



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMRCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

SENTENCIA N° 2023-09-213-NYRD

Bogotá D.C. veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado : 25000234100020160155600
Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : INGENIO PROVIDENCIA S.A.
Demandada : SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Tema : SANCION ADMINISTRATIVA POR PRÁCTICAS
RESTRICTIVAS DE LIBRE COMPETENCIA EN EL
MERCADO DEL AZÚCAR.
Asunto : Sentencia de Primera Instancia

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN.

Procede la Sala a pronunciarse de fondo en torno a la *Litis* iniciada por el Ingenio Providencia S.A., contra la Superintendencia de Industria y Comercio, no sin antes señalar que en los términos de que trata el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011 no se observa causal alguna que afecte la validez del trámite surtido en esta instancia.

I ANTECEDENTES

1.1. Resumen de la demanda (Fls. 1 a 153, C1)

El Ingenio Providencia S.A., en ejercicio del **medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 y a través de apoderado judicial solicitó como pretensiones principales de la demanda:

“PRETENSIONES

Se solicita, con seguimiento del proceso ordinario administrativo, se hagan las siguientes declaraciones:

4.1 Primera Pretensión Principal:

Que, en relación con el INGENIO PROVIDENCIA SA., se declare la nulidad del inciso primero (1º), del numeral 1.7 y del párrafo del artículo primero (1º) de la resolución 80847 del 7 de octubre de 2015, expedida por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, en virtud de la cual se declaró que el INGENIO violó la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2352 de 1992 y se le impuso una sanción pecuniaria, decisiones que fueron confirmadas por el artículo décimo segundo de la Resolución 103652 del 30 de diciembre de 2015, proferida por la misma entidad, cuya nulidad también se impetra en relación con el INGENIO PROVIDENCIA SA.

4.1.1. Primera pretensión consecuencial de la primera pretensión principal: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en la primera pretensión principal, a título de restablecimiento del derecho se condene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a pagar al INGENIO PROVIDENCIA SA la suma indemnización plena e integral de los perjuicios causados por los actos administrativos cuya nulidad parcial se solicita así:

4.1.1.1 A título de daño emergente, la suma de treinta y cinco mil trescientos noventa y nueve millones trescientos mil trescientos pesos (\$35.399.300.300), correspondientes al valor pagado por Ingenio Providencia S.A. por concepto de multa.

Se solicita que dicha suma sea debidamente actualizada conforme al Índice de precios al Consumidor (IPC) y que sobre ella se compute el interés aplicable al daño emergente pasado o consolidado, tasado desde la fecha de realización del pago por parte de Ingenio Providencia S.A., hasta la fecha en que se realice su devolución.

4.1.1.2 A título de daño moral, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por la afectación que sobre bienes jurídicos como el buen nombre y la buena reputación de INGENIO PROVIDENCIA SA generaron los actos administrativos cuya nulidad parcial se solicita.

4.1.1.3 A título de daño a los intereses constitucionalmente protegidos: La SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO deberá adoptar las medidas no patrimoniales tendientes a ratificar la difusión de los apartes de la Resolución 80847 de 2015 y 103652 de 2015 declarados nulos, incluyendo, pero sin limitarse a, las siguientes:

4.1.1.3.1. Que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO rectifique la información suministrada a los medios impresos de difusión nacional y regional en relación con el INGENIO PROVIDENCIA SA., para lo cual deberá informar acerca de los apartes de la Resolución 80847 de 2015 y 103652 de 2015 que fueron declarados nulos.

El Despacho habrá de tener en cuenta que estas sumas pueden incrementarse, agravarse o modificarse por el transcurso del tiempo.

4.1.2. Segunda Pretensión Consecuencial de la Primera Pretensión Principal: Que, como consecuencia de la prosperidad de la Primera Pretensión Principal, se ordene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO suprimir de los archivos de esa Entidad las anotaciones que haya efectuado de la respectiva sanción en relación con el INGENIO PROVIDENCIA SA.

4.2. Segunda Pretensión Principal:

Que se declare la nulidad del artículo sexto de la Resolución 80847 del 7 de octubre de 2015 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud del cual se ordenó al Comité Directivo del FEPA revisar las formulas de liquidaciones y compensaciones en el marco del FEPA, decisión que fue confirmada por el artículo décimo segundo de la Resolución 103652 del 30 de diciembre de 2015, proferida por la misma entidad, cuya nulidad también se impetra en relación con el INGENIO PROVIDENCIA SA.

4.3. Tercera Pretensión Principal:

Que, en relación con el INGENIO PROVIDENCIA SA., se declare la nulidad del artículo octavo de la Resolución 80847 del 7 de octubre de 2015 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud del cual se ordenó al Ingenio realizar una publicación comunicando la sanción impuesta por la Superintendencia, decisión que fue confirmada por el artículo décimo segundo de la Resolución 103652 del 30 de diciembre de 2015, proferida por la misma entidad, cuya nulidad también se impetra en relación con el INGENIO PROVIDENCIA SA.

4.4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Que, en relación con el INGENIO PROVIDENCIA SA, se declare la nulidad del artículo primero (1º) de la Resolución 1072 del 21 de enero de 2016, en virtud del cual se rechazó por improcedente el recurso de reposición (adicción) interpuesto por el INGENIO PROVIDENCIA SA.

4.5. PRETENSIÓN CONSECUCIONAL COMUN A LAS PRETENSIONES PRIMERA Y CUARTA PRINCIPALES:

Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada en cualquiera de los numerales 4.1. y 4.4., se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar al INGENIO PROVIDENCIA SA., a título de restablecimiento del derecho, la suma de cuarenta y tres millones ochocientos noventa y un mil ochocientos cuarenta y nueve pesos (\$43.891.849,00), correspondientes al valor pagado por INGENIO PROVIDENCIA SA., por concepto de intereses moratorios sobre la multa impuesta por dicha autoridad.

Se solicitará que esta suma sea debidamente actualizada conforme al índice de precios al consumidor y que sobre ella se compute el interés aplicable al daño emergente pasado o consolidado, tasado desde la fecha de realización del pago por parte del INGENIO PROVIDENCIA SA., hasta la fecha en que se realice su devolución.

4.6. PRETENSIÓN CONSECUCIONAL COMÚN A LA PRIMERA PRETENSIÓN CONSECUCIONAL DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y A LA PRETENSIÓN CONSECUCIONAL COMÚN A LAS PRETENSIONES PRIMERA Y CUARTA PRINCIPALES
Que se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio pagar los intereses moratorios causados sobre las sumas a las que se refiere la Primera Pretensión Consecuencial de la Primera Pretensión Principal y de la Pretensión Consecuencial Común a las Pretensiones Primera y Cuarta Principales, a la máxima tasa legal permitida, en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Los **hechos** que fundamentan el libelo de la demanda son estructurados por el accionante a partir de la suscripción del Contrato 0603, de la siguiente manera:

- En el marco de la investigación administrativa No. 10-57750, el 13 de febrero de 2012 la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC profirió la Resolución 5347, en virtud de la cual decidió abrir investigación administrativa en contra del INGENIO PROVIDENCIA S.A. y otros para determinar si actuaron en contravención de lo dispuesto en (i) el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y (ii) el numeral 10° del artículo 47 Decreto 2153 de 1992.
- El 28 de marzo de 2012, el INGENIO radicó el memorial en virtud del cual recorrió el traslado de la Resolución 5347 de 2012 y solicitó el decreto y la práctica de pruebas.
- El 23 de octubre de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio expidió la Resolución 62197 en virtud de la cual reconoció la calidad de unos terceros interesados dentro de la investigación administrativa.
- El 8 de abril de 2013, la SIC expidió la Resolución 15294 por medio de la cual adicionó los artículos primero y segundo de la parte resolutive de la Resolución de Apertura de Investigación No. 5347 del 13 de febrero de 2012, vinculando a la investigación a los representantes legales de las personas jurídicas encausadas por presuntamente violar lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009) al haber "colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas contempladas" en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 4 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- Mediante documento del 28 de mayo de 2013, el INGENIO ofreció garantías a la SIC.
- El 5 de julio de 2013, el INGENIO radicó el memorial en virtud del cual recorrió el traslado de la Resolución 5347 de 2012 modificada por la Resolución 15294 de 2013 y solicitó el decreto y la práctica de pruebas.
- El 27 de agosto de 2013, la SIC expidió la Resolución 50925 mediante la cual modificó y adicionó la Resolución 5347 de 2012, para señalar que el producto objeto de la investigación administrativa era el "azúcar en todas sus presentaciones y calidades, e independientemente del uso que le dé el consumidor, sea este directo, industrial, o de cualquier otra naturaleza".
- El 1 de octubre de 2013, el INGENIO ofreció garantías a la SIC de manera conjunta con otros investigados. Y el 2 de octubre de 2013, le ofreció garantías adicionales.

- El 2 de octubre de 2013, el INGENIO radicó el memorial en virtud del cual recorrió el traslado de la Resolución 5347 de 2012 modificada por las Resoluciones 15294 y de 2013 y solicitó el decreto y la práctica de pruebas.

- El 12 de diciembre de 2013, la SIC profirió la Resolución 76850, en virtud de la cual reconoció la calidad de otro tercero interesado dentro de la investigación.

- El 27 de marzo de 2014 la SIC expidió la Resolución 19346 para resolver sobre el decreto y la práctica de las pruebas solicitadas por los investigados. Dicho acto administrativo fue adicionado y modificado mediante las Res. 37219 del 9 de junio de 2014, 38355 del 18 de julio de 2014 y la Resolución 13076 del 26 de marzo de 2015.

- El 20 de abril de 2015, se llevó a cabo la audiencia de alegaciones prevista en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, en la que el INGENIO presentó sus argumentos para efectos de demostrar su inocencia en el marco de la investigación administrativa.

- El 29 de mayo de 2015, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC presentó el Informe Motivado ante el Superintendente de Industria y Comercio, el cual fue notificado al INGENIO el 1 de julio de 2015. La Delegatura señala cada uno de los cargos elevados que se enmarcan dentro de las conductas descritas en las normas presuntamente violadas.

- En virtud de lo expuesto, el Delegado para la Protección de la Competencia de la SIC recomienda, en su informe motivado recomendó:

(i) archivar la actuación administrativa en favor del INGENIO respecto de la conducta prevista en el numeral 4° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y

(ii) sancionar a todos los investigados por las infracciones previstas en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, de conformidad con los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 20094.

- El 2 de julio de 2015, el INGENIO presentó un memorial mediante el cual recorrió el traslado del Informe Motivado.

- Justo después de que INGENIO hubiese recorrido el traslado del Informe Motivado presentado por el Delegado para la Protección de la competencia, el 3 de julio de 2015, el mismo funcionario expidió un documento denominado “FE DE ERRATAS” en el que admitió (i) que el informe motivado adolecía de varios errores de citación y que (ii) ciertos documentos obrantes en el expediente solo podían ser vistos siguiendo una serie de instrucciones informáticas, luego de lo cual afirmó que “por sustracción de materia, las

nulidades que versaron sobre errores de citación y documentos que no pueden ser vistos, quedan saneadas con la presente Fe de Erratas”.

- Del mismo modo y en un hecho inédito en el foro administrativo, el 13 de julio de 2015 la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio notificó al INGENIO un segundo informe motivado que denominó “Informe Motivado Complementario”.

- El 12 de agosto de 2015 el INGENIO recorrió el traslado del Informe Motivado Complementario.

- El 7 de octubre de 2015, el Superintendente de Industria y Comercio profirió la Resolución 80847 (en adelante la “Resolución Sancionatoria”), en la cual, respecto del análisis de responsabilidad de las personas jurídicas investigadas, precisa que los Ingenios investigados, dentro de los que se encuentra INGENIO, violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 porque supuestamente, los investigados “concibieron y ejecutaron deliberadamente una estrategia anticompetitiva, ilegal, concertada, coordinada y continuada encaminada a bloquear importaciones de azúcar a Colombia en general, para evitar que aumentara la oferta y disminuyera el precio interno que pagan los consumidores y la industria”.

- La Resolución sancionatoria determinó:

(i) Declarar que el INGENIO violó la libre competencia por actuar en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992;

(ii) Imponer al INGENIO una multa de treinta y cinco mil trescientos noventa y nueve millones trescientos mil trescientos pesos (\$35.399.300.300.00), la cual debía cancelar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la ejecutoria de la Resolución;

(iii) Archivar la investigación administrativa en contra del INGENIO por la presunta violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del Decreto 2153 de 1992;

(iv) Ordenar al Comité Directivo del FEPA que en un plazo de 6 meses contados a partir de la ejecutoria de la Resolución, revisara las fórmulas para la liquidación de las cesiones y compensaciones para que se asegure que no produce la asignación de cuotas de producción o suministro en el mercado del azúcar, el intercambio de información sensible o cualquier otro efecto anticompetitivo no amparado en los términos de intervención (Ley 101 de 1993 y Decreto 569 de 2000);

(v) Ordenar al INGENIO realizar una publicación en un lugar visible en un medio de amplia circulación nacional con un texto donde conste la condena

impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio.

- En el marco de la Agencia Especial que constituyó para vigilar el proceso administrativo 10-57750, el 20 de octubre de 2015 la Procuraduría General de la Nación profirió el Concepto N°02 en el que señaló las graves inconsistencias constitutivas de violaciones a la ley y, en especial, al debido proceso en las que incurrió la SIC.
- El 27 de octubre de 2015 el INGENIO presentó recurso de reposición en contra de la Resolución 80847.
- El 30 de diciembre de 2015 se emitió la Resolución 103652 de 2015, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición presentado por el INGENIO en contra de la Resolución 80847 de 2015. En el sentido de confirmar la sanción en relación con el INGENIO.
- El aviso de notificación de la Resolución 103652 de 2015 llegó a la dirección de notificaciones del INGENIO el 13 de enero de 2016.
- El 15 de enero de 2016 los sancionados en virtud de la Resolución 80847 de 2015, realizaron una publicación en el diario El Tiempo en la que, por orden de la Superintendencia, informan al público la sanción impuesta por la autoridad por la supuesta violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- El 19 de enero de 2016, el INGENIO presentó ante la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud de adición de la Resolución 103652 de 2015 por cuanto la misma omitió resolver varios argumentos esgrimidos en el recurso de reposición.
- El 21 de enero de 2016, el INGENIO presentó un derecho de petición ante el Superintendente de Industria y Comercio para efectos de conocer (i) si al 21 de enero de 2016, fecha de radicación del derecho de petición, el acto administrativo se encontraba en firme y surtiendo todos sus efectos jurídicos en relación con mis mandantes y (ii) a partir de qué fecha adquirió firmeza la Resolución 103653 del 30 de diciembre de 2015 en relación con el INGENIO.
- El 25 de enero de 2016, la SIC notificó al INGENIO la Resolución 1072 de 2016, mediante la cual declaró improcedente la solicitud de adición en relación con la Resolución 103652 de 2015.
- El 26 de enero del 2016 el INGENIO procedió a realizar una consignación por valor de (\$35.399.300.300 para efectos de cancelar el valor total de la multa.
- No obstante, al legalizar el pago en la oficina de correspondencia de la entidad, la Superintendencia emitió el Recibo de Caja No. 16-006912 en el cual señaló que del valor consignado, \$43.851.108 fueron imputados a cancelar intereses moratorios.
- El 29 de enero del 2016 el Ingenio procedió a realizar una consignación por

valor de (\$43.891.849.00) para efectos de pagar el saldo de la multa.

- El 2 de febrero de 2016, el Ingenio procedió a solicitar a la SIC: (i) reversar el cobro de intereses realizado el 26 de enero de 2016 al Ingenio (ii) Ordenar al Grupo de Cobro Coactivo de la SIC imputar a capital los \$43.851.108 que fueron erróneamente imputados al pago de intereses moratorios; (iii) Ordenar a la dependencia que corresponda emitir un paz y salvo a favor del Ingenio Providencia S.A.; (iv) ordenar al Grupo de Cobro Coactivo de la SIC devolverle las sumas pagadas en adición a \$35.399.300.300 pagados el 26 de enero de 2016.

- El 4 de febrero de 2016, la Jefe Oficina Asesora Jurídica (E) de la SIC respondió el Derecho de petición interpuesto por el Ingenio, señalando que en relación con el Ingenio la fecha de ejecutoria de la Resolución 103652 de 2015 fue el 15 de enero de 2016.

- El 15 de febrero de 2016, el Director Financiero de la SIC respondió la solicitud de INGENIO, señalando que la Resolución 103652 de 2015 quedó en firme el 15 de enero de 2016 y adjuntó un estado de cuenta en el que consta que el Ingenio no adeuda suma alguna derivada de la Resolución 80847 de 2015.

Los cargos invocados por la parte demandante son los siguientes:

Primer cargo: violación de las Normas superiores:

a) Las Resoluciones que se impugnan desconocen manifiestamente el derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas—artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

La Superintendencia violó ostensiblemente el debido proceso del INGENIO, por las siguientes razones: (i) No determinó de manera individual y concreta la conducta que se le reprocha y las pruebas en las que soporta dicho reproche; (ii) Lo condenó por conductas que no le fueron imputadas en la Resolución de apertura de la investigación, ni en el Informe Motivado; (iii) Sustenta su decisión en varias pruebas que no pudieron ser controvertidas por el investigado; (iv) Desconoció el procedimiento administrativo legalmente aplicable; (v) No puso a disposición del INGENIO todas las pruebas obrantes en el proceso.

“Como consecuencia de la indeterminación de los cargos en la Resolución de Apertura de la investigación, resultó que el INGENIO terminó siendo sancionado solamente por ser miembro o tener representación de CIAMSA Y DICSA, sin que nunca se hubiese probado la existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia ni mucho menos la participación precisa en el mismo. Lo anterior es, a todas luces, violatorio del principio del indubio pro investigado, el cual hace parte fundamental del derecho al debido proceso.”

(...)Ni en la resolución de apertura de la investigación ni en la Resolución 80847 de 2015 la Superintendencia se esfuerza por probar las particularidades del supuesto acuerdo de cuotas de producción ni mucho menos la intervención específica de mi poderdante en los mismos, no obstante que es obligación ineludible de dicha entidad de supervisión, de cara a la actuación administrativa sancionatoria, demostrar que efectivamente fue el querer de la compañía obstruir las importaciones.

(...)En lo que refiere al cargo de obstrucción de importaciones, la Superintendencia presumió que “los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es, ASOCAÑA, DICSA Y CIAMSA, a los que pertenecen y que de hecho presiden”.

Concretamente, la Superintendencia endilgó a todos los ingenios (i) la presunta coordinación, a través de DICSA y CIAMSA, de una estrategia de restricción de importaciones de azúcar proveniente de Bolivia y, por esta vía, la obstrucción de la participación en el mercado interno del azúcar de los distribuidores mayoristas importadores y (ii) la supuesta imposición, a través de ASOCAÑA y CIAMSA, de barreras de acceso a las importaciones de azúcar proveniente de Costa Rica, a los industriales que utilizan el azúcar como insumo. Sin embargo, la Superintendencia pasó por alto su deber de individualizar y precisar las conductas imputadas al INGENIO, se limitó a indicar circunstancias genéricas que le impidieron conocer a mi poderdante la situación fáctica en la que él habría incurrido, para efectos de ejercer su derecho de contradicción y defensa (...)es francamente imposible formular una defensa técnica frente a unas acusaciones vagas y genéricas, como las que se formularon en la Resolución 5347 del 2012 y las que la complementaron, cuando no está determinada de manera individual y precisa la presunta conducta infractora de la ley ni las pruebas de la misma”.

(...)Otra evidente violación del debido proceso de mi poderdante se configuró al haber sido sancionado por la supuesta obstrucción de importaciones provenientes de Ecuador, Guatemala y el Salvador. Como se desprende fácilmente de la lectura de la Resolución de Apertura de la investigación, los hechos por los cuales se le imputó al INGENIO que represento la violación del artículo 1º. de la Ley 155 de 1959 y del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, fueron la supuesta obstrucción a las importaciones de azúcar provenientes de Bolivia y la obstrucción de importaciones provenientes de Costa Rica, durante el período 2008 a 2011(...)Sin embargo, con perplejidad se lee en la Resolución 80847 de 2015 que a mi poderdante se le condena también por haber puesto barreras a la importación de azúcar provenientes de Ecuador, Guatemala y El Salvador, con fundamento en pruebas que fueron recaudadas en la averiguación preliminar y por las que la propia Superintendencia decidió no imputar cargos, pues -como es incontrovertible- solo acusó a mi poderdante por dos eventos concretos: Bolivia y Costa Rica.

(...) La supuesta obstrucción de importaciones provenientes de Guatemala se sustentó en un correo electrónico y en el testimonio rendido por Juan José Arango (...) Dicha declaración fue recibida por la Superintendencia el 26 de junio de 2011, esto es, antes de que se profiriera la Resolución de apertura de la investigación No. 5347 del 13 de febrero de 2012. En consecuencia, en la recolección de dicho testimonio no estuvo presente el INGENIO que represento y por ende no fue posible contrainterrogar al deponente, toda vez que la fase de investigación preliminar es reservada, de conformidad con la práctica de la Superintendencia (...) los correos electrónicos señalados tampoco fueron individualizados ni mencionados en ninguno de los dos

informes motivados que preparó el Superintendente Delegado para la Protección a la Competencia. Así las cosas, como mi poderdante nunca conoció que estaba siendo investigado por los hechos que supuestamente prueban los correos reseñados y nunca supo que esos correos probaban las acusaciones que sorpresivamente incluyó la Resolución Sancionatoria, pues NO tuvo la posibilidad de controvertirlos, razón por la cual no se le podía sancionar con fundamento en los mismos, tal como lo realizó la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)La violación del debido proceso por la falta de acceso a la totalidad de las pruebas del expediente y por la consecuente imposibilidad de controvertirlas solicitando pruebas para desvirtuarlas, quedó plenamente corroborada por el propio Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, quien en un hecho insólito en el foro administrativo, el 3 de julio profirió una "FE DE ERRATAS" en la que le da la razón a las quejas efectuadas por mis mandantes en el memorial del 19 de julio de 2015. En dicho documento el Delegado acepta que varias de las citas del Informe Motivado estaban erradas y que para acceder a varias de las pruebas del expediente era necesario seguir un complejo procedimiento informático (...)Nótese como la propia Superintendencia aceptó que los investigados no tuvieron acceso a las pruebas que cita en el Informe Motivado y como de manera anti técnica les brindó el acceso a las mismas en una etapa de la investigación en la cual mi poderdante ya no podía solicitar pruebas para desvirtuar las que solo hasta ese momento pudo conocer.

