará al Comprador la tarifa autorizada por ASOSUBASTAS**, entre otras. Este reglamento se anexa a la presente acta.⁸⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto)

En adición a lo anterior, se evidenció que algunas de las subastas ganaderas investigadas incluyeron en las facturas que les presentaban a sus clientes notas marginales como las siguientes: "Acepto el Reglamento de Asosubastas", "El firmante acepta el reglamento de Asosubastas", "Al firmar esta factura se acepta el reglamento de Asosubastas", lo cual también constituye una prueba fehaciente de que dicho documento había sido aprobado y por supuesto, estaba vigente.

Así las cosas, el Despacho reitera que la versión final del Reglamento de **ASOSUBASTAS** obrante en el expediente es plena prueba y es suficiente para concluir que fue aprobado en la Asamblea General Ordinaria del 27 de febrero de 2012, máxime si se tiene en cuenta que no obra prueba de oposición alguna a su contenido posterior a su publicación por parte de los asociados a **ASOSUBASTAS**.

4.11. Argumentos sobre algunos aspectos procesales y probatorios relacionados con la presente actuación administrativa

Ciertos investigados manifestaron su inconformidad frente a algunos aspectos procesales y probatorios, que se sucedieron en el trámite de la presente actuación administrativa en sus etapas de averiguación preliminar e investigación formal. A continuación el Despacho les dará respuesta, advirtiéndoles que en su mayoría ya habían sido expuestos como descargos frente a la Resolución de Apertura de Investigación y observaciones al Informe Motivado, razón por la cual, esta Superintendencia ya se ha pronunciado en el curso de la actuación, en especial, en el Informe Motivado y en la Resolución Sancionatoria objeto de la presente impugnación.

Pues bien, se afirmó que esta Entidad prescindió del testimonio de **JOAQUÍN ARTURO GARCÍA MONTES** (miembro de la Junta Directiva de **SUBAGAN SOGA**), quien depondría sobre el Reglamento de **ASOSUBASTAS** y el seguro de deudores que habría motivado el cobro de la comisión a los compradores de ganado.

Para resolver sobre el particular, una vez revisados los antecedentes relacionados con el testimonio de **JOAQUÍN ARTURO GARCÍA MONTES** (miembro de la Junta Directiva de **SUBAGAN SOGA**), el Despacho advierte que mediante Resolución No. 13020 del 25 de marzo de 2015⁸⁵, la Delegatura decretó de oficio la práctica del referido testimonio a fin de que declarara sobre los "aspectos fundamentales relacionados con la investigación y con la Asamblea General de Asociados de **ASOSUBASTAS** del 27 de febrero de 2012" prueba que fue practicada el 15 de abril de 2015⁸⁶.

Sin embargo, dado que a **PROAGAN** no se le comunicó en debida forma la diligencia del testimonio anteriormente referido, mediante Resolución No. 24424 del 15 de mayo de 2015⁸⁷ la Delegatura decretó la nulidad de dicho testimonio y en su lugar ordenó la reprogramación para el 25 de mayo de 2015. Llegado el día y hora para la recepción de la declaración, el testigo no compareció ni tampoco justificó su inasistencia, ante lo cual, a través de la Resolución No. 29526 del 1 de junio de 2015, la Delegatura ordenó por segunda vez su reprogramación, sin que el testigo compareciera ni tampoco justificara su ausencia. Así pues y por existir suficientes elementos de juicio relacionados

⁸⁴ Folio 563 del Cuaderno Público No.3 del Expediente.

⁸⁵ Folios 4294 a 4321 del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

⁸⁶ Folios 5972 a 5974 del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

⁸⁷ Folios 6734 a 6739 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

con el objeto de la diligencia frustrada, mediante Resolución No. 30605 del 12 de junio de 2015⁸⁸, la Delegatura limitó la práctica de este testimonio, el cual, se reitera, fue decretado de oficio y no por solicitud de los investigados.

Así las cosas, encuentra el Despacho que no solo obró con diligencia al decretar oficiosamente la mentada declaración por considerarlo pertinente, conducente y útil a fin de acopiar elementos de juicio sobre los hechos investigados, sino que, además, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción de la prueba, citó en dos oportunidades al testigo sin lograr que en ninguna de ellas compareciera, razón por la cual, si la diligencia no se pudo llevar a cabo fue por la renuencia misma del citado, no por falta de interés y gestión por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En línea con el anterior argumento, **PROAGAN** afirmó que se le violó su derecho de defensa dado que solicitó la recepción de los testimonios de **LEONARDO RUÍZ PÉREZ** y **ÓSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ** (asistentes a la reunión del 27 de febrero de 2012), frente a lo cual esta Superintendencia negó su decreto y práctica. A su turno, **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO** solicitó la nulidad de tales declaraciones, dado que solicitó su ratificación, la cual como se dijo fue denegada.

En cuanto a los testimonios anteriormente solicitados, advierte el Despacho que mediante Resolución No. 53838 de 2014 la Delegatura negó su decreto y práctica, toda vez que **LEONARDO RUÍZ PÉREZ** y **ÓSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ** fungen como investigados en la presente actuación administrativa, en su calidad de representantes legales de **SUBAGAUCA** y **SUGASAM**, respectivamente, razón por la cual, fueron citados de oficio a rendir interrogatorio de parte según lo previsto en el artículo 203 del Código de Procedimiento Civil (norma que se encontraba vigente al momento de la diligencia).

Dicho lo anterior, vale mencionar que los investigados estuvieron en posibilidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa durante la práctica de los interrogatorios de parte, independientemente de que los hubieran solicitado o no como prueba, de manera que todos ellos pudieron intervenir en el desarrollo de las audiencias correspondientes mediante la formulación de preguntas a los declarantes, teniendo en cuenta las condiciones y las limitaciones previstas en las normas que regulan la práctica de este tipo de pruebas, en particular, las previstas en el inciso quinto del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, norma procesal aplicable para la fecha en que dichas pruebas fueron decretadas y practicadas.

De otra parte, se afirmó que en la Resolución Sancionatoria el Despacho se limitó a citar las declaraciones originales de **AYDA LILIANA BELLO LÓPEZ** y **ÁLVARO MAURICIO TOBÓN ACEVEDO**, dejando de lado lo que afirmaron en el contrainterrogatorio.

Al respecto, en primer lugar es oportuno indicar que en las investigaciones por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, las pruebas deben ser apreciadas en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica, para que de esa manera haya un convencimiento sobre la existencia o inexistencia del cartel empresarial. Frente al denominado principio de unidad de prueba o apreciación en conjunto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido lo siguiente:

"Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado "unidad de la prueba", en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad."⁸⁹ (Negrilla y subraya fuera de texto).

En cuanto a la valoración probatoria, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

⁸⁸ Folios 6884 a 6889 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente.

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia T - 274 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción. (...)”⁹⁰ (Subraya fuera de texto).

De la misma manera, otra sentencia de la Corte Suprema de Justicia, permite entender la situación:

"(...) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, **el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad**, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (...). Lo anterior, **por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero "... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso"** (G.J. t. CCVIII, pág. 151).”⁹¹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La jurisprudencia también ha reiterado que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto, radica en que solo así se logran encontrar las convergencias y divergencias sobre el debate:

"3.1. La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el C.P.C. art. 187, supone "la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse" (Cas. Civ., sentencia del 6 de junio de 1995). (Subraya fuera de texto)⁹².

De lo anterior puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano contempla como principio esencial la valoración la prueba en conjunto, a través del principio de la sana crítica. Así las cosas, la Superintendencia no puede hacer una evaluación fragmentada o individual de un determinado medio probatorio para llegar a la convicción de la violación de las normas de competencia, o, en sentido contrario, de la inocencia de los investigados. En este sentido, la doctrina sostiene que:

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento"⁹³.

Dicho esto, en lo que se refiere a **AYDA LILIANA BELLO LÓPEZ** (Auxiliar Contable de la **COMPAÑÍA GANADERA DE META**) se indicó espontáneamente que el porcentaje que aplicaba dicha subasta ganadera por concepto de comisión por la transacción de ganado en cada una de sus modalidades, se debió a que: "(...) nos regiamos bajo el reglamento de **ASOSUBASTAS**."⁹⁴.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2015. M.P. Stella Conto Díaz.

⁹¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 26 de agosto de 2004. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente 7779.

⁹² Corte Suprema de Justicia. Sentencia 30 de septiembre de 2010. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Expediente 1485.

⁹³ Eduardo Couture. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pág. 15.

⁹⁴ Folio 769 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, en cuanto a **ÁLVARO MAURICIO TOBÓN ACEVEDO** (Gerente Administrativo y Financiero de **SUBASTAR**) a la pregunta sobre quién tuvo la iniciativa de proponer una comisión al comprador, afirmó que: "(...) el origen fue **ASOSUBASTAS** indudablemente (...)"⁹⁵. Ambos testimonios fueron tomados en la etapa de averiguación preliminar y ratificados en el curso de la investigación formal.

De otra parte, y en lo que atañe a la evidencia electrónica acopiada en el trámite de la presente investigación, **PROAGAN** afirmó que los correos electrónicos que obran en el expediente no permiten acreditar que dicha subasta ganadera hubiera participado de un acuerdo de precios, ni tampoco las actas de junta directiva de **ASOSUBASTAS** dan cuenta de la voluntad de **PROAGAN** en tal sentido. Más aun, se dice que dichas actas muestran la eventual elaboración de una propuesta por parte de las subastas ganaderas, pero jamás la intervención de **PROAGAN**.

En relación con este punto, está probado que dicha subasta ganadera no solo participó del cartel de precios sino que además, conoció con antelación a la reunión del 27 de febrero de 2012 que en la misma se trataría el cobro de la comisión del 0.5% a cargo de los compradores de ganado en las subastas, según lo prueba el correo electrónico del 23 de febrero de 2012, donde **BEATRIZ ANGÉLICA GALEANO** (Coordinadora de **ASOSUBASTAS**), le envió a los asociados el orden del día de dicha reunión. Conforme se observa en la imagen de dicho orden del día, uno de sus puntos era la propuesta del cobro de la comisión del 0.5% a los compradores:

"De: Beatriz Angélica Galeano Almanza <beatriz.galeano.almanza@gmail.com>

Fecha: 23 de febrero de 2012 15:14

Asunto: ORDEN DEL DIA ASAMBLEA ASOSUBASTAS 2012

Para: Luz Mercedes Agudelo <asistente@centralganadera.com>, Gustavo (sic) Vergara <gerencia@cogasucre.com>, **diegoemura@yahoo.com**, gvargasmonares@yahoo.com, SUBAGAN LINA MARIA <subagan@gmail.com>, contadorasubagauca@hotmail.com, gloria maria (sic) osorio hernandez (sic) <gloriaosorio0128@hotmail.com>, chripega@hotmail.com, Rodrigo Mejia (sic) Arango <suganargerencia@suganar.com>, subasta sugasam subasta sugasam <sugasam.sa@gmail.com>, COMITE DE GANADEROS Y AGRICULTORES DE BUGA <feriadebuga@gmail.com>, subastabuga@gmail.com, feriaganaderajv <dorexpo@jvinversiones.com.co>, Jorge Silva Subasta Korán <jsilva@subastakoran.com>, humberto.alvarado@subacasanare.com, humberto.alvarado.m@gmail.com, subacosta3@hotmail.com, beatriz.quinones@ASOCEBÚ.com

Bnas (sic) tardes a todos, envío el orden del día propuesto para la Reunión de Asamblea del día lunes 27 de febrero en la Central Ganadera (Medellín). Quedamos atentos a sugerencias en el mismo.

Cordialmente.

Beatriz Angélica Galeano Almanza
Coordinadora de ASOSUBASTAS"⁹⁶

ESPACIO EN BLANCO

⁹⁵ Folio 167 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹⁶ Cd obrante en el folio 2199 de la carpeta pública No. 12 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ASOCIACIÓN DE SUBASTAS GANADERAS DE COLOMBIA
"ASOSUBASTAS"

ASAMBLEA GENERAL DE ASOCIADOS
MEDELLÍN – FEBRERO 27 DE 2012

ORDEN DEL DÍA

1. Verificación del Quórum
2. Aprobación del Orden del día
3. Nombramiento de la Comisión designada para revisar y aprobar el acta de la presente reunión.
4. Informe de Gestión del Director Ejecutivo.
5. Informe del Revisor Fiscal.
6. Presentación y aprobación de Estados Financieros a Diciembre 31 de 2011.
7. Proposiciones y Varios
 - A. Cobro de comisión del 0.5% a los compradores de las subastas justificado en: seguro de vida deudores, asistencia en corrales (relacionado con los animales que mueran después de recibidos y antes de ser entregados) y para las personas jurídicas el cobro del registro en Bolsa Nacional Mercantil.
 - B. Revisar el Reglamento de ASOSUBASTAS para proponer y aprobar cambios en el mismo.
 - C. Convenio de Publicidad ASOSUBASTAS y ASOCEBU.
8. Redacción por parte del Secretario del Acta, su respectiva lectura, discusión y aprobación de la misma por la Comisión designada para ello.

