



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **35641** DE 2023

(28 JUN 2023)

Radicado No. 15-124621

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente la prevista en el numeral 31 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el Decreto 92 de 2022, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 42815 del 6 de julio de 2022¹ (en adelante "Resolución No. 42815 de 2022" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **ALIANZA MAYORISTA S.A.S.** (en adelante "**ALIMA**"), **DISPRESCO S.A.S.** (en adelante "**DISPRESCO**") e **INTERNACIONAL DE ABASTOS Y LICORES S.A.S.** (en adelante "**INTERLICORES**"), por haber incurrido en la conducta descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) en los términos expuestos en la parte considerativa de la mencionada Resolución.

Así mismo, se impusieron sanciones a **HERNÁN GIL BARRIENTOS** (representante legal de **ALIMA**), [REDACTED] (miembro de junta directiva de **ALIMA**), **ANDRÉS NICOLÁS LONDOÑO POSADA** (representante legal de **DISPRESCO**), **NELSON ARTURO GIRALDO ALZATE** (representante legal de **INTERLICORES**) y **DAVID ESTEBAN GIRALDO PARRA** (representante legal suplente de **INTERLICORES**), por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar la conducta violatoria de la libre competencia contenida en la prohibición general, de conformidad con los motivos expuestos en la Resolución Sancionatoria.

Tabla No. 1. Sanciones - Resolución No. 42815 de 2022

Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009		
SANCIONADOS		
1	ALIANZA MAYORISTA S.A.S. – ALIMA	\$2.317.027.872
2	DISPRESCO S.A.S. – DISPRESCO	\$6.001.287.648
3	INTERNACIONAL DE ABASTOS Y LICORES S.A.S. – INTERLICORES	\$5.901.679.164

Tabla No. 2. Sanciones - Resolución No. 42815 de 2022

Artículo 26 de la Ley 1340 de 2009		
SANCIONADOS		
1	HERNÁN GIL BARRIENTOS	\$24.018.528
2	[REDACTED]	\$257.857.140
3	ANDRÉS NICOLÁS LONDOÑO POSADA	\$282.825.768
4	NELSON ARTURO GIRALDO ALZATE	\$2.000.000.000
5	DAVID ESTEBAN GIRALDO PARRA	\$840.762.492

¹ Archivo: "RESOLUCIÓN 42815 DEL 06-07-2022 - IMPONE SANCIÓN - VERSIÓN RESERVADA – LICORES.pdf" que se encuentra en el cuaderno reservado "C. RES VIRTUAL-Resolución 42815 06-jul-22 V. Reservada" del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se habla de "Expediente" se hace referencia al radicado No. 15-124621.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 42815 de 2022, y de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, en el término legal pertinente, a través de apoderado², **ALIMA, DISPRESKO, INTERLICORES, HERNÁN GIL BARRIENTOS** (representante legal de **ALIMA**), [REDACTED] (miembro de junta directiva de **ALIMA**), **ANDRÉS NICOLÁS LONDOÑO POSADA** (representante legal de **DISPRESKO**), **NELSON ARTURO GIRALDO ALZATE** (representante legal de **INTERLICORES**) y **DAVID ESTEBAN GIRALDO PARRA** (representante legal suplente de **INTERLICORES**) interpusieron recursos de reposición.

A continuación, se presentan los argumentos planteados por los recurrentes:

- El material probatorio aportado en el recurso permite concluir que el rol de la **UNIÓN TEMPORAL DE COMERCIALIZADORES DE LA FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA** (en adelante “**UNIÓN TEMPORAL**”), en la distribución de licores destilados en el departamento de Antioquia, no constituyó un sistema anticompetitivo, sino una integración empresarial no informada en su oportunidad, la cual, fue conocida y promovida por la **FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA** (en adelante la “**FLA**”).
- Los antecedentes relacionados con la constitución de la **UNIÓN TEMPORAL** indican que, derivado del diseño del modelo de distribución implementado por la **FLA**, las tres comercializadoras (**ALIMA, DISPRESKO** e **INTERLICORES**) pertenecientes al canal “Tienda a Tienda” (**TAT**) no pudieron ni estaban destinadas a competir por el mercado.
- El acuerdo de constitución de la **UNIÓN TEMPORAL** se dio para unificar la administración de los negocios de sus miembros, tal y como lo instruyó la propia **FLA**, y así ceder el control a dos órganos superiores —una junta directiva y un gerente— con el fin de prestar conjuntamente el servicio de distribución de los licores en el departamento de Antioquia.
- La **FLA** fue la que decidió implementar un esquema de distribución y comercialización integrado y organizado para sus productos, que siguió un modelo de agencia comercial y suprimió los incentivos para la competencia intramarca entre los distribuidores del canal **TAT**.
- La unificación de la administración en la **UNIÓN TEMPORAL** fue incentivada por la **FLA**, con ocasión al “desorden” del mercado que representó, entre otros aspectos, bajos ingresos para la Entidad y la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**, desatención y desabastecimiento en zonas remotas del departamento de Antioquia y un incremento desmesurado del licor adulterado.
- La competencia intramarca (escenario anterior a la creación de la **UNIÓN TEMPORAL**) produjo varios efectos indeseables a nivel social y financiero, por lo tanto, no es cierto que en dicho escenario se generaron mayores beneficios sociales.
- La **UNIÓN TEMPORAL** ejerció un rol pro competitivo en la distribución y comercialización de los licores fabricados por la **FLA** en el departamento de Antioquia, cuyos efectos en favor de la competencia fueron desconocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, quien no tuvo en cuenta sus propios precedentes y aplicó la cláusula de prohibición general de acuerdo con la regla *per se*, cuando debió seguir el sistema de la regla de la razón.
- La asignación de las cuotas de compra y venta eran definidas por la **FLA** en los contratos de Ofertas de Concesión Mercantil, tal y como lo demuestran las cláusulas 1.10, 2, 9 y 10.24 de dichos documentos, así como los correos electrónicos en donde le indicaban a la **UNIÓN TEMPORAL** los porcentajes de cuota para cada distribuidor.
- La **FLA** establecía en los contratos de Ofertas de Concesión Mercantil las condiciones que consideraban necesarias para la coordinación entre los distribuidores del canal **TAT** (**ALIMA, DISPRESKO** e **INTERLICORES**), como fueron la definición de una cuota porcentual de compras mínimas a la **FLA** y la fijación de una cuota de venta máxima en el mercado.

² Archivo: “15124621—0066700002.pdf” que se encuentra en la carpeta: “373. CONSECUTIVO 667” del cuaderno público: “CP PUB VIRTUAL 13” del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

- La **FLA** determinaba el margen que tenían los comercializadores para ofrecer descuentos en los productos comercializados. Así, los supuestos acuerdos sobre precios fueron notificados y autorizados por la **FLA**, quien recibió dicha información directamente de la **UNIÓN TEMPORAL** mediante correo electrónico.
- La injerencia que tiene la **FLA** en la política de precios y descuentos de sus distribuidores fue tan estricta que hasta le daba a la **UNIÓN TEMPORAL** instrucciones sobre alzas de precios.
- La **FLA** ejercía un monitoreo constante y estricto sobre los precios y descuentos a los que la **UNIÓN TEMPORAL** vendía sus productos.
- La **FLA** capacitaba la fuerza de ventas de la **UNIÓN TEMPORAL**, lo que demuestra que la reconocía como su distribuidor en el departamento de Antioquia y, también, contribuía con su funcionamiento y operación.
- Se calificó la estructura contractual de la **UNIÓN TEMPORAL** como un cartel, figura que no está contemplada dentro del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En consecuencia, tanto la imputación como la conducta sancionada fueron el resultado de una indebida adecuación típica de la prohibición general.
- No se definió correctamente el mercado relevante, puesto que, al considerar que hubo un sistema tendiente a limitar la libre competencia por parte de las tres comercializadoras que integraron la **UNIÓN TEMPORAL**, el mercado relevante objeto análisis debió ser el de los licores destilados en Colombia y no limitarlo a los productos elaborados por la **FLA** en el departamento de Antioquia.
- La **FLA** ha podido, a través del modelo implementado con la creación de la **UNIÓN TEMPORAL**, dinamizar la competencia manteniendo sus ventas y su participación en el mercado nacional, lo que ha garantizado unas rentas fijas.
- Se sancionó a los distribuidores de la **FLA** por adoptar las medidas necesarias para cumplir con las obligaciones de los contratos de distribución, que se caracterizaron por las altas restricciones verticales y la anulación de la competencia intramarca. Situación que viola el principio de autonomía departamental para la explotación del monopolio rentístico del que es titular el departamento de Antioquia.
- La conducta sancionada no puede ser considerada como significativa, como quiera que la participación de mercado de la **FLA**, a nivel nacional, no es relevante según los datos de la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS LICORERAS**.
- La orden de terminar la **UNIÓN TEMPORAL** desarticula el esquema de ingresos del departamento de Antioquia provenientes del modelo de distribución con el que ha funcionado la **FLA** en la última década. Sin este vehículo, las comercializadoras no podrían cumplir el contrato de agencia comercial que ha determinado la **FLA** y ocasionaría la pérdida de más de 1.300 empleados.
- La orden de terminación de la **UNIÓN TEMPORAL** impartida en la Resolución Sancionatoria violó el principio de legalidad puesto que el Superintendente de Industria y Comercio no tiene la facultad para imponer dicha medida.
- No se valoraron todas las pruebas obrantes en el expediente de la investigación, en particular, la información electrónica contenida en los equipos de los empleados de las sociedades investigadas.
- A pesar de que dentro de los hechos narrados por la Autoridad se hace evidente que otros agentes de mercado, como **MAKRO**, **SERVIMOS**, **LICORES JUANITO** y **ATIPAL**, estaban involucrados en los hechos investigados, no se vincularon al proceso administrativo, lo que implicó una violación al derecho de defensa y debido proceso. Lo anterior, puesto que las sociedades implicadas no pudieron participar de la etapa probatoria, circunstancia que impidió que aportaran pruebas y argumentos para esclarecer los hechos del caso y, así, probar la inocencia de los investigados.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

- Se impusieron unas multas que, teniendo en cuenta la situación de cada una de las empresas y personas naturales, superaron los límites establecidos para este tipo de sanciones. En particular, violaron varios de los presupuestos legales para la dosimetría sancionatoria, así como el principio de igualdad.
- Las multas impuestas a las personas jurídicas diluyen el valor de las empresas si se tiene en cuenta la naturaleza del negocio. El monto de las multas resultó desproporcionado, toda vez que compromete la viabilidad financiera de las empresas sancionadas y resulta confiscatoria de las utilidades proyectadas para 2022. Por lo tanto, se debe reconsiderar la dosificación de la sanción frente al patrimonio de las investigadas y ajustarlo teniendo en cuenta que el inventario (principalmente mercancía) es su activo más importante a nivel contable y operativo.
- Ninguna de las personas naturales sancionadas en el presente caso participó o tuvo la consciencia de haber participado en un sistema contrario a la libre competencia. De hecho, las decisiones tomadas por cada uno de los investigados fueron adoptadas con absoluta convicción de legalidad y con el único objetivo de cumplir con las obligaciones contractuales impuestas por la FLA para la distribución de sus productos en el canal TAT.
- El análisis de la responsabilidad de las personas naturales se basó en una especie de presunción de culpa derivada de su vinculación con las personas jurídicas sancionadas, lo cual resultó violatorio del debido proceso.
- Cuando se compararon las multas impuestas a cada persona natural investigada, se observó que no se aplicó una regla que le atribuyera mayor responsabilidad a quienes ocuparon los cargos de mayor nivel y a quienes tuvieron una mayor participación en la conducta.
- El monto de las multas impuestas a las personas naturales se calculó sin atención a un criterio legal o una regla objetiva verificable, pues, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el patrimonio de las personas naturales no es un criterio que la autoridad pueda emplear para tasar las sanciones.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 55338 del 18 de agosto de 2022³ se resolvió decretar como pruebas los documentos aportados y solicitados en los recursos de reposición interpuestos por los sancionados, en los términos del artículo 79 de la Ley 1437 de 2011.

En ese sentido, este Despacho, de conformidad con lo previsto en el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011, procederá a resolver los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

3.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria, es importante recordar que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas a velar por la protección del derecho constitucional colectivo correspondiente a la libre competencia económica en los mercados nacionales, el cual está previsto especialmente en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política. Estos últimos catalogan expresamente esta prerrogativa como un interés colectivo, establecen que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común y señalan que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

Así mismo, derivado de la interpretación de los artículos señalados anteriormente, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así para los consumidores con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo⁴. En consecuencia, cuando un determinado agente de mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, incluyendo tanto a los consumidores como a las

³ Archivo: "RESOLUCIÓN 55338 DEL 18-08-2022 - DECIDE SOBRE UNAS PRUEBAS – LICORES.pdf" que se encuentra en la carpeta: "376. CONSECUTIVO 670 Resolución 55338 18-08-22" del cuaderno público "CP PUB VIRTUAL 13" del Expediente.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena de valor.