(...) De la lectura de la Resolución 80847 de 2015 y del acto administrativo que la confirma es evidente que la Superintendencia tuvo serios inconvenientes para efectos de probar el supuesto acuerdo para obstruir la importación de azúcar a Colombia toda vez que no pudo señalar las particularidades del presunto acuerdo, ni la forma en que operó, ni los países sobre los cuales recayó, ni los resultados que logró ni muchas otras cosas que tenía el deber de haber determinado para sancionar como sancionó a los investigados. Y no pudo señalar todo lo anterior, por una sencilla razón: no existió el mentado acuerdo para la obstrucción de importaciones (...)Lo único que tiene la Superintendencia es una opinión que sustenta en correos electrónicos citados de manera descontextualizada e incompleta, en un acta de Junta Directiva de CIAMSA que citó de manera incompleta y en los testimonios de las personas que hacen parte del grupo de industriales que quiere apropiarse de las rentas que pertenecen a los ingenios azucareros para efectos de elevar sus utilidades. Pruebas todas ellas que analizadas en su contexto no prueban la existencia de ningún acuerdo que tuviese como objeto o por efecto la obstrucción de importaciones de azúcar a Colombia (...)

De la valoración del acervo probatorio no se puede concluir que el INGENIO que represento incurrió en la conducta anticompetitiva sancionada por la Superintendencia y cómo no existen pruebas que permitan vincularlo como responsable de la misma (...) Adicionalmente, es pertinente hacer énfasis que en el proceso administrativo se logró acreditar que LAS IMPORTACIONES DE AZÚCAR BOLIVIANO FUERON VOLUMINOSAS, ESPECIALMENTE EN EL AÑO 2009: De acuerdo con las cifras oficiales, en el año 2008 se importaron aproximadamente 59.991 toneladas; en el año 2009, aproximadamente 116.244 toneladas; en el año 2010, cerca de 80.212 toneladas; en el año 2012, aproximadamente 16.372 toneladas y en 2013, cerca de 88.672 toneladas (...) las imputaciones en relación con hechos de obstrucción de importaciones de azúcar proveniente de Ecuador, El Salvador y Guatemala no fueron objeto de la investigación administrativa que culminó con los actos administrativos que parcialmente se demandan y, en consecuencia, constituye una manifiesta

ilegalidad que el Superintendente hubiese proferido una sanción por dichos hechos”.

b) Violación al debido proceso - caducidad de la potestad sancionatoria.

La Superintendencia no probó que la conducta en relación con la obstrucción de importaciones hubiese sido una conducta continuada: Inicialmente su investigación se basó en dos episodios (i) Las negociaciones con los ingenios bolivianos y (ii) La supuesta obstrucción para importar azúcar de Costa Rica.

“Así las cosas y aceptando en gracia de discusión que todo lo relacionado con Bolivia hubiese sido una conducta que restringió las importaciones de azúcar de Bolivia a Colombia, se tendría que dicha conducta se consumó hasta el 26 de mayo de 2009, fecha de la Junta Directiva de CIAMSA donde se decidió no realizar compras a los ingenios bolivianos.

No obra en el expediente administrativo prueba alguna de que entre el 29 de mayo de 2009 y el 6 de mayo de 2011, haya habido otra conducta que se hubiese podido calificar como acuerdo para la obstrucción de las importaciones. En consecuencia y aceptando también -solamente en gracia de discusión- que el episodio de Costa Rica constituyó un acuerdo para la obstrucción de las importaciones, es forzoso concluir que dicha conducta no es continuada con el episodio de Bolivia, pues el primero se habría agotado el 26 de mayo de 2009 y el segundo habría iniciado supuestamente el 6 de mayo de 2011, esto es, casi dos años después.

(...) En relación con las imputaciones derivadas por las negociaciones con los ingenios bolivianos, es pertinente recordar que las mismas caducaron el 26 de mayo de 2012, esto es, tres años después de la decisión de la Junta Directiva de CIAMSA de no realizar el Contrato de Compraventa con los ingenios bolivianos, toda vez que para dicha conducta aplicaría el término de caducidad de tres años consagrado en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), porque el término de cinco (5) años consagrado en la Ley 1340 de 2009, que con tanto ímpetu defiende la SIC, entró a regir solamente hasta el 24 de julio de dicho año, esto es, un mes después de que el episodio de Bolivia hubiese finalizado, según la prueba existente en el expediente de la investigación administrativa.

No obstante, incluso aplicando el término de caducidad de cinco años consagrado en la Ley 1340 de 2009, la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio también habría caducado el 26 de mayo de 2014.

En consecuencia, las resoluciones que se demandan sancionaron a mi poderdante por los episodios de Bolivia y Guatemala sin tener potestad para ello y por tal razón debe ser revocada.

Por manera que aceptándose, como tiene que ser, que no hubo contravención en relación con la importación de azúcar proveniente de Costa Rica, no queda otro camino que aceptar, como corresponde, que para el 7 de octubre pasado, había cesado con creces la facultad sancionatoria de Industria y Comercio en relación con mi representado.

Y, aun cuando el evento de Guatemala no fue esgrimido como un hecho que sustentase la supuesta obstrucción de importaciones de azúcar a Colombia en

la Resolución de Apertura de la Investigación, si se realiza el análisis de caducidad en relación con el mismo, se tiene que la única prueba que supuestamente devela un acuerdo de obstrucción de importaciones de azúcar proveniente de Guatemala es el correo electrónico del 19 de mayo de 2009, por lo que en relación con este hecho la potestad sancionatoria de la Superintendencia caducó el 19 de mayo de 2012, toda vez que para dicha conducta aplicaría el término de caducidad de tres años consagrado en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), porque el término de cinco (5) años consagrado en la Ley 1340 de 2009, que con tanto ímpetu defiende la SIC, entró a regir solamente hasta el 24 de julio de dicho año.

No obstante, incluso aplicando el término de caducidad de cinco años consagrado en la Ley 1340 de 2009, la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio también habría caducado el 19 de mayo de 2014 (...)

c) Violación al Principio de Favorabilidad, Falsa Motivación de la Resolución N°80847 de 2015 y vulneración del Principio de Legalidad.

Manifiesta el demandante que la forma en que la Resolución Sancionatoria fijó y graduó la sanción, adolece de varias irregularidades:

- La Superintendencia sustentó la aplicación del régimen sancionatorio de la Ley 1340 del 2009 en una sentencia del Consejo de Estado que únicamente se refiere al cómputo del plazo de caducidad de la facultad sancionatoria de esa Superintendencia.
- Pasando al análisis del caso particular, de acuerdo con la Superintendencia, las presuntas conductas ilegales cometidas por el INGENIOS fueron realizadas desde comienzos del 2006 “y al menos julio de 2011”¹⁰⁶. Es decir, las presuntas infracciones tuvieron lugar durante la vigencia de dos normas distintas en el ámbito punitivo, a saber: el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 que modificó el Decreto señalado. Las normas prenotadas difieren en relación con los montos máximos de las sanciones que pueden imponerse, tanto a personas naturales como jurídicas, por la infracción de normas relacionadas con la libre competencia.

Así las cosas, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en lo relativo al principio de favorabilidad, al aplicar las sanciones por la presunta comisión de las conductas investigadas, la Superintendencia debió imponerlas conforme a los topes máximos estipulados en el Decreto 2153 de 1992 y no conforme a los establecidos en la Ley 1340 de 2009, pues el primero de ellos resultaba más favorable para los investigados.

Se violó el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 por indebida liquidación de la multa: la Superintendencia manifestó que de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, tiene la facultad de liquidar las multas de hasta 100.000 SMLMV, con base en el salario mínimo mensual existente al momento

de la imposición de la sanción, mas no el que regía al tiempo de la conducta contravencional. No obstante, es evidente que el artículo 25 no establece lo que concluyó la Superintendencia.

d) Violación del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 respecto de las exigencias legales para la dosimetría de la sanción.

La SIC graduó la pena apelando únicamente al porcentaje de ingresos operacionales y patrimonio al que corresponde el total de la multa, lo que de ninguna manera se ajusta a la ley.

“Brilla por su ausencia en la Resolución sancionatoria un estudio serio, concienzudo y detallado acerca de los criterios de graduación de las multas impuestas a los investigados en la Resolución 80847 de 2015(...)El vicio advertido en relación con la ausencia de criterios para la graduación de la sanción en la Resolución 80847 de 2015 NO PODÍA SER CORREGIDO por la Superintendencia al resolver el recurso de reposición, pues dicha irregularidad ya había causado un grave e irreparable daño al derecho de defensa de mi poderdante (...) No obstante lo anterior, en la Resolución No. 103652 de 2015, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por cada uno de los investigados, la Superintendencia hizo el análisis sobre la aplicación de los criterios de fijación y dosificación, así como de la metodología utilizada para la determinación de la sanción impuesta a mi poderdante, que había omitido efectuar en la Resolución Sancionatoria”.

e) La intervención del Estado en la economía y la extralimitación de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Superintendencia de Industria y Comercio no se encuentra dentro de los órganos que el legislador definió para efectos de diseñar y aplicar el FEPA (Fondo de Estabilización de Precios para los azúcares) como mecanismo de intervención del Estado en la economía. La ley reguló el marco que regiría dicho Fondo y señaló con claridad su forma de operación y las personas o entidades competentes para desarrollarlo.

No obstante, al hacer el juicio de legalidad sobre las resoluciones del FEPA y emitir órdenes a su Consejo Directivo, la Superintendencia se convirtió en una entidad que, sin competencia expresa consagrada por el legislador, se está abrogando funciones del Estado en la intervención de la economía.

f) Violación del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009 - Concepto del Ministerio de Agricultura.

El Ministerio de Agricultura produjo su concepto el 22 de junio de 2012 y se pronunció a favor de la causa de los Ingenios, desestimando los cargos de la Resolución de Apertura de la Investigación expedida por la SIC. No obstante, en la Resolución Sancionatoria el Superintendente no explica por qué se apartaba del concepto del Ministerio de Agricultura, con lo cual la misma es

integralmente nula por violación directa del artículo 8º. de la Ley 1340 de 2009.

g) Violación de los artículos 3 y 59 del Código Contencioso Administrativo y artículos 311 y 331 del Código de Procedimiento Civil y/o artículos 287 y 302 del Código General del Proceso.

Lo anterior se configura dada la omisión de resolución de distintos puntos planteados en el recurso de reposición formulado contra la Resolución 80847 de 2015. Razón suficiente para concluir la nulidad de la Resolución N° 103652 de 2015, que corresponde justamente a aquel acto administrativo en el que se resolvió el referido recurso.

Para tratar de obtener la resolución de las cuestiones planteadas en el recurso de reposición que fueron olvidadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 103652 de 2015, con fundamento en la remisión establecida en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, el 19 de enero de 2016 se procedió a solicitar a la Autoridad adicionar dicha resolución (...) No obstante, de manera inusitada la Superintendencia prefirió no corregir sus errores resolviendo todas las cuestiones planteadas en el recurso de reposición y rechazó la solicitud de adición mediante la Resolución 1072 de 2016, esgrimiendo unos argumentos violatorios de la ley y el debido proceso que imponen la declaratoria de su nulidad, tal como pasa a demostrarse:

Segundo cargo: falsa motivación de los actos administrativos demandados

Al no existir la infracción que la Superintendencia de Industria y Comercio pretende establecer, los hechos que le sirven de fundamento al acto administrativo imputado resultan inexistentes, es decir que el acto administrativo debe ser decretado como nulo y restablecerse a mi mandante sus derechos vulnerados (art. 84 del CCA).

II. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue radicada el 22 de julio de 2016, y asignada por reparto a este Despacho mediante Acta de Reparto no. 11001333400120160155600 (Fl. 117, C. 4), esta magistratura, a través de providencia del 10 de marzo de 2017 dispuso inadmitir la demanda por carecer de algunos requisitos de presentación (Fls. 119 a 122, C. 4); por auto del 21 de abril de 2017 se admitió la demanda (Fls. 134 a 137, C. 4), dicha providencia fue debidamente notificada a las partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls.140 a 150, C. 4).

2.1. Contestación demanda (Fls. 168 a 237, C4).

Respecto a los hechos relatados en el escrito de demanda, la entidad demandada señaló que la mayoría de los hechos son ciertos, mientras que otros los considera parcialmente ciertos.

Con relación a los cargos propuestos en la demanda, la entidad se manifiesta sobre aquellos en el mismo orden en que fueron planteados en el escrito de demanda, empezando por:

Frente al cargo de violación directa de normas superiores

La entidad se pronunció sobre cada uno de los subcargos que fueron planteados por la empresa demandante dentro del escrito de demanda en el siguiente orden:

De la supuesta “violación al debido proceso: violación al derecho de contradicción, defensa y al principio de congruencia”.

Considera que los argumentos de este cargo deben ser rechazados porque no tienen ningún mérito de prosperar, toda vez que, manifiesta que la actuación administrativa adelantada por la entidad, por la investigación de prácticas restrictivas de la competencia que se tramitó bajo el expediente no. 10-55750 se efectuó bajo las reglas procesales contenidas en el Código Contencioso Administrativo /Decreto 01 de 1984) y no del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, en aplicación del artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 que prevé el régimen de transición entre el nuevo Código y el anterior.

Señalan que la averiguación preliminar como la apertura de la investigación se realizó en vigencia del Decreto 01 de 1984, siendo así, considera que el procedimiento administrativo que dio origen a la expedición de los actos administrativos enjuiciados se sustanció bajo las reglas de la referida norma.

Por ello la entidad demandada señala que la empresa demandante comete un yerro al pretender confrontar dos de las Resoluciones demandadas con el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dado que la violación debe surgir del análisis de los actos demandados con las normas superiores invocadas como violadas en que supuestamente debe fundarse su expedición.

En cuanto a que no se probó las particularidades del supuesto acuerdo de cuotas de producción, menciona que la sanción impuesta al demandante se produjo con ocasión de la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, lo cual sorprende a la entidad demandada que exista esta confusión por parte de la sociedad demandante, al exigir que se debía probar un acuerdo de cuotas de producción.

Con relación a la supuesta indeterminación de la imputación y el supuesto desconocimiento del principio de congruencia, menciona que la sanción impuesta fue absolutamente congruente con la formulación de cargos, ya que, a través de la no. 5347 de 2012, adicionada por la Resolución no. 50925 de 2013, se imputaron cargos por infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el previsto en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, todo ello con respaldo de material probatorio que verificara la información.

Respecto a la imputación del cargo de acuerdos que tengan por objeto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización, la entidad realizó la imputación fue descrita de forma clara, concisa y no dio lugar a interpretaciones, que den lugar a acusaciones vagas y genéricas como sostiene la parte demandante, por lo tanto, sostiene que existe plena identidad entre la imputación fáctica y jurídica que se realizó en el pliego de cargos que se tuvieron en cuenta en los actos administrativos sancionatorios.

Manifiesta que no son de recibo los argumentos del demandante en los que señala que la investigación se limitó exclusivamente a los hechos que dan cuenta de las obstrucciones de importaciones de Bolivia y Costa Rica, puesto que, el cargo formulado a los investigados nunca fue el de haber obstruido o restringido importaciones de azúcar desde Bolivia o Costa Rica, ni mucho menos de algún país en particular.

Por lo tanto, la entidad considera que su obligación legal es valorar todas las pruebas que obren en el expediente y que hayan sido regular y oportunamente allegadas, siempre y cuando estén vinculados al debate que haya propuesto la imputación jurídica y fáctica. Con la realización de dicho ejercicio por parte del juzgador, ninguna objeción por supuesta incongruencia está llamada a prosperar, por cuanto todas las pruebas analizadas cumplen con los siguientes requisitos mínimos, es decir que forman parte del expediente, fueron regular y oportunamente allegadas a la investigación y que guardan relación con la imputación fáctica y jurídica a que se refería la Resolución de apertura de investigación con pliego de cargos.

En cuanto a la vulneración del principio de congruencia y el derecho de defensa, asegura la entidad demandada que, las Resoluciones de apertura de investigación nunca contienen una transcripción exhaustiva de todas y cada una de las pruebas obrantes en el expediente, en razón a que las normas de procedimiento para este tipo de actuaciones establecen que solo requerido contener las pruebas que permitan sostener la necesidad de iniciar la investigación formal, tendiente a demostrar si las presuntas conductas anticompetitivas en efecto se cometieron, por lo que no era necesario una mención y valoración de todas y cada una de las pruebas recaudadas en forma

física o electrónica.

Con ello, la entidad menciona que lo que condiciona el alcance y procedencia de las pruebas que deben valorarse en la investigación son los cargos sobre la comisión de conductas restrictivas de la competencia. En ese sentido, si bien las pruebas que se practiquen en la investigación desde luego pueden servir para profundizar o controvertir las conductas imputadas en la apertura, también pueden evidenciar circunstancias de modo, tiempo o lugar complementarias dentro del ámbito de los cargos formulados, sin que ello implique violación alguna del principio de congruencia como lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina nacional.

De igual manera señala que, las pruebas que se hayan practicado en la averiguación preliminar o en la investigación pueden servir para profundizar las razones que motivaron la Resolución de apertura de Investigación con Pliego de Cargos, pero también pueden evidenciar diversas circunstancias de modo, tiempo o lugar en que pudo haber tenido lugar la conducta imputada a los investigados. Así las cosas, la entidad tenía la carga de ser totalmente clara en las conductas que generan el cargo y determinar que se cumplían los supuestos de imputación.

Por su parte, los investigados tenían el derecho a defenderse de tales acusaciones solicitando o aportando las pruebas que consideraran pertinentes para su defensa y especialmente a controvertir las que en su opinión resulten contrarias a sus intereses. Por supuesto, este derecho de defensa conlleva inherente un deber de diligencia, que, entre otras cosas, le impone a los investigados o a sus apoderados la elemental carga de estudiar y conocer el expediente, pues de lo contrario, si no se conoce el expediente ¿Cómo saber que pruebas se deben o tiene que controvertir?

Añade además que, el ejercicio de un derecho de defensa y contradicción lleva implícitamente una garantía en cabeza del titular, pero al mismo tiempo comporta un deber y ello, no lo exonera, por tanto, de advertir la diligencia debida para el recto ejercicio de aquel. No debe olvidarse que existe prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas e incluso inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. En tal medida, nadie puede alegar a su favor su propia negligencia.

Adicionalmente considera que la Resolución de apertura de investigación no implica la posibilidad de que en el curso de la investigación se sumen elementos del juicio que respalden la imputación jurídica y fáctica, pues es en el desarrollo de la etapa probatoria donde se adquiere un mayor conocimiento de las circunstancias que rodean la infracción de la norma que dio origen a la investigación o para controvertir las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar y que hacen parte del expediente. Todo obliga a que al momento de la sanción se haga una valoración jurídica de

todas las pruebas que obran en el expediente, que hayan sido regular y oportunamente allegadas y frente a las cuales los investigados pudieron controvertirlas, para si se ha realizado o no una conducta contraria a la norma que se imputa como transgredida, tal y como se ha explicado anteriormente y con suficiencia.

En ese orden, la entidad considera que, aceptar la tesis sobre la supuesta incongruencia planteada por la parte demandante implicaría una situación absurda en el sentido que la resolución sancionatoria de una actuación administrativa tiene que ser exactamente igual a la Resolución de apertura de investigación con pliego de cargos, con la variación única en la fecha de expedición. Hecho que para la entidad no puede y no debe ser así, pues desvirtuaría las más elementales reglas de la razón y la lógica dentro del esquema procesal de indagación preliminar, apertura de investigación formal con pliego de cargos, descargos, pruebas, alegatos y decisión final sancionatoria.

La entidad hace énfasis en menciona que los investigados tuvieron la oportunidad de estudiar el expediente y ejercer el derecho de defensa con suficiencia de tiempo.

Siendo así, es evidente que los argumentos relacionados con la violación al derecho al debido proceso por incongruencia al supuestamente no involucrar la restricción de azúcar proveniente de países como Guatemala o El Salvador, más que argumentos denotan una comisión deliberada de hacer cualquier tipo de referencia a dichas pruebas como estrategia de defensa, que a la postre no funcionó habida cuenta de que esa entidad demandada, en ejercicio de su obligación legal adoptó la decisión de sancionar a los investigados apreciando todas las pruebas que obraban en el expediente y que hubiesen sido regular y oportunamente allegadas a la investigación, frente a las cuales, como ya se dijo hubo todo tipo de posibilidad y términos para controvertirlas.

Conexo al argumento anterior, la entidad explica que, su posición ha sido validada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, entre varias decisiones judiciales resalta la del 22 de enero de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en donde dicha Corporación determinó con contundencia y claridad que el seguimiento de hechos adicionales que forman parte de los planteamientos iniciales de la investigación por prácticas comerciales restrictivas no configura una vulneración al derecho al debido proceso cuando se trata de pruebas regular y oportunamente allegadas a una investigación.