Por lo demás, esta Superintendencia ya se ha pronunciado en detalle sobre la responsabilidad de **PROAGAN** tanto en la Resolución Sancionatoria, como en el presente acto administrativo.

A propósito de la evidencia digital, algunos investigados reiteraron sus argumentos en cuanto a que los correos electrónicos impresos que obran en el expediente carecerían de eficacia probatoria, al no encontrarse en su forma original de mensaje de datos según lo dispone la Ley 527 de 1999. Del mismo modo, no sería posible atribuirles el carácter de prueba documental en los términos del inciso segundo del artículo 247 del Código General del Proceso, dado que se desconoce a su autor.

Sobre el particular, la jurisprudencia considera que la impresión de un correo electrónico aportado como prueba debe ser valorado como prueba documental *escrita* según las reglas de la sana crítica. Esta corriente jurisprudencial fue consagrada legalmente en el inciso segundo del artículo 247 del Código General del Proceso, por cuya virtud:

"Artículo 247. Valoración de mensajes de datos. "Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos" (Subraya fuera de texto).

Como se desprende del inciso segundo de la norma *sub examine*, la impresión de un mensaje de datos como los correos electrónicos, será valorada según las reglas generales de los medios de prueba documental. Bajo esta óptica, este Despacho analizó dichas evidencias en conjunto y bajo los principios de la sana crítica, como lo hizo con todas las pruebas que reposan en el expediente.

Del mismo modo, se reitera que los hechos acreditados a través de estos correos electrónicos, fueron corroborados mediante otros medios de prueba como declaraciones u otros documentos que le permitieron a esta Superintendencia verificar su contenido, respecto de la infracción de las normas de competencia por el acuerdo de precios celebrado por las subastas ganaderas investigadas y los actos de influenciación ejercidos por la agremiación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por lo demás, no sobra decir que la misma Ley 527 de 1999⁹⁷, dispuso en su artículo 10:

Artículo 10. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. *"Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.*

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original".

Corolario de lo anterior, la Autoridad de Competencia advierte que de tiempo atrás la ley le ha reconocido a los mensajes de datos –como los correos electrónicos– la misma eficacia probatoria que la atribuida a los documentos. Este carácter de prueba en las actuaciones administrativas respecto de los mensajes de datos, no puede ser desconocido por no haber sido presentados en su forma original, según lo contempla el apartado final del inciso segundo de la norma en cita. Por lo anterior, el argumento relacionado con la carencia de valor probatorio de los correos electrónicos impresos obrantes en el expediente, será desestimado.

Otro de los argumentos expuestos en los recursos de reposición, tiene que ver con que esta Superintendencia les reprochó a los investigados no haber impugnado el Acta No. 007, donde se convinieron acuerdos anticompetitivos, si consideraban que la misma no se ajustaba a derecho por su forma o contenido. Sobre el particular, afirmaron los sancionados que las subastas son empresas que desarrollan su actividad en la provincia, razón por la cual, no cuentan con abogados para adelantar las acciones judiciales correspondientes. En el mismo sentido, **SUBAGAUCA** afirmó que no impugnó el acta ya que no aplicaría la comisión, lo cual no tendría ninguna consecuencia porque **ASOSUBASTAS** no podía hacerla exigible.

En primer lugar, el Despacho no comparte el argumento expuesto en cuanto a que, por el hecho de desarrollar su objeto social en una zona provincial, las subastas ganaderas no estén en posibilidad de contar con profesionales del derecho que les asistan en la defensa de sus intereses jurídicos. Aceptar este argumento, sería tanto como dar carta de naturaleza para que en lo sucesivo, so pretexto de encontrarse en una región apartada del país, los agentes económicos quebranten impunemente las normas de protección de la libre competencia, y, como mecanismo de defensa esgriman que se encontraban en imposibilidad geográfica de asistirse de un profesional del derecho. Sobre el particular debe mencionarse que dicho argumento no parece tener cabida si se tiene en cuenta que todas las subastas parecen contar a la fecha con idónea representación jurídica.

A propósito del acta de asamblea del 27 de febrero de 2012 objeto de controversia por parte de los investigados, la Superintendencia se pronunció en el acto administrativo recurrido, reafirmando el hecho de que en las actuaciones administrativas adelantadas por prácticas anticompetitivas, no es dable pronunciarse sobre la legalidad de las actas de juntas directivas o de asambleas, dado que le corresponde a la Superintendencia de Sociedades y a los jueces de la República, en el marco de sus competencias funcionales, pronunciarse sobre tales instrumentos donde se consigna la voluntad social. No obstante, sí es posible manifestar, que al acta se tomó como prueba documental y que su contenido se toma por cierto, salvo que obrase prueba en contrario, lo cual no ocurrió.

Por lo demás, no sobra reiterar que el Acta No. 007 es una más de las evidencias que le permitió a la Superintendencia de Industria y Comercio, determinar que los investigados infringieron las normas de competencia. Esto se concluyó a propósito del análisis en conjunto de las pruebas que obran en el expediente.

En segundo lugar, **SUBAGAUCA** afirmó que no impugnó el Acta No. 007 ya que no aplicaría la comisión, porque **ASOSUBASTAS** no podía hacerla exigible. Sobre el particular, el Despacho no encuentra de recibo este argumento dado que si bien es cierto no se probó que con posterioridad a la celebración de la asamblea del 27 de febrero de 2012 dicha subasta ganadera hubiera implementado el cobro adicional de la comisión a cargo de los compradores de ganado, esto no

⁹⁷ *"Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones".*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

significa que su conducta no haya violado el régimen de protección de la libre competencia económica, lo anterior ya que se acreditó su asistencia a la mencionada asamblea del 27 de febrero de 2012, así como su conocimiento previo y preciso de la propuesta relativa al cobro concertado de una comisión del 0.5% a cargo de los compradores de ganado.

Un último argumento esgrimido por **SUBAGAUCA**, tiene que ver con el hecho de que ésta fue admitida a proceso de reorganización empresarial por la Superintendencia de Sociedades, en los términos de la Ley 1116 de 2006. Así lo indicó:

"Y por último, y particularmente grave en el caso de SUBAGAUCA, no tuvo en cuenta que ésta fue admitida ante la Superintendencia de Sociedades a proceso de reorganización empresarial en abril de 2012, el cual se confirmó mediante Oficio del 12 de mayo de 2013 radicado bajo el número 2013-02-033245".

Si bien la Superintendencia de Industria y Comercio ha podido constatar que, en efecto, actualmente **SUBAGAUCA** se encuentra en proceso de reestructuración empresarial ante la Superintendencia de Sociedades⁹⁸, lo cierto es que aquel trámite no tiene incidencia alguna en esta etapa de la actuación por violación de las normas de competencia.

En efecto, una vez concluya el presente procedimiento administrativo según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011⁹⁹, la obligación dineraria relacionada con la multa impuesta por la infracción de las normas de competencia se hará exigible, caso en el cual, será en el marco del procedimiento administrativo de cobro coactivo que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio, donde corresponderá determinar la prelación del crédito de cara al proceso de reorganización empresarial surtido ante la Superintendencia de Sociedades.

Finalmente, un aspecto relacionado con el trámite procesal de la presente actuación administrativa, tiene que ver con las nulidades solicitadas por la supuesta falta de competencia funcional del Coordinador del Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia para instruir esta investigación, y con el testimonio de **ÓSCAR GUSTAVO GONZÁLEZ CÁRDENAS** el cual no habría podido ser controvertido válidamente por los investigados en el momento procesal oportuno.

En relación con la alegada falta de competencia funcional del Coordinador del Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia para instruir esta investigación, tanto la Delegatura en su Informe Motivado, como este Despacho en la Resolución Sancionatoria, han indicado que según el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, la oportunidad procesal para alegar una nulidad que pudiere haberse presentado en el curso de una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia debe ser antes de que inicie el término de traslado del Informe Motivado, en tal virtud, si se hiciera con posterioridad –como en el presente caso– habrá precluido la oportunidad procesal. No obstante lo anterior, a continuación se reitera lo señalado por la Delegatura al resolver sobre la mencionada solicitud de nulidad:

*"Mediante comunicación radicada con No. 12-61309-1438 del 2 de julio de 2015¹⁰⁰, **ASOSUBASTAS, C.C. GANADERA, CENTRAL GANADERA, COGASUCRE, SUBASTAR, SUGASAM y ASOCEBÚ, ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA** (representante legal de **ASOSUBASTAS** y **C.C. GANADERA**), **JORGE MARIO ESCOBAR CALLE** (representante legal de **CENTRAL GANADERA**), **GUSTAVO VERGARA ARRÁZOLA** (representante legal de **COGASUCRE**), **WILLIAM BOTERO MASAD** (representante legal de **SUBASTAR**), **ÓSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ** (representante legal de **SUGASAM**) y **AUGUSTO VILLARREAL AMAYA** (representante legal de **ASOCEBÚ**) solicitaron la nulidad de las pruebas recaudadas durante la visita administrativa realizada a **CENTRAL GANADERA** el 6 de julio de 2012.*

⁹⁸ http://superwas.supersociedades.gov.co/virtuales/jsp/externo/baranda_virtual.jsp [Consulta: 04/MAY/17]

⁹⁹ Ley 1437 de 2011, artículo 87. **Firmeza de los actos administrativos.** "Los actos administrativos quedarán en firme:

(...)

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

(...)" (subrayado fuera del texto original).

¹⁰⁰ Folios 7025 a 7059 del Cuaderno Público No. 37 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Lo anterior, debido a que, según se afirmó, la visita administrativa se realizó por parte del Coordinador del Grupo de Protección de la Competencia sin que hubiera mediado delegación expresa de su superior jerárquico para el efecto, es decir, del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en desconocimiento del artículo 9 de la Ley 489 de 1998¹⁰¹.

Al respecto, la Delegatura considera pertinente referirse a los siguientes dos aspectos: (i) la creación y funciones asignadas al Grupo de Trabajo de Protección de la Competencia, vinculado con el Despacho del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, y (ii) las funciones y/o facultades que tiene el Coordinador de dicho grupo.

Sobre el primer aspecto, debe señalarse que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 numeral 51 del Decreto 3523 de 2009 (antes artículo 55 del Decreto 2153 de 1992), se otorgó al Superintendente de Industria y Comercio la facultad de crear y organizar grupos internos de trabajo con el fin de desarrollar con eficiencia y eficacia los objetivos, políticas, planes y programas de la Superintendencia. En ejercicio de dicha facultad, el Superintendente, mediante la Resolución 56880 del 5 de noviembre de 2006, creó y organizó el Grupo de Trabajo de Protección de la Competencia, vinculado con el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, y le encargó como una de sus funciones:

"1. Apoyar el análisis de admisibilidad sobre las quejas que se presenten por la presunta violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal administrativa. (Destacado por fuera del texto original)

Así las cosas, el Grupo de Trabajo de Protección de la Competencia se desplazó a las instalaciones de diferentes subastas ganaderas, con el propósito de apoyar al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, en el análisis de admisibilidad de la queja radicada con el No. 12-61309-00 y así poder determinar la necesidad de abrir una investigación formal ante la posible existencia de una violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas (numeral 3 del artículo 1¹⁰² y numeral 4 del artículo 9¹⁰³ del Decreto 4886 de 2011).

En consecuencia, durante el desarrollo de la visita administrativa a **CENTRAL GANADERA**, los miembros del Grupo de Trabajo de Protección de la Competencia adelantaron diferentes actuaciones con el fin de apoyar el análisis de admisibilidad de la queja, como solicitudes de información y recepción de declaraciones, en cumplimiento, no solamente de las normas mencionadas, sino además de los numerales 62, 63 y 64 del Decreto 4886 de 2011, tal y como lo acredita la credencial que se emitió para la visita¹⁰⁴.

Ahora bien, respecto de las funciones del Coordinador del Grupo de Trabajo de Protección de la Competencia, debe decirse que mediante la Resolución No. 56997 del 21 de octubre de 2011, se nombró a Julio Castañeda como Coordinador del Grupo de Trabajo de

¹⁰¹ **Artículo 9. Delegación.** "Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente Ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias".

¹⁰² **Artículo 1. Funciones generales.** "La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

3. Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

(...)"

¹⁰³ **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.

(...)"