Al respecto, la misma Corte indicó lo siguiente:

"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados"⁵ (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

En desarrollo de los referidos preceptos constitucionales, la Ley 1340 de 2009, al modificar el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, precisó que los propósitos perseguidos por las disposiciones sobre protección de la competencia son: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica⁶.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha resaltado que el derecho a la libre competencia "se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante"⁷. Igualmente, el máximo tribunal constitucional destacó como una de las prerrogativas del derecho a la libre competencia la posibilidad de concurrir al mercado libremente:

"Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario" (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

Es así como protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para el conjunto de la sociedad. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia⁸.

A propósito de lo anterior, se ha destacado⁹ que la libre competencia económica genera importantes efectos positivos sobre la demanda y la oferta de un bien y/o servicio. Por un lado, el efecto más conocido e inmediato de mayores grados de competencia en el mercado es la reducción en los niveles de precios. Por el otro, desde el punto de vista de la oferta, un mayor nivel de competencia incentiva a las firmas a preservar y aumentar su participación en el mercado, buscando satisfacer las expectativas que los consumidores tienen sobre cada una de ellas. Es así como, desde la oferta, mayor nivel de competencia no solo trae consigo el reposicionamiento de la firma, sino que a su vez genera efectos positivos sobre la productividad e innovación e, incluso, sobre el nivel de empleo.

En efecto, la libre competencia económica constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que los consumidores se beneficien de precios más bajos y bienes de mayor calidad, a la par que las industrias logren ser más competitivas nacional e internacionalmente y que la competitividad de las empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la libre y leal competencia entre empresas genera beneficios para los consumidores, buen funcionamiento de los mercados y eficiencia económica.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

⁶ El artículo 1.3 del Decreto 4886 de 2011 reitera dichas finalidades.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

⁸ Center for Competition, Investment, and Economic Regulation. (2012). "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?". Citado en Consejo Privado de Competitividad. "Informe nacional de Competitividad 2011-2012". Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia.

⁹ Combe, E. (2021). "La Concurrence". Presses Universitaires de France.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, y obtienen los bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, entre otros aspectos. Así mismo, resulta plausible mencionar que el poder de mercado genera pérdidas irrecuperables de eficiencia y, por ende, efectos negativos sobre el bienestar económico.

Por lo expuesto, en materia de competencia intramarca, esto es, aquella que se da entre distribuidores de un mismo producto y/o servicio, la intervención de la Autoridad de Competencia se justifica cuando los investigados no logran demostrar la generación de eficiencias que no se hubieren podido lograr a través de medidas menos restrictivas de la competencia. De hecho, el economista Massimo Motta señala que el origen de las ganancias en eficiencia puede ser atribuidos a la existencia de economías de escala y/o de alcance, sinergias en investigación y desarrollo y/o de una reducción en los costos administrativos, procedimentales u operativos, elementos que en su conjunto se constituyan en un claro beneficio para las empresas y para los consumidores.

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que en la presente actuación se demostró que **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** crearon e implementaron un sistema que restringió la libre competencia en el mercado de la distribución de los licores fabricados por la **FLA** en el departamento de Antioquia, particularmente, en el canal de comercialización **TAT** entre junio de 2010 y hasta la actualidad¹⁰. Para la ejecución de este sistema anticompetitivo, las tres empresas investigadas constituyeron una **UNIÓN TEMPORAL** mediante la cual ejecutaron de manera continuada una serie de acuerdos y estrategias contrarias a la libre competencia, las cuales se resumen a continuación:

- Entre 2010 y 2013, se ejecutaron acuerdos anticompetitivos por parte de las empresas investigadas que consistieron en: (i) la fijación indirecta de precios a través de descuentos ofrecidos a los clientes, lo que funcionó con la unificación de las escalas de descuentos acordadas respecto de los topes oficiales de descuento fijados por la **FLA**; y (ii) la asignación de cuotas de participación realizada en el contrato de **UNIÓN TEMPORAL**, en donde definieron para cada una un porcentaje de participación sobre las utilidades o pérdidas en relación con las ventas de los productos de la **FLA** en el departamento de Antioquia, y diseñaron un método de compensación o nivelación de cuotas para los eventos en los que se vendiera por debajo o por encima de la cuota asignada.
- A finales de 2012, las empresas investigadas presentaron incumplimientos de los acuerdos restrictivos pactados hasta ese momento, lo que llevó a un proceso de reestructuración de la **UNIÓN TEMPORAL** que terminó a finales de 2013. Fue así como se llegó, de manera unificada, a un nuevo modelo de operación de la **UNIÓN TEMPORAL** en el que se implementaron acuerdos restrictivos adicionales, desarrollados mediante una serie de estrategias comerciales conjuntas que facilitarían su ejecución.
- A partir del 2013, el nuevo modelo de operación de la **UNIÓN TEMPORAL** ejecutó un sistema anticompetitivo a través de: (i) la fijación de precios a través de descuentos; (ii) la asignación de cuotas de participación; (iii) la repartición equitativa de clientes y de zonas de comercialización; y (iv) la implementación de nuevas estrategias y políticas comerciales unificadas, tales como la unificación de la fuerza de ventas y la creación y puesta en funcionamiento del software denominado “*Activity*”. Este modelo ha sido ejecutado de manera continua desde el 2013 hasta la actualidad, teniendo en cuenta que la vigencia de la **UNIÓN TEMPORAL** fue prorrogada por las empresas investigadas mediante la suscripción de un otrosí hasta diciembre de 2023.

Precisado lo anterior, y teniendo claras las razones por las que los investigados resultaron sancionados en el presente caso, a continuación, se procederá a resolver los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a cada uno de los argumentos presentados por los recurrentes.

¹⁰ La vigencia de la **UNIÓN TEMPORAL** se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2023 mediante el otrosí No. 2 del 21 de noviembre de 2019. Archivo: “OTRO SI UT.pdf” de la carpeta “REQUERIMIENTO SIC UT” ubicada en la carpeta: “2. CONSECUTIVO 550” del cuaderno reservado “CP RES VIRTUAL-UNIÓN TEMPORAL” del Expediente.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

A efectos de su análisis, se agruparon los argumentos presentados por los recurrentes de la siguiente manera:

3.2. Sobre la indebida adecuación típica

Los recurrentes señalaron, en su recurso de reposición, que en el presente caso se incurrió en una indebida adecuación típica al sancionar como un cartel, y con fundamento en la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, lo que ellos consideran que sería eventualmente una integración empresarial no informada que se materializó con la conformación de la **UNIÓN TEMPORAL**.

Sobre este punto, insistieron en que la constitución de la **UNIÓN TEMPORAL** fue realmente una integración empresarial promovida por la **FLA**. Situación que a su juicio se encuentra corroborada con los elementos de prueba aportados con el recurso de reposición, los cuales, también permitieron observar que su intención era la de cumplir con las finalidades e imposiciones contractuales de la **FLA**.

Al respecto, para este Despacho los argumentos expuestos por los recurrentes no están llamados a prosperar por las siguientes razones:

El acervo probatorio obrante en el expediente demuestra que **ALIMA, DISPRESKO e INTERLICORES** crearon y ejecutaron un sistema anticompetitivo en el mercado de distribución de los licores producidos por la **FLA** en el departamento de Antioquia, desde el 2 de junio de 2010 –fecha de constitución de la **UNIÓN TEMPORAL**– hasta la actualidad, en contravención de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

El sistema referido se conformó por una serie de acuerdos anticompetitivos, que consistieron en: **(i)** la fijación de precios a través de unificación de escalas de descuentos sobre los topes definidos por la **FLA**; **(ii)** la asignación de cuotas de participación; y **(iii)** la repartición equitativa de clientes y de zonas de comercialización, sin que los recurrentes hayan demostrado que este sistema anticompetitivo fue una integración empresarial que tuvo como finalidad cumplir con las finalidades de la **FLA**.

En consecuencia, no puede hablarse de una indebida adecuación típica, toda vez que desde la misma constitución de la **UNIÓN TEMPORAL** quedó establecida su finalidad, al indicar que su objeto era el de “(...) *adquirir, comercializar, operar, administrar y distribuir los productos elaborados y producidos por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia (FLA), en el Departamento de Antioquia (...)*”¹¹. Lo cual, se materializó con la implementación de un sistema anticompetitivo que, como ya se advirtió, se conformó por una serie de acuerdos restrictivos de la competencia que resultaron reprochables.

Sobre el particular, se recalca que tanto la Corte Constitucional¹² como la propia Superintendencia de Industria y Comercio¹³ han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: **(i)** la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; **(ii)** la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y **(iii)** la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Para el caso que nos ocupa, esta aproximación resulta relevante, pues, tal y como lo indicó la mencionada Corte en Sentencia C-032 de 2017, dicha prohibición debe “(...) *ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece*” constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico. De esta manera, se tiene que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado como una prohibición

¹¹ Archivo: “CONTRATO UT JUNIO (2010).pdf” que se encuentra en la carpeta: “CONTRATOS Y OTRO SI – ANEXO 1” contenida en “INFORMACIÓN FINAL SIC” que hace parte del “FOLIO 1824” obrante en la carpeta reservada “CP RES UNION TEMPORAL 1”.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 35072 del 6 de julio de 2020 y Resolución No. 42368 del 9 de julio de 2021.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir o limitar la libre competencia en un mercado¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, no se encuentra fundamento en las afirmaciones expuestas por los recurrentes, toda vez que la imputación efectuada en la presente actuación, así como las sanciones impuestas a **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** se sustentaron en la creación de un sistema anticompetitivo en el mercado de distribución de los licores fabricados por la **FLA** en el departamento de Antioquia. El cual, según el material probatorio que obra en el Expediente, y que fue expuesto en la Resolución Sancionatoria, estuvo conformado por tres acuerdos anticompetitivos relacionados con: (i) la fijación de precios; (ii) la asignación de cuotas de participación; y (iii) la repartición de clientes y zonas de comercialización. Y que resulta reprochable de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

3.3. De la inexistencia de la conducta sancionada

Según los recurrentes, las características propias del mercado de licores en Colombia provocaron que la competencia intramarca, previa a la creación de la **UNIÓN TEMPORAL**, generara distintos efectos indeseables desde el punto de vista financiero y social. En efecto, a su juicio, dicha competencia disminuía la posibilidad de mantener rentas deseables para el departamento, causaba importantes perjuicios para la marca de los licores de la **FLA**, ocasionaba que los clientes del canal **TAT** especularan sobre los márgenes de descuentos ofrecidos por los distribuidores, facilitaba la presencia de fabricantes de licor adulterado en el mercado y limitaba la operación a los municipios al área metropolitana de Medellín.

A su vez, también señalaron que en el presente caso no se consideraron los efectos pro competitivos y de eficiencia y, por tanto, que la conducta no podía ser considerada como violatoria al régimen de libre competencia económica. Agregaron que al hacer un análisis del escenario de ventas de 2021 se encontró que, contrario a lo afirmado en la Resolución Sancionatoria, los beneficios fiscales y las utilidades que el esquema le ha representado al departamento de Antioquia y a la **FLA**, con la creación de la **UNIÓN TEMPORAL**, demostraron que se generaron eficiencias. Como tal, en el 2021 las ventas de la **FLA** a nivel nacional aumentaron en contraste con la última década.

En consecuencia, manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio optó por una interpretación según la cual la sola existencia de la **UNIÓN TEMPORAL** y los entendimientos comerciales y operativos resultaban contrarios a las normas de protección de la libre competencia. En otras palabras, argumentaron que la conducta sancionada se circunscribió a la creación e implementación de una **UNIÓN TEMPORAL** por parte de las empresas autorizadas por la **FLA** para distribuir y comercializar licores destilados en el departamento de Antioquia.

Frente a lo expuesto, este Despacho considera que los argumentos planteados por los recurrentes no están llamados a prosperar por las siguientes razones:

Se ha reconocido en decisiones anteriores¹⁵ que cuando un agente económico toma la decisión de vender sus bienes o servicios en un mercado determinado debe escoger la forma en que garantizará su distribución y comercialización. Para esto, tendrá varias posibilidades, entre otras: (i) realizar por sí mismo la producción, distribución y comercialización del bien o servicio; (ii) realizar la producción y garantizar la distribución y comercialización mediante agentes comerciales vinculados; o (iii) concentrarse en la producción y vender sus productos a distribuidores y comercializadores independientes que se encarguen de introducirlos en el mercado¹⁶.

En el caso concreto, la distribución y comercialización de los licores producidos por la **FLA** se realizó a través de **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** en el canal **TAT**, y por ser parte de este último, estas empresas no podían comercializar ningún otro tipo de licor que no fuera producido por la **FLA**.

Al respecto, se recuerda que, como se demostró en la Resolución Sancionatoria frente la conducta investigada, los recurrentes acordaron vender los productos de la **FLA** con un mismo porcentaje de descuento y estandarizaron esta última variable, con lo que se eliminó la autonomía que debía primar

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30412 del 20 de mayo de 2021.