De este modo, señala la entidad que las pruebas practicadas en la averiguación preliminar o en la investigación formal pueden servir no solo para ahondar las razones que motivaron el inicio de la actuación administrativa, sino que también pueden evidenciar circunstancias de modo,

tiempo y lugar que complementen las conductas imputadas en la resolución de apertura de la investigación con pliego de cargos, sin que en ningún momento ello implique que se termine sancionando por una conducta diferente a la imputada inicialmente o que se haya vulnerado el principio de congruencia, como erradamente lo expone el demandante. Asevera que en la actuación administrativa se garantizó el debido proceso y se respetó el principio de congruencia.

Sostiene que, la entidad con el fin de que cualquier desconocimiento de los investigados y sus apoderados para identificar técnicamente los factores que permitiesen el acceso a las evidencias digitales y a las herramientas útiles para el cumplimiento de estas labores, y aun cuando ya se les había explicado en múltiples ocasiones como acceder a las pruebas, se les reiteró la disponibilidad de la entidad para prestar ayuda y apoyo en el acceso al expediente y al material probatorio.

De esta forma consideran que es evidente que no se compadece con la realidad de los hechos alegar que no se garantizó el acceso a la totalidad de la información recaudada durante la etapa de averiguación preliminar, pues como se ha demostrado, la evidencia probatoria desde el mismo inicio de la investigación y por todos los años de trámite de la actuación siempre estuvo al alcance y en las manos de los investigados y sus apoderados, al paso que las herramientas tecnológicas con las que cuenta la entidad demandada, lejos de ser un problema en realidad garantizan la inalterabilidad de las pruebas, y como consecuencia de ello, la originalidad e integridad de los mensajes de datos de la investigación administrativa, que consta de documentos en formato electrónico recolectados en las instalaciones y formatos con que los investigados los tenían en sus dispositivos electrónicos.

Por lo tanto, en las Resoluciones acusadas, la entidad demandada manifiesta que ha sido absolutamente garantista de los derechos de los investigados en especial en lo que se refiere al derecho de defensa, en la forma, por demás sencilla, de acceder a las pruebas digitales del expediente.

Solicita además que sea tenida en cuenta la teoría sobre las formalidades y procedimientos sustanciales o no sustanciales, aplicada por el Consejo de estado en lo que se refiere al análisis de vulneración de del derecho al debido proceso.

Respecto del cargo de vulneración del principio de tipicidad - inexistencia de obstrucción de importaciones.

Sobre este argumento, relacionado con que la entidad demandada no probó la obstrucción efectiva de importaciones, por cuanto la empresa demandante señala que, no hubo obstrucción de importaciones y, además que existen pruebas que se realizaron importaciones de azúcar de Bolivia y Costa Rica lo

que demostraría que no existió ninguna obstrucción.

La entidad considera que, los argumentos presentados son reiterativos, no tienen ningún mérito de prosperidad y que deben ser rechazados por cuanto, como lo señaló en el numeral anterior, el demandante presenta una lectura acomodada de la apertura de investigación con pliegos de cargos, en relación con que la investigación se limitó exclusivamente a los hechos que dan cuenta de las obstrucciones a las importaciones de Bolivia y Costa Rica.

De igual manera señala que, el cargo formulado a los investigados nunca fue el de haber obstruido o restringido importaciones de azúcar desde Bolivia. De la misma manera, nunca el cargo formulado fue el de obstruir o restringir importaciones de azúcar desde Costa Rica. Es más, en ningún momento el cargo formulado se limitó a un país en particular, prueba de ello es la Resolución de apertura de investigación con pliego de cargos y detenerse en la imputación fáctica que no es otra distinta a la de que *“los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar en el país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA Y CIAMSA, a los que pertenecen y que de hecho presiden”*.

Manifiesta que, la parte demandante adopta como estrategia en esta instancia judicial, plantear una incongruencia inexistente entre la Resolución de apertura de la investigación y la Resolución sancionatoria, con el objetivo de acotar el campo de acción del esquema colusorio a unos determinados países y por ende excluir lo ocurrido en relación con otros, sin razones jurídicamente atendibles.

Menciona además que, las conclusiones a las que llegó la entidad, respecto a los actos administrativos y la conducta de obstrucción de importaciones fueron producto de un análisis eminentemente lógico, técnico y científico, ciñéndose al principio de valoración conjunta de la prueba que debe imperar en las actuaciones administrativas, sin admitir la sustitución del examen en conjunto por el análisis parcial, inconexo o descontextualizado de cada prueba y respecto de cada investigado, como lo proponen los impugnantes en contravía de los mandatos legales sobre la apreciación de las pruebas en conjunto.

Añade además que, la decisión de la entidad es el resultado minucioso de un análisis de la unidad probatoria obtenida a lo largo de la investigación y no, del estudio independiente y aislado de cada medio de prueba. Un análisis de las pruebas en conjunto es lo que ordena la ley y fue precisamente lo que la entidad hizo en la Resolución sancionatoria enjuiciada.

Con relación a que no existen pruebas que vinculen a la sociedad demandante en el sancionado acuerdo para obstruir importaciones de azúcar al país, al

controvertir el cargo anterior, señala que se presentaron detalladamente las evidencias directas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos y correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan al Ingenio Providencia y con lo que ocurrió en la conducta violatoria de los dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar en el país.

En otro aparte señala que, en un primer caso encontrado por la entidad en la estrategia para obstruir importaciones en infracción del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por parte de los investigados, fueron diferentes negociaciones con ingenios bolivianos para la adquisición coordinada de los excedentes de azúcar boliviana, con el propósito exclusivo de evitar que los mayoristas y comerciantes colombianos adquirieran para importarlos al país. De esta manera, los investigados en cabeza de DICSA Y CIAMSA planearon una serie de visitas a Bolivia para entablar una relación comercial con los ingenios productores de azúcar en dicho país y lograr el compromiso de no exportar *“absolutamente ni un grano de azúcar a Colombia”*. Incluso se llegó a amenazar a los ingenios bolivianos con saturar a ese país con azúcar colombiana en caso de que no accedieran a los compromisos propuestos por la *“Industria Azucarera Colombiana”*.

En un informe adjunto al correo electrónico del 26 de octubre de 2008, remitido por Luis Augusto Jaramillo Palacio, se resalta que una vez cerrado el negocio propuesto a los ingenios bolivianos que podría ser por cinco (5) o más años, estos se comprometían a *“exportar absolutamente ni un gramo de azúcar en Colombia”*, lo cual muestra que esta estrategia no tenía ninguna relación coyuntural con el paro de corteros. Queda claro que dichas negociaciones al final, nada tenían que ver con el paro de corteros como se sostiene en la demanda, pero que, si tenía que ver con los ingenios bolivianos para que por un periodo bastante largo no ingresará a Colombia, azúcar proveniente de Bolivia.

La entidad deja en claro que, la Resolución sancionatoria nunca le reprochó a los investigados que tuvieran o manifiestan una preocupación frente a las importaciones de azúcar, pues esa preocupación es evidente en cualquier sector y en un mundo globalizado. Considera que lo que fue objeto de sanción fue que los investigados hubiesen optado por un proceder concertado y coordinado, a todas las luces ilegal, en lugar de optar por enfrentar esa presión competitiva a través de estrategias unilaterales, independientes y autónomas, por ejemplo, mejorando las condiciones de calidad, precio, innovación o servicio al cliente que ofrecen a sus consumidores, pues se

reitera esa era su obligación constitucional y legal de cara al cumplimiento de las disposiciones sobre libre competencia y rivalidad empresarial, de acuerdo con la entidad, esto es lo que protegen las normas de libre competencia.

Manifiesta que la preocupación ante la presión competitiva que suponía para los investigados, no pueden en ningún caso tenerse como una prueba del acuerdo obstructivo sancionado, pues aisladamente y sin conectarse con los demás medios de prueba obrantes en el expediente, esta circunstancia no demuestra conducta competitiva alguna. Es precisamente a través del análisis realizado por la entidad demandada, orientado por el principio de la valoración conjunta de las pruebas, que se arribó a la conclusión de que esa preocupación, unida a la estrategia anticompetitiva conjunta que tenía por objeto restringir, bloquear u obstruir las importaciones de azúcar al país, fue lo que materializó la conducta anticompetitiva que resulto en la sanción administrativa a la sociedad demandante.

En cuanto al argumento de la demanda en el que la empresa sostiene que existen pruebas de que se realizaron importaciones de azúcar de Bolivia y Costa Rica a Colombia, demostrando que no existió ninguna obstrucción, al respecto la entidad manifiesta que la conducta por la que se sancionó a la sociedad fue por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y por el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es decir por incurrir en un acuerdo con el objeto de impedir u obstruir el ingreso de terceros al mercado del azúcar en Colombia.

Finaliza mencionando que con la Resolución sancionatoria no. 103652 de 2015 se fundamentó en la conducta de que los investigados efectuaron un acuerdo con el objeto de impedir u obstruir el ingreso de terceros al mercado del azúcar en Colombia, en donde se encontró de forma irrefutable tanto la existencia del referido acuerdo como su respectivo objetivo.

Respecto del cargo de caducidad de la potestad sancionatoria

En consecuencia, de la afirmación de la parte actora, la entidad indica que las conductas caducaron el 26 de mayo de 2012 de conformidad con el artículo 38 del CCA sin que sea posible aplicar el término de caducidad de 5 años contemplado en la Ley 1340 de 2009 que entró en vigencia el 24 de julio de 2009 y que incluso, si se hubiera aplicado dicho término, la caducidad operó el 19 de mayo de 2014.

Los argumentos presentados por el demandante no tienen ningún mérito de prosperidad y deberán ser rechazados porque en materia de protección a la competencia existe una norma especial respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria de la autoridad única de competencia, prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2004.

Por lo tanto, para la entidad demandada es claro que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esa entidad cuando investigan conductas violatorias de las leyes de competencia es de cinco (5) años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas, y no de tres (3) años como erradamente lo afirma el demandante.

Señala también que, las conductas ejecutadas por los investigados, particularmente las relacionadas con la obstrucción de importaciones, son de carácter continuado al no haberse consumado en un único momento, sino que se desarrollaron a través de varios actos sucesivos en el tiempo, todos comprendidos dentro de una estrategia coordinada, continuada y concertada de las distintas empresas investigadas como parte de la denominada “Industria Azucarera Colombiana”.

Por ello manifiesta la entidad que al tratarse de una conducta continuada o de tracto sucesivo, no pueden analizarse como conductas aisladas, como errónea y convenientemente lo pretende hacer ver la demandante, para predicar de algunas de ellas o de todas, la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de esta autoridad de la libre competencia. Se trata de una conducta continuada o de tracto sucesivo, en la que, por ministerio de la ley, el término de caducidad se cuenta a partir del último acto o conducta.

En esa medida la entidad manifiesta que resulta inaudito que se alegue la configuración del fenómeno procesal de la caducidad. Lo anterior, en la medida que, se reitera, la conducta reprochada se desarrolló a través de una estrategia sistemática y continuada en el tiempo para obstruir cualquier tipo de importación de azúcar en general, la cual fue concebida y ejecutada por todos los investigados.

Cuando se investigan conductas por objeto, se tiene que tener en cuenta el momento en que la conducta ya no puede llegar a materializarse en el efecto prohibido, para contar desde allí, como último instante de la potencialidad abstracta de la conducta que pudo llegar a la causa del daño, el tiempo para que opere la caducidad de la facultad sancionatoria de la entidad. En el caso de conductas continuadas se debe tener en cuenta el momento en que cesó la conducta anticompetitiva para desde allí empezar a contar el término de caducidad.

En ese orden, en criterio de la entidad no hay duda que la normatividad aplicable al caso en particular corresponde a aquella prevista en la Ley 1340 de 2009, atendiendo el principio de legalidad que debe regir en todas las actuaciones administrativas, por tanto la conducta ejercida por los sancionados no se ejerció instantáneamente, sino de manera continua o continuada, lo que en consecuencia implica, que se aplique la legislación vigente al momento de cesación de la conducta, acciones o hechos

infractores del ordenamiento jurídico. Al respecto de la aplicación de la caducidad para este tipo de casos, la entidad hace mención de una sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Con base en dicho precedente, la entidad menciona que resulta indiscutible que el cómputo del término de caducidad de la facultad sancionatoria, obedece a la Ley 1340 de 2009, pero, además no cabe duda de que su término inicia con la cesación o último acto constitutivo de la conducta sancionable, de donde se concluye que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta de ordenamiento jurídico.

Finalmente indica que, está plenamente probado que el último acto de tracto sucesivo ejecutado por los investigados, entre ellos la demandante, del que obra evidencia en el expediente data de julio de 2011, así pues será desde aquella fecha, en el escenario más estricto, que inicia la cuenta del término de caducidad de cinco (5) años de la facultad sancionatoria de esa entidad en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia económica en este caso, el que solo se vencería como mínimo en julio de 2016, es decir, bajo ninguna circunstancia habría operada la caducidad que pretende el demandante.

Respecto del cargo de violación del principio de favorabilidad al imponer la sanción.

En principio, manifiesta que la facultad administrativa que permite a la entidad demandada como autoridad única de protección del régimen de libre competencia económica es imponer sanciones para la protección del derecho colectivo a la libre competencia se fundamenta en las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 2, 4, 6, 29, 88, 150 numeral 8, 189 numerales 21, 22, 24, 26, 209, 333, 334, 365, 366 y 370 de la Constitución Política.

En el ejercicio de su facultad sancionatoria, el Estado debe respetar ciertas garantías dentro de las cuales se encuentra el principio de legalidad, el cual se manifiesta a través de: i) principio de reserva de ley; ii) el principio de tipicidad. Según el primero de estos principios -reserva de ley-, el legislador es el único habilitado para establecer cuáles son las acciones y las omisiones que dan lugar a que el Estado ejerza su poder punitivo, así como para determinar cuáles son las sanciones y procedimientos para poder imponerlas. Por su parte, el segundo de esos principios -tipicidad- le impone al legislador la carga de establecer los elementos fundamentales del tipo, tales como la descripción de la conducta sancionable, la cuantía, la autoridad competente, entre otras.

Menciona además que, con la expedición de la Ley 1340 de 2009, el legislador

decidió robustecer la capacidad sancionatoria en cabeza de entidad demandada con el fin de disuadir y reprimir las prácticas restrictivas de la libre competencia económica en Colombia. En efecto, la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para proteger al régimen de libre competencia económica pasó de una multa máxima equivalente a dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes a cien salarios mínimos legales vigentes, es decir, se multiplicó por cincuenta el poder sancionatorio.

El fundamento de este incremento de este incremento fue la necesidad que las multas que las multas para quienes incurran en conductas contrarias al régimen de la libre competencia económica tuvieran un carácter disuasorio y que la represión o sanción resultase razonable atendiendo la gravedad de la conducta y no fuese irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que un agente pudiere haber obtenido mediante prácticas anticompetitivas, sin perjuicio incluso que pueda mejorarse dicha capacidad sancionatoria en el futuro.

Por lo tanto, la entidad sostiene que en el caso de estudio no se configuran los elementos de estructurales del principio de favorabilidad, por cuanto las conductas de carácter permanente, continuado o de tracto sucesivo que fueron sancionadas, si bien iniciaron en vigencia de la ley anterior (Decreto 2153 de 1992), lo cierto es que se ejecutaron y terminaron en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la cual establece el topo máximo de los cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, para las multas por infracciones al régimen de protección de libre competencia económica.

Con relación a lo anterior, la entidad señala que resulta ilustrativo retomar el análisis que realizó la Procuraduría General de la Nación en relación con la aplicación del principio de favorabilidad en el presente caso. Al respecto, dicha entidad hizo un análisis de los supuestos fácticos latentes del proceso administrativo en sub examine y la jurisprudencia y normatividad aplicable para fijar una posición concreta en derecho, respecto de la controversia surgida con ocasión de la aplicación del principio de favorabilidad.

Con base en la jurisprudencia reseñada en la contestación la entidad manifiesta que es clara la aplicabilidad del principio de favorabilidad en el derecho administrativo sancionador, entendido como la manifestación de protección de la garantía constitucional al debido proceso en otro tipo de contextos jurídicos en el que se acciona el poder punitivo del Estado, como lo es el derecho administrativo sancionador. Sin que esto quiera decir, que respecto al caso en particular, tal principio deba operar, ya que de acuerdo con la jurisprudencia nacional, la favorabilidad en relación con las conductas, hechos, acciones constitutivas de sanción ejecutadas continuamente implican una interpretación diferente, en razón al reconocimiento de garantías de raigambre constitucional como lo es el de legalidad e igualdad.

En ese sentido, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva, en este contexto, no habría discusión alguna en relación con la vigencia y aplicabilidad de la ley en el tiempo y el espacio. Así las cosas, la necesidad de establecer cual es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva ley, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos; situaciones que de acuerdo al artículo 29 de la Constitución Política implica la aplicación del principio constitucional a la favorabilidad, con la finalidad de encontrar la solución más favorable al investigado y futuro sancionado en el caso de estudio.

Indica además que, dicho principio no es aplicable cuando la conducta, hecho o circunstancia constitutiva de la sanción es realizada de manera continua o continuada, ello implica que las acciones configuradoras de conducta sancionable se prolonguen en el tiempo, es decir, que el actuar antijurídico no se agote en un solo instante, conducta de ejecución instantánea, sino que prosiga durante determinado tiempo y que la prórroga del comportamiento dañino o contrario a derecho se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, quien persiste en ella durante el tiempo después de la realización del hecho que constituye el inicio de la conducta sancionable, contexto jurídico que es reconocido jurisprudencialmente en materia penal, y de igual forma doctrinalmente en esa misma área.

Siendo ello así, la entidad considera que como lo sostuvo la Procuraduría General de la Nación resulta indiscutible la no aplicabilidad del principio de favorabilidad tratándose de conductas o hechos sancionables cuando son ejecutados de manera continuada, pues el hecho constitutivo de la sanción bajo la vigencia de una legislación más favorable, no es el mismo acaecido en vigencia de una ley mas gravosa, en cuanto difieren del aspecto temporal, así se trate del ámbito espacial, pues tal y como ha sido reconocido jurisprudencialmente, *“... el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola...”*

De acuerdo con la jurisprudencia en mención y del concepto de la Procuraduría, según la entidad demandada, debe entenderse que en los actos o acciones sancionables de carácter continuado, se presenta una diferencia temporal entre lo ejecutado bajo la vigencia de la ley menos gravosa respecto de la sanción y lo ejecutado bajo el imperio de la nueva legislación, esto es, no existe equivalencia entre la lesión acaecida bajo la vigencia de una y otra

ley, pues si se presentaran se desconocerían principios de igual rango como la igualdad o legalidad, razón por la cual no se presentan los presupuestos objetivos para dar aplicación al principio de favorabilidad, pues su aplicación desconocería, o en otras palabras, omitiría el sentido que la constitución y la ley le otorgaron al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 29 de la norma superior.

Respecto del cargo de violación del principio de legalidad en la imposición de la sanción.

Manifiesta que la interpretación del demandante para fundamentar el cargo es inaceptable e improcedente. Ya que, de acuerdo con el criterio del Consejo de Estado, el salario mínimo que debe aplicarse es el mensual vigente al momento de la imposición de la sanción lo que rechaza de plano el alegato presentado por el demandante.

Conforme con un criterio jurisprudencial citado en el escrito de contestación, resulta claro que el salario mínimo legal mensual vigente al que se refiere el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es el correspondiente al momento de imponerse la sanción y no al momento de la ocurrencia de la infracción, De esta manera, el monto de la sanción impuesto a la empresa demandante se encuentra dentro del límite establecido en la ley (incluso muy por debajo del tope legal), y en el presente caso se aplicó, además, el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la imposición de la sanción, como lo ordena la ley, como lo ha hecho la entidad demandada en todos sus casos, como lo hacen las entidades públicas al momento de ejercer su función sancionatoria y como lo dice la simple lógica, se reitera, por utilizar las palabras del propio Consejo de Estado.

Respecto del cargo de “violación del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 respecto de las exigencias legales para la dosimetría de la sanción”.

Menciona que, tal y como se dijo en los actos administrativos demandados, la entidad demandada reitera que los criterios establecidos en el numeral 15 del artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, ya que los mismos deben ser utilizados dependiendo de si las particularidades de cada caso permiten o no su aplicación, criterio que ha sido fundamentado con base en precedente jurisprudencial del Consejo de Estado.

En su criterio, el ejercicio de dosificación no impone en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un “razonamiento expreso y especial” sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones.

La entidad demandada reafirma los parámetros objetivos que se tuvieron en cuenta para la dosificación y graduación de la sanción de la Resolución sancionatoria: i) la dimensión del mercado afectado; ii) el grado de participación de los implicados; iii) la conducta procesal de los investigados; iv) la cuota de mercado de la empresa infractora, parte de activos y/o ventas involucradas; y v) patrimonio de los investigados. En relación con los criterios de agravación se advierte que se aplicó el referido a la “existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia”, y que fue incluido como un adicional determinado en la multa que se le impuso a quienes tenían antecedentes.

Estos criterios de acuerdo con la entidad fueron los que considero procedentes para que se aplicaran en el presente caso, porque se reitera, no en todos los casos de infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica son utilizables la totalidad de los criterios establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para efectos de graduar o dosificar las sanciones. Por lo tanto, los criterios que se relacionan con el efecto de la conducta, como lo son el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado* y el *beneficio obtenido por los infractores*, no son aplicables en el presente caso por cuanto la sanción se impone frente a una conducta anticompetitiva “por objeto” y no por conducta anticompetitiva que haya tenido “como efecto” impedir a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización.

De otra parte, señala que, en el procedimiento administrativo se acusó a la entidad demandada de que las multas impuestas en la Resolución sancionatoria resultaban desproporcionadas y confiscatorias, por cuanto la obstrucción de importaciones no está catalogada como un “hard core cartel” que deba ser sancionado con tanta severidad y porque la sanción se apropia de bienes e ingresos que corresponde a actividades que la autoridad no consideró como ilícitas. De la misma forma, varios investigados señalaron en el procedimiento administrativo que la sanción no tuvo en cuenta su difícil situación económica y que en algunos casos supera ostensiblemente sus utilidades netas, las cuales tendrían que destinarse exclusivamente durante varios años al pago de la sanción, haciendo inviable su actividad económica.