¹⁰⁴ Folio 434 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Protección de la Competencia y se le asignaron las funciones que ejercería con ocasión del desempeño de su cargo. Además, que el artículo segundo de la resolución estableció que el funcionario supervisaría, orientaría y ejecutaría las funciones asignadas en la Resolución 56880 del 5 de noviembre del 2009 al Grupo de Trabajo de Protección de la Competencia, vinculado con el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Y que, por su parte, el artículo tercero del mismo acto administrativo dispuso como funciones las siguientes:

"ARTÍCULO TERCERO: Como Coordinador del Grupo de Protección de la Competencia ejercerá además de las funciones en mención las siguientes funciones:

1. Orientar la ejecución de las labores del grupo, participar en su realización y supervisar el cumplimiento de las mismas." (Destacado por fuera del texto original)

De acuerdo con lo anterior, puede verse que dentro de las funciones del servidor a cargo del grupo no solamente estaba la de supervisar y orientar la ejecución de sus labores, sino, además, la de participar en el desarrollo de las mismas, las cuales incluyen naturalmente la realización de visitas administrativas.

Así las cosas, es claro para esta Delegatura que el coordinador Julio Castañeda tenía la facultad de adelantar visitas administrativas y las actuaciones necesarias para cumplir con su objeto y recaudar la información para tramitar la queja referida con anterioridad. En consecuencia, debe rechazarse la solicitud presentada como quiera que la actuación reprochada por los investigados se desarrolló con observancia del respectivo marco jurídico y, por ende, de los principios fundamentales del debido proceso.¹⁰⁵

Bajo este panorama y al no existir ninguna prueba ni argumento adicional por parte de los recurrentes en relación con este aspecto, el Despacho reitera la denegación de la solicitud de nulidad.

Ahora bien, en lo concerniente a la nulidad solicitada referente al testimonio rendido por **ÓSCAR GUSTAVO GONZÁLEZ CÁRDENAS** recogido en el curso de la averiguación preliminar¹⁰⁶, el cual no habría podido ser controvertido válidamente por los investigados en el momento procesal oportuno, vale mencionar que el Despacho ya se había pronunciado en la Resolución Sancionatoria, advirtiendo que los mismos investigados reconocieron que la Delegatura, a petición de parte, decretó el testimonio de **ÓSCAR GUSTAVO GONZÁLEZ CÁRDENAS** y procedió a adelantar las gestiones tendentes para que compareciera; sin embargo, el testigo no compareció a rendir su declaración ni tampoco justificó su inasistencia. Así pues, no es posible decretar la nulidad de una prueba testimonial recaudada en etapa de averiguación preliminar, cuando ya en la etapa de investigación formal, el testigo se muestra renuente a comparecer ante esta Superintendencia.

Por lo demás, no sobra recordar que las nulidades procesales están sometidas a unas estrictas formalidades relacionadas con las causales de procedencia y oportunidad para alegarlas, lo cual hace que ciertas circunstancias que pudieran dar origen a ellas, queden saneadas con miras a no impedir la continuación o finalización de los procesos judiciales o administrativos.

En cuanto al régimen de nulidades previsto para las actuaciones administrativas por prácticas anticompetitivas, dispone el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009:

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

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

¹⁰⁵ Numeral 5.2. del Informe Motivado.

¹⁰⁶ Folios 41 a 44 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Como puede advertirse, la oportunidad procesal para alegar una nulidad que pudiese presentarse en una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia debe alegarse antes de que inicie el término de traslado del Informe Motivado, en tal virtud, si se hiciera con posterioridad –como en el presente caso– la oportunidad procesal habría precluido.

En este caso, el Despacho observó que el testimonio de **ÓSCAR GUSTAVO GONZÁLEZ CÁRDENAS** cuya nulidad se pretende, fue recogido el 6 de julio de 2012 encontrándose la presente actuación administrativa en etapa de averiguación preliminar y solamente, hasta el término de traslado del Informe Motivado, se puso de conocimiento esta situación, lo que sin duda lleva a este Despacho a la conclusión de que dicha nulidad está saneada¹⁰⁷. Por estas razones, esta Superintendencia reitera la denegación de la solicitud de declaratoria de nulidad que se planteó, atendiendo a los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente Resolución.

De otra parte, en el escrito de reposición presentado por **SUBAGAN SOGA**, se afirmó que en la Resolución Sancionatoria no se tuvo en cuenta el escrito presentado por el gerente de dicha subasta ganadera, el cual contiene el pronunciamiento de aquella investigada al Informe Motivado. Lo anterior, teniendo en consideración que fue presentado en el Despacho del Superintendente Ad-Hoc y el cual se puso en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sobre el particular, advierte el Despacho que no le asiste razón al recurrente en su afirmación, ya que esta Superintendencia sí consideró y resolvió todos los aspectos planteados por **SUBAGAN SOGA** en su escrito de observaciones al Informe Motivado.

En efecto, dicha subasta ganadera consideró que no existía un acuerdo anticompetitivo por objeto, dado que la determinación de cobrar una comisión debía hacerse de manera independiente por cada una de las subastas, entre otras cosas, para adquirir un seguro de vida para los deudores¹⁰⁸.

Del mismo modo, se reiteró la nulidad del acto de pruebas toda vez que se le denegó el decreto y práctica de la prueba testimonial de **JOAQUÍN ARTURO GARCÍA MONTES**¹⁰⁹. Un último aspecto planteado, tiene que ver con la supuesta indeterminación del mercado relevante afectado, ya que no se delimitó correctamente el área de influencia de las subastas, así como tampoco los sustitutos que se ofrecen para la adquisición de ganado en pie¹¹⁰. Por lo demás, **JORGE HUMBERTO HERRERA** afirmó que no le era imputable ninguna responsabilidad en los hechos investigados como representante legal de **SUBAGAN SOGA**, ya que no está probado que hubiera presentado las propuestas que se discutieron en la reunión del 27 de febrero de 2012, o hubiera convencido a alguien más de implementar dichos acuerdos.

Así las cosas, y contrario a lo afirmado por este investigado, en la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio analizó dichos argumentos, y, en tal virtud resolvió sobre ellos, como se expone a continuación.

En efecto, particularmente sobre la supuesta nulidad relacionada con el testimonio de **JOAQUÍN ARTURO GARCÍA MONTES**, la Superintendencia de Industria y Comercio en el numeral 8.9.8 de la Resolución Sancionatoria se pronunció en el siguiente sentido:

"8.9.8. Sobre los argumentos relacionados con aspectos procesales y probatorios

*En su escrito de observaciones al Informe Motivado (...) afirmaron que la Superintendencia de Industria y Comercio presuntamente les habría vulnerado su derecho de defensa, al no decretar el testimonio **JOAQUÍN ARTURO GARCÍA MONTES** (...).*

El Despacho no comparte las anteriores afirmaciones, ya que al revisar los antecedentes relacionados con el decreto del referido testimonio, se pudo observar que mediante Resolución No. 13020 del 25 de marzo de 2015¹¹¹ la Delegatura decretó de oficio la

¹⁰⁷ Cfr. Código de Procedimiento Civil, artículo 144, numeral 1; y, Código General del Proceso, artículo 136, numeral 1.

¹⁰⁸ Folio 7828 del Cuaderno Público No. 40 del Expediente.

¹⁰⁹ Folio 7829 del Cuaderno Público No. 40 del Expediente.

¹¹⁰ Folios 7829 y 7830 del Cuaderno Público No. 40 del Expediente.

¹¹¹ Folios 4294 a 4321 del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*práctica del testimonio de **JOAQUÍN ARTURO GARCÍA MONTES** (...) prueba que fue practicada en las instalaciones de esta Entidad el 15 de abril de 2015¹¹².*

*Dado que a **PROAGAN** no se le comunicó en debida forma la diligencia del testimonio anteriormente referido, mediante Resolución No. 24424 del 15 de mayo de 2015¹¹³ la Delegatura decretó la nulidad de dicho testimonio y ordenó su reprogramación para el 25 de mayo de 2015. Llegado el día y hora para la recepción de la declaración, el testigo no compareció ni justificó su inasistencia, ante lo cual, a través de la Resolución No. 29526 del 1 de junio de 2015, la Delegatura ordenó por segunda vez su reprogramación, sin que el testigo compareciera ni justificara su ausencia. Así las cosas y por existir suficientes elementos de juicio en relación con el objeto de la frustrada diligencia, mediante Resolución No. 30605 del 12 de junio de 2015¹¹⁴ la Delegatura limitó la práctica de este testimonio, el cual, se reitera, fue decretado de oficio y no por solicitud de los investigados.*

*Así las cosas, para el Despacho es claro que no se conculcó el alegado derecho de defensa y debido proceso, dado que esta Superintendencia no solamente obró con diligencia al decretar de oficio el testimonio de **JOAQUÍN ARTURO GARCÍA MONTES** por considerarlo pertinente, conducente y útil a fin de acopiar elementos de juicio sobre los hechos investigados, sino que, además, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción de la prueba, citó en dos oportunidades al testigo sin lograr que en ninguna de ellas compareciera, razón por la cual, si la diligencia no se pudo llevar a cabo fue por la renuencia misma del citado, no por falta de interés y gestión por parte de esta Entidad".*

Sobre la supuesta indeterminación del mercado relevante afectado, ya que no se habría delimitado correctamente el área de influencia de las subastas, así como tampoco los sustitutos que se ofrecen para la adquisición de ganado en pie¹¹⁵ planteada por **SUBAGAN SOGA** en sus observaciones al Informe Motivado, y respecto del cual afirma que esta Superintendencia no se pronunció, se advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio en el numeral 8.9.1 de la Resolución Sancionatoria se pronunció en el siguiente sentido:

"8.9.1. Análisis del Despacho en relación con los argumentos de carácter económico

La mayoría de los argumentos económicos presentados en las observaciones al Informe Motivado están encaminados a cuestionar la definición del mercado relevante realizada por la Delegatura y demostrar que la conducta carece de significatividad.

Al respecto debe partirse por recordar que un argumento en este sentido en nada afecta la responsabilidad administrativa de los cartelistas, teniendo en cuenta que, como ya se mencionó, la doctrina consolidada de la Superintendencia de Industria y Comercio en casos de carteles empresariales el mercado relevante está definido por la misma conducta anticompetitiva. Así las cosas, expandir o contraer el alcance del mercado relevante no tiene injerencia alguna ni afecta el hecho de que unos empresarios –subastas ganaderas y su agremiación– se hubieran cartelizado para acordar el cobro de una comisión. De otro lado, el análisis de la significatividad de la conducta es una cuestión que escapa de los asuntos a definir en la presente decisión, toda vez que, se reitera, se trata de un aspecto que debe determinar la Delegatura al momento de tomar la decisión de iniciar un procedimiento sancionatorio mediante la formulación de cargos, pero que tampoco afecta el juicio de responsabilidad. En términos simples: una conducta ilegal, así carezca de significatividad, sigue siendo ilegal. En la presente actuación, sin embargo, la significatividad de la conducta está plenamente demostrada.

No significa lo anterior que el Despacho no tenga en cuenta el impacto en el mercado de la conducta como uno de los criterios establecidos en la ley para la dosificación de la sanción, pero no, se insiste, para determinar si un investigado es administrativa responsable por infringir el régimen de libre competencia económica.

A continuación se resumen de manera general los argumentos económicos presentados por los investigados en el siguiente orden: (i) definición del mercado relevante en su dimensión de mercado de producto y geográfico; (ii) potencialidad de distorsionar el

¹¹² Folios 5972 a 5974 del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

¹¹³ Folios 6734 a 6739 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente.

¹¹⁴ Folios 6884 a 6889 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente.

¹¹⁵ Folios 7829 y 7830 del Cuaderno Público No. 40 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

mercado; (iii) análisis de barreras de entrada; y (iv) requerimiento realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio al **MADR** y el estudio macroeconómico allegado por el citado Ministerio.

En primer lugar, en cuanto a la definición del mercado relevante, **SUGANAR** señaló que ésta pasó de ser el mercado nacional de la intermediación en la compra y venta de ganadería en la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos, a la intermediación en la compra y venta de ganado prestado por las subastas ganaderas como intermediarias para la comercialización de ganado en pie en el Informe Motivado.

Respecto del análisis de sustituibilidad de las subastas ganaderas, los investigados señalaron que la Delegatura hizo su análisis basándose en elementos erróneos y que no permiten sustentar una clara diferencia entre los distintos mecanismos de comercialización de ganado en pie, tales como el corralaje, el concepto de valor por kilo, el tipo de ganado que se comercializa, forma de fijación del precio, la forma de transacción, la participación directa del proveedor y la garantía de pago.