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27906 del 11 de mayo 2022.

¹⁶ Whish, R.; Bailey, D. (2015). "Competition Law". Octava Edición. Oxford University Press. p. 655.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

en su calidad de competidores independientes. Sumado a ello, se encontró demostrado que **ALIMA, DISPRESKO e INTERLICORES** modificaron constantemente la escala estandarizada de descuentos, de acuerdo con las distintas necesidades y dinámicas del mercado durante el periodo investigado, en donde lo usual era ofrecer y fijar menos descuentos de los sugeridos por la **FLA**.

Sobre el particular, debe enfatizarse que los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios – que en este caso corresponde a la fijación de porcentajes de descuento– y de reparto de mercado, entre otros, reducen la capacidad y/o los incentivos de las empresas para competir de manera independiente, además de generar importantes afectaciones al bienestar económico.

Por lo tanto, aun cuando los impugnantes afirmaron que las conductas reprochadas se justificaban por la generación de eficiencias para las partes del acuerdo –la cuales, se aclara, no fueron probadas en el presente trámite administrativo–, no debe perderse de vista que no deben limitarse a los beneficios obtenidos para las empresas. En efecto, aun cuando la indicada falencia probatoria resulta suficiente para restarle mérito al argumento que ahora se aborda, lo cierto es que, en todo caso, la doctrina desarrollada por esta Superintendencia ha precisado que un acuerdo entre competidores no genera restricciones indebidas en la libre competencia cuando, a pesar de sus posibles efectos anticompetitivos, concurren los siguientes elementos¹⁷: **(i)** se producen mejoras en eficiencias; **(ii)** el acuerdo resulta indispensable; **(iii)** las mejoras en eficiencia son trasladadas de manera suficiente a los consumidores; **(iv)** no se promueve la eliminación de competencia actual o potencial en una parte sustancial del mercado relevante y; **(v)** cuando la cuota de mercado conjunta de las partes del acuerdo es inferior al 20% del mercado relevante.

Adicionalmente, a nivel internacional se han planteado otros criterios que resultan relevantes al momento de evaluar los efectos procompetitivos de los acuerdos horizontales, entre los cuales se destacan los encaminados a: **(i)** mejorar tecnologías o investigar y desarrollar nuevos productos; **(ii)** mejorar la calidad del producto o servicio existente; **(iii)** aumentar la eficiencia y competitividad de las pequeñas y medianas empresas; **(iv)** mantener la estabilidad económica y el orden público; y, **(v)** modificar la capacidad productiva con el fin de mitigar el decrecimiento de un sector (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2020)¹⁸. En cualquiera de los casos, recae sobre las partes, y no sobre la Autoridad de Competencia, demostrar si la restricción genera eficiencias que la justifiquen y eliminen su naturaleza anticompetitiva.

En ese sentido, tal como lo señala la Comisión Europea, los acuerdos horizontales deben contribuir a mejorar la distribución de bienes y/o servicios, además de fomentar el progreso técnico y económico y, por ende, generar eficiencias y mayores niveles de bienestar para todos los agentes económicos, es decir, tanto para las empresas como para los consumidores:

*“**Por regla general, la fijación de precios resulta injustificable, a no ser que sea indispensable para la integración de otras funciones de mercadotecnia y cuando tal integración produzca mejoras de eficiencia sustanciales. La distribución conjunta puede generar eficiencias considerables, derivadas de las economías de escala o de alcance, especialmente para los productores más pequeños.**”*

*Además, las mejoras en eficiencia no deben consistir en un ahorro meramente resultante de la eliminación de costes inherentes a la competencia, sino que han de derivarse de la integración de actividades económicas. Por tanto, **una reducción de los costes de transporte que no sea más que el resultado del reparto de la clientela sin que se produzca ningún tipo de integración del sistema logístico no puede considerarse una mejora de eficiencia** (...)”¹⁹ (subrayado y negrilla por fuera del texto original).*

En otras palabras, insiste dicha Corporación, que las mejoras en eficiencias deben ser lo suficientemente grandes de tal manera que compensen los efectos restrictivos de los acuerdos

¹⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. “**CARTILA SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA A LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES**”. p. 9. Disponible en: https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf.

¹⁸ UNCTAD. (2020). “**Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2020): capítulo III revisado**”. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/trdbpconf9L1_es.pdf.

¹⁹ Comisión Europea. (2011). “**Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal**”. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN).

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

horizontales y, por tanto, no deben limitarse exclusivamente a demostrar la existencia de ahorros en costos inherentes al ejercicio de la actividad económica. En últimas, solo podrían llegar a justificarse si el beneficio desborda los intereses particulares de las empresas y trasciende de forma importante al mercado, haciéndolo más eficiente. En contraposición, debería ser claro, entre otros, que las mejoras en eficiencia implican aportes significativos de las partes en capital, tecnología u otros activos, beneficios trasladados hacia los consumidores –por ejemplo, a través de menores precios–, así como el ahorro mediante reducciones en recursos físicos y humanos que dada la integración de las partes puedan verse traslapados o duplicados.

De hecho, y en línea con lo anteriormente señalado, el economista Massimo Motta²⁰ precisa que el origen de las ganancias en eficiencia puede ser atribuido a la existencia de economías de escala y/o de alcance, sinergias en investigación y desarrollo y/o de una reducción en los costos administrativos, procedimentales u operativos. Asimismo, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo²¹ se precisó que, si bien ciertos acuerdos de tipo horizontal pueden ser favorables desde la perspectiva del bienestar económico, esto solo es posible si y solamente si la combinación de activos genera eficiencias y desarrollo de productos innovadores. Específicamente, lo hasta aquí señalado versa, entre otros, sobre ahorros en costos de suministro y de distribución, fomento del progreso técnico y/o económico y participación equitativa de los consumidores en el beneficio derivado de la conducta ejecutada.

En el caso concreto, se deben considerar los efectos reales de los acuerdos en el mercado, por lo cual, como se indicó previamente, recae en los investigados demostrar si la restricción genera eficiencias que la justifiquen y eliminen su naturaleza anticompetitiva. Con esto en mente, dichas eficiencias no deben limitarse exclusivamente a demostrar que fueron presuntamente eliminados los efectos negativos a nivel financiero o incluso en afirmar que se generaron mayores niveles de ingresos por ventas, tal y como lo señalan los impugnantes en su escrito de reposición. De hecho, tal demostración solo daría cuenta de los beneficios obtenidos por las partes del acuerdo, pero dejaría de lado si estos efectivamente redundan en un beneficio económico para los consumidores.

En efecto, un análisis riguroso de la generación de eficiencias debe dar cuenta de ahorros en los costos de transacción, mayores inversiones, generación de conocimientos técnicos e innovación, aumentos en calidad, así como de la existencia de economías de escala y/o de alcance, beneficios que a su vez sean trasladados a los consumidores finales mediante, por ejemplo, precios más bajos. Sin embargo, en el presente caso, estos elementos, en su conjunto, no fueron demostrados por los impugnantes en ninguna etapa del proceso administrativo.

Sumado a ello, se encuentra que, por un lado, a la luz de la doctrina internacional y lo ya señalado por esta Superintendencia en ocasiones anteriores, los acuerdos horizontales afectan negativamente la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica; y, por el otro, se insiste en que conductas como las reprochadas en la Resolución Sancionatoria limitaron las posibilidades de las partes de competir entre sí como agentes económicos independientes y, por consiguiente, redujeron la presión competitiva que debe prevalecer indistintamente en los mercados.

Así las cosas, no resulta cierto que se sancionó la sola existencia de la **UNIÓN TEMPORAL**. Lo que resultó reprochable en el presente caso fue la ejecución de conductas contrarias a la libre competencia económica a través de dicha estructura asociativa, las cuales, limitaron la participación independiente de las partes que conformaron el acuerdo al fijar los porcentajes de descuento en detrimento del bienestar de los consumidores. De hecho, tal como se expuso en la Resolución No. 42815 de 2022, la **UNIÓN TEMPORAL** fue el vehículo utilizado por las investigadas para centralizar su estrategia comercial y administrativa, y así ejecutar los acuerdos y estrategias que conformaron el sistema anticompetitivo sancionado.

Por lo anterior, no tiene asidero el argumento relativo a la supuesta generación de efectos indeseables a nivel social y financieros derivados de la competencia intramarca y las eficiencias producto del modelo de distribución y comercialización que presuntamente justificarían la práctica reprochada en la Resolución Sancionatoria. Lo anterior, habida cuenta que quedó demostrado, dentro de la

²⁰ Motta, M. (2018). *“Política de competencia. Teoría y Práctica”*. Fondo de Cultura Económica.

²¹ UNCTAD. (2020). *“Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2020): capítulo III revisado”*. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf9L1_es.pdf.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

investigación administrativa, que a través de la **UNIÓN TEMPORAL** se materializó un sistema anticompetitivo donde se ejecutaron conductas contrarias a la libre competencia económica.

3.4. Sobre la integración empresarial promovida por la FLA

Los recurrentes manifestaron que en el presente caso la **UNIÓN TEMPORAL**, lejos de ser un sistema anticompetitivo o un cartel, es una integración que fue promovida por la **FLA** y que, en consecuencia, no debió sancionarse a través del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Para sustentar su argumento, señalaron que la **UNIÓN TEMPORAL** fue creada para cumplir con los fines y condiciones impuestas por la **FLA** y la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**. Lo anterior, motivado por el "desorden" del mercado, que ocasionó bajos ingresos para la **FLA** y la Gobernación, así como un incremento del licor adulterado, de acuerdo con la evidencia aportada con el recurso de reposición. Particularmente, documentos tales como la "propuesta de creación de la UT" del 14 de mayo de 2014 y "**UNIÓN TEMPORAL PROPUESTA DE ALIMA S.A.**"²², que evidencian que la intención de las partes no fue la de formar un sistema anticompetitivo sino, por el contrario, integrarse.

Igualmente, afirmaron e hicieron énfasis en que la **UNIÓN TEMPORAL** nació por la iniciativa y la estructura contractual de la **FLA** para poder garantizar el cumplimiento de las metas comerciales y lineamientos que fijaba. Además, que las pruebas aportadas con el recurso confirman que las partes buscaron integrarse vía la **UNIÓN TEMPORAL**, teniendo en cuenta los objetivos del propio esquema integrado y organizado de comercialización que definió en su momento la **FLA**. Esto, siguiendo un modelo de agencia comercial que suprimió los incentivos para la competencia intramarca entre los distribuidores y que definió e impuso varias características que hicieron necesaria la coordinación entre los agentes y la creación de la citada estructura, entre las que se destacan: (i) los requisitos mínimos para ser comercializador; (ii) el límite al número de distribuidores en el canal **TAT**; (iii) la fijación de cuotas mínimas de enajenación, porcentajes fijos de compras y porcentajes máximos de ventas; (iv) la fijación y control estricto de los precios de venta; y (v) la definición y autorización de planes, estrategias de promoción y de mercadeo de los productos.

Como sustento de lo anterior, los recurrentes hicieron referencia a lo contenido en las pruebas aportadas con el recurso de reposición. Particularmente, en el texto incluido en las Ofertas de Concesión Mercantil de la **FLA** a sus distribuidores y en los estudios hechos por la Entidad sobre el mercado de distribuidores, así como a las declaraciones de sus exgerentes y exsubgerentes de mercadeo y ventas.

A pesar de ello, dichos argumentos no resultan de recibo para este Despacho, por las razones que pasan a exponerse:

(i) La finalidad de **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** era la de implementar un sistema anticompetitivo

Tal como se señaló en la Resolución Sancionatoria y contrario a lo afirmado por los recurrentes, los alegados "desorden en el mercado" y "guerra de precios" correspondieron a un escenario de libre competencia para el periodo 2008-2010 en el que los comercializadores participantes del canal **TAT** actuaron de manera independiente, pues visitaban a sus clientes de manera autónoma y usaban su propia fuerza de ventas. Situación que, de acuerdo con el material probatorio obrante en el Expediente, generó el malestar de los distribuidores sancionados por cuanto consideraron este escenario de libre competencia como "desfavorable", al tener que ofrecer descuentos superiores de los que consideraban apropiados financieramente para sus empresas.

Esto fue verificado a través de distintos elementos probatorios recaudados en la presente actuación como la declaración rendida por **HERNÁN GIL BARRIENTOS** (representante legal de **ALIMA**) el 7 de mayo de 2018²³, la declaración de [REDACTED] (directora de

²² Archivo: "UNION TEMPORAL PROPUESTA DE ALIMA S.A. [2819463].docx" ubicada en la siguiente ruta: 1. CONSECUTIVO 296- PRUEBAS APERTURA / 15-124621-IMG_DER(1) / ARCHIVOS / PRUEBAS_APERTURA_LICORES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL GENERAL 1" del Expediente.