Dichos argumentos no fueron de recibo para la entidad demandada, toda vez que, en ninguna parte de la Resolución sancionatoria se hace alusión al concepto de “*hard core cartel*” y porque, la multa impuesta en el presente caso resulta proporcional a la gravedad de la conducta en la que incurrieron los sancionados atendiendo a la dimensión del mercado afectado, cumpliendo así con el objetivo de castigar y disuadir de las sanciones en materia de protección de la libre competencia. En el curso de la actuación administrativa se demostró la existencia de un cartel entre empresarios y agentes del

mercado, producto de un acuerdo deliberado entre competidores para obstruir la competencia que suponían las importaciones de azúcar al país, obstrucción que en si misma constituye una conducta que reviste la mayor gravedad, tal y como lo señaló la Resolución sancionatoria.

Respecto del cargo de violación del derecho de contradicción y defensa en relación con la tasación de la multa.

Sobre este argumento, señala que la finalidad del recurso de reposición es poner en consideración de la autoridad administrativa, los argumentos necesarios para que modifique, aclare o adicione el acto administrativo sancionatorio, de tal manera que no es cierto que en la Resolución no. 80847 de 2015 no se realizara un análisis detallado sobre la aplicación de los criterios de graduación de la sanción.

En consecuencia, manifiesta que lo que se hizo en la Resolución no. 103652 de 2015 fue pronunciarse respecto de todos y cada uno de los argumentos presentados en los recursos de reposición interpuestos por los investigados ASOCAÑA, CIAMSA, DICSA, doce ingenios azucareros y doce altos directivos personas naturales con los que pretendían que se modificara, revocara, aclarara o adicionara la Resolución no. 80847 de 2015.

De igual manera, señala que la violación debe surgir del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas en que supuestamente debían fundarse su expedición por lo que podrá tener vocación de prosperidad ningún cargo en el que se pretenda confrontar los actos administrativos con la Ley 1437 de 2011, toda vez que, la actuación administrativa adelantada por esta entidad por la omisión de prácticas restrictivas de la competencia que se tramitó bajo el expediente no. 10-55750 fue conforme al CCA.

Respecto del cargo de “violación del principio de legalidad: violación de los artículos 6, 121 y 123 de la Constitución Política y el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo, artículo 31 de la Ley 1340 de 2009 y el artículo 4 del Decreto 4886 de 2011”.

Sobre el particular, la entidad manifiesta que el FEPA en la forma desnaturalizada como estaba funcionando en sí mismo constituía un mecanismo para asignar cuotas de producción o suministro lo cual se considera como anticompetitivo pro el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Al respecto, se consideró que ello se configura como una desnaturalización de los objetivos previstos para dicho fondo, en la medida en que las normas legales que lo crearon (Ley 101 de 1993 y Decreto 569 de 200), de ninguna manera disponen que funcione como un mecanismo para asignar cuotas de producción o suministro, tal como lo indicó el concepto del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

En esa medida, la Superintendencia acreditó como el FEPA es un mecanismo de intervención del Estado en la economía que, desnaturalizado en su funcionamiento, sirve para asignar cuotas de producción o suministro en el mercado colombiano de azúcar. En estas circunstancias, no obstante que dicho efecto restrictivo de la competencia puede tipificarse como lo contrario a lo establecido por el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, debe admitirse que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009, por ser los fondos de estabilización de precios uno de los mecanismos de intervención en la economía que constituyen una restricción autorizada del derecho de la competencia, la entidad demandada tiene restringidas sus funciones para la aplicación del régimen de libre competencia económica y establecer responsabilidades administrativas por esta causa.

De varias normas transcritas dentro de este punto, la entidad indica que la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio le permite dictar las órdenes que sean necesarias para asegurar la observancia de las disposiciones sobre protección de la libre competencia en los mercados nacionales, no se encuentra circunscrita a unos agentes del mercado o a una actividad en particular o a aquellos previamente vinculados a una actuación administrativa, sino que la misma es general, de tal manera que abarca a todo aquel que esté en condiciones de dar cumplimiento a las órdenes impartidas con los fines mencionados, con independencia de si tiene la condición o no de investigarlo. Asimismo, dicha conclusión surge de un análisis lógico y sistemático de los numerales 8 y 19 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, toda vez que en el numeral 8 se encuentran las ordenes que únicamente pueden ser dirigidas a los investigados, al paso que el numeral 19 se contemplan las ordenes y en general cualquier otro tipo de medidas que pueden adoptarse para “velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales”, sin que implique que estas órdenes estén limitadas a los investigados. Si la norma no trae distinción, mal podría el intérprete introducir una restricción a la facultad general de la autoridad de competencia prevista en el ordenamiento jurídico.

Señala que en el caso de estudio, se ordenó al comité directivo del FEPA que revise las fórmulas de liquidación de compensaciones y cesiones, con el fin de asegurar que no tenga por objeto o efecto, la asignación de cuotas de producción o suministro en el mercado del azúcar, el intercambio de información sensible o cualquier otro efecto anticompetitivo no amparado en los términos de intervención (Ley 101 de 1993 y Decreto 569 de 2000), esta orden fue dictada como consecuencia del ejercicio del deber legal de la entidad demandada de velar porque se restablezcan las condiciones de competencia afectadas con la desnaturalización del FEPA, descrita detalladamente en la Resolución sancionatoria y que no se encuentran amparadas por la intervención del Estado en los términos del artículo 31 de

la Ley 1340 de 2009.

Respecto del cargo de falsa motivación de los actos administrativos demandados.

En los términos de la entidad demandada, el cargo presentado por el demandante brilla por ausencia de cualquier tipo de argumentación para demostrar la falsa motivación. En todo caso y pese a no tener ningún mérito de prosperidad para desvirtuarlo, la entidad se remite a los argumentos dados en el escrito de contestación, en donde demuestra que el Ingenio Providencia incurrió en la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Es decir, incurrir en un acuerdo con el objeto de impedir u obstruir el ingreso de terceros al mercado del azúcar en Colombia.

Adicionalmente menciona que los actos demandados gozan de presunción de legalidad de tal manera que cuando se alega una causal como la falsa motivación le corresponde al demandante la carga de demostrarla por lo que deberá exponer las normas violadas y el respectivo concepto de violación.

Por lo tanto, indica que en el presente cargo el demandante no realiza ningún esfuerzo por exponer el concepto de violación. Dicho de otro modo, menciona que el demandante no logra demostrar que lo expresado en los actos administrativos no corresponde a la realidad, es decir, acá no se ha desvirtuado que las múltiples razones que se expresan en los actos administrativos, como fuente de la sanción, no son reales, no existen o están distorsionadas por lo que la causal de nulidad por supuesta falsa motivación no está llamada a prosperar.

2.3 Trámite posterior

El 11 de diciembre de 2017 se emitió auto señalando fecha y hora para la realización de la audiencia inicial (Fl. 244 y 245, C. 4); el 20 de marzo de 2021 se llevó a cabo la diligencia de audiencia inicial, surtiéndose todas las fases del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 y, donde además se fijó fecha para la realización de la audiencia de pruebas (Fls. 249 a 273, C. 4); el 15 de mayo de 2018 se desarrolló la diligencia de práctica de pruebas, la cual se suspendió para que se continuara en otra fecha (Fls. 301 a 310, C. 4), el 19 de junio de 2018 se reanudó la audiencia de práctica de pruebas, en donde se recepcionaron unos testimonios (Fls. 340 a 346, C.4), finalmente en providencia del 13 de julio de 2018 el Despacho decidió clausurar el periodo probatorio en consideración a que ya se habían practicado la totalidad de las pruebas decretadas, asimismo consideró innecesario celebrar el trámite de audiencia de alegación y juzgamiento, por lo que corrió traslado para que en el término de diez (10) las partes presentaran sus alegaciones finales y para que el Ministerio Público emita su concepto.

2.4. Alegatos de Conclusión de las Partes y Concepto del Ministerio Público

La **parte demandada** a través de memorial radicado el 30 de julio de 2018 (Fls. 368 a 416, C. 4) en principio dentro de su escrito se manifestó sobre los testimonios técnicos que fueron practicados dentro del proceso, a los señores Juan Pablo Herrera Saavedra y Bayron José Prieto Castellanos, de los cuales considera que la valoración de estos medios de prueba es de suma importancia para la conclusión de este proceso.

Para el caso del testimonio del señor Herrera Saavedra, exalta que con su declaración se permite ratificar la legalidad de los actos administrativos objetos del debate judicial, de igual manera señala que con esta prueba se demostró que tratándose de prácticas anticompetitivas como los acuerdos o carteles empresariales, el mercado se determina metodológicamente por el alcance del cartel, es decir por los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia y que el producto objeto de la conducta anticompetitiva fue el azúcar en general y todas sus presentaciones y calidades, independiente del uso que le dé el consumidor, sea directo, industrial o de cualquier otra naturaleza , hecho que ratifica el pliego de cargos.

Indica además que las declaraciones rendidas por el testigo son concordantes y guardan relación con las diferentes pruebas que obran dentro del expediente administrativo.

Para el caso del testimonio del señor Prieto Castellanos, considera que permite ratificar la legalidad de los actos administrativos enjuiciados en temas relacionados con el acceso que tuvieron los investigados a las evidencias digitales del expediente administrativo, puesto que desde su declaración se puede evidenciar que buena parte de la información de la que los demandantes alegan no tener acceso, es decir pruebas recolectadas en la etapa de averiguación preliminar dentro de las visitas administrativas de inspección practicadas a los investigados se almacenó como mensajes de datos, en la misma condición y formato con que los investigados la tenían en sus dispositivos electrónicos o equipos de cómputo, de donde se extrajo la información.

Señala además que, la información que reposa en el expediente administrativo que conserva la SIC no es nada diferente de los archivos que fueron recaudados durante las visitas administrativas de inspección en los servidores y computadores de los investigados, afirma la entidad además que el acceso a la información era muy sencillo, pues cualquier persona que tenga instalado el programa Microsoft Outlook lo podía hacer, o en el peor de los escenarios, cualquier persona con unos conocimientos básicos y elementales en sistemas podía acceder a los datos.

Por otro lado, respecto a los cargos que sustentan las pretensiones de la demanda, reiteró los argumentos expresados en el escrito de demanda y solicita al Despacho que analice de manera profunda toda la información que ha ingresado al proceso de la referencia a fin de que se niegue las pretensiones de la demanda y se avale la presunción de legalidad de los actos administrativos enjuiciados.

La **parte demandante** a través de memorial radicado el 31 de julio de 2018 (Fls. 417 a 550, C. 4) el apoderado de la parte actora elaboró un documento en donde debate y contradice los argumentos que expuso la Superintendencia de Industria y Comercio en su escrito de contestación de demanda, en donde la empresa básicamente reitera los argumentos expresados en los cargos que dan soporte a las pretensiones de la demanda, es de señalar que en la mayoría de los apartes de los ítems relacionados en el escrito de alegaciones, la empresa demandante plantea un sub tema denominado “Crítica a la defensa de la SIC”, en donde mediante interrogantes cuestiona los argumentos de la defensa de la entidad demandada.

Respecto a la intervención efectuada por la representante del Ministerio Público ante esta judicatura, la parte actora considera que el concepto rendido dentro del proceso aplicaría para un caso diferente y que es un texto absolutamente superficial ya que no se pronuncia sobre los 14 cargos en los que se sustenta la demanda. Considera además que, el concepto ignoró y omitió pronunciarse del concepto 002 del 20 de octubre de 2015, proferido por la Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública y por el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, en donde el ente de control afirmó que del análisis de la Resolución sancionatoria había encontrado que se había incurrido en unas irregularidades.

El **Ministerio Público** mediante memorial allegado el 26 de julio de 2018 (Fls. 361 a 367, C. 4), la representante del ente de control efectuó una exposición de los antecedentes de la actuación judicial, incluyendo un breve resumen de la demanda y de la contestación de la misma y, con base en dichas apreciaciones presento unas consideraciones en basadas en dos discusiones jurídicas relevantes en torno al debate jurídico del proceso, por un lado planteó una discusión en torno a la competencia o no de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones en aplicación de la Decisión 608 de 2005 y el segundo planteamiento los sustentó en que las prácticas anticompetitivas sancionables a la luz del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Respecto a la aplicación de la decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina de Naciones, considera que tanto el origen como el efecto de la colusión anticompetitiva se producen exclusivamente en Colombia y, por tanto se está

en presencia de la excepción prevista en el literal a) del artículo 5 de la referida Decisión de carácter internacional.

En cuanto a las prácticas anticompetitivas, menciona el ente de control que esta práctica se dio porque la parte demandante realizó compras de manera directa de los excedentes de azúcar a países como Bolivia y Costa Rica, con el fin de evitar que dichos excedentes ingresaran a Colombia mediante la importación, afectando los precios internos del mercado y por ende el oligopolio de las personas jurídicas u naturales nacionales.

En otro aparte manifiesta que, la demanda incurre en una grave imprecisión conceptual al limitar la colusión anticompetitiva únicamente cuando se demuestra la existencia de un acuerdo expreso entre los competidores del mercado, es decir del denominado “cartel”. Sin embargo, señala que debe recordarse que en el derecho comparado se ha desarrollado el concepto de la denominada colusión tácita, es decir que exista una manifestación expresa o reiterada a lo largo del tiempo de poner en práctica la conducta anticompetitiva, existe un conocimiento de dicha práctica, pero se opta por tolerarla o consentirla al no exteriorizar oposición alguna contra ella.

Por lo tanto, en aplicación de la figura jurídica de la colusión tácita por la cual fue sancionado el demandante resulta claro que la finalidad perseguida con la compra de excedentes a los países productores de azúcar tenía como finalidad entre otras: i) reducir la incertidumbre del comportamiento futuro de estos en el mercado- incertidumbre que contribuye a mantener el nivel de competencia entre ellos y ii) incrementar el poder de mercado sobre lo que individualmente cada uno de ellos pueda tener respecto de sus proveedores. Adicionalmente menciona que, con las finalidades perseguidas, según el abundante recaudo probatorio recogido por la SIC, considera que se comprobó que el comportamiento de los coludidos tenía la aptitud objetiva de crear una posición en el mercado que les habría permitido abusar de ella, atentando así contra la libre competencia.

En ese contexto, la representante del Ministerio Público solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Para resolver, la Sala expone las siguientes

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia.

El Tribunal es competente para conocer del presente medio de control conforme lo establece el no. 2 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que en la demanda se controvierten actos administrativos proferidos por una Autoridad del orden nacional, como lo es la Superintendencia de

Industria y Comercio, y por la cuantía, que sobrepasa los 500 smlmv.

3.2. Legitimación en la causa

En principio expondremos que de conformidad con el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos contenciosos administrativos, podrán obrar como demandantes y demandados, los sujetos de derecho que respectivamente acrediten ostentar, legitimidad para accionar a través del medio de control que se ajusta a su *causa petendi*, y la legitimación para ser convocado en la causa por pasiva.

Así mismo, que la precitada norma en concordancia con el artículo 138 del mismo estatuto normativo, prevén que, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la **legitimación en la causa por activa** está reservada para aquella que sintiéndose lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, pretenda pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular y el restablecimiento del derecho e incluso la reparación del daño que le haya sido irrogado. En tanto, que la **legitimación en la causa por pasiva** recae sobre la entidad, órgano u organismo estatal que haya expedido el acto administrativo o producido el hecho generador del daño.

Respecto de la legitimación, el Honorable Consejo de Estado ha indicado que:

“(...) de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.

En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones”¹.
(Negrita y subrayado fuera del texto).

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado número 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

En el caso concreto se tiene que las partes se encuentran debidamente legitimadas en el proceso contencioso administrativo, tal y como a continuación se indicará.

3.2.1 Por activa:

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la sociedad Ingenio Providencia SA, se encuentra legitimada materialmente por activa para impugnar los actos administrativos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, justamente por el contexto en que se emiten los actos administrativos susceptibles de pretensión de nulidad, esto es, porque a criterio de la demandante los referidos actos fueron expedidos de forma irregular, vulnerando normas de contenido superior como derechos fundamentales al debido proceso, el derecho de audiencia y defensa y principio de favorabilidad, así como también con falsa motivación y expedidos extemporáneamente con el vicio de nulidad de caducidad de la facultad sancionatoria.

3.2.2 Por pasiva:

Así mismo, se encuentran legitimados en la causa por pasiva, la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto fue la entidad que inició un proceso administrativo sancionatorio que culminó con la sanción de multa en contra de la empresa demandante.

En suma, al existir identidad en la relación sustancial y la relación procesal demandante-demandada, establecida entre las partes con los actos administrativos demandados, el presupuesto de legitimación en la causa se encuentra reunido para proferir sentencia de fondo.

3.3 Planteamiento del Problema Jurídico principal

En ese orden de ideas, para la Sala el **problema jurídico principal** consiste en determinar si los actos administrativos demandados fueron expedidos con infracción en normas superiores, afectando derechos fundamentales y principios constitucionales como el debido proceso, legalidad, derecho de audiencia y defensa, favorabilidad.

Conexo al problema jurídico principal, se desprenden otros interrogantes a resolver:

¿Operó el fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria en los actos administrativos demandados?

¿Se presentó el vicio de nulidad de falsa motivación dentro de los actos administrativos demandados?

¿Hubo irregularidades en la dosificación de la sanción de multa por parte la entidad demandada al momento de efectuar este análisis?

3.4. Resolución de los problemas jurídicos en el caso concreto: Exposición de razonamientos legales de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.

Para resolver dichos interrogantes, la Sala abordará lo siguientes temas: i) Marco normativo de las prácticas restrictivas a la libre competencia y el abuso de posición dominante ii) marco jurídico de las facultades de la Superintendencia frente a las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia iii) marco jurídico de las garantías fundamentales del derecho de debido proceso y derecho de defensa en las actuaciones sancionatorias, iv) marco jurídico del fenómeno de falsa motivación de los actos administrativos y v) análisis del caso concreto y de los cargos formulados, esto es si los actos administrativos demandados se expidieron irregularmente, infringiendo normas en que debían fundarse y con violación de la garantía fundamental del debido proceso, derecho de audiencia y defensa y, con vicios en la motivación de la decisión.

3.4.1. Marco normativo de las prácticas restrictivas a la libre competencia y la obstrucción de terceros en la participación del mercado.

El artículo 1º. de la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959², sobre prácticas restrictivas de la competencia, señala:

“ARTÍCULO 1º. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. El nuevo texto es el siguiente. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos (...)” (Negrillas de la Sala).

De este modo, la norma vista *supra* señala como presupuestos de las prácticas anticompetitivas que (i) se trate de acuerdos o convenios; (ii) que el objeto de los mismos sea el de limitación de la producción, el abastecimiento, distribución o consumo en materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros o bien puede tratarse de prácticas, procedimientos o sistemas y, (iii) que la finalidad de los mismos

² “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.

sea la de limitar la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos, es decir, que restrinjan la libertad de acceso a los mercados³.

A su vez, visto el artículo 44 del Decreto 2153 de 1992⁴ prescribe que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante, así:

“(…) ARTICULO 44. AMBITOS FUNCIONAL. La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante. (...)”.

Visto el artículo 45 *ibidem* define la posición dominante como la posibilidad de determinar, directa o indirectamente las condiciones de un mercado:

“ARTICULO 45. DEFINICIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

- 1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.*
- 2. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.*
- 3. Conducta: Todo acto o acuerdo.*
- 4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.*
- 5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.*
- 6. Producto: Todo bien o servicio”.*

Por su parte, el numeral 10° del artículo 47 *ibidem*, dispone que obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización constituye una conducta de obstrucción de libre competencia en el mercado:

“ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 5 de diciembre de 2019; número único de radicación 110010324000201900001 00, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁴ “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”.

Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.*
- 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.*
- 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.*
- 5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.*
- 6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.*
- 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.*
- 8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.*
- 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.*
- 10. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. (Negrillas de la Sala)*

3.4.2. Marco normativo de las facultades de la Superintendencia frente a las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia

Visto el artículo 2 del Decreto núm. 2153 de 1992, sobre las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, dispone que a la entidad le corresponde: i) velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; ii) imponer las sanciones por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia; iii) imponer, previa solicitud de explicaciones y de acuerdo al procedimiento aplicable, las sanciones pertinentes por la inobservancia de las instrucciones que imparta; iv) solicitar a las personas naturales o jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y, v) ejercer la demás funciones que le asigne la ley, así:

“(...) ARTICULO 2o. FUNCIONES. <Artículo derogado por el artículo 19 del Decreto 3523 de 2009> La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

1. <Numeral modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención 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.

PARÁGRAFO. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta.

2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.

3. Imponer sanciones a las empresas oficiales o privadas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, cuando se atente contra los principios de libre competencia a solicitud de una de las Comisiones de Regulación de tales servicios, o cuando se incumplan las normas vigentes en materia tarifaria, facturación, medición, comercialización relaciones con el usuario.

4. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor a que se refiere este Decreto y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes.

5. Imponer, previas explicaciones, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes por violación de las normas sobre protección al consumidor, así como por la inobservancia de los Instrucciones Impartidas por la Superintendencia.

“(...) 23. Las demás funciones que, en lo sucesivo, le asigne la Ley (...)”.

Visto el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, sobre las funciones del Superintendente de Industria y Comercio, señala que le correspondían, entre otras, las siguientes:

“(...) 15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente Decreto (...)

16. <Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> 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. (...)”.

Las anteriores competencias se ejercen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 que dispone:

“(...) ARTICULO 52. PROCEDIMIENTO. <Artículo modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 1. Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de

garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio (...)”.