Específicamente, señalaron que las supuestas características diferenciadoras de las subastas están presentes en otro tipo de mecanismos de comercialización. Al respecto indicaron que: (i) las concentraciones ganaderas también comercializan ganado para cría, levante o engorde con destino a predios y sacrificios; (ii) en dichas concentraciones se prohíbe la participación directa del proveedor por reglamento interno; (iii) en todos los escenarios de comercialización existe garantía de pago, pues el producto solo se le entrega al comprador una vez el vendedor haya recibido el pago del precio; (iv) en otros tipos de concentraciones ganaderas utilizan la modalidad de remate; (v) no solo en las subastas se utilizan intermediarios para las transacciones, pues también están presentes en las diferentes concentraciones ganaderas; y (vi) el pesaje, corralaje, otorgamiento de plazos y la exhibición de ganado son propios de cualquier escenario de venta de ganado.

Adicionalmente, afirmaron que respecto del elemento de corralaje, la Delegatura presentó una contradicción argumental porque señaló que en las concentraciones ganaderas se debían asumir costos de corralaje por parte del ganadero. Sin embargo, mencionó en diferentes ocasiones que son las subastas quienes cobran servicios de corralaje. Tal contradicción, permite descalificar este elemento dentro del estudio de sustituibilidad. Al referirse al valor por kilo, señaló que es un parámetro productivo y no necesariamente de precio que se usa generalizadamente en todas las formas de intermediación.

Sobre la dimensión del mercado afectado, algunas investigadas, específicamente **SUGANAR** y **KORAN**, señalaron que la comercialización de ganado en pie a través de subastas ganaderas es insignificante toda vez que existen otros métodos de comercialización, como el de Potrero – Báscula, que no fue incluido en el cálculo de participaciones.

En cuanto al alcance geográfico de las subastas ganaderas, **SUBACASANARE** afirmó que la Delegatura no tuvo en cuenta los factores externos que dificultan el transporte del ganado a otras regiones (como el costo del transporte, el mal estado de las vías de las regiones, baja de peso del ganado, entre otros), afectando así el mercado y disminuyendo la participación de la subasta en otras regiones del país. Igualmente, indicó que la Delegatura hizo un planteamiento equivocado de mercado relevante pues el acuerdo ilegal se promovió para unas subastas específicas, el cual benefició solamente a unas zonas de influencia, por lo que no se debió definir como un mercado nacional sino regional. Sobre este mismo punto, **PROAGAN** indicó que no compite con subastas ganaderas ubicadas fuera de Pereira (Risaralda) o Santaguada (Caldas), y que no hay ninguna prueba técnica que demuestre, por el lado de los compradores, respecto de quienes se habría celebrado el supuesto acuerdo, que el mercado fuese nacional.

En segunda medida, respecto de la potencialidad de afectar o distorsionar el mercado nacional, **SUBABUGA** manifestó que al ser la subasta más pequeña del país, sus decisiones no tienen la potencialidad de generar distorsión alguna. Por su parte, **KORAN** señaló que la participación de las subastas ganaderas afiliadas a **ASOSUBASTAS** es mínima comparada con las existentes en el país, alcanzando escasamente un 36%. En el mismo sentido, las investigadas indicaron que no tienen la posibilidad de determinar las condiciones del mercado dado que tienen un mínimo porcentaje de participación y por su calidad de intermediarios, el hecho de fijar un costo trasladaría la decisión de los participantes a escenarios sustitutos.

En tercer lugar, respecto de la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores al mercado de subastas, **PROAGAN** afirmó que no es cierto que estas existan, teniendo

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en cuenta que en las reglamentaciones de dicho servicio permiten que cualquier individuo pueda participar en la creación de una sociedad que tenga por objeto crear una subasta ganadera. Las investigadas también señalaron que no existen pruebas que demuestren que cumplir con esos requisitos tiene un costo o requiere una determinada inversión.

Por último, sobre la petición realizada al **MADR** y el estudio macroeconómico presentado por dicho ministerio, indicaron que la Superintendencia de Industria y Comercio, al realizar el requerimiento no adoptó una visión macro del sector ganadero en Colombia, sino que se centró solamente en las subastas ganaderas sin mencionar la competencia potencial, y que el estudio macroeconómico presentado por el **MADR**, en el cual se basaron los análisis del mercado relevante, adolece de fallas pues no se determinó un análisis de mercado relevante de producto y geográfico, no realizó un análisis cuantitativo ni cualitativo de sustituibilidad de la oferta y la demanda, ni presentó un análisis de barreras de entrada y salida.

A continuación se dará respuesta a cada uno de los argumentos anteriormente presentados.

Respecto del argumento de **SUGANAR** relacionado con el cambio en la definición del mercado relevante, vale la pena recordar que, contrario a lo señalado por la investigada, en la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos se concluyó en el numeral 9.2 que el mercado presuntamente afectado era el de la comercialización de ganado en pie mediante el sistema de subasta en las regiones Central y Eje Cafetero, Costa Caribe, Llanos Orientales, Magdalena Medio, Oriente y Sur del país. Como puede apreciarse, la investigada incurre en un error, pues malinterpretó la dimensión de producto del mercado en mención, al considerar que el mercado estuviera asociado con la comercialización de ganado en pie sin importar el mecanismo mediante el cual se realiza la transacción. Tal como ya se dijo, la subasta ganadera representa en sí misma un mecanismo de comercialización de ganado en pie con características tan particulares que se diferencia de cualquier otro mecanismo de comercialización de ganado en pie.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos relacionados con la determinación y alcance del mercado afectado, este Despacho recuerda, como se indicó previamente, que en los casos de cartelización tal determinación está dada por el alcance de la conducta de los investigados. Así, teniendo en cuenta que el acuerdo reprochado versaba sobre una comisión que debían cobrar las subastas ganaderas a los compradores, el mercado afectado corresponde a la comercialización de ganado en pie a través de subastas ganaderas y no resulta necesario realizar un análisis de sustituibilidad de dichas subastas respecto de otros sistemas de comercialización de ganado en pie.

No obstante lo anterior, este Despacho analizó las características propias de las subastas ganaderas y concluyó que la comercialización de ganado en pie a través de subastas ganaderas es en sí mismo un mercado. Lo anterior, toda vez que las subastas de este tipo se caracterizan por un proceso de formación de precios completamente distinto del resultante de cualquier otro esquema de comercialización de ganado en pie. Como ya se indicó, el precio resultante en cada transacción de la subasta es producto de la puja que una pluralidad de demandantes realiza frente a un precio base propuesto por el oferente, en un entorno en el cual existe información incompleta sobre la valoración máxima a pagar por cada uno de los participantes en este esquema de comercialización.

Respecto de los demás factores diferenciadores de las subastas ganaderas, este Despacho reconoce que si bien algunas de las características señaladas podrían compartirse con otros esquemas de comercialización de ganado en pie, lo cierto es que no existe esquema de comercialización alguno que cumpla con todas y cada una de las condiciones que permite definir una subasta ganadera. Por tal razón, este Despacho tiene a bien concluir en cuanto a la dimensión de producto del mercado afectado, que la subasta ganadera en sí misma corresponde al producto objeto de análisis del mercado en la presente investigación.

En cuanto a la supuesta contradicción relacionada con el elemento de "corralaje" cobrado tanto en las subastas como en las concentraciones ganaderas, este Despacho considera que el hecho de que en ambos esquemas de comercialización se cobre el servicio de "corralaje" no implica que dichos servicios sean sustitutos entre sí, pues como se indicó, no existe esquema de comercialización alguno que cumpla con todas y cada una de las condiciones que permite definir una subasta ganadera.

Respecto del concepto valor por kilo, el cual fue resaltado en el Informe Motivado como un parámetro productivo y no como uno de precio, recuerda este Despacho que una de las

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

características inherentes a cualquier subasta, es que el proceso de formación del precio no necesariamente es el resultante de la estructura de costos del producto, pues si bien existe un precio base que podría incorporar tal parámetro, lo cierto es que el precio final resulta de la puja en el proceso de subasta, que estará en función del número de participantes y de las respectivas disposiciones a pagar de estos. Así, para este Despacho no resulta relevante el hecho de que en el Informe Motivado no se haya especificado el valor por kilo como un parámetro de precio.

Por lo anterior, no son de recibo los argumentos relacionados con la significatividad de las subastas dentro de todos los mecanismos de comercialización de ganado en pie, ni con aquellos relacionados con la multiplicidad de agentes capaces de ofrecer servicios de comercialización de este tipo de ganado, supuestamente equiparables al servicio de comercialización ofrecido por las subastas ganaderas. Lo anterior, toda vez que, como se vio, por ser las subastas ganaderas un mercado en sí mismo, no es posible considerar dentro del mercado otros mecanismos de comercialización como el señalado por las investigadas. Si bien el mecanismo de Potrero – Báscula representa una opción para comercializar ganado en pie, lo cierto es que no brinda a los participantes condiciones equivalentes a las que tendrían acceso si se tratara de una subasta ganadera, en especial en lo concerniente al proceso de formación de precios, elemento que ya fue enunciado y tratado con detalle en la presente actuación administrativa.

*En cuanto al alcance geográfico de las subastas ganaderas, el Despacho concluyó en líneas precedentes, que la dimensión geográfica del mercado afectado es nacional. Pese a no desconocer la existencia de costos ligados a la movilización de ganado en pie, dificultades en materia de infraestructura vial y la merma de peso del ganado, se pudo constatar la presencia de comercio interdepartamental, incluso entre departamentos que forman parte de diferentes regiones del territorio nacional. Es tan claro este hecho, que en sus observaciones al Informe Motivado **KORAN** reconoció como opción la posibilidad de adquirir ganado en las diferentes subastas existentes a lo largo y ancho del territorio colombiano.*

Resulta importante indicar que al ser el mercado afectado de carácter nacional, el hecho de que las subastas ganaderas cartelizadas se encontraran en regiones específicas no significa que deba concluirse que el mercado sea regional, pues la determinación del alcance del mercado afectado no depende únicamente de la ubicación de quien hace parte del cartel empresarial, sino de las dinámicas inherentes al mercado y condiciones de desarrollo del mismo, tales como el flujo de comercio de ganado, desarrollo de las subastas, e incluso prácticas anticompetitivas como la acá señalada concerniente en la fijación de una comisión a ser pagada por todo aquel comprador interesado en participar en cualquier subasta ganadera organizada por las investigadas, las cuales se llevaron a cabo en por lo menos once (11) departamentos.

Al respecto, vale la pena reiterar que, en la medida en que el mercado afectado tenga un carácter nacional, tal como sucede en el presente caso, se reconoce a cada una de las subastas ganaderas como competidoras, toda vez que no solamente el mecanismo de formación de precios resulta similar entre ellas, sino que está mostrado, de acuerdo con la información que reposa en el expediente, la existencia de flujos comerciales de ganado entre departamentos de distintas regiones del territorio nacional. Así, el que una subasta ganadera se ubique o no en Pereira (Risaralda) o Santaguada (Caldas), resulta irrelevante a efectos de su descalificación como competidor de otras subastas ganaderas del país.

En cuanto a la supuesta inexistencia de prueba técnica que demuestre que el mercado es nacional, este Despacho enfatiza en las consideraciones que conllevan a la definición nacional del mercado. Tal como fue mostrado para todos los departamentos seleccionados en la muestra, existe evidencia de flujos interdepartamentales de comercialización de ganado, incluso entre departamentos que no comparten frontera y que pertenecen a zonas geográficas diferentes. De igual manera, llama la atención de este Despacho el hecho de que los investigados hayan decidido reunirse con el fin de homogeneizar criterios y establecer una única tarifa por imponer a compradores de ganado en pie para cada una de las respectivas subastas, sin importar su ubicación. Así, considera este Despacho improcedente la observación según la cual no existe prueba técnica que permita definir adecuadamente la dimensión geográfica del mercado afectado en la presente actuación.

Respecto de los argumentos relacionados con la potencialidad de afectar o distorsionar el mercado, este Despacho considera pertinente indicar que en los casos de cartelización empresarial el hecho de que las empresas coludidas tengan en conjunto o individualmente una determinada participación en el mercado, no les exime de la responsabilidad de haber generado una distorsión en el mercado y, lo que es igualmente indeseable, que la conducta

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

reprochada genere incentivos para que en el largo plazo este tipo de acciones se propaguen entre sus competidores, sean o no asociados.

Ahora bien, para este Despacho el mercado afectado lo constituyó la comercialización de ganado en pie a través de subastas ganaderas, mercado en el cual las investigadas tuvieron no menos del 88% del total de cabezas de ganado en pie comercializado mediante este mecanismo. Por lo anterior, no es cierto que las investigadas no tuvieran la potencialidad de distorsionar el mercado a través de la determinación de la comisión para todo comprador interesado en participar en las señaladas subastas.