²³ Archivo: "180303_1815.mp3" que se encuentra en la siguiente ruta: FOLIO 1930/ GRABACIONES/ DEC_01_HERNAN GIL BARRIENTOS del cuaderno reservado "CP RES ALIMA 1" del Expediente. Minutos 27:55 a 30:30.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

información comercial de **DISPRESCO**)²⁴, la carta remitida por **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICOES** a la **FLA** el 29 de septiembre de 2011²⁵ y el documento titulado "*PROYECTO COMERCIAL Y ESTRUCTURA DE LA UT.doc*"²⁶, en los cuales se evidenció que la necesidad e iniciativa de "reestructurar" y "organizar" la situación de la comercialización del licor en el departamento de Antioquia provino de los comercializadores sancionados, por cuanto no era favorable a sus intereses, y no de la **FLA**.

Debe enfatizarse que esta reestructuración del mercado, por parte de los comercializadores sancionados, se desarrolló a través de varios mecanismos con los que se buscó suprimir la competencia en la distribución de los licores producidos por la **FLA** en el departamento de Antioquia. Mecanismos que pasaron por el intento de creación de una "*Bolsa de Comercializadores*" en 2009 y que terminaron en la creación de la denominada **UNIÓN TEMPORAL** en 2010, a través de la cual diseñaron e implementaron sus acuerdos restrictivos (principalmente la fijación de precios y la asignación de cuotas de participación) y que fueron afianzados y fortalecidos a través de distintos documentos posteriores a su constitución y suscritos por los recurrentes.

En particular, se encontró, por ejemplo, el documento denominado "*Acuerdo contractual sobre administración, compras, ventas y distribución de utilidades entre asociados de la Unión temporal comercializadores de la FLA*"²⁷, suscrito por **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICOES** el 28 de septiembre de 2010, en el que desarrollaron los compromisos adquiridos en el contrato de constitución del 2 de junio de 2010 como fue la fijación de los precios y la asignación de cuotas de participación. Además, posteriormente, en los subsiguientes otrosíes del acuerdo, los investigados prolongaron la vigencia de la **UNIÓN TEMPORAL** hasta la actualidad y, con ella, los acuerdos restrictivos de la competencia que conformaron el sistema anticompetitivo reprochado, con el fin de maximizar los beneficios producidos al ofrecer a sus compradores menores descuentos que los sugeridos por la **FLA**.

En consecuencia, y una vez demostrado que la necesidad de organizar el mercado de distribución de los licores de la **FLA** en el departamento de Antioquia provino de los distribuidores investigados, se reitera que los efectos negativos aludidos en el recurso de reposición no fueron demostrados en la presente actuación por parte de los recurrentes, simplemente aducidos sin respaldo probatorio alguno. Así como tampoco fue probada la generación de las supuestas eficiencias que justificaron la alegada integración y eliminaron su naturaleza anticompetitiva. Por lo tanto, las afirmaciones de los recurrentes sobre las finalidades de la **FLA** referidas a la búsqueda de eficiencias y solución de efectos negativos, carecen de sustento fáctico y probatorio.

Ahora bien, cabe mencionar, tal como se indicó en la Resolución Sancionatoria, que fueron encontrados elementos de prueba que, sumados a los documentos aportados con el recurso de reposición, demuestran que la **FLA** pudo haber tenido conocimiento de los acuerdos a los que llegaron los sancionados y que incluso aceptó a la **UNIÓN TEMPORAL** como su interlocutor en relación con la distribución de sus productos en el departamento de Antioquia. Por esta razón, en su momento, fue comunicada la Resolución No. 42815 de 2023 a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**²⁸ para que actúe según sus competencias.

Sobre el conocimiento de la conducta ilícita por parte de la **FLA**, se encontró, por ejemplo, lo consignado en el acta de la reunión de junta directiva de **ALIMA** del 11 de mayo de 2010, mediante la cual se aprobó su participación en la **UNIÓN TEMPORAL**, y se mencionó una reunión del 10 de mayo de 2010 en la que los comercializadores investigados estuvieron en las instalaciones de la **FLA** y sus directivos estuvieron de acuerdo con la constitución de la **UNIÓN TEMPORAL**. Además, se pudo observar en el documento, que el proyecto de constitución se presentaría tanto a la **FLA** como al

²⁴ Archivo: "180508_0310.mp3" que se encuentra en la siguiente ruta: FOLIO 1506/DECLARACIONES/ERIKA ECHEVERRI/GRABACIONES del cuaderno reservado "CP RES DISPRESCO 1" del Expediente. Minutos 11:10 a 12:42.

²⁵ Archivo: "CARTA GERENTE FLA - OFERTA MERCANTIL SEP 2011[15951].docx" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICOES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente.

²⁶ Archivo: "PROYECTO COMERCIAL Y ESTRUCTURA DE LA UT [2819080].doc". ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICOES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente.

²⁷ Archivo: "ACUERDO CONTRATUAL UT SEPTIEMBRE (2010).pdf" ubicado en la siguiente ruta: "FOLIO 1824" / "INFORMACIÓN FINAL SIC"/"CONTRATOS Y OTROS SI - ANEXO 1" del cuaderno reservado "CP RES UNION TEMPORAL 1" del Expediente.

²⁸ Consecutivo 631 del radicado del Expediente, obrante en el Sistema de Trámites de la Entidad.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Gobernador de Antioquia²⁹. También se encontró lo señalado en el Acta de Junta Directiva de **ALIMA** del 22 de junio 2010, en el que su punto "6- Informe de la reunión de la FLA de junio 21 y compras para junio" mencionó una reunión con la **FLA** el 21 de junio de 2010, en donde la Entidad manifestó que veía a la **UNIÓN TEMPORAL**, ya constituida en ese momento, como un "programa beneficioso" que requería de apoyo³⁰.

Sin embargo, se reitera nuevamente que, del análisis del material probatorio obrante en el Expediente y del aportado con el recurso de reposición, no puede concluirse que la **FLA** tuvo la iniciativa en el origen y creación de la **UNIÓN TEMPORAL** que funcionó como vehículo para ejecutar el sistema anticompetitivo desplegado por **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** desde 2010 hasta la actualidad.

(ii) Se demostró la existencia de un sistema anticompetitivo creado y ejecutado por ALIMA, DISPRESCO e INTERLICORES

A partir del material probatorio recaudado en la presente actuación administrativa, el cual fue expuesto en la Resolución Sancionatoria, quedó demostrado que **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** crearon y ejecutaron un sistema anticompetitivo restrictivo de la libre competencia en el mercado de distribución de los licores producidos por la **FLA** en el departamento de Antioquia, desde el 2 de junio de 2010 hasta la actualidad, en contravención de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En efecto, tal y como fue explicado en el presente acto administrativo, **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** constituyeron, el 2 de junio de 2010, una **UNIÓN TEMPORAL** a través de la cual implementaron una serie de acuerdos restrictivos que conformaron el sistema anticompetitivo, entre los cuales se destacan: (a) la fijación indirecta de precios; y (b) la asignación de cuotas de participación. Estos aspectos, contrario a lo que pretenden hacer ver los recurrentes, no eran determinados o impuestos por la **FLA**, sino que fueron acordados previamente por los comercializadores investigados en el marco de la estructura asociativa. Circunstancia que se pudo evidenciar en los distintos documentos contractuales sobre el funcionamiento de la **UNIÓN TEMPORAL**, los cuales, fueron elaborados con anterioridad a los documentos provenientes de la **FLA** que fueron aportados en el recurso de reposición.

A continuación, se explicarán con más detalle los acuerdos anticompetitivos que fueron desarrollados por los investigados.

(a) La fijación indirecta de precios a través de descuentos ofrecidos a los clientes

En cuanto a este acuerdo restrictivo que hizo parte del sistema anticompetitivo desarrollado por **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES**, es pertinente recordar que la fijación de precios implementada por los recurrentes se entiende dentro del contexto de los precios oficiales definidos periódicamente por la **FLA** a través de sus resoluciones. En las cuales se establecía una lista de precios que determinaba los porcentajes máximos de descuento para ofrecer en la venta y distribución de los productos, los cuales normalmente oscilaron entre el 10% y el 12%³¹. Teniendo en cuenta estos límites de descuento máximo fijados por la **FLA**, los comercializadores tenían la libertad y la autonomía de ofrecer los productos a sus clientes con un porcentaje de descuento propio sobre la lista de precios oficial.

Por lo anterior, se destaca que se encontró demostrado que los recurrentes, mediante las prerrogativas establecidas por la **UNIÓN TEMPORAL**, establecieron una fijación de precios, a través de los descuentos ofrecidos a sus clientes, que eran considerablemente menores en comparación con los

²⁹ Archivo: "ACTA DE LA ULTIMA REUNION DE JUNTA DIRECTIVA [2804258].doc" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICORES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente. p. 85-86.

³⁰ Archivo: "ACTA DE LA ULTIMA REUNION DE JUNTA DIRECTIVA [2804258].doc" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICORES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente. p. 94-95.

³¹ Folios 2054 a 2055 del cuaderno público "CP PUB 12" del Expediente. Folios 2061 a 2065 del cuaderno público "CP PUB 12" del Expediente. Noticia del diario El MUNDO.COM. Anuncian cambios en comercialización. FLA restringe competencia. Autor: Vanesa Restrepo Barrientos. 12 de junio de 2008. Ver: <https://www.elmundo.com/porta/pagina.general.impresion.php?idx=86923>. Consulta 29 de agosto de 2020.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

topes máximos de descuentos que sugería la FLA. Esta situación se puede observar en el documento titulado "Acuerdo contractual sobre administración, compras, ventas y distribución de utilidades entre asociados de la Unión temporal comercializadores de la FLA", que fue suscrito por **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICOES** el 28 de septiembre de 2010, y cuya cláusula octava estableció lo siguiente³²:

"**TERCERO.** En general, los unidos temporalmente se comprometen a respetar las siguientes reglas de comercialización y administración:

(...)

"c) Cada unido se compromete a respetar y dar cumplimiento a las escalas de ventas y descuentos, de la forma siguiente:

Ventas a mayoristas de más de 500 cajas en un solo pedido, **tienen el 2% de descuento.**

Ventas a mayoristas entre 100 cajas y 499 cajas en un solo pedido, **tiene el 1% de descuento.**

Ventas entre 5 cajas y 99 cajas, en un solo pedido, **se les venderá a precio de lista sin descuento**" (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

De acuerdo con la cláusula citada, los investigados, en el marco de la **UNIÓN TEMPORAL**, acordaron vender los productos de la **FLA** con un mismo porcentaje de descuento, correspondiente entre el 1% y el 2% dependiendo del número de cajas vendidas superior a 100, y sin descuento si la venta era menor a 99 cajas. Con lo cual, estandarizaron para el año 2010 los descuentos con relación al número de cajas vendidas para los integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL (ALIMA, DISPRESCO e INTERLICOES)**, que eran los únicos comercializadores en el canal **TAT**, con lo que eliminaron la autonomía que debía existir como competidores independientes dentro del mercado.

Como se pudo observar, aunque la **FLA** sugería que se hicieran descuentos a los clientes cuyo tope máximo oscilaba entre el 10% o el 12%, los tres comercializadores del canal **TAT**, en este caso los investigados, acordaron, de forma restrictiva de la competencia, crear un vehículo denominado **UNIÓN TEMPORAL** para fijar y ordenar que ninguno de los tres podía superar el tope máximo del 2% de descuento. Es más, como se verá más adelante, pactaron la imposición de multas para el integrante del acuerdo que otorgara a los clientes descuentos superiores al fijado en el documento transcrito.

Es decir, desde la constitución de la **UNIÓN TEMPORAL** las empresas sancionadas implementaron, como parte del sistema anticompetitivo ejecutado, un acuerdo de fijación de precios que lejos de constituir una eficiencia, como erróneamente lo afirmaron, restringió y/o eliminó los beneficios derivados de la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica del mercado.

Posteriormente, y tal como se indicó en la Resolución Sancionatoria, también se encontró demostrado que **ALIMA, DISPRESCO e INTERLICOES** modificaron constantemente la escala estandarizada de descuentos, de acuerdo con las necesidades del momento. Esta situación se evidenció en los documentos que reposan en el Expediente, como corresponde con el acta de la junta directiva de **ALIMA** de 29 de febrero de 2012³³, así:

"6 – Nuevas escalas y descuentos en la Unión Temporal.

Se informa que la **Junta de la UT a partir del mes de marzo aumentó el descuento para los mayoristas y ajustó las escalas para los demás canales.**

Las nuevas escalas y descuentos son las siguientes:

Escalas por cajas	Descuento de contado	Descuento a crédito 8 días
Más de 350 por pedido	3.50 %	3.00 %
Por cumplimiento de cuota en el mes.	1.00 %	1.00 %

³² Archivo: "ACUERDO CONTRATUAL UT SEPTIEMBRE (2010).pdf" ubicado en la siguiente ruta: "FOLIO 1824" / "INFORMACIÓN FINAL SIC"/"CONTRATOS Y OTROS SI - ANEXO 1" del cuaderno reservado "CP RES UNION TEMPORAL 1" del Expediente.