Visto el artículo 52 del Decreto núm. 2153 de 1992, sobre el procedimiento para determinar si existió una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas restrictivas, el trámite que se debe adelantar en esa materia, es el siguiente: i) averiguación preliminar para determinar la necesidad de realizar una investigación; ii) la apertura de la investigación se notificará personalmente al investigado para que dentro de los 20 días siguientes solicite o aporte pruebas; iii) terminada la investigación se citará a audiencia donde el investigado presentará los argumentos que pretenda hacer valer; iv) concluida la audiencia el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado del cual se debe correr traslado al investigado por el término de 20 días; durante el curso de la investigación se podrá ordenar la clausura de la investigación cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará su conducta; v) en el acto administrativo en que se acepten las garantías se ordenará la clausura de la investigación y se señalarán las condiciones en que se verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el investigado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. La norma citada supra es diáfana en cuanto a que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y da lugar a las sanciones previstas en la ley, previa solicitud de explicaciones; igualmente que, en lo no previsto en esa disposición, en concordancia con el artículo 54 del Decreto núm. 2153 de 1992, se aplicara el Código Contencioso Administrativo.

En el mismo orden, el artículo 33 de la Ley 640 de 5 de enero de 2001⁵, sobre la conciliación en procesos de competencia, señala que: “(...) ***En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados. La fecha de la audiencia deberá***

⁵ “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”.

señalarse una vez vencido el término concedido por la Superintendencia al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Sin que se altere la naturaleza del procedimiento, en la audiencia de conciliación, el Superintendente podrá imponer las sanciones que por inasistencia se prevén en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (...)” (Negritas de la Sala).

En conclusión, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad legalmente facultada para sancionar cualquier práctica restrictiva de la competencia, puede conciliar los intereses particulares que puedan verse afectados cuando los casos son iniciados a petición de parte y clausurar la investigación mediante acto administrativo, cuando se brinden las garantías suficientes, en el que señalará las condiciones por medio de las cuales verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

3.4.3. Marco jurídico de las garantías fundamentales del debido proceso y derecho de defensa en las actuaciones sancionatorias

Para abordar la amplitud del concepto teórico del derecho fundamental del debido proceso, es necesario remitirnos a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, en donde la norma en cita establece que:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Ahora bien, la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁶, se ha pronunciado sobre esta prerrogativa constitucional como una “(...) *garantía para todas las personas según la cual su intervención en una actuación administrativa o judicial está regida por reglas previamente establecidas por el legislador,*

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 21 de agosto de 2014. Proceso identificado con el número único de radicación 680012333000201400413-01. C.P. doctor Guillermo Vargas Ayala.

que a su vez le permiten defenderse y solicitar las pruebas tendientes a demostrar lo que afirma, sin que la voluntad del funcionario público pueda tener alguna injerencia en las distintas etapas del proceso...”

En otro aparte jurisprudencial, la referida Corporación⁷ ha establecido que esta prerrogativa constitucional está conformada por unas garantías mínimas que simplifican su modo de aplicación en las actuaciones administrativas, sobre el particular dicho precedente ha establecido lo siguiente: “(...) en todo caso, se han identificado algunas garantías mínimas asociadas al concepto de debido proceso administrativo, entre ellas, el derecho a: i) **que el trámite se adelante por la autoridad competente**; ii) **que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados**; iii) **ser oído durante toda la actuación**; iv) **que la actuación se adelante sin dilaciones injustificadas**; v) **ser notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley**; vi) **solicitar, aportar y controvertir pruebas**; vii) **en general, ejercer el derecho de defensa y contradicción**; y, por último, viii) **impugnar las decisiones que puedan afectarle**” (negritas del texto original).

De otra parte, para la H. Corte Constitucional, el debido proceso comprende “(...) el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia...”⁸.

En otro aparte jurisprudencial, la misma Corte se pronunció en relación con el debido proceso, afirmando⁹ que es “(...) una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la **extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas**. Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el **ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales**. El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías [...]” (Destacado fuera de texto).

Por último, mediante sentencia C-980 de 2010, señaló que “(...) en el ámbito

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 11 de noviembre de 2021. Proceso identificado con el número único de radicación 050012331000201100807-01. C.P. doctor Hernando Sánchez Sánchez.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-980 de 1 de diciembre de 2010. M.P. doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 29 de enero de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a “actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción...”

Con base en lo anterior y con el desarrollo de doctrina jurídica elaborada por esta sala, se ha reiterado que esta prerrogativa constitucional pretende equilibrar la relación autoridad - libertad, relación que surge entre el Estado y los asociados, y está prevista en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial, y que, según el artículo 29 de la Constitución Política, comprende fundamentalmente tres grandes elementos: (i) el derecho al juez natural o funcionario competente; (ii) el derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa y, (iii) las garantías de audiencia y defensa, que, desde luego, incluyen el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía de *non bis in ídem*.

De otra parte, es importante resaltar que el derecho al debido proceso tiene una estrecha relación con la garantía fundamental del derecho de defensa y presunción de inocencia, toda vez que, la norma superior ha definido la aplicación de estos derechos en un solo artículo, puesto que, en el artículo 29 de la Constitución, en los distintos incisos que componen esta norma se hace una clara mención de prerrogativas que establecen las garantías de legalidad en las actuaciones administrativas y judicial, además de establecer instrucciones claras sobre salvaguardar la inocencia de los investigados al momento en que se inició una investigación de tipo administrativo o judicial.

Por lo tanto, para que se hable de la salvaguarda o transgresión del derecho al debido proceso, es necesario que se haga mención también de las garantías de defensa y presunción de inocencia, al respecto de esta mixtura de garantías fundamentales, el H. Consejo de Estado¹⁰ ha señalado lo siguiente:

“(...) El debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política es una garantía y un derecho fundamental de aplicación inmediata compuesto por tres ejes fundamentales: (i) el derecho de defensa y contradicción, (ii) el impulso y trámite de los procesos conforme con las formas establecidas para

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Proceso identificado con el número único de radicación 472331000201200102-01. C.P. Hugo Bastidas Bárcenas.

cada juicio o procedimiento y (iii) que el asunto sea resuelto por el juez o funcionario competente para ello. La grave violación de cualquiera de esos ejes comporta la vulneración de esa garantía fundamental. De hecho, es la ley, en sentido amplio, la encargada de materializar las reglas derivadas del debido proceso. En ese entendido, sobre el derecho de defensa y de contradicción, eje fundamental del debido proceso, la Sala precisa que se garantiza en la medida en que la ley, en sentido amplio, regule (i) los medios de prueba que se pueden utilizar para demostrar determinados hechos, y, (ii) las oportunidades que se deben ofrecer para controvertir los hechos que permiten inferir cierta responsabilidad de determinados sujetos, ora mediante la oportunidad para expresar los motivos o razones de la defensa ora mediante la oportunidad para presentar las pruebas que respalden esos motivos y razones.

3.4.3. Marco jurídico del fenómeno de falsa motivación de los actos administrativos

Cabe recordar que en virtud de los principios de interdicción de la arbitrariedad y de legalidad, los actos administrativos deben estar motivados expresando las disposiciones normativas y las circunstancias de hecho que le sirven de fundamento, de *leitmotiv*, de móvil para adoptar una decisión y no otra, de modo que el administrado conozca las razones fácticas y jurídicas que justifican la decisión, le otorguen legitimidad y a su vez, puedan ser objeto de contradicción a través de los recursos y por supuesto, de control ante el juez administrativo, porque se estime que tales argumentos invocados, sean errados, falsos al punto que constituyan causal autónoma de anulación del acto administrativo.

Para que se configure dicha causal de nulidad, ha precisado el Consejo de Estado¹¹, que es necesario verificar: (i) la existencia de un acto administrativo que esté motivado, pues de lo contrario, se estaría frente a una causal de anulación distinta, la de falta de motivación y (ii) la evidencia de divergencia entre la realidad fáctica o jurídica que induce a la expedición del acto y los motivos de hecho o de derecho que la Administración tuvo en cuenta para adoptar la decisión objeto de cuestionamiento por parte del administrado. De este modo, quien alegue la nulidad de un acto administrativo por falsa motivación, debe probar: (a) **error de hecho**: (i) porque los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa o (ii) porque esta omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente o (b) **error de derecho** ante el desconocimiento de los supuestos jurídicos que debían fundamentar la decisión, ya sea, (i) por inexistencia de la norma invocada por la autoridad

¹¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 7 de octubre de 2021, Radicación número: 20001-23-33-000-2014-00337-01(23797), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

administrativa, (ii) por ausencia de relación entre la norma invocada por la entidad y los hechos objeto de su decisión o (iii) por errónea interpretación.

En otra oportunidad, la misma Corporación clarificó cuáles son las circunstancias y eventos en los cuales se puede presentar este tipo de vicio de los actos administrativos, respecto del defecto fáctico de la motivación del acto:

“cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la administración pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión”¹².

En ese orden de ideas, la falsa motivación es un vicio que afecta directamente uno de los elementos de validez del acto, que se presenta por contener una equivocada fundamentación fáctica, jurídica al momento en que la autoridad pública adopta una decisión administrativa.

3.4.5. Caso concreto

Para dar solución a los problemas que han sido planteados en el correspondiente acápite de este proveído, se considera que su resolución y análisis serán analizados en el orden que fueron establecidos, por lo tanto, se empezará por estudiar el problema principal y posteriormente los problemas accesorios o derivados del principal.

3.4.5.1. ¿Los actos administrativos demandados fueron expedidos con infracción en normas superiores, afectando derechos fundamentales y principios constitucionales como el debido proceso, legalidad, derecho de audiencia y defensa, favorabilidad y congruencia?

La parte demandante considera que las resoluciones a través de las cuales se lo sancionó pecuniariamente presentan vicios de legalidad por cuanto infringen normatividad superior en la que debían fundarse, al respecto de dicha teoría, el Consejo de Estado¹³ se ha pronunciado sobre ese tema en los siguientes términos:

“El demandante expone que se configuran las causales de nulidad por infracción de la norma en que debía fundarse y por falsa motivación. Respecto de la primera, debe tenerse en cuenta que esta Sección señaló que la

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 12 de diciembre de 2019. Radicación 25000-23-24-000-2009-00249-01. (C.P. Hernando Sánchez Sánchez).

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 29 de julio de 2021. Radicación 11001-03-27-000-2020-00017-00(25346). (C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello).

infracción de las normas en que debía fundarse consiste en la violación de normas superiores i) por su falta de aplicación, ii) por aplicación indebida o iii) por interpretación errónea. La Sala Especial Transitoria de Decisión (providencia del 2 de mayo de 2011, exp. 2003- 00572, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas) ha dicho que se infringe de manera directa la ley, por falta de aplicación, cuando se ignora la existencia de la norma, o porque a pesar de conocerla, no se aplica a la solución del caso. En cuanto a la aplicación indebida, señaló que se presenta cuando el precepto que se hace valer se usa o aplica a pesar de no ser el pertinente para resolver el asunto. Y, sostuvo que se presenta una interpretación errónea, cuando se le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde. La anterior causal está íntimamente relacionada con la falsa motivación de los fundamentos de derecho del acto acusado. Es por esto que el Consejo de Estado señaló que la causal de nulidad de falsa motivación por error de derecho se configura cuando la administración desconoce los supuestos jurídicos que deben fundamentar la decisión administrativa por alguno de los siguientes motivos: i) por inexistencia de la norma invocada por la autoridad, ii) por ausencia de relación entre la norma invocada por la entidad y los hechos objeto de su decisión y iii) por errónea interpretación”.

Del anterior contexto jurídico y de la revisión de todo el cargo de “*violación directa de normas superiores*”, la parte actora no hace una referencia clara de cómo se presenta este vicio de nulidad; sin embargo, de la revisión de su argumentación, se observa que, los derechos fundamentales que a su juicio considera como transgredidos, son producto de falta de aplicación en el desarrollo del procedimiento sancionatorio y al momento en que la entidad demandada expidió los actos administrativos demandados.

Por otra parte, el interrogante que se ha planteado guarda consonancia con el cargo primero de la demanda, es decir con el cargo de infracción de los actos administrativos en normas en que debía fundarse, por lo tanto, para efectos de dar una solución ordenada al problema, el estudio de la supuesta transgresión de normas superiores se realizará de manera conjunta, tal y como se definió en el problema a tratar.

Básicamente el demandante señala dentro de este argumento que, i) no se determinó de manera individual y concreta la conducta que se reprochaba y las pruebas sustentaban dicho reproche; ii) que la entidad sancionó por conductas que no fueron imputadas en la apertura de la investigación, ni en el informe motivado; iii) que existieron pruebas que no pudieron ser controvertidas ; iv) que se desconoció el procedimiento administrativo legalmente aplicable y; v) que no se colocó a disposición del investigado todas las pruebas del expediente.

Sobre el particular la demandante considera que los cargos imputados en la Resolución de apertura de investigación, Resolución no. 5347 de 13 de

febrero de 2012¹⁴, vulneran el derecho de presunción de inocencia, derecho que se desprende del derecho de legalidad y debido proceso, toda vez que, a su juicio la imputación solamente se realiza por el hecho de que la empresa forma parte de las asociaciones ASOCAÑA, CIAMSA¹⁵ y DICSA¹⁶ sin que haya sido probado ningún acuerdo que haya vulnerado la garantía de libre competencia, por lo que la imputación debe ser soportada con material probatorio que debe ser expuesta en la decisión sancionatoria, en este caso en la resolución no. 80847 de 7 de octubre de 2015¹⁷.

Ahora bien, dentro de la Resolución no. 5347 de 2012, la entidad demandada formuló cargos en contra del Ingenio providencia, con base a infracciones como:

“ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR investigación para determinar si las siguientes personas jurídicas actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 47 de la Ley 1340 de 2009.

(...)

INGENIO PROVIDENCIA SA, identificada con NIT 891.300.238-6

(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: ABRIR investigación para determinar si las siguientes personas jurídicas actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 de la Ley 1340 de 2009”.

De otro lado, la Resolución N° 80847 de 7 de octubre de 2015¹⁸, la entidad al momento de efectuar el análisis del caso concreto, hace una clara mención de la.s infracciones por las cuales se sancionaría a todas las empresas azucareras vinculadas al proceso sancionatorio, incluida la empresa Ingenio PROVIDENCIA SA., toda vez que textualmente, la referida Resolución establece:

“La comisión de la primera conducta derivaría en la infracción del numeral 4 del Decreto 2153 de 1992, que prohíbe los acuerdos “que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o suministro”, así como en la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (...).”

(...)

La Comisión de la segunda conducta derivaría en la infracción del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que prohíbe los acuerdos “que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización (...).”

¹⁴ Fls. 74 a 126, archivo 10-57750 CP-6, cuadernos públicos, información física, información previa Marzo_2015, disco duro.

¹⁵ Comercializadora de Azúcares y Mieles SA.

¹⁶ Desarrollos Industriales y Comerciales SA.

¹⁷ “Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones”

¹⁸ Fls. 184 del cuaderno 1, al folio 31 del cuaderno 2 del expediente.

En ese orden, es claro que no se puede configurar una violación del debido proceso, en el caso de estudio, toda vez que, tanto en la etapa de apertura de la investigación administrativa, incluso al momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de las Competencias presentó su informe motivado del resultado de la etapa de instrucción, recomendó que se efectuara la sanción en contra de los ingenios investigados, a las asociaciones azucares y a los representantes legales, por cuenta de infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959¹⁹, como además del numeral 16 del artículo 4 y numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992²⁰.

Situación que demuestra que el curso del proceso sancionatorio siguió la línea investigativa que se determinó desde la expedición de la Resolución no. 5347 de 2012, o acto a través del cual se dio apertura de la investigación administrativa sancionatoria y que culminó con la Resolución sanción N° 80847 de 2015, en donde se sancionó por las normas por las cuales se dio la apertura de la investigación que, sin embargo, durante el trayecto del proceso sancionatorio, la entidad pudo encontrar más hechos que comprometían el actuar ilegal de las empresas investigadas pero que dicho evento no implica una vulneración del derecho fundamental de legalidad y debido proceso, por cuanto, es perfectamente legal que una autoridad administrativa que cumple funciones de inspección y control tenga la facultad y autonomía de sancionar hechos nuevos que sean descubiertos en el desarrollo de una investigación, toda vez que, el guardar silencio a sabiendas de estar probada por una conducta ilegal constituiría una actuación delictiva para la misma autoridad administrativa.

Corolario a lo anterior, se tiene certeza de que, la conducta reprochada a la empresa demandante se perfeccionó con el acto de apertura de la investigación sancionatoria; sin embargo, de los antecedentes administrativos aportados dentro del proceso de la referencia, se tiene que, hubo una indagación preliminar que tuvo una duración de dos años en donde la entidad demandada recolectó una serie de pruebas para determinar si existía mérito para dar apertura a la investigación sancionatoria.

De lo anterior se debe añadir que, dicha indagación inició por cuenta de algunas denuncias recibidas en la SIC y otras provenientes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo - MINCIT²¹, presentadas por la Asociación de Agroindustriales del Bocado Veleño (ASOVELEÑO), Comestibles San Antonio Ltda, Coca Cola-FEMSA SA, Bavaria SA, Coca-Cola Industria Nacional de

¹⁹ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.”

²⁰ “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”

²¹ Fls. 31 a 34, archivo no. 10-93193, cuadernos públicos, información física, información previa Marzo_2015, disco duro.

Gaseosas, AJE COLOMBIA SA, Bimbo de Colombia SA, Nacional de Chocolates SA, Compañía de Galletas NOEL SAS, MEALS de Colombia SA, Casa luker SA y .ACOPANELEROS

Las denuncias estaban dirigidas a demostrar una presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia del mercado de azúcar en Colombia, por lo que para los denunciantes el precio de este producto se estaba encareciendo y estaba afectando a los consumidores colombianos, entre ellos a las mismas empresas que representaban a los productores de alimentos y bebidas.

Por lo tanto, como se ha señalado con antelación, la investigación sancionatoria no fue un invento de la entidad demandada, sino que a fin de adelantar dicho procedimiento, se requirió de material probatoria para poder expedirse el acto de apertura de investigación, entre las pruebas que solventaron esta actuación, visitas realizadas a las empresa y elaboración de informes relacionados con las presuntas prácticas anticompetitivas.

En cuanto al material probatorio que a juicio de la parte actora fue insuficiente para demostrar la ilegalidad de la conducta endilgada dentro del proceso sancionatorio, se reitera que para el caso del INGENIO PROVIDENCIA SA, la entidad demandada sancionó a esta empresa por transgredir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, los cuales establecen:

“ARTÍCULO 1. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. El nuevo texto es el siguiente: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

(...)

ARTÍCULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

10. Adicionado por el art. 16, Ley 590 de 2000, con el siguiente texto: Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a

los mercados o a los canales de comercialización”.

Como medio de prueba para demostrar que la empresa demandante como las demás empresas investigadas, estaba efectuando reuniones para discutir temas comerciales que debería importarles a cada empresa, constituyeron asociaciones como ASOCAÑA, CIAMSA Y DICSA, incluso utilizaron el Fondo FEPA, como medios para concertar reuniones en las cuales se discutían temas relacionados con eventualidades comerciales como el paro de corteros del 2008 y se discutían estrategias comerciales y de mercadeo, un ejemplo de ello es el correo electrónico del 23 de septiembre de 2008.

“De: Carlos Mira [mailto:cmira@ciamsa.com]

*Enviado el: Martes, 23 de Septiembre de 2008 10:15 a.m.
Para: ADOLFO LEON VELEZ; ALBERTO POTES; ANDRES REBOLLEDO;
BERNARDO QUINTERO; CARLOS ALBERTO MARTINEZ; CESAR (sic)
AUGUSTO ARANGO; GERMAN JARAMILLO; Gonzalo Ortiz Aristizábal;
HAROLD CERON; JAIME VARGAS LOPEZ; JUAN CRISTOBAL (sic)
ROMERO; Juan José Lülle Suarez; Luis Fernando Londoño Capurro; Mario
Fernando Cardozo; MAURICIO IRAGORRI; SANTIAGO SALCEDO
CC: Carlos Alberto Ríos; Juan Carlos Muñoz; Angélica Ospina; Fernando
Vérgez; Clara Inés Cabal*

(...)

Lo importante es que no haya inequidad o sea unos clientes de un ingenio más favorecido que otros. Cómo va a ser esa distribución de clientes? Por participación en ciamsa (sic) o por producción? .Es claro que los costos de esta operación y las utilidades son de ciamsa(sic) ? Gracias JUAN Cristóbal

(...)

Hemos recibido las siguientes sugerencias que creemos son muy apropiadas para el manejo del tema que nos ocupa:

- 1. **Le pediría a cada ingenio de los que están parados el nombre y contacto de sus principales clientes, así como las cantidades que compran mensualmente.***
- 2. **Teniendo en cuenta esta información llamaría a cada uno de ellos a preguntarles las necesidades que tienen para las dos primeras semanas de octubre.***

De la prueba en mención se observa que, los directivos de las asociaciones de productores de azúcar o INGENIOS, estaban concertando reuniones para efectos de actuar de manera mancomunada ante adversidades comerciales o que puedan afectar el mercado del azúcar; no obstante, de dicha prueba la Sala advierte que dicha reunión no representa una prueba que determine como tal la comisión de las conductas por las cuales se sancionó a la sociedad PROVIDENCIA SA, a pesar de que el correo fue enviado al señor Gonzalo Ortiz Aristizábal, Gerente de la referida empresa para la época de la emisión de

dicha información.