Respecto del argumento según el cual al ser intermediarios el hecho de fijar un costo trasladaría la decisión de los participantes a escenarios sustitutos, amerita que este Despacho proponga la siguiente reflexión. De acuerdo con la teoría económica la elasticidad precio de la demanda establece la sensibilidad, medida porcentualmente, que los demandantes de un mercado pudiesen tener ante cambios porcentuales en el precio del bien o servicio. Entre más inelástica tienda a ser la demanda menos reaccionará ante incrementos porcentuales en el precio de mercado¹¹⁶. Así, si los oferentes deciden establecer una comisión que genera una distorsión en el precio de mercado, esta acción supone un efecto determinado en la cantidad demandada, tanto en el corto como en el largo plazo.

Para el caso en concreto, el análisis anteriormente descrito resulta tan importante que incluso **SUBASTAR** afirmó que ante el cobro de la comisión, los ganaderos habían reaccionado reduciendo los volúmenes en el corto plazo, y que superada la transición, esperaban mejorar los ingresos provenientes de las subastas. Todo ello, le permite a este Despacho reconocer la alta inelasticidad que las subastas ganaderas tienen para los compradores que frecuentan este mecanismo de comercialización, los cuales si bien en un primer momento podrían ser renuentes a utilizar estas plataformas como lo hacían regularmente, en el largo plazo, según **SUBASTAR**, retomarían la dinámica de uso previo. De esta manera, el hecho de reconocerse como intermediarios en la comercialización de ganado en pie no permite concluir que la cartelización que acá se reprocha hubiese sido una acción que en lugar de beneficiarlos, los afectara financieramente.

En cuanto a los argumentos relacionados con el análisis de barreras de entrada de nuevos competidores, este Despacho considera pertinente indicar que el análisis realizado por la Delegatura en el Informe Motivado, constituyó un ejercicio descriptivo de las condiciones bajo las cuales operan las subastas ganaderas, dentro de las que se encuentran, adicional a los costos de inversión inicial, requisitos legales establecidos por el **ICA** que debe cumplir cualquier persona natural o jurídica que esté interesada en iniciar actividades como subasta ganadera. Si bien la reglamentación del **ICA** permite que cualquier individuo pueda crear una subasta ganadera para participar en el mercado afectado, este Despacho encuentra que tales requisitos representan un reto adicional por superar para entrar al mercado.

No obstante lo anterior, recuerda este Despacho que la conducta endilgada a las investigadas es la cartelización empresarial con el objeto de establecer una comisión para todo comprador que quisiera participar en cualquier subasta ganadera ofrecida por las investigadas. Para tal efecto, es irrelevante la determinación de la existencia de barreras a la entrada para calificar el objeto de la conducta investigada. Lo cierto es que sin importar la dificultad de superar las barreras de entrada que pudiesen haber estado presentes en el mercado, las empresas investigadas acordaron la fijación de la señalada comisión, con la potencialidad de generar una distorsión en dicho mercado.

Distinto sería que la conducta reprochada estuviese relacionada con un abuso de posición de dominio o existiera alguna graduación en la responsabilidad de los investigados en función de las barreras de entrada al mercado. Con esto, no reconoce la Autoridad que el análisis de las barreras de entrada debiera omitirse en cualquier investigación de cartelización, por cuanto es reconocido por distintas autoridades que la existencia de las mismas puede facilitar la coordinación entre competidores¹¹⁷. Lo que considera en el caso

¹¹⁶ Krugman, P. 2012. Microeconomics. Worth Publishers; Edición: 3rd edition. Cap. 6.

¹¹⁷ Symeonidis encuentra que existe una mayor probabilidad de colusión en aquellas industrias con una mayor intensidad en capital, esto es con mayores barreras a la entrada. Explica que factores que limitan la entrada a una industria y la volatilidad en la participación de mercado facilitan la coordinación y monitoreo entre competidores al tiempo que evitan que se reduzcan las ganancias del acuerdo por la entrada de firmas competitivas. Symeonidis, G. (2003). *In which industries is collusion more likely?* Evidence from the UK. *The Journal of Industrial Economics*, 51(1), 45-74.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en concreto este Despacho es que habiendo mostrado la reunión entre los diferentes co-cartelistas para la fijación de la señalada comisión, no resulta necesario profundizar el análisis de las barreras de entrada más allá de lo sugerido en el Informe Motivado.

En cuanto al argumento relacionado con el requerimiento realizado al MADR, este Despacho reitera que al estar delimitado el mercado afectado por el alcance de la conducta y los aspectos ya propuestos, en lo concerniente a la dimensión de producto y geográfico, el requerimiento realizado por esta Entidad al citado Ministerio se concentró sobre el funcionamiento del producto afectado. En cualquier caso, mal haría la Superintendencia de Industria y Comercio en desconocer la naturaleza de la conducta reprochada avanzando en un requerimiento macro del sector pecuario en Colombia, cuando el interés de esta Autoridad se concentra en el esclarecimiento de los hechos detrás de un cartel empresarial cuyo objeto fue la determinación de una comisión a todo comprador interesado en participar en la comercialización de ganado en pie a través de subastas ganaderas.

Ahora bien, respecto del argumento relacionado con las supuestas fallas del estudio presentado por el citado Ministerio, resulta importante señalar que en cualquier caso no es obligación, ni hace parte de sus competencias del MADR elaborar un estudio con las características que extrañan los investigados. Por el contrario, el concepto formulado por dicho Ministerio es un insumo, que en el trascurso de la investigación se consideró pertinente a efectos de entender y definir el mercado afectado en su dimensión de producto y geográfico. Así, se reconoce como una obligación para la Superintendencia de Industria y Comercio en la presente investigación compilar y analizar de una manera cuidadosa y detallada la totalidad de la información aportada, y con base en ello entender los alcances del cartel empresarial que acá se reprocha".

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en la presente Resolución, la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá algunos de los argumentos de naturaleza económica expuestos por algunos investigados en sus recursos de reposición, lo cuales coinciden igualmente con las manifestaciones hechas por **SUBAGAN SOGA**.

Por lo demás, **JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA** (Representante Legal de **SUBAGAN SOGA**) en su escrito de observaciones al Informe Motivado del cual afirma esta Entidad no tuvo en cuenta en la Resolución Sancionatoria, afirmó que no le era imputable ninguna responsabilidad en los hechos investigados como Representante Legal de **SUBAGAN SOGA**, ya que no está probado que hubiera presentado las propuestas que se discutieron en la reunión del 27 de febrero de 2012, o hubiera convencido a alguien más de implementar dichos acuerdos.

En relación con este aspecto, se advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio analizó en el numeral 8.8.4 del acto administrativo objeto de impugnación, la responsabilidad personal de **JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA** en su calidad de representante legal de **SUBAGAN SOGA**, en los siguientes términos:

"8.8.4. JORGE HUMBERTO HERRERA, representante legal de SUBAGAN SOGA

*Para la época de los hechos investigados, **JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA** se desempeñó como representante legal de la subasta ganadera **SUBAGAN SOGA**.*

*La responsabilidad personal de **JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA** se probó a través de evidencia documental, que permitió establecer que tuvo un rol importante en la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios) por parte de **SUBAGAN SOGA**.*

En efecto:

*Está probado que **JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA**, en su calidad de representante legal de **SUBAGAN SOGA** colaboró, facilitó, ejecutó, autorizó y toleró la práctica restrictiva de la competencia prevista en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios).*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Con ocasión de las gestiones adelantadas por **JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA, SUBAGAN SOGA** implementó a partir del 4 de abril del 2012 el cobro de la comisión concertada entre las subastas ganaderas y **ASOSUBASTAS**, a cargo de los compradores de ganado. De lo anterior da cuenta la certificación expedida por el revisor fiscal de dicha subasta ganadera¹¹⁸, donde se advirtió el cobro al comprador de ganado de una comisión del 0.5%, por concepto de "corralaje y pesaje" en los siguientes términos:

"(...) 5. Aparece en los registros contables que por la función de acercar en las instalaciones de su propiedad, al mandante y al comprador, a título de remuneración por esa actividad, la sociedad percibe el 3.1% del mandante y el 0.5% del comprador por los servicios de corralaje y pesaje"¹¹⁹. (Subrayado fuera del texto original)

Así mismo, se acreditó que **JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA** asistió a la Asamblea General Ordinaria de **ASOSUBASTAS** que se llevó a cabo el 27 de febrero de 2012, en la cual se propuso y se estipuló la implementación del cobro de una comisión de manera concertada a cargo del comprador de ganado, a partir del 1 de abril de 2012 con la intención, además, de que dicho acuerdo se extendiera a aquellas subastas ganaderas que no fueran afiliadas.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, ejecutado, autorizado y tolerado las prácticas restrictivas de la competencia previstas en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios) desarrolladas por **SUBAGAN SOGA**.

Como puede observarse, es claro que contrario a lo manifestado por **SUBAGAN SOGA** y **JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA** en cuanto a que no se habrían abordado ni considerado las observaciones que hicieron al Informe Motivado rendido por la Delegatura, se advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio sí estudió cada uno de dichos argumentos, cosa distinta es que ninguno de ellos tuvo la vocación de prosperidad como para desvirtuar la responsabilidad que les cabía en los hechos objeto de investigación y sanción.

Por último, algunos investigados afirmaron a su turno que en la Resolución Sancionatoria se evidenció el poco tiempo que se tomó el Superintendente Ad-Hoc para decidir sobre la presente investigación (1 mes y 10 días), razón por la cual, estuvo imposibilitado para conocer el expediente en su integridad, ya que el mismo consta de más de 35 cuadernos. Lo mismo puede afirmarse del poco tiempo que tuvo el Consejo Asesor para realizar el respectivo estudio y emitir su opinión sobre el particular.

Al respecto, en primer lugar se advierte un desconocimiento del procedimiento administrativo, ya que la investigación por la posible violación del régimen de competencia se basa en la existencia de una etapa de instrucción, consistente en la investigación que adelanta la Delegatura, al cabo de la cual, emite un informe motivado recomendándole al Superintendente de Industria y Comercio, sancionar a las investigadas o archivar la actuación administrativa al no encontrar suficiente evidencia de la infracción al régimen de competencia. Una vez culminada esta fase, el expediente pasa al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio a quien, por ley, le corresponde proferir la respectiva resolución sancionatoria o resolución de archivo de la investigación, caso en el cual, cesa todo el procedimiento administrativo cursado contra los sujetos investigados. Por lo demás, es oportuno manifestar que cuando el expediente administrativo llega al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, resulta irrelevante si se trata del funcionario titular o de uno ad-hoc, habida cuenta de que el trámite a seguir es exactamente el mismo.

Ahora bien, en relación con el término que tiene el Superintendente de Industria y Comercio para emitir su decisión en cuanto a la acreditación de la violación de las normas de competencia, debe indicarse que no existe en el régimen jurídico colombiano ninguna disposición legal que le imponga a la Superintendencia de Industria y Comercio, el deber de proferir el acto administrativo que resuelve sobre una determinada investigación dentro de un plazo determinado, distinto del término de caducidad de la facultad sancionatoria previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el cual ya fue estudiado de conformidad con el primer acápite de esta Resolución. Dicho lo anterior, resulta

¹¹⁸ Folios 1767 a 1810 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

¹¹⁹ Folio 1805 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

por demás extraño que se cuestione la eficiencia de una entidad estatal en la toma de las decisiones que por ley le corresponde. Del argumento se advierte que al parecer lo que pretendían los investigados era beneficiarse de la caducidad de la facultad sancionatoria y quedar impunes por la violación de las normas de competencia, lo cual está lejos de ocurrir en este caso dado que se actuó con eficiencia y la decisión adoptada fue tomada conforme a derecho.

En cuanto a los reproches manifestados por los recurrentes sobre el supuesto escaso tiempo que se tomó el Consejo Asesor para emitir sus opiniones frente a la investigación, vale poner de presente que a esta Superintendencia le resulta imposible emitir un juicio sobre el particular, en consideración de que dicho Consejo es un órgano auxiliar de carácter consultivo autónomo¹²⁰; por ello, tanto las opiniones expresadas como los tiempos que se toman para expresarlas le son ajenos al Despacho en virtud de la referida independencia de dicho Consejo.

4.12. Argumentos de carácter económico

En primer lugar, los investigados presentaron argumentos relacionados con el ejercicio de definición del mercado relevante realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución Recurrida.

Al respecto, algunos señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio relevó la importancia del concepto de mercado relevante en el derecho de la competencia en los casos que involucran un acuerdo de precios, pasando por alto la propia conceptualización de la Entidad que se refiere a la necesidad de efectuar el estudio del mercado afectado en el análisis de todas las conductas y no solo en las conductas de abuso de posición dominante. En su opinión, el mercado relevante tiene una importancia fundamental para efectos de determinar si la conducta resultó restrictiva de la competencia y realizar la graduación de la sanción.