³³ Archivo: "ACTA DE LA ULTIMA REUNION DE JUNTA DIRECTIVA [2804258].doc" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICOES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente. p. 235.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

De 200 a 349 cajas por pedido.	2.00 %	1.5 %
De 100 a 199 cajas por pedido	1.00 %	0.5 %
De 50 a 99 cajas por pedido	0.5 %	0
Menos de 49 cajas	0	0

(...)" (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

La información presentada prueba que los descuentos estandarizados por los recurrentes en el 2012 oscilaron entre el 0,5% y el 3,5%, los cuales, al igual que en el 2010, resultaron mínimos en comparación con los porcentajes máximos de descuento aprobados por la **FLA**, que eran del orden del 10% y 12%. Por lo tanto, el rango establecido por los investigados demuestra la racionalidad y propósito de dicho sistema, que correspondía con maximizar las ganancias en detrimento de que sus clientes y consumidores finales obtuvieran un mejor precio. Igualmente, el documento presentado corrobora que la junta directiva de la **UNIÓN TEMPORAL** fue la encargada de modificar la escala de descuentos ofrecidos por los distribuidores de los productos de la **FLA** a sus clientes de manera unificada.

De la misma manera, en el Expediente se encontró evidencia de la fijación indirecta de precios por parte de **ALIMA, DISPESCO e INTERLICOES** en otras ocasiones entre 2010 y 2013³⁴. Al respecto, obran, por ejemplo, las actas de asamblea extraordinaria de accionistas de **DISPESCO** del 25 de octubre de 2010³⁵ y del 18 de enero de 2011³⁶ y el correo electrónico del 1 de noviembre de 2012 enviado por el gerente de la **UNIÓN TEMPORAL** de la época a los miembros de la junta directiva de la misma (**ALIMA, DISPESCO e INTERLICOES**), en el que se evidenció la forma como funcionó la **UNIÓN TEMPORAL** desde noviembre de ese año³⁷. También se encontraron pruebas de que la fijación de precios siguió siendo ejecutada por los recurrentes a través de la unificación de escala de descuentos, luego de la reestructuración de la **UNIÓN TEMPORAL** a finales de 2013 y hasta la actualidad³⁸.

En relación con el planteamiento según el cual fue la **FLA** quien decidió eliminar la competencia en precios por parte de sus distribuidores al fijar, controlar y monitorear los precios de reventa de sus productos, debe indicarse que en la presente actuación no es objeto de discusión ni de reproche la facultad que tiene la **FLA** de establecer o fijar los precios o porcentajes máximos de reventa a los que los distribuidores pueden vender sus productos en el departamento de Antioquia, ni tampoco el control que haga con el fin de que estos toques máximos se cumplan.

³⁴ Esta Superintendencia, en relación con la fijación de precios a través de los descuentos, también encontró documentos tales como: "ACTA DE LA ULTIMA REUNION DE JUNTA DIRECTIVA [2804258].doc" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICOES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente. "Proceso de la UT y los unidos[3865716].pdf" ubicado en la siguiente ruta: 1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/APERTURA_PRUEBAS/[Propuesta UT[3865715].msg] del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente.

³⁵ Archivo: "1 OCTUBRE, 25 de 2010[7533].doc" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICOES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente.

³⁶ Archivo: "4 EN 18 de 2011[7537].doc" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICOES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente.

³⁷ Archivo: "Formato e instrucciones de nueva forma de operar [3865935].msg" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/ APERTURA_PRUEBAS del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente.

³⁸ Se encuentran documentos tales como: "ACTA DE LA ULTIMA REUNION DE JUNTA DIRECTIVA [2804258].doc" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICOES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente. P.369 y 379;

Archivo: "Lista de precio [3864790].msg" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/APERTURA_PRUEBAS del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente;

Archivo: "Re: Tabla de Descuentos[3908270].msg" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/APERTURA_PRUEBAS del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

En particular, lo que fue reprochado y sancionado en la presente actuación administrativa fue el acuerdo restrictivo de fijación de precios al que llegaron **ALIMA, DISPRESKO e INTERLICORES** en el canal **TAT** de la distribución de licores producidos por la **FLA** en el departamento de Antioquia, el cual, fue implementado de manera unificada a través de una escala estandarizada de descuentos que definían dependiendo de sus necesidades. Descuentos que resultaron mínimos en comparación con los porcentajes máximos de descuento que fijaba mediante resoluciones la **FLA**. Por lo tanto, este acuerdo de precios, tal como se indicó en la Resolución Sancionatoria, y contrario a lo señalado por los recurrentes, no puede en ningún caso considerarse como una eficiencia, puesto que tuvo por impacto: (i) la limitación de la competencia; (ii) una asignación ineficiente de los recursos; y (iii) la imposibilidad de acceder a precios competitivos o a mayores descuentos en el canal de comercialización **TAT**.

En consecuencia, no tienen asidero las afirmaciones expuestas por **ALIMA, DISPRESKO e INTERLICORES** en su recurso de reposición sobre las cuales pretenden fundamentar la inexistencia de un acuerdo restrictivo de fijación de precios en el presente caso. En razón a que, claramente, y en consideración con lo demostrado en la presente actuación, el acuerdo de precios constituyó uno de los aspectos más importantes, si no el más fundamental, del sistema anticompetitivo implementado a través de la **UNIÓN TEMPORAL**. El cual no fue desvirtuado por medio de las afirmaciones de los recurrentes ni por los documentos y correos electrónicos aportados con el recurso de reposición.

(b) La asignación de cuotas de participación

En el marco del contrato de **UNIÓN TEMPORAL**, por el cual fue creado el sistema anticompetitivo, los recurrentes definieron para cada empresa un porcentaje de participación sobre las utilidades o pérdidas en relación con las ventas de los productos de la **FLA** en el departamento de Antioquia. Como tal, diseñaron un método de compensación o nivelación de cuotas para los eventos en los que se vendía por debajo o por encima de la cuota asignada. De esto, se encontró evidencia en la cláusula sexta del contrato de constitución de la **UNIÓN TEMPORAL** del 2 de junio de 2010, que estableció:

"SEXTA. PARTICIPACIÓN SOBRE UTILIDADES O PÉRDIDAS. Las partes de la Unión temporal, pactan como participación en las utilidades o pérdidas el siguiente porcentaje:

ASOCIADO Y UNIDO TEMPORALMENTE	PORCENTAJE
ALIANZA MAYORISTA S.A.	36%
INTERNACIONAL DE ABASTOS Y LICORES	33%
DISPRESKO S.A.S	31%
TOTAL	100%

Las utilidades o perdidas que llegaren a generarse a través de la Unión Temporal, serán distribuidas a los miembros en proporción a sus aportes. La periodicidad de la distribución de los resultados será trimestral o aquella que al momento de suscripción del presente contrato o en documento posterior, determinen las partes.

Para tales efectos se deberá realizar un acta de liquidación que contenga los ingresos, los costos, los gastos, las utilidades y la participación porcentual para cada unido temporalmente"³⁹.

En el mismo contrato de constitución de la **UNIÓN TEMPORAL** fue establecido por los recurrentes un sistema de compensación de cuotas, en caso de que una de las empresas participantes vendiera cantidades que superaran o estuvieran por debajo del porcentaje acordado⁴⁰. Por ejemplo, si en un

³⁹Archivo: "CONTRATO UT JUNIO (2010).pdf" ubicado en la siguiente ruta: FOLIO 1824 / INFORMACIÓN FINAL SIC / CONTRATOS Y OTROS SI – ANEXO 1 del cuaderno reservado "CR RES UNIÓN TEMPORAL 1" del Expediente.

⁴⁰ Esto se desprende de la declaración de **HERNÁN GIL BARRIENTOS** (representante legal de **ALIMA**) del 7 de mayo de 2018. Archivo: "180303_1815.mp3" que se encuentra en la siguiente ruta: FOLIO 1930/ GRABACIONES/ DEC_01_HERNAN GIL BARRIENTOS del cuaderno reservado "CP RES ALIMA 1" del Expediente. Minutos 16:00, 20:00 y 33:00. Archivo: "180303_2052.mp3" ubicado en la siguiente ruta: "FOLIO 1930/GRABACIONES/ DEC_02_HERNAN_GIL_BARRIENTOS del cuaderno reservado "CP RES ALIMA 1" del Expediente. Minuto 21:00. Declaración de **ERIKA MARCELA ECHEVERRI NAVARRO** (directora de información comercial de **DISPRESKO**) del 7 de

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

mes **ALIMA** vendía más del 36% del producto, en el siguiente mes debía ceder a los otros distribuidores los puntos porcentuales que vendió de más. De igual forma, si **ALIMA** vendía por debajo de su cuota, en el siguiente mes alguno de los otros distribuidores debía cederle el porcentaje de ventas que obtuvo de más. De esto, se encontró evidencia en el Expediente, por ejemplo, en lo señalado en el acta de junta directiva de **ALIMA** del 1 de diciembre de 2010, que en su punto 5 denominado "*Proceso de la UT, facturación única de la UT, facturación de Alima por las bodegas de los socios, porcentajes de participación de los unidos*", señaló lo siguiente:

"Se aprueba por la totalidad de miembros de junta directiva, que para ayudar a subir en su porcentaje a Dispresco, se enviarán pedidos de socios de la empresa para que les facture esta compañía.

Las mercancías que retiren los unidos para ellos venderlas se tomarán como transferencias, pero estas son una venta para la UT, por lo tanto se aplica el porcentaje del 36, 33, y el 31%.

Los porcentajes de las tres empresas a noviembre 30 es el siguiente:

<i>Alima</i>	<i>38.88 %</i>
<i>Interlicores</i>	<i>33.08 %</i>
<i>Dispresco</i>	<i>28.04 %</i>

(...)"⁴¹.

La evidencia obrante en el Expediente demostró también que la forma de repartición de compras y ventas entre los tres comercializadores sancionados se mantuvo entre 2010 y 2013⁴². Se encuentran documentos tales como el "*Acuerdo contractual sobre administración, compras, ventas y distribución de utilidades entre asociados de la Unión temporal comercializadores de la FLA*", suscrito por **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** el 28 de septiembre de 2010⁴³, el "*ACTA DE JUNTA DE SOCIOS – UNIÓN TEMPORAL ACTA No. 37*"⁴⁴ y la presentación en PowerPoint titulada "*TEMAS REUNIÓN NOV 1 DE 2012.pptx*"⁴⁵.

Al respecto, igualmente se hallaron pruebas de que la asignación de cuotas de participación, en el marco del sistema anticompetitivo desarrollado por **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES**, se ejecutó también luego de la reestructuración de la **UNIÓN TEMPORAL** a finales de 2013 y hasta la actualidad (de acuerdo con el otrosí No. 2 del 21 de noviembre de 2019). En particular, en los otrosíes al contrato de constitución de la **UNIÓN TEMPORAL** como por ejemplo el suscrito el 1 de marzo de 2016, por medio de cual se prorrogó la vigencia de la **UNIÓN TEMPORAL** hasta el 31 de diciembre de 2019 y cuya cláusula sexta estableció:

"SEXTA. PARTICIPACIÓN. *Las partes pactan como participación en las compras, inventarios, ventas y gastos los siguientes porcentajes:*

ASOCIADO Y UNIDO TEMPORALMENTE	PORCENTAJE
<i>ALIANZA MAYORISTA S.A.S</i>	<i>36%</i>
<i>INTERNACIONAL DE ABASTOS Y LICORES S.A.S</i>	<i>27%</i>

mayo de 2018. Archivo: "180508_0310.mp3" que se encuentra en la siguiente ruta: FOLIO 1506/DECLARACIONES/ERIKA ECHEVERRI/GRABACIONES del cuaderno reservado "CP RES DISPRESKO 1" del Expediente. Minuto 13:00.

⁴¹ Archivo: "ACTA DE LA ULTIMA REUNION DE JUNTA DIRECTIVA [2804258].doc" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICORES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente.p. 134.

⁴² Archivo: "ACTA DE LA ULTIMA REUNION DE JUNTA DIRECTIVA [2804258].doc" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/PRUEBAS_APERTURA_LICORES del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente. p. 162, 194, 199, 219, 235 y 249.

⁴³ Archivo: "ACUERDO CONTRATUAL UT SEPTIEMBRE (2010).pdf" ubicado en la siguiente ruta: FOLIO 1824/"INFORMACIÓN FINAL SIC/CONTRATOS Y OTROS SI - ANEXO 1" del cuaderno reservado "CP RES UNION TEMPORAL 1" del Expediente.

⁴⁴ Archivo: "ACTA REUNION No. 37 Septbre 4 de 2012 [3865980].docx" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/APERTURA_PRUEBAS/[Informe y actas [3865979].msg] del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente.