No obstante, dentro de los antecedentes y dentro del mismo acto sancionatorio, figura la comunicación electrónica del 10 de marzo de 2009, en la que el Gerente de DICSA, el señor Luis Augusto Jaramillo Palacio le relata a otro socio de dicho conglomerado, los por menores de una reunión sostenida con algunos ingenios azucareros de Bolivia, en donde deja claro lo siguiente:

“(…)

Fui muy claro en la reunión, que antes de hablar de cantidades y precios, nosotros como industria azucarera colombiana, necesitamos un compromiso unánime de todos que no llegare a Colombia un solo grano de azúcar boliviano importado por comerciantes colombianos o extranjeros. Les dije que si no existe un compromiso unánime nosotros no vamos en el negocio y que así como ellos habían exportado 60.000 tons a Colombia, nosotros pensaríamos en traer la misma cantidad a Bolivia para que quedar ramos en igualdad de condiciones cosa que nos (sic) les gustó mucho pero había que mostrarles los dientes (...)”

La comunicación anterior, fue la base de la imputación para todos los ingenios investigados dentro del proceso sancionatorio que adelantó la SIC, en donde queda demostrado que no fue solamente uno de los ingenios el que ejecutaba este tipo de acciones que propiciaban prácticas comerciales restrictivas en la libre competencia del mercado del azúcar, sino que todos los integrantes de asociaciones como el DICSA, estaban enterados de dichas actuaciones y las aprobaban, guardando silencio o participando en dichas decisiones.

La entidad demandada para ser más concreta en su investigación y posterior sanción en contra de la parte actora sería el acta 001 - 05 del Comité Directivo del FEPA, del 8 de abril de 2005.

“El Dr. Irurita plantea que se debe buscar una fórmula para bloquear las importaciones de azúcar.

*El Dr. Lülle, afirma que los bajos precios del azúcar se deben en esencia a que el mecanismo de franjas de precios ha perdido efectividad, dado que el arancel variable está dando 0%, a la revaluación que hace que el precio de internación sea más bajo y por tanto afecta el precio nacional y al cambio de la forma como se calculan los aranceles, los cuales por normatividad de la OMC debe ser sobre el valor de la factura y no con el precio de referencia de la comunidad andina, lo que hace que se preste para subfacturación (...)*²² (Negrillas de la Sala)

²² Fl. 256, cuaderno 1.

Esta acta denota la preocupación que genera el precio bajo del azúcar en razón a la importación del producto, situación que afecta a los ingenios azucareros colombianos; también muestra de forma palmaria la intención clara de ejecutar la conducta sancionada, consistente en bloquear la importación del producto, dentro de la cual como se ha señalado participó el gerente de la empresa demandante, hecho que demuestra la preocupación de esta persona en la dinámica de mercado del precio del azúcar y que por ende afectaba a la persona jurídica Ingenio PROVIDENCIA SA.

De igual manera, también figura el acta 001-07 del Comité Directivo del FEPA del 2 de marzo de 2007, que fue suscrita por Camila Reyes del Toro, como representante del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en el cual nuevamente participó el señor Gonzalo Ortiz Aristizábal como gerente del Ingenio Providencia SA.

“El Dr. Salcedo manifiesta que él no está de acuerdo ni con la metodología propuesta, ni con el supuesto de que ella logrará corregir el pretendido problema con el que se quiere justificar esa metodología pues la causa para el mismo, las importaciones de azúcar, no es la aducida como se puede verificar con los hechos reales del mercado doméstico durante 2006 y lo que va de 2007, ni con que se haga el ensayo en caliente, jugando con las finanzas de unos afectados en beneficio de otros y que además considera que la misma no es legal, tanto por que se está haciendo uso de una institución de derecho público para con ella, vía los aportes parafiscales que ella establece y distribuye, crear condiciones de favorecimiento a unos productores en detrimento de otros; además dijo el Dr. Salcedo, se están pisando vidriosos terrenos de la ley de competencia, respecto de lo cual deberá pronunciarse en su momento la Superintendencia de Industria y Comercio (...).”

Nótese en esta comunicación que hay una preocupación clara por infringir las normas de libre competencia por parte de los participantes de la reunión, por ello es claro que existe material probatorio que respalda la imputación de la conducta de parte de la SIC al Ingenio PROVIDENCIA SA, hecho que para esta Sala no puede considerarse como pruebas sin fundamento o correos electrónicos que representan situaciones genéricas, sino que, efectivamente existía una confabulación por parte de las empresas investigadas para concertar reuniones y así discutir maniobras comerciales o de mercadeo que les benefició económicamente.

Otra prueba que figura en los antecedentes como en los mismos actos administrativos es una cadena de correos electrónicos en donde se demuestra la preocupación y molestia de los investigados por circunstancias relacionadas con las importaciones de azúcar, concretamente por la autorización de parte del Gobierno nacional para que la empresa DNIPRO LTDA. El mayor importador de azúcar para esa época actuara como usuario aduanero permanente, en dicha cadena nuevamente figura el señor Ortiz

como receptor de esas cadenas de mensajes.

*"De: Luis Augusto Jaramillo [mailto:Lajaramillo@ciamsa.com]
Enviado el: Martes, 18 de Marzo de 2008 11:12 a.m.
Para: jmunda@asocana.com.co; lflondono@asocana.com.co; [Adolfo León Velez]; [Bernardo Quintero]; [César Augusto Arango]; [Carlos Alberto Martínez]; [Carlos Mira]; [Santiago Salcedo]; gjaramillo@ingeniolacabana.com; [Gonzalo Ortiz]; hceron@telesat.com.co; j.vargas@ingeniomarialuisa.com; [Juan José Lülle]; [Juan Cristobal Romero]; [Mauricio Iragorri]; [Silvio Freddy Quintero]
Asunto: Nueva UAP*

Doctores: Les informo que La Empresa Dinpro Ltda, el mayor importador de azúcar en el 2.007 (25,28% del total de 163.950 tons), fue autorizada mediante la resolución N° 1791 del 22 de Febrero de 2.008 para actuar como Usuario Aduanero Permanente (UAP) y con oficio N° 200050-0002300 del 5 de marzo de 2.008, fue certificada la respectiva póliza, por parte de la División de Registro y control de la Subdirección de Comercio exterior. Atte. Luis Augusto Jaramillo'.¹⁰⁵ (Negrilla fuera de texto)

(...)

*"De: Bernardo Quintero Balcazar
Enviado el: Miércoles, 19 de Marzo de 2008 9:45 a.m.
Para: Luis Augusto Jaramillo; jmunda@asocana.com.co; lflondono@asocana.com.co; [Adolfo León Velez]; [Bernardo Quintero]; [César Augusto Arango]; [Carlos Alberto Martínez]; [Carlos Mira]; [Santiago Salcedo]; gjaramillo@ingeniolacabana.com; [Gonzalo Ortiz]; hceron@telesat.com.co; j.vargas@ingeniomarialuisa.com; [Juan José Lülle]; [Juan Cristobal Romero]; [Mauricio Iragorri]; [Silvio Freddy Quintero]
Asunto: Re: Nueva UAP*

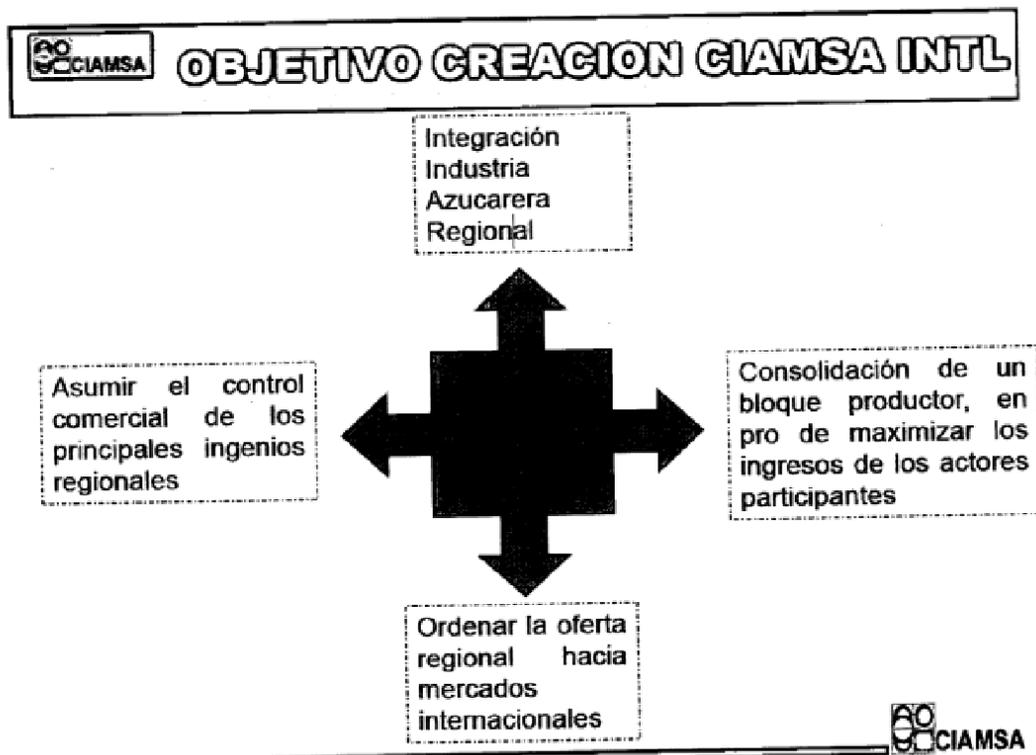
Bueno, seguimos en la fría piscina de la competencia.¹⁰⁶ (Subrayado y destacado fuera del texto).

De lo expuesto con antelación queda probado que, las reuniones celebradas entre los integrantes de las asociaciones tenían como objetivo analizar y debatir hechos relacionados con la competencia en el mercado del azúcar.

Ahora bien, ante la preocupación que implicó la importación de azúcar a través de CIAMSA, se pretendió crear CIAMSA INTERNACIONAL, cuyo fin era el de generar un control regional de las importaciones de azúcar, para, de esa forma, controlar la oferta regional y obstruir el ingreso de los excedentes de azúcar al país, maximizando los ingresos al controlar mejor el mercado local.

La finalidad de esta asociación consistía en:

Imagen No. 2.
Cuadro contenido Informe Junta Directiva de CIAMSA de julio 2010



- Asumiría el liderazgo de la industria azucarera regional.
- Permitiría un mayor control de las operaciones comerciales hacia Colombia.
- Se establecerían políticas regionales buscando fortalecer la presencia internacional.
- Consecución de nuevos socios estratégicos en países productores.
- Maximización de los ingresos vía mejor posición negociadora y generaría mayor control sobre el mercado local (Colombia).

Con la creación de esta asociación, los investigadores buscaban asumir el liderazgo de la industria azucarera en la región, permitir un mayor control de las operaciones comerciales hacia Colombia y maximizar los ingresos como mejor posición negociadora y generar mayor control sobre el mercado local, aquellos objetivos representan otra preocupación de los investigadores, incluido el Ingenio PROVIDENCIA SA, por las implicaciones de permitir la entrada de azúcar importada al país y de su intención de controlar la oferta local y evitar su ingreso al país.

Otra prueba de la conducta anticompetitiva, quizá la más contundente,

corresponde a las negociaciones con los ingenios de Bolivia para la adquisición coordinada de excedentes de azúcar de ese país, a fin de evitar su adquisición por los mayoristas y comerciantes colombianos. Igualmente, las acciones que se desplegaron para impedir que el producto llegara al país. Sobre la compra de los excedentes de azúcar, se destaca.

El azúcar de Bolivia, como país perteneciente a la Comunidad Andina de Naciones (CAN), goza de libre acceso sin pago de aranceles. Para precaver dicha circunstancia, se enunció lo siguiente en la presentación de CIAMSA, denominada **“Capacitación Marco Conceptual y Operativo CIAMSA.”**

“(...) Dado que los países de la CAN tienen libre acceso al mercado colombiano (no pagan aranceles), la oferta de estos productos en nuestro territorio se constituyen en los formadores de precios.

Con Brasil se tiene un acuerdo comercial que le otorga un descuento del 12% sobre el arancel fijo cobrado. Dadas las distancias desde los ingenios hasta los 25 mercados del norte de Colombia, con frecuencia este azúcar llega a precios muy competitivos.

Sobre este punto, tal como lo sostuvo la Superintendencia de Industria y Comercio, se probó que los ingenios, a través de sus agremiaciones, realizaron viajes a Bolivia con el fin de evitar que los ingenios de ese país importaran azúcar a Colombia, aspecto que denota el acuerdo de los ingenios para obstruir las importaciones de azúcar.

Sobre el particular, se aprecia el correo electrónico de 26 de octubre de 2008, mediante el cual el gerente de DICSА rindió a CIAMSA un informe sobre el viaje.

“INFORME DE VIAJE - Agosto del 2.008 OBJETIVO:

Mirar la posibilidad de conseguir en Argentina y Ecuador, unas cantidades de azúcar que nos permitan asegurar el abastecimiento del producto en Colombia, en el supuesto caso que se cumpla la amenaza de parar operaciones por parte de Las Cooperativas de Corteros de Caña. Y analizar en profundidad en Bolivia la posibilidad de comprar los excedentes de azúcar que tiene la Industria Boliviana, con el objetivo de asumir nosotros como Industria Colombiana el control de esos excedentes y no que queden en mano de importadores. (Subrayado y negrilla fuera del texto original), (...)

- En Bolivia me reuní con Edqar Coronado que es el Gerente General de Azucaña que es el ente gremial de ellos, igualmente con Enrique Montemuro y Adolfo Fariñas de Unagro, con Rudiqer Trepp del Carpió y Luis Fernando Vasquez de Ingenio Guabirá, con Víctor Domingo Paz, Rene Arzabé y Rodolfo Antelo de Ingenio Bermejo, con Miguel Velasco y Marco Anqlarill de Ingenio La Bélgica, con Jorge Ernesto Antelo y Hernán Arauz de Soca (Asociación de Productores Cañeros), con Darko Zubieta y Oscar Sánchez de Bibosi

(Federación de Cañeros de Santa Cruz) y con otros cooperados de cañicultores. Por recomendación de Azucaña las reuniones las realicé inicialmente en forma individual con cada uno de los Ingenios y con cada una de las Asociaciones o Federaciones de cañicultores y el último día ya me reuní con todos en las oficinas de Azucaña.

(...)

- De los negocios con comerciantes colombianos, inicialmente arrancó comprando solamente Dinpro, pero luego va empezaron a llegar y a venderles a los otros importadores y que ahora son alrededor de 7 incluyendo 2 de Medellín.

- Entonces, según estas cifras les quedarían 29.700 tons, que en el orden de la situación el mejor destino es Colombia

(...) quienes mejor les pagan el azúcar de exportación son los comerciantes colombianos (...) entonces que si nosotros estamos interesados ellos podrían tener disponibles unas 40.000 tons. Estas 40.000 toneladas serían (sic) para entregar entre Septiembre 08 y Enero 09, o sea, que serían (sic) mas (sic) o menos unas 8.000 tons mensuales.

Punto Importante (...) Es decir, miran los precios a los cuales pueden exportar a Perú, Chile, Venezuela y Colombia y se van por el que mejor les pague, sin importar qué puede pasar en el Mercado Internacional.

- Para ellos sería muy importante que un negocio de esta naturaleza, que lo ven totalmente viable e interesante, no sea un negocio de una solo (sic) vez, sino que pensemos en que podría ser un negocio para 5 o más (sic) años, en donde nosotros compremos los excedentes que a ellos les queden (...)

- Quedaría totalmente claro que en caso de cerrar un negocio, ellos se comprometerían a no exportar absolutamente ni un grano de azúcar a Colombia y nosotros a no llevar ni un grano de azúcar boliviana a Perú o Chile.

- Si se llega a realizar un negocio, debe realizarse entre las Industrias Azucareras de los dos países. (...).” (Negrillas de la Sala).

La anterior información se soporta con el correo electrónico de 2 de septiembre de 200817, enviado por el Gerente General del Ingenio Riopaila Castilla al Presidente de CIAMSA y al Gerente de DICSA, con el fin de probar que los ingenios colombianos tenían pleno conocimiento del propósito de las negociaciones con los ingenios bolivianos y que estarían en el marco de un contrato a largo plazo.

“(...)

Carlos, Luis Augusto: Hay un compromiso de no vender más con destino Colombia?

Se habló algo de años siguientes?.”.

Correo electrónico de 14 de mayo de 2009, remitido por CIAMSA a los bolivianos, en el que se pone en conocimiento la minuta con la cual se pretende cerrar la negociación, que demuestra la intención de obstruir la importación de azúcar a Colombia y, por ende, el desarrollo de una conducta anticompetitiva.

“Adjunto encontrarán un archivo con la Minuta que estamos proponiendo, para que celebremos el contrato de Compraventa de azúcar para este 2.009.

Es un acuerdo en donde como ustedes aprecian, lo estamos haciendo de Industria a Industria y por esa misma razón es un solo documento en donde de parte de ustedes en Bolivia firma cada uno de los exportadores - vendedores y de parte de Colombia firma Ciamsa como importador - comprador.

El objetivo de enviárselo anticipadamente solo es que ustedes lo puedan analizar tranquilamente, hacer sus observaciones y que cuando nosotros vamos al cierre del negocio solo sea cuestión de un día que lo firmemos y celebremos el negocio.

A Edgar Coronado le solicito que por favor nos confirme el recibo de parte de cada uno de los exportadores de este documento y que si existe alguien que por un error involuntario no haya incluido en la lista por favor se lo haga llegar.” (Negrillas de la Sala).

De la información anterior queda demostrado que existía una estrategia diseñada para adquirir los excedentes de azúcar provenientes de Bolivia y para que dicho país no comercializara su producto en Colombia, elementos que configuran una conducta anticompetitiva porque intervienen el mercado a través de procedimientos ajenos a este, tales como amenazas comerciales, restricciones de acceso y contratos con cláusulas anticompetitivas.

De otro lado, también se puede constatar que se obstruía a los industriales colombianos el acceso al azúcar como insumo, a través de ASOCAÑA y CIAMSA. Logrando que los empresarios nacionales que compraban azúcar a una empresa extranjera resultaran afectados por barreras para su adquisición directa, dado que requerían el trámite de autorizaciones y permisos especiales impuestos por las mismas agremiaciones.

Esta conducta fue ejecutada para países como Costa Rica, Ecuador, Guatemala y El Salvador. La conducta se pudo establecer gracias a varios medios de prueba que fueron recaudados durante la investigación administrativa.

Prueba de la restricción al mercado de azúcar colombiano, es la documentación aportada por Nacional de Chocolates que buscaba adquirir azúcar del país de Costa Rica, pero que necesitaba la autorización de

ASOCAÑA para adquirir el producto, sobre lo particular, la comunicación establecía que : ***“Como le comentaba ayer por teléfono el señor Edgar Herrera Echandi, director ejecutivo de la Liga Agrícola Industrial de la Caña (LAICA) en Costa Rica estaba solicitando a Colombia la autorización para exportar el contenedor de azúcar que ustedes requieren. Ayer recibió respuesta por parte de Don Luis Fernando Londoño de ASOCAÑA, dice que en Colombia tienen todos los azúcares incluido Fairtrade.”***

Luego mencionó ***“Creemos que esto no es cierto sin embargo la opción es que ustedes se comuniquen con este señor Londoño y le hagan la consulta o le pidan la autorización para realizar el embarque”***

Ante esta situación, se reiteró la solicitud mediante correo electrónico del 19 de mayo de 2011.

“(…) estuve hablando con Edgar Herrera de Laica y efectivamente me comentó que llamara a Luis Fernando Londoño de ASocaña aquí en Colombia pero te cuento que desde esa fecha hasta hoy ha sido muy difícil contactarlo y hasta el momento no hemos podido, por lo tanto necesitamos que ustedes como Ingenio (socio comercial nuestro de FLO) y conjuntamente con Laica nos ayuden urgentemente con la exportación del azúcar, ya que tenemos el cliente nuestro en Corea del Sur pendiente de que procedamos con el negocio y la producción, nosotros ya tenemos en nuestra planta el Cacao Fair Trade, pero estamos pendiente del envío del azúcar FLO por parte de ustedes para proceder con la producción (…)”

Estos hechos confirman la actuación de las agremiaciones colombianas con respecto a la importación de azúcar al país.

Con base en los elementos de prueba reseñados, hay plena certeza sobre la configuración de la conducta prevista en los artículos 1 de la Ley 151 de 1959 y 47, numeral 10, del Decreto 2153 de 1992. Por tanto, se desestimará el argumento de la sociedad demandante según el cual la conducta no fue debidamente tipificada.

En este contexto, cabe enfatizar por la Sala que la conducta sancionada, tal como se ha expuesto, consistió en haber incurrido en un acuerdo que tuvo por objeto la obstrucción de las importaciones de azúcar a Colombia por parte de terceros, sin que lo determinante para la configuración de dicha conducta sea establecer el agente económico afectado.

Sobre la violación del derecho al debido proceso porque no se permitió la contradicción de las pruebas y, en especial, el testimonio del señor Juan José Arango, la Sala precisa que dicha afirmación no es cierta, por las siguientes razones:

La declaración del señor Juan José Arango y otras pruebas, se practicaron durante la fase preliminar del proceso administrativo sancionatorio, por lo que en ese momento no era un deber de la Superintendencia de Industria y Comercio poner en conocimiento de la sociedad demandante los medios de prueba recaudados, pues no se habían imputado cargos.

De otro lado, no puede olvidarse que las pruebas y la declaración obran en el expediente administrativo y ellas se encontraban a disposición del ingenio demandante desde la notificación del pliego de cargos, por lo que pudo hacer las manifestaciones que considerara pertinentes.

También resalta la Sala, en lo que respecta al testigo Juan José Arango, que la prueba tendiente a ratificar dicho testimonio fue decretada por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No. 19436 de 2014, en la cual se fijó fecha para ratificar el testimonio, sin embargo, el ciudadano no asistió.

La consideración anterior permite advertir que la Superintendencia de Industria y Comercio sí decretó la práctica de la prueba, pero no fue posible su recaudo; dicha circunstancia no vulnera el derecho al debido proceso, pues pese a existir la posibilidad de reiterar la práctica de la prueba, no se procedió en esa forma por el interesado.