PROAGAN y **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO** afirmaron que se definió equivocadamente el mercado relevante, lo cual llevó a considerar que el supuesto acuerdo tenía la capacidad de afectar la libre competencia. Puntualmente indicaron que no es cierto que los clientes de las subastas no sustituyan el servicio por otros sistemas de venta de ganado.

Sobre este punto, varios investigados indicaron que la Superintendencia de Industria y Comercio, sin tener pruebas en el expediente, y señalando las diferencias entre las subastas y otros mecanismos de comercialización de ganado en pie, concluyó que los compradores y vendedores de ganado no sustituyen las subastas con otros mecanismos. Para los investigados no es cierto que el servicio ofrecido por las subastas ganaderas sea un servicio diferente, pues como consta en el expediente, la misma se realiza en subastas presenciales, virtuales, paraderos, ferias, intermediarios y compraventa directa.

Adicionalmente, **PROAGAN** y **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO** señalaron que resulta errónea la comparación del presente caso con la decisión de la Comunidad Económica Europea en el caso de Christie's y Sotheby's por: (i) el tipo de bien involucrado en la subasta; (ii) la comisión fijada en dicho acuerdo era al vendedor y no al comprador; (iii) la Comisión Europea concluyó que el mercado relevante era global porque los investigados tenían salones de subastas en todo el planeta, de no haber sido así el mercado tendría que haberse definido como local. En el presente caso, cada subasta actúa en una región y no tienen subastas en todo el territorio nacional.

En cuanto al mercado geográfico, según algunas investigadas, la Superintendencia de Industria y Comercio hizo un análisis incompleto, sesgado y conveniente del mismo, pasando por alto, entre otras cosas, los costos del transporte del ganado, las distancias y la incidencia del transporte sobre la salud y el peso del ganado. Lo anterior, permite concluir que el mercado relevante no es nacional sino regional. Sobre este punto, **SUBACASANARE** resaltó que las vías en Casanare, Arauca y Meta son bastante limitadas, lo que afecta de manera significativa el comercio y la movilidad. En criterio de algunos investigados, una misma persona puede comprar en varias zonas del país, pero probablemente lo hace porque tiene tierras en esas zonas y no porque vaya a adquirir ganado a zonas alejadas para transportarlo hasta sus fincas.

Agregaron que los cuadros de flujos comerciales de ganado en pie presentados en la Resolución Sancionatoria no discriminan si el ganado corresponde a bovinos con destino o no a sacrificio.

¹²⁰ Decreto 4886 de 2011, artículo 25.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Puntualmente, **PROAGAN** indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio solo señaló que a las subastas localizadas en Planeta Rica, Necoclí y Medellín acuden compradores de regiones distintas a las que están ubicadas dichas subastas. En su criterio, para desvirtuar los testimonios que obran en el expediente, y así concluir que todas las subastas compiten entre ellas, la Superintendencia de Industria y Comercio tenía que probar para dónde se iban los ganados comercializados por **PROAGAN**, realizar un análisis de la importancia de determinada región para las subastas ganaderas y utilizar el test de Elzinga – Hogarti. Resaltó que según los cuadros presentados en la Resolución Sancionatoria de origen – destino de bovinos en Risaralda, la gran mayoría de los ganados vendidos en Risaralda tienen como origen y destino el mismo Risaralda o departamentos aledaños.

Ahora bien, respecto de las cuotas de participación de las subastas investigadas, señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio magnificó artificialmente el mercado afectado y, al no incluir los mecanismos sustitutos de comercialización de ganado en pie, le atribuyó a las subastas ganaderas una participación de mercado que no tienen (89%). Afirmaron que la Resolución Sancionatoria, desconoció la información aportada por el **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** y el **ICA**, según la cual la comercialización de ganado en pie en subastas es solamente el 10,5% del total nacional, y la participación de las investigadas en el mercado era del 13%.

En cuanto al argumento según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio relevó la importancia del concepto de mercado relevante, pasando por alto la propia conceptualización de la Entidad en cuanto a la necesidad de efectuar el estudio del mercado afectado en el análisis de todas las conductas, este Despacho advierte que contrario a lo afirmado por las investigadas, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó un análisis del mercado afectado que permitió concluir que el mecanismo de subastas de ganado en pie en Colombia representaba un sistema de comercialización que por sus características técnicas asociadas era en sí mismo un mercado cuyo alcance estaba delimitado por el servicio sobre el que recayó la conducta sancionada.

Así, contrario a lo afirmado por los investigados, no es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio haya relevado la importancia del análisis de mercado, pues como se indicó en la Resolución Sancionatoria, en los casos de acuerdos entre competidores o cartelización empresarial, el mercado presuntamente afectado está determinado por el alcance mismo de la conducta, por lo que resulta suficiente identificar los bienes y servicios sobre los cuales los investigados realizaron el acuerdo, y el territorio en el cual desarrollaban su actividad económica durante el periodo investigado.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos relacionados con la existencia de esquemas sustitutos de comercialización de ganado en pie, este Despacho, recuerda que las subastas se caracterizan por un proceso de formación de precios completamente distinto del resultante de cualquier otro esquema de comercialización de ganado en pie, pues como ya se indicó, el precio derivado de cada transacción en la subasta es el resultado de la puja que una pluralidad de demandantes realiza tomando como referencia un precio base propuesto por el oferente en un entorno caracterizado por información incompleta sobre la valoración máxima a pagar por cada uno de los participantes en este esquema de comercialización. Sumado a los anteriores factores, no existe esquema de comercialización que satisfaga todas y cada una de las condiciones que permiten concebir una subasta ganadera. Por tal razón, este Despacho reafirma lo señalado en la Resolución Sancionatoria, en cuanto a que la dimensión de producto del mercado afectado en la presente investigación corresponde a la colección de subastas ganaderas de ganado en pie, establecidas en el territorio nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho considera que el hecho de que existan otros sistemas de comercialización de ganado, no implica, necesariamente, que el acuerdo reprochado no haya tenido la capacidad de afectar la libre competencia. Por el contrario, en lo que se insistió en la Resolución Sancionatoria es que el haber acordado una comisión al comprador de la subasta generó una distorsión en el precio resultante de la transacción, que no hubiese sucedido de no haberse llevado a cabo la concertación que se reprocha. Por todo lo anterior, este Despacho también desestima el argumento de los investigados según el cual la conducta no tuvo la potencialidad de afectar la libre competencia económica.

Respecto del argumento relacionado con la comparación del caso en concreto con el caso de Christie's y Sotheby's, este Despacho considera pertinente señalar que la referencia utilizada en la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Resolución Sancionatoria se hizo con el ánimo de presentar la analogía entre los sistemas de formación de precios. Si bien se reconoce que las características de los bienes objeto de transacción son distintos y que la comisión acordada se establece en eslabones distintos del mercado, lo cierto es que a efectos de identificar la dimensión de sustituibilidad de producto, lo que se reconoció en el caso citado fue que las características inherentes al proceso de formación de precios constituía el argumento central para tal identificación. Así, quiso este Despacho con la referencia al caso de Christie's y Sotheby's, demostrar que el análisis realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio, está alineado con lo que otras autoridades de competencia del mundo han propuesto al momento de sancionar acuerdos de fijación de precios como el que acá se reprocha.

En cuanto al alcance geográfico del mercado afectado, es importante reconocer que este Despacho no consideró el caso de Christie's y Sotheby's como referente para determinar dicho alcance. La razón por la cual se concluyó que en el presente caso el alcance geográfico era nacional, fue el análisis derivado de la información obrante en el expediente que da cuenta de flujos de comercio de ganado en pie entre distintas regiones del país, los cuales, si bien son mayores entre regiones cercanas, no resultan despreciables los volúmenes transados entre regiones alejadas entre sí a lo largo del territorio nacional. Basta citar un par de ejemplos para ilustrar la idea ya presentada en la Resolución Sancionatoria. En el caso de Cundinamarca, cerca del 28,8% del total del ganado movilizado provenía de departamentos no fronterizos y distantes de dicho departamento. En el caso del Valle del Cauca, se encuentra que el 42,6% del ganado movilizado provenía de departamentos distantes frente a los cuales no se compartía frontera alguna. Con lo anterior, este Despacho reafirma lo consignado en la Resolución Sancionatoria al momento de concluir que la dimensión geográfica del mercado afectado corresponde al territorio nacional. Si bien es preciso señalar que las estadísticas utilizadas dan cuenta de los flujos de comercio de ganado sin discriminar su destino, lo cierto es que permiten ilustrar a este Despacho la movilidad interdepartamental del ganado en Colombia.

En relación con el argumento según el cual la precariedad del estado de las vías y los altos costos de transporte deberían motivar a una definición distinta de la adoptada en cuanto al alcance geográfico del mercado afectado en el presente caso, este Despacho reitera que su análisis se concentró en la interpretación de las estadísticas de flujos de comercio y procedencia de los compradores que participaron en algunas de las subastas ganaderas, lo que permitió reconocer que existe una dinámica de comercialización de ganado entres diferentes zonas del país, pese a las dificultades logísticas, de salubridad del ganado y en general de la estructura de costos y fletes del transporte de ganado en pie.

Con relación a la ausencia de un análisis basado en el Test de Elzinga y Hogarty al momento de definir la dimensión geográfica del mercado afectado, la Superintendencia de Industria y Comercio considera pertinente explicar de manera sucinta en qué consiste dicho test y de esa forma ilustrar cómo implícitamente las intuiciones detrás de la metodología de dicho indicador fueron consideradas en la Resolución Sancionatoria.

Lo que propusieron los profesores Kenneth Elzinga y Thomas Hogarty (1973 y 1978)¹²¹ propusieron dos trabajos durante la década de los años 70 a fin de avanzar en un metodología que permitiera definir objetivamente la dimensión geográfica de un mercado. En sus escritos propusieron considerar tanto los flujos comerciales de una zona particular hacia afuera (tasa de apertura exportadora) como aquellos flujos comerciales que de afuera llegan a la zona objeto de análisis (tasa de penetración de importaciones). Su recomendación fue adoptar un criterio débil y un criterio fuerte, de tal manera que en el primer caso si más del 75% de los flujos comerciales LIFO¹²² y LOFI¹²³ se concentran en la zona objeto de análisis, la dimensión geográfica está adecuadamente

¹²¹ Elzinga, K y T. Hogarty, "The problem of geographic market delineation in antimerger suits", The Antitrust Bulletin, Vol 18, No. 1, pp. 45-81.

Elzinga, K y T. Hogarty, "The problem of geographic market delineation. Revisited", The Antitrust Bulletin, Vol 23, No. 1, pp. 1-18.

¹²² "Little in from the outside" (baja penetración de importaciones)

¹²³ "Little out from de inside" (baja tasa de apertura exportadora)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

definida. En el segundo caso, esto es el caso fuerte, si más del 90% de los flujos comerciales LIFO y LOFI se concentran en la zona objeto de análisis se llegaría a la misma conclusión¹²⁴.

Frente a este punto es importante resaltar que en cualquier caso, los autores de los documentos en mención, señalaron que dichos umbrales fueron definidos a partir de la revisión empírica del mercado del carbón y de esta forma se ha considerado a criterio del investigador adoptar o reformular dichos límites, según las consideraciones intrínsecas al bien o servicio. En el caso concreto, el Despacho procedió a realizar un análisis de los flujos de movilización de ganado entre regiones y reconoció, como ya se mencionó, que existieron departamentos que recibieron flujos de ganado de zonas no limítrofes, cuya participación superó con creces cualquiera de los dos umbrales referidos por los profesores Elzinga y Hogarty. Estos resultados llevaron a que la Superintendencia de Industria y Comercio concluyera en la Resolución Sancionatoria que la dimensión geográfica del mercado afectado debería ser necesariamente del orden nacional.

Ahora bien, respecto de los argumentos relacionados con la cuota de participación de las subastas investigadas, este Despacho recuerda que al definir el mercado de producto únicamente como las subastas ganaderas, por las razones ya expuestas, no es acertado incluir para el cálculo de las participaciones de mercado los demás mecanismos de comercialización de ganado en pie, puesto que si así fuera el caso se estaría incurriendo en una contradicción de carácter técnico derivada de la definición ya consignada desde la dimensión de producto de las subastas ganaderas.