⁴⁵ Archivo: "TEMAS REUNION NOV 1 DE 2012 [3867051].pptx" ubicado en la siguiente ruta: "1. CONSECUTIVO 296-PRUEBAS APERTURA/15-124621-IMG_DER(1)/ARCHIVOS/ APERTURA_PRUEBAS/[INFORME FINAL DE VENTAS OCTUBRE[3867050].msg]" del cuaderno reservado "CP RES VIRTUAL- GENERAL" del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

DISPRESCO S.A.S	37%
TOTAL, PARTICIPACIÓN	100%

(...) ⁴⁶.

Sobre este punto, resulta pertinente pronunciarse en relación con el argumento expuesto por **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES**, según el cual la asignación de cuotas mínimas de enajenación, porcentajes fijos de compras y porcentajes máximos de ventas, eran establecidas por la **FLA** a través de las Ofertas de Concesión Mercantil dirigidas a sus distribuidores. Y que estas también eran comunicadas a la **UNIÓN TEMPORAL** directamente vía correo electrónico, lo cual estaría probado con las distintas pruebas documentales allegadas con el recurso.

Particularmente, los recurrentes hicieron referencia a las Ofertas de Concesión Mercantil dirigidas por la **FLA** a sus distribuidores en 2016. A su juicio, en estos documentos la **FLA** definió los porcentajes de participación que les correspondía (tanto en compra como en ventas) en el mercado de distribución de los licores producidos por la Entidad en el departamento de Antioquia. Así, en la oferta de concesión mercantil del 30 de diciembre de 2016 dirigida por la **FLA** a **ALIMA**, se estableció para este distribuidor una cuota de participación del 36% (cláusulas 1.10 y 10.24), mientras que en la oferta dirigida a **INTERLICORES** se señaló un porcentaje del 27%⁴⁷, basándose los recurrentes en dichos documentos para afirmar que la **FLA** imponía como una de las condiciones del contrato de concesión la definición de estas cuotas de participación.

Sin embargo, al realizar un análisis más detallado de las pruebas aportadas por los recurrentes y del material probatorio obrante en el Expediente, se logró verificar que los documentos de Oferta de Concesión Mercantil son de fecha muy posterior a los documentos contractuales de funcionamiento de la **UNIÓN TEMPORAL** suscritos por **ALIMA**, **DISPRESCO**, e **INTERLICORES**. En los que establecieron su acuerdo de asignación de cuotas de participación como parte del sistema anticompetitivo implementado para la distribución de los licores de la **FLA** en el departamento de Antioquia. Es decir, la evidencia obrante en el Expediente demuestra que fueron los distribuidores sancionados los que acordaron previamente, en el marco de la constitución de la **UNIÓN TEMPORAL**, la asignación de sus cuotas de participación en el mercado de distribución de licores de la **FLA** en Antioquia y no esta última como erróneamente se afirmó.

Ciertamente, el otrosí No. 5 por el cual fue prorrogada la vigencia de la **UNIÓN TEMPORAL** del 1 de marzo de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019, y por el cual se definieron las cuotas de participación en un 36% para **ALIMA**, 27% para **INTERLICORES** y 37% para **DISPRESCO**, fue suscrito por estos distribuidores el 1 de marzo de 2016⁴⁸, lo cual denota que la **FLA** no fue quien determinó o impuso dichas cuotas. Por otro lado, las Ofertas de Concesión Mercantil dirigidas por la **FLA** a **ALIMA** e **INTERLICORES** citadas por los recurrentes como sustento de su argumento y en la que se definieron los porcentajes del 36% y 27%, respectivamente, fueron de fecha del 30 de diciembre de 2016. Es decir, la supuesta definición e imposición de porcentajes de participación de la **FLA** a sus distribuidores (30 de diciembre de 2016) fue posterior a la definición de los porcentajes que los recurrentes ya habían acordado mediante la suscripción del otrosí No. 5 (1 de marzo de 2016).

La misma actuación ocurrió con el correo del 10 de diciembre de 2014⁴⁹ citado por los recurrentes, en el que la **FLA** informó a la **UNIÓN TEMPORAL** los porcentajes de participación que les correspondían a los distribuidores a partir de ese momento, así: **INTERLICORES** 27%, **DISPRESCO** 21%, **ALIMA** 39%, **SERVIMOS** 9% y **LICORES JUANITO** 4%. No obstante, este Despacho encontró en el Expediente que estos mismos porcentajes ya habían sido acordados con anterioridad por los distribuidores dentro del marco de la **UNIÓN TEMPORAL**, mediante la suscripción del otrosí el 1 de enero de 2014, cuya cláusula sexta estableció:

⁴⁶ Archivo: "OTRO SI UT (2016)" ubicado en la siguiente ruta: "FOLIO 1824/INFORMACIÓN FINAL SIC/ CONTRATOS Y OTROS SI - ANEXO 1" del cuaderno reservado "CP RES UNION TEMPORAL 1" del Expediente.

⁴⁷ Archivo: "OFERTA DE CONCESIÓN MERCANTIL 2016" ubicado en la carpeta: "60. CONSECUTIVO 354" del cuaderno público "CP VIRTUAL 13" del Expediente.

⁴⁸ Archivo: "OTRO SI UT (2016)" ubicado en la siguiente ruta: "FOLIO 1824/INFORMACIÓN FINAL SIC/ CONTRATOS Y OTROS SI - ANEXO 1" del cuaderno reservado "CP RES UNION TEMPORAL 1" del Expediente.

⁴⁹ Archivo: "15124621—0066700002.pdf" que se encuentra en la carpeta: "373. CONSECUTIVO 667" del cuaderno público: "CP PUB VIRTUAL 13" del Expediente. P. 35.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

"**SEXTA. PARTICIPACIÓN.** Las partes pactan como participación en las compras, inventarios, ventas y gastos los siguientes porcentajes:

ASOCIADO Y UNIDO TEMPORALMENTE	PORCENTAJE
ALIANZA MAYORISTA S.A.S	39%
INTERNACIONAL DE ABASTOS Y LICORES S.A.S	27%
DISPRESCO S.A.S	21%
SERVIMOS DE MEDELLÍN S.A.S.	9%
JUAN CARLOS BERRÍO VARGAS	4%
TOTAL, PARTICIPACIÓN	100%

(...)"⁵⁰.

La información presentada demuestra y ratifica con claridad, contrario a lo que convenientemente pretenden hacer ver los recurrentes, que no era la **FLA** la que determinaba e imponía las cuotas o porcentajes de participación de los distribuidores en el mercado de distribución de sus licores en el departamento de Antioquia, sino que eran los comercializadores investigados los que acordaban con anterioridad, y en el marco de la **UNIÓN TEMPORAL**, la asignación de sus cuotas de participación en el mercado.

Ahora bien, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, los elementos de prueba arriba presentados también demuestran que la **FLA** conocía sobre los acuerdos a los que llegaban previamente los distribuidores en el marco del sistema anticompetitivo desarrollado a través de la **UNIÓN TEMPORAL**. Y que daba su aval posterior a través de documentos tales como las Ofertas de Concesión Mercantil a las que se refieren los recurrentes. No obstante, y contrario a lo manifestado en el recurso de reposición, esta situación no constituye prueba de que la **FLA** haya promovido el sistema anticompetitivo reprochado y los acuerdos que lo conforman, por lo que las afirmaciones de los recurrentes sobre este punto no resultan de recibo.

Adicionalmente, es pertinente reiterar que en la presente actuación administrativa se encontró demostrado que a finales de 2012 se presentaron incumplimientos de los acuerdos restrictivos que hasta ese momento habían sido ejecutados por **ALIMA, DISPRESCO** e **INTERLICORES** dentro del marco del sistema anticompetitivo desarrollado a través de la **UNIÓN TEMPORAL**, lo que llevó a un proceso de reestructuración que terminó a finales de 2013. Esta situación de desviaciones e incumplimientos de los acuerdos restrictivos, tal y como se indicó en la Resolución No. 42815 de 2022, ratificó la existencia del sistema anticompetitivo reprochado, por lo que se confirma lo señalado en decisiones anteriores, en el sentido que los incumplimientos o desvíos ocasionales, lejos de demostrar la ausencia de los acuerdos anticompetitivos, constituyen prueba de un cartel empresarial y su continuidad.

*"Respecto del anterior correo, toda vez que constituye un reclamo por incumplimiento de los acuerdos de precios propios del cartel empresarial, aspecto que los investigados pretenden hacer ver como una prueba de su ausencia, es pertinente señalar que para este Despacho, al igual que lo consideró la Delegatura, **resulta inadmisibile desde todo punto de vista que se pretenda demostrar la ausencia del acuerdo anticompetitivo con las pruebas que dan cuenta de los reclamos** que se hacían los miembros del cartel empresarial por desvíos ocasionales del acuerdo ilegal. **Contrario sensu, dichos reclamos constituyen pruebas de la continuidad del cartel**, máxime si se tiene en cuenta que se repiten esporádicamente durante los más de once (11) años en los que perduró el mismo, demostrando que no obstante resultaba difícil mantener los acuerdos dadas las complejidades y la dinámica del mercado, siempre existió la voluntad de enmendar y corregir los desvíos a lo pactado. Esto es apenas normal en la dinámica de un cartel empresarial de precios con un periodo de ejecución tan largo"⁵¹ (subrayado y negrilla por fuera del texto original).*

Los incumplimientos mencionados derivaron en un nuevo modelo de operación de la **UNIÓN TEMPORAL**, que implementó, a través de sus miembros, unos acuerdos restrictivos más elaborados, los cuales, estuvieron acompañados de estrategias comerciales unificadas cuyo fin era facilitar la

⁵⁰ Archivo: "OTRO SI UT (2014)" ubicado en la siguiente ruta: "FOLIO 1824" / "INFORMACIÓN FINAL SIC"/"CONTRATOS Y OTROS SI - ANEXO 1" del cuaderno reservado "CP RES UNION TEMPORAL 1" del Expediente. p. 3.

⁵¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019. p. 58.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

ejecución de lo pactado. Los acuerdos establecieron lo relativo a: **(i)** la fijación de precios a través de unificación de escalas de descuentos sobre los topes definidos por la **FLA**; **(ii)** la asignación de cuotas de participación; **(iii)** la repartición equitativa de clientes y de zonas de comercialización; y **(iv)** la implementación de nuevas estrategias y políticas comerciales unificadas, tales como la unificación de la fuerza de ventas y la creación y puesta en funcionamiento del denominado software *Activity*.

Ahora bien, frente al reiterado argumento de los recurrentes sobre que la **FLA** buscó eliminar la competencia en el canal **TAT**, es pertinente recordar que, de conformidad con el material probatorio obrante en el Expediente, se acreditó que otras empresas distribuidoras, diferentes a **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES**, llegaron a hacer parte de la **UNIÓN TEMPORAL**. Este fue el caso de **LICORES JUANITO** y **SERVIMOS**, que hicieron parte de la **UNIÓN TEMPORAL** entre enero de 2014 y febrero de 2016.

En la presente actuación se encontró evidencia de que **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** tenían interés en que **LICORES JUANITO** y **SERVIMOS** hicieran parte de la **UNIÓN TEMPORAL**, toda vez que, en el primer semestre de 2014, **LICORES JUANITO** y **SERVIMOS** fueron designadas por la **FLA** como comercializadores en el canal **TAT**⁵². Por lo que empezaron a competir directamente con los recurrentes en ese canal. Ello demuestra, además, y contrario a lo afirmado por los recurrentes en su recurso de reposición, que la **FLA** no tenía el objetivo de eliminar la competencia en el canal **TAT** de distribución de sus licores en el departamento de Antioquia.

En efecto, cuando no hacían parte de la **UNIÓN TEMPORAL** ni del sistema anticompetitivo desarrollado a través de esta, **LICORES JUANITO** y **SERVIMOS** fijaban y ofrecían, de forma autónoma e independiente, descuentos sobre los productos comercializados, los cuales, muchas veces resultaban superiores a los establecidos en el marco de la **UNIÓN TEMPORAL**. Razón por la que, **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES**, vieron a estos nuevos distribuidores como una amenaza para su sistema, ya que podían traer de regreso el "*desorden de mercado*" o "*guerra de precios*". En consecuencia, los recurrentes vincularon a **LICORES JUANITO** y **SERVIMOS** a la **UNIÓN TEMPORAL** y así limitaron la competencia generada por su comportamiento independiente. Es decir, la entrada de **LICORES JUANITO** y **SERVIMOS** a la **UNIÓN TEMPORAL** se dio debido a presiones ejercidas por los comercializadores sancionados para que no ofrecieran mejores descuentos de los que tenían fijados. Circunstancia que ratifica la existencia del sistema anticompetitivo creado y ejecutado por ellos.