En cuanto a los errores de citación y a la dificultad para el acceso al expediente que habrían impedido ejercer de manera adecuada el derecho de defensa de la sociedad demandante, la Sala considera que el argumento carece de fundamento por las razones que se pasa a explicar.

A juicio de este Tribunal, la Superintendencia de Industria y Comercio garantizó el derecho al debido proceso. El acceso al expediente administrativo es libre, y si bien es un derecho de los administrados poder consultarlo, también lo es que constituye un deber hacerlo con cuidado y diligencia.

Las actuaciones administrativas no están exentas de que se incurra por parte de los funcionarios en errores de digitación, como sucedió con la citación del informe motivado, sin que ello *per se*, pueda considerarse como una violación del derecho al debido proceso, pues los errores se corrigieron oportunamente. La Superintendencia de Industria y Comercio, al percatarse de ellos, expidió el documento denominado “*Fe de erratas de 3 de julio de 2015*”, mediante el cual corrigió los errores presentados inicialmente en el informe motivado del 29 de mayo de 2015.

Del mismo modo, la sociedad demandante reprochó que no se pudiera acceder a algunos archivos digitales, por cuanto requerían de un procedimiento que no conocían; sin embargo, como sucedió con los errores

de digitación, tal aspecto fue corregido por la Superintendencia de Industria y Comercio al emitir el documento ya mencionado, en el cual se incluyó un manual con el paso a paso, suficientemente descriptivo para acceder a los archivos aludidos.

Sobre el particular, se necesario hacer referencia al testimonio del señor Bayron José Prieto Castellanos²³ practicado dentro de la etapa probatoria de este proceso, en dicha oportunidad el citado testigo declaró:

“2. ¿Cuál era el procedimiento informático que debían seguir los investigados para acceder a las pruebas obrantes en el expediente electrónico?

El procedimiento de recaudo de material probatorio digital, regularmente se hace en una visita administrativa, luego se lleva a un laboratorio en el que se custodia la evidencia, luego se adelanta el proceso investigativo y precisa que cuando las partes quieran acceder al expediente, se le suministra una copia para que pueda ejercer el derecho de defensa. El testigo hace referencia a l valor probatorio del mensaje digital y sus requisitos (3 elementos: confiabilidad, integridad), artículo 11 de la Ley 27, paso seguido, explica el procedimiento forense adecuado para recaudar y preservar las imágenes de datos y refiere sobre el identificador de huellas y la imagen.

Precisa que al entregar una copia de la información, se hizo un manual para enseñarle al abogado como acceder a la documentación, refiere que ningún mensaje de datos estaba encriptado. De cada copia que se entrega (por ser controlada) se entrega una copia”. (Negrillas de la Sala)

Del mismo modo, en el mismo interrogatorio del testigo, este manifestó.

3. ¿Hubo peticiones de los abogados por dificultades de acceso a la información?

Refiere que solo se presentó una solicitud en relación con una imagen, pero que se adelantaron las gestiones pertinentes para solicitar su acceso.

4. ¿La información obrante en el proceso de donde provenía?

Señala que puede tener origen en las visitas, por lo que se garantiza es la cadena de custodia y el acceso a la información.

(...)

El testigo rinde declaración sobre las siguientes temáticas: explica sobre la trazabilidad y describe que el mensaje de datos (correo electrónico) se compone de varios elementos y que no es posible que se altere porque justamente el hash permite verificar su identidad. Aclara que en la Superintendencia se utiliza software del FBI, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, y que es un software confiable, además indica que la copia que se tiene se encuentra en formato idéntico al de los archivos de la visita. Frente al manual de procedimiento señala que es claro, y que cualquier persona sin conocimiento técnico podía acceder a la documentación digital y que adicionalmente se daban las indicaciones para quien quisiera

²³ Fls. 343 a 345, cuaderno 4.

acudir a un laboratorio privado para maxificar la información.

El perito expone que los distintos mensajes de datos (compuestos y no compuestos). Aclara que el procedimiento de informática forense tiene que ser tan limpio que el investigado no sepa tan siquiera que se le tomó una copia espejo de la información, sin necesidad de instalar un software en la máquina que está siendo copiada. (Negrillas de la Sala).

Del testimonio rendido, el señor Prieto Castellanos, manifestó que la información obtenida fue durante la diligencia de indagación preliminar o como el denomina “las visitas” y que dicha información fue almacenada en mensaje de datos, pero, en la misma condición y formato con que lo investigados o inspeccionados la tenían, de igual manera, es de resaltar también que, el perito manifestó que la información no podía ser alterada ni que ningún mensaje estaba encriptado, hecho que significa que el acceso a la información era libre y no representaba ningún impedimento para que los investigados tuvieran acceso a ella, salvo las menciones de las imágenes que presentaban cierta falla pero que eran solventadas mediante un proceso que fue adelantado según el perito y que se elaboraba un informe el cual era entregado al investigado, y una vez descifrada la imagen se le entregaba al investigado, precisando que se entregó manuales y se le suministró copia íntegra de las pruebas.

Por lo tanto, para esta Sala no son de recibo los argumentos de la parte actora respecto a la vulneración del derecho al debido proceso por no tener la oportunidad de acceder al material probatorio recolectado en el desarrollo del proceso sancionatorio.

Finalmente, respecto a la vulneración del principio de legalidad por parte de la SIC, por la supuesta extralimitación en sus funciones, vulnerando normas como los artículos 6, 121 y 123 de la Constitución Política, artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 31 de la Ley 1340 de 2009 y del artículo 4º del Decreto 4886 de 2011, la parte actora considera que la entidad demandada se excedió en la facultad que la ley le otorga para decidir sobre las investigaciones administrativas por violación de normas competencia y de competencia desleal que afecten el interés general, toda vez que, a su criterio, considera que las decisiones que adoptó el FEPA, estaban permeadas de legalidad tal y como lo prevé el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 y por ende, solamente un Juez Contencioso Administrativo puede decidir sobre la legalidad de alguna decisión administrativa.

Ahora bien, es de resaltar que la orden emitida por la Superintendencia respecto al FEPA, consistía en:

“ORDENAR al Comité Directivo del FEPA que en un plazo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente Resolución, revise las fórmulas para la liquidación de compensaciones y cesiones en el marco del FEPA, con el fin de asegurar que no tenga por objeto, la asignación de cuotas de producción o suministro en el mercado del azúcar, el intercambio de información sensible o cualquier otro efecto anticompetitivo no amparado en los términos de la intervención (Ley 101 de 1993 y Decreto 589 de 2000).

En Consecuencia, REMITIR copia de la presente Resolución al MINISTERIO DE

COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL , y al COMITÉ DIRECTIVO DEL FEPA para lo de su competencia”.

Para dar solución a esta parte del problema jurídico, es necesario establecer que es el Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Malezas Derivadas o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar (FEPA). De acuerdo con la norma que organizó dicho, es decir el Decreto 589 de 2000 y la Ley 101 de 1993 que lo reglamentó, se tiene que el objeto de dicho fondo es:

“Es un instrumento de la política agrícola de Colombia, establecida en la Ley 101 de 1993 y organizado para el sector azucarero a través del Decreto 569 de 2000. Los objetivos dados por la ley para este tipo de fondos son: procurar un ingreso remunerativo, regular la producción nacional e incrementar las exportaciones. Los instrumentos de estabilización son dos: las cesiones, que se generan cuando el precio de venta en un mercado dado excede los precios de referencia, y las compensaciones, cuando el precio es inferior a los precios de referencia. Su naturaleza es de saldo cero, es decir, todos los ingresos por cesiones se utilizan para el pago de compensaciones, salvo por el costo que genera su operación”²⁴.

En cuanto a su composición administrativa, dicho fondo se organiza de la siguiente forma:

“Tiene una estructura autónoma, con su propio órgano de dirección, donde participa el gobierno nacional a través de los Ministros de Agricultura y Desarrollo Rural y Comercio, Industria y Turismo, una secretaría técnica, una contabilidad y una estructura de control propias, y cuenta además con el apoyo operativo de Asocaña, como ente administrador de sus recursos. El órgano de administración está conformado por dos miembros del gobierno nacional (Ministros de Agricultura y Desarrollo Rural y de Industria, Comercio y Turismo), 7 miembros elegidos para representar a los productores de azúcar y 4 miembros elegidos para representar a los cultivadores de Caña. Esta elección se hace a través de un sistema de votación por circunscripción nacional, con la misma dinámica que se lleva a cabo para las elecciones del Congreso”²⁵.

En concreto, el objetivo principal del FEPA es procurar un ingreso remunerativo a los productores de azúcar, consiguiendo de esta manera que se regule la producción nacional, manteniendo y creciendo la oferta de producto para los diferentes mercados, dando así cumplimiento a los objetivos establecidos en la Ley.

Teniendo claridad de lo anterior, se tiene que en la investigación administrativa realizada por la entidad demandada en contra de la parte actora y de las otras empresas azucareras y las asociaciones de este mismo tipo de actividad, se observa que la SIC concluyó que el FEPA tenía como propósito principal, realizar el control de la oferta y asignación de cuotas, pero que, que mediante un proceso de cifrado de alguna información

²⁴ <https://www.fepa.com.co/publico/info.aspx>

²⁵ *Ibidem*.

(resoluciones y documentos electrónicos), según la entidad demandada, permitió que se encontrara una metodología de liquidación de las cesiones de producción para algunos ingenios y el suministro para otros.

Con base en lo anterior, se puede señalar que el meollo del argumento y del problema jurídico que se deriva del argumento de inconformidad que plantea el demandante, radica en la legalidad de la postura o decisión que emitió la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de emitir la orden sexta de la resolución no. 80847 de 2015.

Al respecto, como bien lo ha afirmado la parte actora, todo acto administrativo se presume legal, mientras no haya sido anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hecho que describe que las decisiones administrativas o decisiones ejecutorias ostentaran validez y producirán efectos jurídicos hasta que no hayan sido anuladas por una sentencia judicial.

Para el caso que nos ocupa, de los antecedentes administrativos y de la Resolución que impuso la sanción a la empresa demandante, se advierte que, la entidad demandada a través de un proceso de verificación encontró que las actuaciones que estaba ejecutando el Fondo estaba contraviniendo el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en lo que respecta a la prohibición o suministro de acuerdos que tengan como efecto la asignación de cuotas o producción o de suministro, en donde concluyó que se había desnaturalizado el fondo, dado que se estaba utilizando el Comité de aquel para efectuar acciones que no eran propias de este ente.

De la revisión del acto administrativo sancionatorio, se tiene que, en efecto, dentro del referido acto existe un numeral que estudió el “*funcionamiento del FEPA en la práctica y su desnaturalización*”²⁶, en donde la entidad manifestó su preocupación porque agentes del mercado compartían información sensible que bajo condiciones de competencia, un agente del mercado no estaría dispuesto a compartir con sus competidores, es de resaltar que, dentro del mismo aparte de la Resolución se expuso el pronunciamiento del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el cual hizo el llamado de atención sobre el manejo que debe darse a la información sensible.

Sin embargo, de lo anotado en la Resolución la Sala no evidencia que en el contenido del acto se emitan ordenes de anulación respecto a decisiones que haya expedido el FEPA, puesto que, la entidad efectuó un análisis de las resoluciones al igual que de los archivos informativos, al punto de hacer un estudio de las fórmulas que se incorporan en las resoluciones de la FEPA, análisis que produjo como resultado que la SIC corroborara que existía una coordinación entre las empresas y asociaciones azucareras para efectuar prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia y que utilizaron de indebida forma el Comité del FEPA para compartir información, hecho que desnaturalizó el objetivo y finalidad del Fondo, pero que no implica que la entidad haya usurpado funciones de jurisdiccionales propias de los jueces.

Por lo tanto, la Sala encuentra que el argumento de la demanda no tiene

²⁶ Fls. 224 a 241, cuaderno 1.

vocación de prosperar en primera medida, porque como se ha señalado, de la revisión del acto administrativo no se evidencia una extralimitación en las funciones de investigación por parte del ente demandado, toda vez que la orden emitida en el numeral sexto la Resolución no. 80847 de 2015, está destinada a que el FEPA revise las fórmulas de liquidación de compensaciones y cesiones, con el fin de que no tenga por objeto la asignación de cuotas o producción o suministro en el mercado del azúcar, el intercambio de información sensible o cualquier otro efecto competitivo, situación que demuestra que las resoluciones o decisiones que haya expedido dicho Fondo no han sido anuladas por la SIC, sino que la orden, en concepto de esta Sala, es una instrucción facultativa que se le remite a dicho fondo, para efectos de que no se presenten irregularidades como las analizadas y descubiertas en la investigación sancionatoria.

3.4.5.2. ¿Operó el fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria en los actos administrativos demandados?

Respecto a los argumentos de caducidad de la facultad sancionatoria, en los que alude que la entidad demandada no demostró la existencia de que la infracción fue una conducta continuada, que se presentó en dos oportunidades, la una para el caso de la obstrucción de importación desde Bolivia que se consumó hasta el 26 de mayo de 2009 y la segunda en el caso de Costa Rica, que inició el 6 de mayo de 2011, en donde el demandante considera que las conductas caducaron el 26 de mayo de 2012, todo ello en consideración que para el estudio de caducidad para el asunto de análisis debía aplicarse lo preceptuado en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, sin tener en consideración lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, en atención a que dicha norma empezó a generar efectos el 24 de julio de 2009.

Sobre el particular, la Sala considera oportuno mencionar un pronunciamiento del Consejo de estado, en el que se ha analizado el tema de la caducidad de la facultad sancionatoria en temas similares al que se trata en esta oportunidad, al respecto ha señalado:

“(…) Corresponde a la Sala, en primer término, determinar si la conducta desarrollada por los demandantes, que dio lugar al inicio de la actuación administrativa desarrollada por la Superintendencia y que culminó con la expedición de las Resoluciones enjuiciadas, se cataloga como “Instantánea”, es decir, cuya ejecución se establece en un solo momento, o si, por el contrario, es de carácter “Continuada o Permanente”, lo que significa que el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el acuerdo de precios se produjo y se conservó por las distribuidoras de combustibles relacionadas en las Resoluciones acusadas hasta el mes de diciembre de 2009, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos de las Tablas núms. 6, 7, 8, 9 y 10, así como en la Gráfica núm. 5, visibles en el anverso y reverso de los folios 146 y 147 del cuaderno de Anexos de la demanda, lo que le permite concluir a la Sala que la conducta cometida por los demandantes

catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada.

Ahora bien, siendo la conducta continuada por parte de los demandantes (aspecto este que se analizará más ampliamente en el último punto), para la Sala no existe el menor asomo de duda de que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico. Se observa que para el momento en que se inició la investigación, esto es, el año 2007, se encontraba en vigencia el otrora Decreto 2153 de 1992, que en su artículo 52 establecía el procedimiento para determinar si existía una infracción a las normas de promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas a la libre competencia reglando en su último inciso que “en lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo”, lo que significaba, por antonomasia, que la facultad sancionatoria del Estado en esta materia caduca en el término de tres (3) años previsto en el artículo 38 de dicha Codificación. Sin embargo, observa la Sala que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 1340 (“Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”), esto es, el 24 de julio de 2009²⁷, los distribuidores de combustibles relacionados en las Resoluciones demandadas continuaban desarrollando las conductas constitutivas como infractoras a las normas de promoción de competencia y práctica comercial restrictiva, extendiéndolas hasta el mes de diciembre de ese mismo año, sometiéndose, en consecuencia, a la legislación vigente por esa fecha, esto es, la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 27 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” (Resalta la Sala).

Se advierte, en conclusión, que desde la última fecha de ejecución de la conducta contraria a las normas de promoción de la competencia, esto es, diciembre de 2009, hasta la fecha de notificación de las Resoluciones núms. 71794 del 12 de diciembre de 2011 y 11651 de 29 de febrero de 2012, es decir, los días 16 de diciembre de 2011 y 13 de marzo de 2012, respectivamente, no había transcurrido el término de cinco (5) años, a que se refiere el artículo 27 antes citado a efectos de que se produjera el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado. (...)²⁸

Con base en el anterior extracto jurisprudencial y, en aplicación del principio de especialidad²⁹, la norma procesal idónea que se ajusta al caso *sub examine* es la Ley 1340 de 2009, norma que como se ha mencionado se encontraba vigente al momento de adelantarse la actuación sancionatoria, toda vez que las quejas presentadas por empresas como COCA-COLA FEMSA, BAVARIA SA, AJE COLOMBIA, NESTLÉ DE COLOMBIA, ASOCIACION DE

²⁷ Publicada en el Diario Oficial núm. 47.420 de julio 24 de 2009.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, Exp. Rad. No. 2013-00254-01, sentencia del 13 de noviembre de 2014, C.P. María Elizabeth García G.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-005 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

AGORINDUSTRIALES DEL BOCADILLO VELEÑO, entre otras, se efectuaron entre en el mes de julio del año 2010, hecho que dio origen al proceso sancionatorio que como se ha señalado en el numeral anterior, el cual formalmente inició con el auto de apertura de investigación, Resolución 5347 de 2012.

Ahora bien, partiendo de lo reglado en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, la norma nos dice que la autoridad administrativa contara con el término de cinco (5) años desde el momento en que se haya cometido la conducta violatoria o del último hecho que se desprenda de aquella en los casos en que esas conductas sean de tipo de tracto sucesivo.

En el caso objeto de análisis, encontramos que, la conducta desplegada por la empresa demandante y por las otras empresas que también fueron investigadas dentro del proceso no. 10- 57750, se ejecutó de forma continuada ya que las acciones no se consumaron en un único momento, sino en varios actos sucesivos, prueba de ello son los eventos manifestados por la demandante al igual que los actos y reuniones sostenidos por las empresas o Ingenios investigados que figuran tanto en los antecedentes administrativos como en el mismo acto sancionatorio, los cuales datan desde el mes de junio del año 2002³⁰ ; sin embargo, de acuerdo con lo previsto en la norma, es necesario determinar el hecho que representó la última conducta violatoria por parte de la empresa.

Se destaca tanto en la Resolución N° 80847 de 2015, como en la Resolución N° 103652 de 2015, que el último hecho que constituyó una conducta infractora fue el acaecido en el mes de julio de 2011³¹, por lo que el lapso máximo para expedir el acto administrativo sancionatorio era en el mes de julio de 2016, situación que se produjo en la actuación sancionatoria, puesto que, el acto que impuso la sanción fue expedido el 7 de octubre de 2015, situación que demuestra que el fenómeno de caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la parte demandante no tiene sustento fáctico ni jurídico.

Lo cual da a entender que el acto administrativo sancionatorio se expidió en dentro del término de los 5 años que prevé la norma especial procesal aplicable a la investigación adelantada por la SIC.

Por lo tanto, el argumento de caducidad de la facultad sancionatoria no está llamado a prosperar.

3.4.5.3 De la transgresión del principio de favorabilidad y tipicidad al momento en que se impuso la sanción.

³⁰ Fls 247 a 285, cuaderno 1.

³¹ Fl. 124, ibídem.

La parte actora considera que se presenta una transgresión de esta garantía fundamental, por cuanto manifiesta que, si las presuntas conductas se venían ejecutando desde el año 2002 hasta mediados de julio de 2011, se presentó la aplicación de dos tipos de normas, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, por lo tanto, a su juicio se debió aplicar la norma más favorable en su situación, esto es el Decreto 2153 de 1992, que establece multas para personas jurídicas de hasta 2000 SMMLV y para personas naturales hasta de 300 SMMLV, cifras que difieren de las previstas en la Ley 1340 de 2009.

Ahora bien, como se ha señalado en el acápite normativo, el artículo 29 de la Constitución Política prevé las nociones normativas del principio de favorabilidad, en donde se explica que aquel cumple la misión de posibilitar la aplicación excepcional de la ley, de manera retroactiva o ultractiva, de manera que la persona que es objeto de la actuación sancionatoria del Estado quede cobijada por el régimen legal más benigno, sea tanto en actuaciones judiciales o de carácter administrativo.

Sin embargo, su aplicación ocurre en eventos determinados, como lo ha indicado la Corte Constitucional³².

“Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se mantiene el principio general de la aplicación inmediata. Así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional, uno de cuyos fallos se cita a continuación: “...la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal”.” (Negrillas de la Sala).

Del anterior fragmento de jurisprudencia se tiene que, el efecto de favorabilidad puede producirse de dos formas, i) por la retroactividad de la norma que supone el efecto de favorabilidad de una norma que nace con posterioridad a la ocurrencia de un hecho o conducta infractora y ii) la ultractividad que consiste en la resurrección de los efectos de una norma derogada que puede representar efectos más favorables que la norma que

³² Corte Constitucional, sentencia C-619 de 14 de junio de 2001, M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

reemplazó a la norma derogada.

Ahora bien, como se ha señalado, en el caso de estudio se presenta una conducta infractora de tipo continuado o de tracto sucesivo, por lo que el hecho sancionable no se agota de manera instantánea, representando una imposibilidad de aplicar este principio de favorabilidad, dado que como se ha dicho la infracción cometida por las empresas azucareras, así como las asociaciones, se efectuó en el tiempo de manera sucesiva, por lo que debido a la naturaleza de la conducta prolongada en el tiempo de manera reiterada, imposibilita la aplicación de este principio.

Con relación al trámite de la tasación de la multa conforme al valor de los salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del último acto anticompetitivo o conforme al valor de dichos salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de imponer la sanción, la Sala advierte que, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece que la multa por imponer debido a la infracción de las normas de libre competencia puede tasarse hasta los 100.000 SMLMV vigentes, por lo que la cuantía de la multa corresponde al salario mínimo legal mensual vigente del año en el que se impone la sanción, al respecto la Corte Constitucional³³ en diversas ocasiones, se ha pronunciado sobre este aspecto en el sentido de dilucidar que resulta constitucionalmente aceptable y conforme al artículo 29 de la Carta, establecer el monto de las multas en salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción y no al momento de ejecución de la conducta.