Adicionalmente, es importante advertir que no es cierto, como lo indican algunos investigados, que en la Resolución Sancionatoria se haya desconocido la información aportada por el Ministerio de Agricultura y el ICA, pues, como se indicó en dicho acto administrativo, la información aportada constituye un insumo valioso para entender y definir el mercado afectado en su dimensión de producto y geográfico. No obstante lo anterior, es de resaltar que las definiciones de entidades del sector agrícola no necesariamente deben coincidir con el criterio que la Autoridad de Competencia establece al momento de evaluar una conducta anticompetitiva, como el acuerdo reprochado en la Resolución Sancionatoria. Así, en el caso concreto la Superintendencia de Industria y Comercio, haciendo uso de la información aportada por el Ministerio de Agricultura y el ICA, junto con el resto de información obrante en el expediente, determinó cual era el alcance del mercado afectado y procedió a calcular las respectivas participaciones de mercado.

En segundo lugar, las investigadas cuestionaron la aplicación de los criterios de graduación de las sanciones, a través de los siguientes argumentos:

Sobre el efecto de la conducta, señalaron que la misma no tuvo efectos anticompetitivos en el mercado debido a: (i) la configuración del acuerdo como "acuerdo por objeto". En su opinión, la reunión a la que se le atribuyó el mencionado objeto, generó decisiones autónomas de las subastas para determinar si cobraban o no la comisión; y (ii) la existencia de sustitutos perfectos de las subastas ganaderas, a los que pueden acudir los compradores para protegerse de un potencial daño derivado del acuerdo.

Adicionalmente, indicaron que la conducta no tuvo ningún efecto adverso en la economía, ni afectó el bienestar de la población colombiana ya que: (i) los costos o comisiones se dan en un entorno específico, en el que un día los agentes actúan como vendedores y otro día como compradores; y (ii) si el ganado que se comercializa en las subastas es ganado flaco, la comisión al comprador no tiene incidencia alguna en el precio final del producto que llega a los consumidores (carne), ya que este se fija aguas abajo en la cadena de distribución.

De otra parte, **SUBAGAUCA, SUBACASANARE, LEONARDO RUÍZ PÉREZ y HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO** señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó un análisis superficial sobre este criterio, en el que simplemente indicó que el mercado era nacional luego hubo un impacto, desconociendo que unas zonas podrían verse más afectadas que otras.

Respecto de la cuota de mercado del infractor, los investigados señalaron que existió un error en la aplicación de la norma, pues al indicar para todas las subastas investigadas que contaban con cerca del 89% de participación en el mercado, se desconoció la verdadera cuota de mercado de

¹²⁴ "Suponga que el indicador LOFI produce un resultado del 99%, mientras que el indicador LIFO produjo un resultado del 81%. Nuestra "regla" implicaría un mercado débil ya que ambos indicadores tendrían que alcanzar un nivel de 90% o más para calificar tal definición como fuerte". Elzinga, K y T. Hogarty, "The problem of geographic market delineation. Revisited", The Antitrust Bulletin, Vol 23, No. 1, Nota 2, p. 17 (Traducción libre)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

cada una y el criterio de graduación que exige tener en cuenta el grado de participación de la empresa infractora. Puntualmente, **ASOCEBÚ** indicó que la Resolución Sancionatoria desconoció que su cuota de participación es cero debido a que no realiza subastas ganaderas.

Sobre este mismo punto, algunos investigados afirmaron que definir adecuadamente la cuota de participación de las subastas ganaderas permite desvirtuar que la comisión al comprador pueda restringir la libre competencia o afectar a compradores y proveedores. En su opinión, la verdadera participación de las subastas ganaderas y la existencia de sistemas sustitutos de comercialización de ganado en pie no les permiten determinar las condiciones del mercado supuestamente afectado, por lo que el acuerdo no tenía la capacidad de restringir la competencia.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor, algunos investigados señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio pasó por alto el hecho de que la comisión al comprador no es el medio principal de las subastas, por lo que no genera sus ingresos operacionales globales, los cuales se ven impactados con la sanción impuesta en un porcentaje muy alto. **ASOSUBASTAS** y aquellos investigados que no cobraron la comisión, resaltaron que no obtuvieron ningún beneficio producto de la conducta investigada. Por su parte, **SUBAGAUCA**, **SUBACASANARE**, **LEONARDO RUÍZ PÉREZ** y **HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO** indicaron que brilla por su ausencia el análisis del beneficio obtenido por quienes aplicaron la comisión entre 1 día y 21 meses.

Según **SUBACASANARE** una igualdad de tarifas a nivel nacional no le reporta beneficios porque el valor de los fletes por el transporte del ganado dejaría al proveedor sin ningún beneficio.

Respecto del argumento relacionado con la ausencia de efectos anticompetitivos en el mercado debido a que la conducta se configuró como un "acuerdo por objeto" y a la existencia de sustitutos perfectos de las subastas ganaderas, este Despacho encuentra pertinente advertir que, de acuerdo con el numeral primero del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, los acuerdos de fijación de precios son anticompetitivos por tener el objeto de restringir la libre competencia económica, razón por la que no es necesario probar los efectos del mismo sobre el mercado para declarar que fue anticompetitivo. Así, el hecho de que la conducta se haya tipificado como un "acuerdo por objeto" y de que existan o no sustitutos perfectos no implica de ninguna manera que la misma no se pueda considerar como anticompetitiva, independientemente de su efecto sobre la competencia y el bienestar social. Por lo anterior, se reitera que la Superintendencia de Industria y Comercio reconoció que si bien es cierto que en algunos casos no se implementó el acuerdo anticompetitivo, conducta mucho menos lesiva, de menor alcance y menos reprochable, la conducta en todo caso debe ser sancionada. Es decir, que incluso la conducta no tuvo efecto en el mercado, ésta sí infringió las normas de competencia ya que el acuerdo de precios celebrado a instancias de **ASOSUBASTAS** tuvo un objeto anticompetitivo consistente en la fijación de un precio a los compradores de ganado.

Ahora bien, si bien es cierto que algunas de las subastas investigadas no implementaron el acuerdo sancionado, esta Superintendencia encontró probado que dicho acuerdo si fue implementado por otras de las subastas, lo cual generó, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, efectos perjudiciales en el mercado, en la medida en que la comisión acordada fue efectivamente cobrada, no como el resultado de una iniciativa individual y aislada de cada una de las subastas investigadas, sino mediante condiciones artificiales derivadas de la concertación, como ocurrió en el presente caso. Lo anterior, no se desdibuja por la asimetría de los posibles efectos que pudieron generarse fruto de la implementación del acuerdo de fijación de precios, pues si bien algunas zonas pudieron verse más afectadas que otras, lo cierto es que el acuerdo tenía la potencialidad de afectar a todos aquellos agentes económicos del país que quisieran adquirir ganado en pie a través de subastas ganaderas. Así las cosas, aunque todos los investigados resultaron sancionados por haber infringido, en alguna medida, el ordenamiento jurídico, resulta viable y apropiado señalar que quienes cometieron la conducta con mayor participación, es decir, quienes planearon e implementaron el acuerdo, incurrieron en un daño sustancialmente mayor y su conducta merece un especial reproche, en contraposición, a aquellos, que si bien pudieron haber violado la ley por desconocimiento o error, y también deben ser sancionados, no pusieron en marcha el ilegal acuerdo, restringiendo así, sustancialmente, el hecho lesivo.

Sobre la existencia de sustitutos perfectos de las subastas ganaderas como argumento utilizado por los investigados para minimizar los efectos anticompetitivos de la conducta sancionada, recuerda lo ya señalado respecto del mercado en la presente actuación administrativa y en la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Resolución Sancionatoria. Luego de una revisión detallada de la información obrante en el expediente se reconoció que el mercado afectado correspondía a las subastas de ganado en pie a lo largo y ancho del territorio nacional. Así, no es de recibo el argumento de los investigados cuando se refieren a otros mecanismos de comercialización de ganado como sustitutos perfectos de las subastas ganaderas objeto de la presente investigación.

En cuanto a que la conducta no haya tenido efecto alguno en la economía, ni haya afectado el bienestar de la población colombiana, resulta importante para este Despacho recordarle a los investigados que cualquier tipo de práctica anticompetitiva, especialmente aquellas derivadas de acuerdos, generan distorsiones en los mercados directamente afectados, con la potencialidad de irradiar dichos efectos a lo largo de los distintos eslabones de una misma cadena de valor y de eslabones relacionados con cadenas conexas. De esta manera, se configuran canales posibles para generar lo que en la teoría económica se conoce como mecanismos de transmisión, concepto ampliamente utilizado particularmente en modelos de equilibrio general¹²⁵. En otros términos, no considera válido este Despacho el argumento según el cual la conducta anticompetitiva no genera efectos adversos en la población colombiana por tratarse de una concertación asociada exclusivamente a un mercado específico, pues esto implicaría desconocer por completo la existencia de los mecanismos de transmisión ya mencionados.

Tampoco concuerda este Despacho con lo afirmado por los investigados al reconocer que por tratarse de un producto que no es de consumo masivo, el acuerdo no tuvo efectos adversos ni afectó a la población colombiana. En este sentido, no podría aceptarse que la Autoridad de Competencia únicamente le preocupen las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo en mercados relacionados con productos de consumo masivo. Por el contrario, debe reconocer este Despacho que cualquier práctica anticompetitiva implementada en mercados relacionados con cualquier tipo de bien o servicio, sin importar que sea o no de consumo masivo, tiene la potencialidad de generar distorsiones capaces de afectar el bienestar de la población colombiana.

En tal virtud, por las anteriores razones quedan desvirtuados los argumentos de los recurrentes relacionados con los posibles efectos de la conducta sancionada o la potencialidad de la misma para causarlos.

Ahora bien, respecto del criterio de dosificación de la sanción relacionado con la cuota de mercado de la empresa infractora y el supuesto error en el que incurrió la Superintendencia de Industria y Comercio al no tener en cuenta la participación individual de las subastas investigadas, este Despacho considera importante indicar que al tratarse de un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios, es innegable la necesidad de cuantificar la participación conjunta de los cartelistas al momento de avanzar en la graduación de la sanción, pues la concertación de precios conlleva a la adopción de unicidad de criterio equiparable a la presencia de un único agente en el mercado que representa los intereses de los cartelistas. Por otro lado, recuerda este Despacho a los investigados que en la Resolución Sancionatoria se tuvo especial cuidado en la dosificación de la sanción para que la multa impuesta en ningún caso llegara a superar el 13% de los ingresos operacionales anuales aportados por los investigados¹²⁶.

En el caso particular de **ASOCEBÚ** el Despacho encontró que dentro de su actividad económica principal estaba la realización de subastas ganaderas, lo cual, sumado a su participación en la concertación propia del cartel que acá se reprocha a través de su asistencia a la asamblea del 27 de febrero de **ASOSUBASTAS** y la respectiva aprobación del cobro de comisión a los compradores de ganado a través de subastas, permitió identificar la responsabilidad de dicha empresa en la configuración del acuerdo sancionado, independientemente de que su cuota de mercado en el periodo investigado haya sido cero, además de lo expuesto en otros acápite y en la Resolución Sancionatoria con relación a que su objeto social incluye la realización de subastas ganaderas, lo que lo hace parte de la oferta de dicho mercado, máxime si se tiene en cuenta que incluso pertenece a la asociación de subastas ganaderas.

En cuanto al criterio de dosificación de la sanción relacionado con el beneficio obtenido por el infractor, este Despacho se permite recordar a los investigados que la conducta sancionada es un acuerdo de fijación de precios por objeto según lo estipulado en el numeral 1 del artículo 47 del

¹²⁵ Mas-Colell, A. M. Whinston y J. Green, *Microeconomic Theory*, Oxford University Press, 1995, capítulo 10, p. 311.

¹²⁶ El numeral 6 del artículo 25 de la Ley 1340 establece como criterio a tener en cuenta para graduar la multa, la cuota de mercado de la empresa, así como la parte de sus activos y/o sus ventas involucradas en la infracción.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Decreto 2153 de 1992. En este sentido, reconoce el Despacho que el límite de la conducta se circunscribe a responsabilizar a cada uno de los investigados en los móviles que permitieron la configuración del acuerdo sancionado, sin entrar a calificar, ni mucho menos estimar los beneficios que cada infractor hubiese podido tener de haber implementado el cartel. Si bien reconoce el Despacho que algunos investigados hubieran podido aplicar la comisión, lo cierto es que la tipificación de la conducta anticompetitiva reprochada se limitó al objeto mismo del cartel. No sobra recordar a los investigados que los criterios de dosificación establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 deberán ser aplicados en consonancia con la definición de la conducta y con la disponibilidad de información que permita una efectiva aplicación de los mismos.

En tercer lugar, los investigados presentaron argumentos relacionados con la significatividad de la conducta investigada. Al respecto, afirmaron que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que, como ya había abierto la investigación, el criterio de *minimis* no debía ser tenido en cuenta y era mejor sostener que el servicio ofrecido por las subastas ganaderas no tiene sustitutos.