Por otra parte, en relación con la definición y autorización por parte de la **FLA** de los planes, estrategias de promoción y de mercadeo de sus productos en el departamento de Antioquia, así como la información allegada con el recurso relativa a correos electrónicos y demás comunicaciones de la **FLA** a la **UNIÓN TEMPORAL** sobre estos aspectos, se precisa que en dicha información no se encuentra ninguna comunicación que contenga órdenes o instrucciones en el sentido de organizar el mercado, fijar los precios o descuentos, repartirse los clientes o definir cuotas de participación. En el extenso número de comunicaciones aportadas en el recurso y en las que la **FLA** instruyó y solicitó a la **UNIÓN TEMPORAL**, se observó que versan sobre aspectos logísticos y operativos de la distribución del licor en Antioquia (como la entrega de cantidades de licor en eventos, la movilización de promotores, el hospedaje de clientes etc.) sin que ninguna de ellas haga referencia a los acuerdos restrictivos que conforman el sistema anticompetitivo reprochado.

Por el contrario, se insiste, es abundante el material probatorio obrante en el Expediente que demuestra que fueron **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** los que tuvieron la iniciativa de crear un sistema anticompetitivo compuesto por varios acuerdos restrictivos de la competencia e implementado a través de la **UNIÓN TEMPORAL**.

Finalmente, sobre los testimonios y declaraciones de exfuncionarios de la **FLA** a los que hacen referencia los recurrentes para sustentar que los acuerdos restrictivos de los investigados fueron propiciados por ella. Se debe señalar que los recurrentes no lograron demostrar la existencia de los efectos negativos generados por la guerra de precios y desorden en el mercado que, según lo afirmado por ellos, buscaba ser solucionado por la **FLA**, ni tampoco las supuestas eficiencias que justifiquen la alegada integración y eliminen su naturaleza anticompetitiva. Por lo que el argumento de la motivación de la **FLA** para propiciar el sistema anticompetitivo pierde sustento.

⁵² Folio 2049 del cuaderno público "CP PUB 12" del Expediente.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

De otra parte, los recurrentes no lograron demostrar que los aspectos más relevantes que conformaron el sistema anticompetitivo desarrollado por ellos, como lo son el acuerdo de fijación de precios y la fijación de cuotas de participación, hayan provenído de instrucciones o imposiciones de la **FLA**. Claramente, las pruebas obrantes en el Expediente, incluyendo aquellas aportadas con el recurso de reposición, dieron cuenta de que los acuerdos eran anteriores a los documentos de la **FLA** a los que hicieron referencia los sancionados en su recurso. Adicionalmente, si bien en las declaraciones aludidas por los recurrentes se mencionó la supuesta necesidad de la **FLA** de organizar el mercado y la comunicación con las empresas sancionadas, no se indicó que hubo instrucciones concretas de la **FLA** en el sentido de fijar los precios en relación con los porcentajes máximos de descuentos que definía periódicamente mediante resolución, ni la de definir el porcentaje de participación en el mercado.

Por lo anterior, se considera que, de un análisis en conjunto del material probatorio recaudado en la presente actuación y atendiendo a los principios de la sana crítica en la valoración de las pruebas, las declaraciones de exfuncionarios de la **FLA** mencionadas resultan insuficientes para demostrar que la **FLA** haya sido la promotora o haya tenido la iniciativa en la creación y origen del sistema anticompetitivo desarrollado por **ALIMA, DISPRESKO e INTERLICORES**.

Por las razones expuestas, no resultan de recibo las afirmaciones de los recurrentes según las cuales lo que desarrollaron en el presente caso fue una integración empresarial cuyo propósito era cumplir con las finalidades impuestas por la **FLA**.

3.5. De la indebida definición del mercado afectado

Los recurrentes señalaron que están de acuerdo en que la Superintendencia de Industria y Comercio, en los casos de carteles empresariales, no tiene la obligación de definir el mercado relevante. Sin embargo, precisan que, primero, el presente caso no es una cartelización empresarial y, segundo, que el tamaño y el alcance del mercado definido fue subestimado.

Al respecto, los impugnantes sostienen que una definición adecuada del mercado relevante afectado debería tener en cuenta lo siguiente:

*“(i) la conducta sancionada por la autoridad se circunscribe a la creación en implementación de una **UNIÓN TEMPORAL** por parte de las empresas autorizadas por la **FLA**, para distribuir y comercializar sus licores destilados (aguardiente y ron) en Antioquia; (ii) definiendo los bienes que hacen parte del mercado producto presuntamente afectado por la conducta descrita, con base en los estudios de mercado elaborados por el Grupo de Estudios Económicos de la Superintendencia de Industria y Comercio y Nielsen, se concluye que, además del aguardiente y el ron, el whisky, los licores de crema y los “Ready to Drink”, los refajos y la cerveza son productos con una sustituibilidad razonable, desde el punto de vista de la demanda; y, (iii) Tanto la **FLA** como sus competidores más cercanos tienen presencia en todo el territorio nacional y no existen barreras de entrada legales que les impidan comercializar sus productos en cualquier departamento de Colombia. Por tal motivo, el mercado geográfico relevante corresponde a todo el territorio nacional”⁵³.*

Frente a lo expuesto, este Despacho considera que los argumentos expuestos no están llamados a prosperar por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, no debe perderse de vista que la definición de mercado relevante no debe ser confundida con la delimitación del mercado afectado por una práctica anticompetitiva. Derivado de ello, esta caracterización del mercado afectado no implica la definición de un mercado relevante y, por consiguiente, no requiere de un análisis exhaustivo al nivel de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda y de la oferta.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, debe indicarse que el mercado afectado se delimita por el alcance de la conducta que, en el caso concreto, correspondió a la distribución y comercialización de licores destilados producidos por la **FLA** en el departamento de Antioquia. En este punto, es importante recordar que según el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1816 de 2016 se define como licor destilado:

⁵³Archivo: “15124621—0066700002.pdf” que se encuentra en la carpeta: “373. CONSECUTIVO 667” del cuaderno público: “CP PUB VIRTUAL 13” del Expediente. p. 92.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

"(...) la bebida alcohólica con una graduación superior a 15 grados alcoholimétricos a 20 grados centígrados que se obtiene por destilación de bebidas fermentadas o de mostos fermentados, alcohol vínico, holandas o por mezclas de alcohol rectificado neutro o aguardientes con sustancia de origen vegetal, o con extractos obtenidos con infusiones, percolaciones o maceraciones que le den distinción al producto, además, con adición de productos derivados lácteos, de frutas, de vino o de vino aromatizado".

Sumado a ello, se precisa que la producción de este tipo de licores en el departamento de Antioquia está a cargo de la **FLA**, producción que de acuerdo con el portafolio disponible en la página web oficial de esta y como se indicó en la Tabla No. 1 de la Resolución Sancionatoria, se limita a aguardientes y rones en distintas presentaciones⁵⁴. Por su parte, la distribución y comercialización de estos licores se realiza, en el canal **TAT**, a través de **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES**, empresas que no pueden comercializar ningún otro tipo de licor que no sea producido por la **FLA**. Con esto en mente, resulta errado incluir dentro del mercado afectado bebidas alcohólicas distintas a las producidas por la **FLA** como es el caso de la cerveza, los refajos y los "Ready to Drink".

En ese sentido, considerando el material probatorio obrante en el Expediente, recuérdese que en la **CLÁUSULA PRIMERA** del contrato de constitución de la **UNIÓN TEMPORAL** se establece que:

"PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO. La Unión Temporal Comercializadores de se constituye con el objeto de adquirir, comercializar, operar, administrar y distribuir los productos elaborados y producidos por la Fábrica de Licores y Alcoholes de Antioquia (**FLA**) en el Departamento de Antioquia"⁵⁵ (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

Así, se reitera que el mercado afectado por la conducta restrictiva de la libre competencia económica sancionada versa sobre la distribución y comercialización de los licores destilados producidos por la **FLA** en el departamento de Antioquia. En particular, dado que la afectación es departamental, resulta a su vez errado afirmar que el mercado geográfico es todo el territorio nacional cuando es claro que las conductas reprochadas tuvieron incidencia solamente en el departamento donde se producen y venden los productos. Por lo anterior, no tiene asidero el argumento que planteó una indebida definición del mercado afectado.

3.6. De la falta de significatividad de la conducta

Los recurrentes señalaron que al calcular la evolución de las participaciones de mercado estimadas a partir de los datos de la Asociación Colombiana de Empresas Licoreras (**ACIL**), puede concluirse que en cualquier caso la conducta sancionada no fue significativa.

Al respecto, se encuentra que los argumentos expuestos por los recurrentes no están llamados a prosperar por las siguientes razones:

En primer lugar, vale la pena recordar que el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, establece que la Superintendencia de Industria y Comercio deberá, entre otros, atender las reclamaciones o quejas presentadas por posibles violaciones al régimen de libre competencia en Colombia, 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.**

En segundo lugar, debe mencionarse que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, incluido su parágrafo, establece que el análisis de significatividad de la conducta deberá realizarse de forma que se determine si procede o no el inicio de una investigación, sin que por este hecho se afecte el juicio de la ilicitud de la conducta. Derivado de ello, resulta procedente indicar que la norma es clara en establecer que el juicio de la significatividad deberá realizarse previo al inicio de una investigación administrativa, por lo cual el mismo corresponde a la Delegatura para la Protección de la Competencia, dependencia que de acuerdo con el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, es la encargada de tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las

⁵⁴ Fábrica de Licores de Antioquia. Disponible en: <https://fla.com.co/marcas-fla/>.

⁵⁵ Archivo: "CONTRATO UT JUNIO (2010).pdf" ubicada en la siguiente ruta: FOLIO 1824 / INFORMACIÓN FINAL SIC / CONTRATOS Y OTRO SI – ANEXO 1 del cuaderno reservado "CR RES UNIÓN TEMPORAL 1" del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

En ese sentido, debe precisarse que el criterio de significatividad busca que la Autoridad de Competencia concentre sus esfuerzos y recursos en aquellos casos que puedan considerarse como significativos en los términos mencionados anteriormente.

Sin embargo, la legislación colombiana no define explícitamente qué reglas deben seguirse para determinar si una conducta es o no significativa, pues no establece umbrales de cuotas de mercado, criterios cualitativos ni de otro tipo para la aplicación de las normas de competencia. Por este motivo, corresponde a esta Autoridad, y específicamente a la Delegatura para la Protección de la Competencia, determinar si los hechos presentados ante la Autoridad son de tal relevancia que ameriten iniciar una actuación administrativa.

En otras palabras, la apreciación que haga la Delegatura de la significatividad del asunto dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, valorando la gravedad de las distorsiones de la competencia, del bienestar de los consumidores o de la eficiencia del mercado. Lo anterior, pues, como ya fue mencionado, el órgano de investigación tiene la facultad legal de estudiar los hechos que se le presentan y determinar si existen suficientes elementos para concluir que la conducta bajo estudio se presenta como significativa y, por tanto, dar trámite a una investigación administrativa.

De hecho, lo hasta aquí señalado ha sido respaldado por el Consejo de Estado, el cual manifestó que la Delegatura tiene dentro de sus funciones instruir la investigación por prácticas restrictivas de la competencia, una vez dicho órgano de investigación, tras haber realizado una averiguación preliminar cuando sea del caso, encuentre que la conducta amerita, por su importancia, la apertura de una investigación:

*"El numeral 3 del artículo 11 ordena al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, adelantar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas. Más para ello debe contar primero con la propuesta que, una vez adelantada la averiguación preliminar por el Jefe de la División de Promoción de la Competencia, éste le haga **cuando la importancia de la conducta o de la práctica así lo amerite**"⁵⁶ (subrayado y negrilla por fuera del texto original).*

De esta forma, el juicio de la significatividad de la conducta debe entenderse como un requisito de procedibilidad de la actuación administrativa en cabeza de la Delegatura para la Protección de la Competencia, que deberá superarse al momento de decidir si se inicia o no una investigación administrativa y no al momento de resolver sobre la existencia de una conducta anticompetitiva, labor que por ley corresponde al Superintendente de Industria y Comercio.

Sin perjuicio de lo anterior, del análisis de la conducta reprochada, se encontró probado que la misma efectivamente restringió las presiones competitivas que debieron prevalecer indistintamente en el mercado afectado. En efecto, de acuerdo con el material obrante en el Expediente **ALIMA, DISPRESO e INTERLICORES** planearon, a través de la constitución y puesta en funcionamiento de la **UNIÓN TEMPORAL**, principalmente dos acuerdos restrictivos de la libre competencia económica en el mercado de distribución y comercialización de licores destilados producidos por la **FLA** en el departamento de Antioquia.