Precisando lo anterior y basado en el estudio del principio de legalidad, se ha determinado que la aplicación de aquel principio desde la perspectiva del derecho administrativo sancionatorio resulta mucho más flexible por sus implicaciones que se distinguen de los asuntos penales, en los cuales se aplica de manera más estricta este principio porque en medio se encuentra un pilar fundamental del Estado de derecho: la libertad. Al respecto la Corte Constitucional³⁴ ha señalado.

“el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran -así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión- no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas.” Bajo esta perspectiva, se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando [por el Legislador] se establecen: (i) “los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada”; (ii) “las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta”; (iii) “la sanción que será impuesta o, los

³³ Corte Constitucional, sentencia C-297 de 8 de junio de 2016. M.P. doctora Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-242 de 2010 (MP Mauricio González Cuervo), reiterada en Sentencia C-491 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva)

criterios para determinarla con claridad.”

En este sentido, como la norma se refiere a salarios mínimos legales mensuales vigentes, se trata de una sanción en blanco la cual remite al valor que el Gobierno Nacional establezca para el salario mencionado vigente al momento de imponer la sanción. El respeto por el principio de legalidad consiste en que dicha tasación es plenamente conocida por el administrado al momento en que cometió la conducta infractora consistente en realizar los acuerdos contrarios a la libre competencia, en específico cuando se impide el acceso a un determinado mercado a terceros que quieran competir en dicho medio.

Finalmente, esta Corporación debe indicar que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009³⁵, sobre la imposición de sanciones a personas naturales, por la misma conducta de que trata la multa impuesta al Ingenio Providencia SA, por lo que resulta congruente citar al alto tribunal.

“(…) Es decir, si la jurisprudencia es efectivamente pacífica en torno a que el principio de legalidad es mayormente rígido cuando se trata de la aplicación de normas de derecho penal en materia criminal y más flexible cuando se trata del derecho administrativo sancionador, establecer un estándar más riguroso para normas como la demandada frente de normas propiamente penales como las que se examinaron en la Sentencia C-820 de 2005, además de ser incoherente, atenta contra los fundamentos mismos de la naturaleza mutatis mutandis del derecho sancionador como género (ver supra 4).

6.2.11. *Finalmente está el argumento consistente en que se sacrifica el principio de legalidad al tasar el valor de una sanción administrativa con fundamento en unos salarios mínimos que tienden a incrementar su valor real a través del tiempo; lo que eventualmente podría significar que el valor de la sanción al momento de la infracción a castigar fuera menor al valor de la sanción que se terminara imponiendo más adelante. Frente de tal argumento, si bien el mismo puede tener cierto sustento fáctico, tal incremento sería insustancial al punto de no tener la capacidad de afectar el principio de legalidad, por lo menos en el corto plazo. En el largo plazo, en tratando de un proceso administrativo sancionatorio de largo aliento, si bien por virtud del fenómeno del deslizamiento del salario mínimo (ver 7.9 infra) el valor real de la sanción a imponer podría crecer a lo largo del tiempo, la Corte considera que tal situación de todos modos estaría regularmente dentro del margen de flexibilidad que le es inherente al derecho administrativo sancionador contemporáneo.*

Por lo atrás explicado, para la solución del problema jurídico 2 que se planteó a inicio de esta providencia, la Corte optará por la posición sostenida en el numeral 5.2 supra; esto es, por aquella según la cual el principio de legalidad en materia del derecho administrativo sancionador es lo suficientemente flexible como para permitir que el valor de las sanciones que por infracciones de personas naturales al régimen de la libre competencia sea ulteriormente determinable en momento posterior a la comisión de la infracción del caso y en salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-394 de 2019, MP Cristina Pardo Schlesinger.

De acuerdo con lo anterior, la norma que contempla la sanción (artículo 25 de la Ley 1340 de 2009), determina con claridad que la sanción a imponer por su comisión esta tasada en salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo cual resulta acorde con las previsiones legales y constitucionales analizadas.

3.4.5.4. ¿Hubo irregularidades en la dosificación de la sanción de multa por parte la entidad demandada al momento de efectuar este análisis?

Básicamente en este argumento de las pretensiones, la parte actora considera que el acto administrativo que les terminó imponiendo la sanción de multa carece de motivación en lo referente a la graduación de la sanción y que la contestación al recurso de reposición no puede suponer la explicación al procedimiento de tasación de la sanción.

Al respecto, para entrar a abordar este argumento de las pretensiones de la demanda, es necesario remitirnos al artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual fue utilizado por la entidad demandada para realizar la dosificación de la sanción.

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

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

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 2. La dimensión del mercado afectado.*
- 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.*
- 4. El grado de participación del implicado.*
- 5. La conducta procesal de los investigados.*
- 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.*
- 7. El Patrimonio del infractor.*

***PARÁGRAFO.** Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado*

como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción”.

La norma transcrita establece varios criterios para determinar la sanción por imponer; sin embargo, en ningún aparte indica que deban utilizarse todos los criterios allí identificados, bastará con que se apliquen los que resulten necesarios para cada caso.

En este orden de ideas, se observa que el acto administrativo sancionatorio expresó como fundamento para imponer la sanción, lo siguiente.

“Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico deben en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Entidad, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en este Resolución están relacionadas con el azúcar, producto que, como se mencionó anteriormente, tiene un rol importante en la economía nacional, en la vida diaria de los hogares y en el desempeño industrial de aquellos que en el mercado la demandan como insumo. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la competencia en este sector tendrá un impacto importante en la economía, la industria y el bienestar de la población colombiana.

(...)

En el caso concreto, se ha establecido que todos los ingenios investigados junto con ASOCAÑA, CIAMSA y DICSA, infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al concebir y ejecutar una estrategia anticompetitiva, ilegal y continuada, encaminada a bloquear importaciones de azúcar a Colombia, para evitar el ingreso del producto al país.

Esta conducta resulta especialmente grave en la medida en que quedó demostrado que la intención de los investigados con la obstrucción de las importaciones de azúcar a Colombia no era otra que evitar que se aumentara la oferta de este producto en el país, lo cual conllevaría a que se redujeran los altos precios internos que pagan comerciantes, industriales y en general, los consumidores colombianos de este importante bien. No solo las conductas de acuerdos o cartelización empresarial, revisten por su condición un carácter grave de cara a las diferentes tipologías de infracciones, sino que la modalidad de obstrucción a terceros de ingreso a un mercado, resultan a todas luces altamente censurables y mucho más cuando como en este caso, existen las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se perpetraron, en donde, no solo tenían el propósito de obstruir sino incluso de eliminar cualquier posibilidad de intercambio comercial de azúcar de otros países hacia Colombia, que se sintetizan en pretender que al país no entrara “ni un solo grano de azúcar” proveniente de esos otros países productores.

(...)

Para INGENIO PROVIDENCIA, una multa de TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS MIL TRESCIENTOS PESOS (\$35.399.300.300.00) equivalentes a CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (54.938 SMLLV)”.

De acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que contrario a lo afirmado por la demandante, el acto se encuentra debidamente motivado. Como se observa, pues parte de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, propios de la dosificación, para luego indicar la gravedad de la sanción y los efectos que la misma tuvo en el mercado.

La entidad enfatizó que, por tratarse del azúcar, un producto que tiene un rol importante en la economía nacional, en la vida diaria de los hogares y en el desempeño industrial de aquellos que en el mercado la demandan como insumo, cualquier conducta que restrinja la competencia en dicho sector, tendrá un impacto importante en la economía, la industria y el bienestar de la población colombiana.

Adicionalmente señaló la Superintendencia de Industria y Comercio que, es sumamente grave ya que su finalidad era evitar que se aumentara la oferta del producto en el país en un lapso prolongado, con el consecuente impacto en la elevación de los precios internos para los hogares y para la industria que lo requiere como insumo.

Resaltó también la entidad demandada la gravedad del asunto, porque la conducta no solo buscó obstruir las importaciones de azúcar, sino que tuvo como finalidad eliminar cualquier posibilidad de intercambio comercial de azúcar de otros países hacia Colombia.

Finalmente, destaca la Sala que uno de los criterios de dosificación de la sanción fue la reincidencia de la demandante en el desarrollo de prácticas anticompetitivas, conductas por las que ya había sido sancionada y que implicaron la agravación de la sanción impuesta en este proceso.

Del mismo modo, la norma establece un tope máximo de la sanción de 100.000 SMLMV o, si resulta mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Este monto también fue respetado por la autoridad de inspección, vigilancia y control, ya que tasó la multa en el 54.9% del tope permitido por el legislador para esta clase de conductas, pese a la gravedad de los hechos, la incidencia en el mercado y su conducta reincidente frente a la libre competencia.

Finalmente, la Sala comparte la utilización de criterios auxiliares para tasar la sanción. Es cierto que esta clase de conductas deben sancionarse de manera ejemplar, para desestimular su práctica, pero no al punto de que impliquen la quiebra de los productores de bienes y servicios.

Partiendo de esa premisa, la tasación de la multa considerando el patrimonio registrado de la sancionada y sus ingresos operaciones resulta consistente con los principios de razonabilidad y proporcionalidad y constituye una forma apropiada de afianzar la libre competencia como conducta que corresponde a los agentes del mercado.

Respecto a la utilización escueta de los criterios de graduación de la sanción, se observa que para graduar la multa se tienen en cuenta los siguientes criterios: (i) el impacto de la conducta en el mercado; (ii) la dimensión del mercado afectado; (iii) el beneficio obtenido por el infractor; (iv) el grado de participación del implicado; (v) la conducta procesal de los investigados; (vi) la cuota del mercado de la empresa infractora, así como sus activos involucrados en la infracción; y, (vii) el patrimonio del infractor.

De igual forma, se debe poner de presente que el mismo artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 establece que la multa puede corresponder hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

En el asunto en particular, se ha señalado por la Superintendencia que la conducta tuvo por “objeto” obstruir las importaciones de azúcar al país, por lo que no sería dable aplicar el porcentaje señalado al no haberse sancionado por una utilidad percibida por dicha conducta contraria a la libre competencia.

En este punto es necesario manifestar que, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado³⁶, “(...) *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*

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación número: 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826) sentencia de 20 de octubre de 2005. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

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 administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos(...)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien en la Resolución sancionatoria se mencionan los criterios tenidos en cuenta por la Superintendencia, resaltando en dicho acto la gravedad de la infracción, no por ello puede entenderse que se ha cuantificado de forma indebida la sanción impuesta.

En la Resolución No. 103652 se hace referencia por la Superintendencia a los siguientes criterios tenidos en cuenta para graduar la sanción, los que se toman de la Resolución sancionatoria, así: i) la dimensión del mercado afectado; ii) el grado de participación del implicado; iii) la conducta procesal del investigado; iv) la cuota de mercado de la empresa infractora, parte de activos y/o ventas involucradas; v) su patrimonio; y, vi) como criterio de agravación, se tuvo en consideración la existencia de antecedentes relacionados con la infracción al régimen de protección de la competencia.

No obstante, no encontrarse condensados dichos criterios, del contenido de los actos demandados se desprende con claridad lo expuesto por la Superintendencia sobre el particular:

- Frente al criterio de dimensión del mercado afectado, se señaló por la Superintendencia que el mismo se valoró de manera cualitativa en relación con la importancia del mercado y no sobre los efectos de la conducta en el mismo, reiterándose que en el presente asunto la conducta sancionada fue por realizar acuerdos que tuvo por “objeto” concebir y ejecutar una estrategia anticompetitiva, ilegal y continuada, encaminada a bloquear las importaciones de azúcar a Colombia para evitar el ingreso del producto al país, lo que resultaba grave en la medida en que con ello se buscaba evitar el aumento de la oferta de dicho producto en el país y que conllevaría a que se redujeran los altos precios internos que pagan comerciantes, industriales y, en general, los consumidores colombianos de dicho producto.
- En cuanto al grado de participación del Ingenio, se tiene que el mismo hizo parte del cartel en el mismo nivel que los demás investigados al generar conductas colusorias en aras de eliminar la competencia.
- En cuanto a la conducta procesal de los investigados, la Superintendencia manifestó que el Ingenio ejerció su derecho de defensa y contradicción, sin que se presentara ninguna conducta procesal irregular que implicara una agravación de la conducta ni como tampoco de la que se pudiera derivar algún beneficio.

- Del Ingenio Providencia se observa que la Superintendencia tuvo en consideración la participación del mercado del Ingenio en la producción de azúcar de manera anual para el periodo 2005 a 2012³⁷, así como los ingresos operacionales.
- Frente al patrimonio de la sociedad actora, tuvo en consideración la Superintendencia al momento de imponer la Sanción que la misma equivalía al 6.4% aproximadamente del patrimonio registrado a 2014 y el 6.6% aproximado de sus ingresos operacionales para el mismo año. De igual forma, tuvo en consideración que la sanción equivalió al 54.9% de la multa máxima.
- Respecto de la reincidencia, se señaló por la Superintendencia que el Ingenio Providencia fue sancionado mediante Resolución No. 6839 de 9 de febrero de 2010, confirmada mediante Resolución No. 42411 de 13 de agosto de 2013, por haber violado el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por un acuerdo de fijación de precios.

De igual forma, debe mencionarse que los criterios de impacto en la conducta en el mercado y beneficio obtenido por el infractor no fueron valorados por la Superintendencia para efectos de cuantificar la multa impuesta, sin que de ello se desprenda vulneración alguna, ya que la norma no determina que deban analizarse cada uno de los criterios allí establecidos para imponer la sanción. Será del análisis del caso en particular, que se derive el estudio de cada uno de los criterios relacionados en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Sobre tales criterios y ante los cuestionamientos de la actora dirigidos a indicar que no se valoró por la Superintendencia las pruebas que acreditan que el supuesto cartel no produjo efectos, para lo cual, se remite a las cifras de importaciones de azúcar de Bolivia en los años 2009 y 2010, el Acta de Junta Directiva de CIAMSA No, 745 de 26 de mayo de 2009 y el correo electrónico de 6 de junio de 2009 de Luis Augusto Jaramillo a Carlos Mira, no son de recibo, en tanto, se reitera, no se cuestiona por la demandada los efectos de la conducta colusoria por lo que los criterios de impacto en la conducta en el mercado y el beneficio obtenido por el infractor, no fueron tenidos en cuenta para la determinación de la sanción impuesta.

Teniendo en cuenta lo anterior, la multa finalmente impuesta de *TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS MIL TRESCIENTOS PESOS (\$35.399.300.300.00) equivalentes a CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (54.938 SMMLV)*” para el año 2015, lo que se aproxima

³⁷ Fl. 220 del cuaderno 1.

más al límite mínimo que al máximo señalado por la ley en 100.000 smlmv (equivalente a sesenta y cuatro mil cuatrocientos treinta y cinco millones de pesos (\$64.435.000.000) por lo que se considera que la multa impuesta no resulta desproporcionada a la infracción cometida.

3.4.5.4. falsa motivación de los actos administrativos demandados

Con relación a este argumento de las pretensiones de la demanda y con base a la revisión del material probatorio, la Sala encuentra que este cargo no está destinado a prosperar, en primer lugar, porque, como se ha señalado la ocurrencia de este vicio de legalidad del acto administrativo se presenta por la ocurrencia de la carencia de motivación en los elementos de existencia del acto administrativo, concretamente en los fundamentos fácticos y jurídicos que conforman al acto administrativo.

Ahora es del caso resaltar que, en la sustentación del cargo, la parte actora no precisa de manera clara cual o cuales serían las carencias de fundamentación motivacional del acto, sino que solamente se remite a expresar que se presenta una falsa motivación y por ende los actos administrativos deben ser considerados nulos.

Sobre el particular, y acudiendo a los argumentos expuestos en el cargo de infracción de las normas en que debían fundarse los actos, la Sala reitera lo dicho en el numeral anterior, en el sentido de enunciar que los actos administrativos demandados, en especial aquel que impuso la sanción, Resolución 80847 de 2015, fue expedido con apego a las normas que estaban vigentes al momento en que se produjo la apertura de la investigación sancionatoria, de igual manera como se ha dicho, el acto que resolvió dar apertura a la investigación sancionatoria, Resolución no. 5347 de 2012 estableció que la investigación se producía por la presunta infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el numeral 4 del artículo 47 de la Ley 1340 de 2009 y del numeral 10 del artículo 47 *ibidem*, consecuentemente con este acto se expidió la Resolución 80847 de 2015 en donde la entidad demandada sancionó a los investigados, incluido el Ingenio Providencia S.A., por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 10 del artículo 47 de la Ley 1340 de 2009, hecho que demuestra la congruencia de la sanción y la apertura de la investigación, pero que también demuestra la claridad en el acto administrativo sancionatorio, al igual que en el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición, toda vez que, este último se pronunció sobre las inconformidades de la Resolución sancionatoria.

Por lo tanto, se observa que los actos administrativos no carecen de fundamentación fáctica o jurídica, dado que fueron fundamentados con base en situaciones fácticas que se presentaron por ocurrencia de las averiguaciones preliminares y de forma más precisa por las quejas presentadas por varias empresas dedicadas a la producción de alimentos y bebidas en el país, de

igual manera la fundamentación jurídica se ajustó a las ritualidades de la Ley 1340 de 2009, Ley 155 de 1959 y procedimentalmente por el Decreto 19 de 2012.

Conclusiones

En consideración a los cargos formulados como soporte de las pretensiones de la demanda impetrada por el Ingenio PROVIDENCIA SA., en contra de las Resoluciones nos. 80847 del 7 de octubre de 2015, 103652 del 30 de diciembre de 2015 y 1072 de 2016 proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del proceso sancionatorio no. 10-57750, la Sala encuentra que no tienen vocación de prosperar, en primer lugar porque como se ha mencionado en la parte motiva de esta providencia, de la revisión del material probatorio en especial de los actos administrativos demandados y de los antecedentes administrativos que representan la investigación administrativa, se encuentra demostrado que la entidad demandada tuvo suficientes motivos para dar apertura del proceso sancionatorio en contra de varias empresas dedicadas a la actividad industrial de producción azucarera, incluida la parte activa de este proceso.

Asé las cosas, se evidenció que no se presenta una infracción de normas superiores en las que debían fundamentarse las resoluciones demandadas, toda vez que, se encontró que los cargos imputados en el acto de apertura de la investigación administrativa presentan identidad con lo resuelto en el acto administrativo que impuso la sanción, de igual manera, respecto a la vulneración de garantías fundamentales como el derecho de defensa y contradicción relacionada con la supuesta restricción de parte de la SIC respecto a unas pruebas obtenidas en la etapa previa a la apertura de investigación, como se manifestó en el respectivo aparte, con la revisión del material probatorio y con el testimonio técnico quedó demostrado que todos los investigados dentro del proceso sancionatorio tuvieron acceso al material probatorio que había sido recolectado de sistemas de información y de computo de los mismos investigados, al momento en que se realizaron las visitas administrativas en la etapa de averiguación preliminar.

Respecto a la inconformidad de que la entidad demandada no demostró de manera contundente la conformación de acuerdos fijados a producir prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia, en los antecedentes administrativos de la investigación administrativa abunda información electrónica, consistente en correos electrónicos o mensajes de datos en donde está probada la concertación de planes o estrategias de mercadeo dirigidas a limitar o impedir el acceso de azúcar de otros países como Bolivia, Costa Rica, situación que demuestra la ocurrencia del ilícito de restringir la libre competencia, conducta por la cual, la Superintendencia resolvió sancionar a todas las empresas investigadas, al

igual que a asociaciones como CIAMSA, ASOCAÑA y DICSA.

En cuanto a la forma en que se impuso la sanción y la tasación de la multa, en el mismo sentido, esta Sala no encontró irregularidad alguna en el procedimiento de fijación de la multa o el procedimiento para que sea impuesta, puesto que, no encontró la vulneración de garantáis fundamentales como el principio de favorabilidad, congruencia o el mismo debido proceso, en tanto, se dejó claro que en consideración a la naturaleza de la conducta ejecutada por los investigados, es decir que, los actos restrictivos se ejecutaron de forma sucesiva en el tiempo, la Sala encontró que debido a esta condición de la conducta no era procedente la aplicación del principio de favorabilidad por efectos de retroactividad de la norma, por lo que se determinó que la norma aplicable para realizar la fijación de la multa correspondía a los preceptos previstos en la Ley 1340 de 2009.

3.5. Condena en Costas

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, y su liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal...”.

En virtud de lo anterior, si bien la parte demandante resultó vencida como quiera que se negaron las pretensiones de la demanda, al seguir los nuevos parámetros establecidos por la legislación procesal, que el Tribunal interpreta con criterios de equidad e igualdad frente a todos los extremos de la litis precisamente por la interpretación conforme a la Carta constitucional del artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, por lo que no resulta procedente la condena en costas en esta instancia pues no se acreditó que el escrito demanda se haya presentado con manifiesta carencia de fundamento legal, toda vez que: i) el extremo activo estaba en ejercicio de su derecho de defensa al presentar escrito de demanda en la que pretendía que se anulen los actos administrativos a través de los cuales se resolvió imponer una sanción de multa que posteriormente fue confirmada y que, ii) el escrito presentado contenía fundamentos de hecho y derecho, así como argumentos razonables y concordantes con las circunstancias fácticas expuestas,

diferente que esas razones no hayan prosperado a la luz de los medios de pruebas y de los fundamentos esgrimidos en esta providencia.

IV. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SUBSECCIÓN “B”, SECCIÓN PRIMERA, del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas a la parte demandante.

TERCERO: En firme esta providencia, por secretaría, **devuélvase** los remanentes que por concepto de gastos ordinarios del proceso existan a favor de la demandante y **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZON
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS Magistrado (Firmado electrónicamente)	CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN Magistrado (Firmado electrónicamente)
--	---

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente a través de la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de CPACA y goza de plena validez conforme al artículo 7 de la Ley 527 de 1999.

MAM