Sobre este argumento, reitera el Despacho que la significatividad de la conducta se determina al momento de iniciar una investigación administrativa por la violación del régimen de libre competencia económica, particularmente en el momento en que se formulan los respectivos cargos a las investigadas. Por lo anterior, no son de recibo los argumentos presentados por los investigados respecto de este punto.

En cuarta medida, algunos investigados señalaron que afirmar que "(...) expandir o contraer el alcance del mercado relevante no tiene injerencia alguna ni afecta el hecho de que unos empresarios – subastas ganaderas y su agremiación – se hubieran cartelizado para acordar el cobro de una comisión" va en contravía del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, y del hecho incontrovertible de que la Superintendencia de Industria y Comercio modificó completamente el mercado inicial.

Sobre este punto, este Despacho considera importante indicar que la cita que señalan los investigados se refiere al hecho de que, independientemente de que el mercado sea de un tamaño u otro, las subastas ganaderas y su agremiación incurrieron en una conducta anticompetitiva, de la cual son responsables, al acordar el cobro de una comisión. En otras palabras, lo que la cita señalada dice es que ampliar o contraer el mercado no desdibuja la existencia del cartel, por lo que los argumentos relacionados con la dimensión del mercado afectado no modifican en nada la responsabilidad administrativa de los cartelistas.

Por último, **PROAGAN** y **DIEGO CAMILO EMURA LOZANO** señalaron que en la Resolución Sancionatoria no se dijo nada sobre la falta probatoria existente en el Informe Motivado, en el cual, en la página 39, se indicó que de acuerdo con la información obrante en los folios 3920 a 3930 del Cuaderno Público No. 20, *"no existe un actor que sustituya al otro"*.

Al respecto, este Despacho advierte que tal como lo indicaron los investigados, existe un yerro en la cita señalada del Informe Motivado. No obstante lo anterior, en los folios precisamente indicados por los investigados se encuentra una comunicación del **MADR** dirigida a la Coordinación del Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia, en la cual se presentan, entre otras cosas, las principales diferencias existentes entre una feria comercial, una feria de exposición, los remates y las subastas ganaderas. Dicha información, en conjunto con el resto de información obrante en el expediente, permitió a la Superintendencia de Industria y Comercio concluir que no existen mecanismos de comercialización de ganado sustitutos de las subastas, tal y como ya fue explicado en el presente acto administrativo y en la Resolución Sancionatoria.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el numeral 4.3 del **ARTÍCULO CUARTO** de la parte resolutive de la Resolución No. 4191 del 10 de febrero de 2017, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"4.3. A COMERCIALIZADORA Y PROMOTORA AGROPECUARIA DEL CENTRO S.A. (PROAGAN) identificada con NIT 816.004.618-1, una multa de DIECISIETE MILLONES SETECIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$17.705.208.00) equivalentes a VEINTICUATRO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (24 SMMLV)".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 4.11 del **ARTÍCULO CUARTO** de la parte resolutive de la Resolución No. 4191 del 10 de febrero de 2017, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"4.11. A SUBASTA GANADERA DE SAN JORGE Y LA MOJANA S.A. (SUGASAM), identificada con NIT 823.005.300-3, una multa de CUARENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$45.000.737.00) equivalentes a SESENTA Y UN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (61 SMMLV)".

ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR el numeral 4.12 del **ARTÍCULO CUARTO** de la parte resolutive de la Resolución No. 4191 del 10 de febrero de 2017, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"4.12. A COMITÉ DE GANADEROS Y AGRICULTORES DE BUGA, identificada con NIT 891.900.387-1, una multa de VEINTE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$20.656.076.00) equivalentes a VEINTIOCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (28 SMMLV)".

ARTÍCULO CUARTO: MODIFICAR el numeral 6.11 del **ARTÍCULO SEXTO** de la parte resolutive de la Resolución No. 4191 del 10 de febrero de 2017, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"6.11. A ÓSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.128.028, multa de DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.950.868.00) equivalentes a CUATRO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (4 SMMLV)".

ARTÍCULO QUINTO: MODIFICAR el numeral 6.16 del **ARTÍCULO SEXTO** de la parte resolutive de la Resolución No. 4191 del 10 de febrero de 2017, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"6.16. A CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA, identificado con cédula de ciudadanía No. 91.100.962, multa de DIECISEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$16.229.774.00) equivalentes a VEINTIDOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (22 SMMLV)".

ARTÍCULO SEXTO: CONFIRMAR en sus partes restantes la Resolución No. 4191 del 10 de febrero de 2017.

ARTÍCULO SÉPTIMO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la **ASOCIACIÓN DE SUBASTAS GANADERAS DE COLOMBIA, COMPAÑÍA COMERCIALIZADORA GANADERA S.A. – C.C. GANADERA, COMERCIALIZADORA DE GANADOS DE SUCRE S.A. – COGASUCRE S.A., COMERCIALIZADORA Y PROMOTORA AGROPECUARIA DEL CENTRO S.A. – PROAGAN S.A., SUBASTA GANADERA SUBAGAN SOGA S.A. -SUBAGAN SOGA S.A., SUBASTAR S.A., INVERSIONES GANADERA ISAYE S.A.S., SUBASTAS GANADERAS DEL URABÁ GRANDE S.A. – SUGANAR S.A., SOCIEDAD CENTRAL GANADERA S.A., SOCIEDAD SUBASTADORA DE GANADOS DE LA COSTA LTDA. – SUBACOSTA LTDA., SUBASTA GANADERA DE CAUCASIA S.A. – SUBAGAUCA S.A., SUBASTA GANADERA DE SAN JORGE Y LA MOJANA S.A. – SUGASAM S.A., COMITÉ DE GANADEROS Y AGRICULTORES DE BUGA, J.V. INVERSIONES JHLV S.A.S., SUBASTA GANADERA CASANARE S.A. – SUBACASANARE S.A., COMERCIALIZADORA Y PROMOTORA GANADERA ASOCEBÚ S.A.S., ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA, GUSTAVO VERGARA ARRÁZOLA, DIEGO CAMILO EMURA LOZANO, JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA, WILLIAM BOTERO MASAD, CHRISTIAN PÉREZ GALLEGU, RODRIGO ALBERTO MEJÍA ARANGO, JORGE MARIO ESCOBAR CALLE, ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ, LEONARDO RUIZ PÉREZ, ÓSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ, GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCÁRATE, JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA, HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO, CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.**

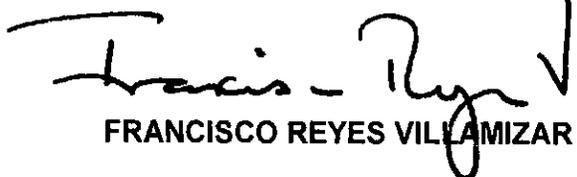
"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ARTÍCULO OCTAVO: COMUNICAR el contenido de la presente resolución a las demás personas naturales y jurídicas vinculadas a esta actuación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **14 JUN 2017**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD-HOC


FRANCISCO REYES VILLAMIZAR

Proyectaron: Andrés Pérez Orduz/Marco Jiménez/Carolina Liévano
Revisó: Felipe García Pineda
Aprobó: Francisco Reyes Villamizar

NOTIFICAR

**ASOCIACIÓN DE SUBASTAS GANADERAS DE COLOMBIA
SOCIEDAD CENTRAL GANADERA S.A.
COMERCIALIZADORA DE GANADOS DE SUCRE S.A. – COGASUCRE S.A.
COMPAÑÍA COMERCIALIZADORA GANADERA S.A. – C.C. GANADERA
SUBASTAR S.A.
SUBASTA GANADERA DE SAN JORGE Y LA MOJANA S.A. – SUGASAM S.A.
COMERCIALIZADORA Y PROMOTORA GANADERA ASOCEBÚ S.A.S.
SUBASTA GANADERA SUBAGAN SOGA S.A. -SUBAGAN SOGA S.A.
JORGE HUMBERTO HERRERA HERRERA
ARTURO EDUARDO JARABA LEDEZMA
JORGE MARIO ESCOBAR CALLE
GUSTAVO VERGARA ARRÁZOLA
ÓSCAR ALEJANDRO MEDINA DÍAZ
CARLOS AUGUSTO VILLARREAL AMAYA
WILLIAM BOTERO MASAD**

Apoderado

EMILIO GARCÍA RODRÍGUEZ

C.C. No. 79.521.384

T.P. No. 83.246 del C.S. de la J.

Calle 73 No. 9-42 Oficina 303

Bogotá D.C.

e-mail: emilio.garcia@eg-abogados.com.co

COMERCIALIZADORA Y PROMOTORA AGROPECUARIA DEL CENTRO S.A. – PROAGAN S.A.

DIEGO CAMILO EMURA LOZANO

Apoderado

ANDRÉS JARAMILLO HOYOS

C.C. No. 7.562.626

T.P. No. 75.015 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 6 - 30 Piso 12

Bogotá D.C.

e-mail: ajaramillo@esguerra.com

SOCIEDAD SUBASTADORA DE GANADOS DE LA COSTA LTDA. – SUBACOSTA LTDA.

ROBERTO ROMÁN GARCÍA MÉNDEZ

Apoderada

MARÍA ANGÉLICA HERNÁNDEZ LORDUY

C.C. No 22.807.534

T.P. No 129.990 del C.S. de la J.

Carrera 2 No. 12-125 Bocagrande. Edif. Minarete. Piso 1. Of 1 A

Cartagena - Bolívar

e-mail: juridica@eljachvergara.com

SUBASTA GANADERA DE CAUCASIA S.A. – SUBAGAUCA S.A.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

SUBASTA GANADERA CASANARE S.A. – SUBACASANARE S.A.
LEONARDO RUIZ PÉREZ
HUMBERTO JOSÉ ALVARADO MALDONADO

Apoderada

MARIANA CALDERÓN MEDINA

C.C. No 39.789.265

T.P. No 82111 del C.S. de la J.

Calle 92 No. 5-50

Bogotá D.C.

e-mail: marianacalderon@legalcalderon.com

INVERSIONES GANADERA ISAYE S.A.S.
COMITÉ DE GANADEROS Y AGRICULTORES DE BUGA
CHRISTIAN PÉREZ GALLEGÓ
GERARDO JOSÉ MEJÍA AZCÁRATE

Apoderado

JUAN LUIS PÉREZ ESCOBAR

C.C. No. 1.067.858.166

T.P. No 222772 del C.S. de la J.

Calle 77 No. 8-24 Of 404

Bogotá D.C.

SUBASTAS GANADERAS DEL URABÁ GRANDE S.A. – SUGANAR S.A.
RODRIGO ALBERTO MEJÍA ARANGO

Apoderado

GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ GIRALDO

C.C. No. 71.773.014

T.P. No 111312 del C.S. de la J.

Carrera 48 No. 17 A sur – 47

Medellín – Antioquia

J.V. INVERSIONES JHLV S.A.S. (antes J.V. INVERSIONES JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA E.U.)
JAIME HERNANDO LAFAURIE VEGA

Apoderado

PEDRO HORACIO RODRÍGUEZ VARELA

C.C. No. 79.561.226

T.P. No. 218335 del C.S. de la J.

Calle 213 No. 114 – 10, M – 16 c 44

Bogotá D.C.

COMUNICAR

MERCADO GANADERO DE SANTANDER Y CESAR MEGANSAC S.A. EN LIQUIDACIÓN – MEGANSAC S.A.
AGROCOMERCIAL KORAN S.A.S.
GABRIEL VARGAS MONARES
JORGE ANTONIO SILVA BARRERA

Apoderada

LUZ NELLY OTÁLORA MEJÍA

C.C. No 37.888.373

T.P. No. 62.795 del C.S. de la J.

Km 6, vía Girón. Edificio MERCAGAN S.A. Of. 202

Bucaramanga – Santander

COMPAÑÍA GANADERA DEL META S.A.
PEDRO TURRIAGO GÓMEZ

Apoderada

LISSY CIFUENTES SÁNCHEZ

C.C. No. 34.043.774

T.P. No. 27779 del C.S. de la J.

Calle 12C No. 8-39 Piso 10 Edif Sabana Royal

Bogotá D.C.

e-mail: lissy_cifuentes@yahoo.es

SUBASTA COMERCIALIZADORA GANADERA DEL NORTE S.A. - SUGANORTE S.A.
DANIEL HUMBERTO HERNÁNDEZ ARANA

Apoderado

JUAN LUIS PÉREZ ESCOBAR

C.C. No. 1.067.858.166

T.P. No 222772 del C.S. de la J.

Calle 77 No. 8-24 Of 404

Bogotá D.C.