Así las cosas, todos aquellos acuerdos que impliquen la fijación de las variables fundamentales del mercado, contrario al libre juego de la oferta y la demanda, generan pérdidas irrecuperables de eficiencia. En efecto, las conductas reprochadas en la Resolución Sancionatoria tuvieron por impacto: **(i)** la limitación de la competencia; **(ii)** una asignación ineficiente de los recursos; **(iii)** la imposibilidad de acceder a precios competitivos o a mayores descuentos en el canal de comercialización **TAT** y, **(iv)** una clara afectación al bienestar de los consumidores. Esto permite concluir que aunque los acuerdos implementados por los investigados pudieron generar beneficios económicos para estos, fueron mayores los daños ocasionados por las conductas desplegadas, pues con estas no solo se limitó la libre competencia económica en el mercado de licores destilados del departamento de Antioquia, sino

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 20 de febrero de 1997. Rad. 3488.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

que también se afectaron las tiendas de barrio que operan dentro de este canal de comercialización y los consumidores que tuvieron adquirir los productos a precios superiores.

En conclusión, todo lo anterior confirma que la conducta sancionada resultó ser significativa, por lo cual no se encuentra mérito en los argumentos expuestos por los recurrentes.

3.7. Frente a la inexistencia de efectos anticompetitivos

Los recurrentes argumentaron que los análisis efectuados al momento de estudiar los efectos que la conducta sancionada tuvo en el mercado y los datos utilizados con el propósito de ilustrar las consideraciones del Despacho en la materia fueron, por un lado, teóricos y, por el otro, especulativos y sobreestimados. Así las cosas, consideran que el análisis realizado fue insuficiente, toda vez que no es posible delimitar el verdadero impacto de la conducta desde las ventas de la **UNIÓN TEMPORAL** y su comparación con las ventas en el mercado de otros licores distintos a los de la **FLA**.

Sobre este punto, se debe manifestar que dicho argumento no está llamado a prosperar por las razones que se exponen a continuación.

Como se mencionó en la Resolución No. 42815 de 2022, el objeto del sistema anticompetitivo acordado y coordinado fue limitar y disminuir la presión competitiva que indistintamente debe prevalecer en el mercado. En ese sentido, y como ha sido precisado por esta Autoridad⁵⁷, en aquellos casos relativos a conductas anticompetitivas por objeto, no es necesario que esta Superintendencia demuestre la existencia de efectos en el mercado para que dichas conductas puedan ser sancionadas.

Lo anterior tiene sustento en la doctrina internacional especializada, la cual ha reconocido que, si una conducta por objeto tiene la potencialidad, idoneidad y capacidad de afectar la libre competencia, no hay necesidad de que la autoridad de competencia realice un análisis a profundidad sobre los efectos de la conducta⁵⁸.

En ese sentido, respecto de los comportamientos que se encuadren dentro de la descripción de la norma en mención, corresponde únicamente demostrar la existencia de la conducta para que la misma ya sea reprochable desde la perspectiva del régimen general de libre competencia en Colombia. Incluso, se recuerda a los recurrentes que habiéndose probado la existencia de la conducta reprochada por su objeto resulta innecesario un análisis sobre los efectos en las variables de competencia del mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, se insiste, tal como se estableció en el numeral **3.6.** del presente acto administrativo, en que las conductas reprochadas tuvieron por impacto: **(i)** la limitación de la competencia; **(ii)** una asignación ineficiente de los recursos; **(iii)** la imposibilidad de acceder a precios competitivos o a mayores descuentos en el canal de comercialización **TAT**, situación que dada la relevancia de este último en la economía antioqueña y nacional incide negativamente sobre el crecimiento y desarrollo de las tiendas de barrio, en particular; y, **(iv)** una clara afectación al bienestar de los consumidores.

En consecuencia, no encuentra sustento el argumento de los recurrentes respecto de la falta de daños y/o efectos en el mercado afectado definido en la Resolución Sancionatoria, pues, como ya fue mencionado, su afectación a la libre competencia está dada por la ley y por el objeto mismo del acuerdo. Por lo cual, el resultado de estos resulta irrelevante para el análisis aquí efectuado.

3.8. De la afectación al principio de autonomía departamental y la naturaleza del monopolio rentístico

Los recurrentes indicaron que con las sanciones y ordenes impuestas en la Resolución Sancionatoria, el principal afectado sería el departamento de Antioquia por cuanto el modelo de distribución vía la **UNIÓN TEMPORAL** produce las rentas necesarias para su operación y funcionamiento.

⁵⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 3150 de 2019.

⁵⁸ Bailey, David. (2012). *Common Market Law Review, Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*. 49: 559-600. UK. pp. 566-567.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Agregaron que se vulnera "el principio de autonomía departamental para la explotación del monopolio rentístico del que es titular el departamento de Antioquia, ya que obliga a adoptar un esquema en el que sus distribuidores compitan entre sí intensamente, en detrimento de las Utilidades de la FLA y de la generación de recursos para salud y educación del departamento, que se habían visto beneficiados con el esquema de distribución implementado".

Frente a lo expuesto, debe precisarse que los argumentos expuestos no están llamados a prosperar por las razones que pasan a exponerse a continuación.

El principio de autonomía departamental o territorial consagrado en el artículo 287 de la Constitución Política, se ejerce dentro de los límites de la Constitución y la ley, por lo que ello no excluye que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda intervenir cuando exista una conducta que vulnere el régimen de la libre competencia. En este caso, al velar por la protección de los mercados se decidió ordenar la terminación del contrato de **UNIÓN TEMPORAL**, precisamente con el propósito de hacer cesar la conducta anticompetitiva y así restablecer las condiciones de competencia del mercado afectado.

Aunado a lo anterior, es importante reiterar que el régimen de la protección de la competencia tiene como propósitos garantizar la libre participación de empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. De esta manera, ordenar a los sancionados terminar de manera inmediata el contrato de **UNIÓN TEMPORAL** está encaminado a la consecución de estos propósitos, de modo que el actuar de esta Autoridad se encuentra debidamente justificado.

Así pues, como quiera que se encontró probada la conducta contraria a la libre competencia que afectó el mercado de distribución y comercialización de licores destilados producidos en el departamento de Antioquia, resulta consistente que se adopte una medida estructural como la de ordenar la terminación del contrato de **UNIÓN TEMPORAL**, que fue el vehículo para materializar el sistema anticompetitivo.

3.9. De la falta de competencia para ordenar la terminación de la UNIÓN TEMPORAL

Los recurrentes afirmaron que se violó el principio de legalidad al ordenar la terminación de la **UNIÓN TEMPORAL** sin tener la facultad para ello. Lo anterior, por cuanto el contrato en sí mismo no constituyó la conducta anticompetitiva, sino los comportamientos que se llevaron a cabo de forma posterior a su constitución. Agregaron que ordenar la terminación de la **UNIÓN TEMPORAL** es una medida que extralimita las funciones que se le confirieron al Superintendente de Industria y Comercio.

Frente a estos argumentos, debe señalarse que en virtud de los numerales 8⁵⁹ y 19⁶⁰ del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, modificado por los numerales 8 y 9 del artículo 3 del Decreto 92 de 2022, en concordancia con el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 1 del Decreto 92 de 2002, esta Superintendencia tiene la facultad para impartir órdenes con el propósito de cesar o modificar una conducta anticompetitiva.

En ese sentido, la orden de terminar la **UNIÓN TEMPORAL** se impartió en ejercicio del deber legal de velar porque se restablezcan las condiciones de competencia en el mercado afectado por la conducta anticompetitiva ejecutada por **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES**, a través de la **UNIÓN TEMPORAL**, no de otra forma se aseguraría la efectividad de las medidas de remoción de las aludidas conductas anticompetitivas.

De hecho, esta facultad ya se ha examinado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando se revisó la legalidad de la orden relacionada con "las fórmulas para la liquidación de compensaciones y cesiones en el marco del Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar- **FEPA**"⁶¹, sobre lo cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dijo lo siguiente:

⁵⁹ **Artículo 3º. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.** Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio: "(...) 8. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal".

⁶⁰ "(...) 19. Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley".

⁶¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

"La orden impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio, a juicio de la Sala, se enmarca dentro de las competencias establecidas en la ley; y se explica en el marco de las resoluciones cuestionadas porque **emerge como un aspecto que debe ser revisado para asegurar que su actividad respete el derecho colectivo a la libre competencia**.

De acuerdo con la investigación administrativa, el acuerdo anticompetitivo que tuvo por objeto la obstrucción de las importaciones de azúcar al país, se desarrolló a través de las agremiaciones de ingenios azucareros, que también conforman el Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar.

(...)

No obstante, las previsiones de los artículos 1, numeral 2, y 3 del Decreto 4886 de 2011 facultaban a la Superintendencia de Industria y Comercio para ordenar la revisión de las fórmulas para la liquidación de compensaciones y cesiones en el marco del FEPA, porque dicha entidad debe velar en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales.

(...)⁶² (subrayado y negrilla por fuera del texto original).

En consecuencia, se actuó conforme con el principio de legalidad, pues en la Resolución Sancionatoria se demostró que la **UNIÓN TEMPORAL** fue el vehículo mediante el cual se ejecutó el sistema anticompetitivo que afectó el mercado de distribución y comercialización de licores destilados producidos por la **FLA** en el departamento de Antioquia.

3.10. Sobre la valoración probatoria incompleta

Afirmaron los recurrentes que no se valoraron todas las pruebas obrantes en el Expediente de la investigación, concretamente, la información electrónica contenida en los equipos de los empleados de las sociedades investigadas. En consecuencia, aportaron nuevamente dicha información para que fuera tenida en cuenta.

Sobre el particular, debe precisarse que mediante la Resolución No. 55338 del 18 de agosto de 2022, este Despacho decidió tener como pruebas los documentos aportados y solicitados en el recurso de reposición interpuesto por los recurrentes. Además, tal como se evidencia de la lectura del presente acto administrativo, las mismas fueron debidamente valoradas, de modo que no se configuró ningún tipo de irregularidad en el trámite de la presente actuación administrativa.

A este respecto, no puede confundirse en modo alguno la pretermisión de instancias o solicitudes probatorias con el ejercicio de valoración de las pruebas, pues el primero supone una omisión al conformar el acervo probatorio, mientras que lo segundo implica que, aun habiendo decretado determinadas pruebas, ellas no son tenidas en cuentas para formar el juicio de la autoridad, justamente porque no resultan suficientes para este fin. A este último ejercicio se le denomina ponderación probatoria.

Así, teniendo en cuenta que las pruebas documentales a las que hicieron referencia los recurrentes fueron consideradas para formar parte del acervo probatorio de la actuación, el argumento abordado no puede prosperar.

3.11. Respecto de las multas de las personas jurídicas

Los recurrentes consideraron que se cometió un error al tener en cuenta el inventario como parte de los activos del patrimonio al momento de calcular el monto de la multa, pues dicho inventario no es de propiedad de la persona jurídica, sino de la **FLA**. Agregaron que la multa tasada bajo este criterio genera una inmensa afectación a la operación comercial de los agentes de la **FLA**, que solo recibieron sus órdenes.

⁶² Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera, Subsección "A". Sentencia del 3 de junio de 2022. Rad. 250002341000 2016 01555 00.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Adicional a lo anterior, mencionaron que se sobreestimó el patrimonio de los agentes de mercado sancionados, lo que ocasionó que la multa correspondiera a un ■% del patrimonio, lo que perjudica la operación de los agentes, a tal punto de afectar su permanencia en el mercado.

Al respecto, se encuentra que los argumentos expuestos por los recurrentes no están llamados a prosperar por las razones que se exponen a continuación.

Es importante recordar que en ejercicio del principio de legalidad y de libertad de configuración legislativa en sanciones administrativas, el Congreso de la República decidió, mediante la Ley 1340 de 2009, robustecer la capacidad sancionatoria de esta Autoridad de Competencia para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, hasta el punto de incrementar cincuenta (50) veces el nivel de las multas imponibles en relación con la normatividad anterior.

El legislador colombiano consideró en la Ley 1340 de 2009 que un incremento en el monto de las sanciones desde el nivel que tenían antes de la mencionada ley se fundamentaba en la necesidad de lograr que la sanción **como represión al infractor** no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que pueden obtenerse mediante prácticas restrictivas de la competencia. Así como en **la necesidad de alcanzar un efecto disuasivo** para que con ellas se mande un mensaje de corrección y auto regulación a la sociedad, que evite futuras infracciones a los regímenes respectivos, en este caso, al de la protección de la libre competencia económica, columna vertebral de nuestra economía social de mercado⁶³.

De ahí que, en términos relativos, la multa impuesta a **INTERLICORES** correspondió al ■% del patrimonio reportado en 2019, al ■% de su utilidad bruta, al ■% de su utilidad neta y tan solo al ■% de sus ventas brutas en el 2019. Por su parte, en el caso de **ALIMA**, la sanción correspondió a su vez al ■% del patrimonio reportado en 2019, esto es, el ■% de su utilidad neta y tan solo al ■% de sus ingresos por concepto de ventas. Este análisis se efectuó de conformidad con los criterios de graduación previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, pues especialmente se tuvo en cuenta el patrimonio de cada uno de los investigados (numeral 7) con el fin de establecer unas multas que no fueran confiscatorias, pero que atendieran a la gravedad de las conductas reprochadas. A su vez, debe recordarse que la conducta sancionada ha estado vigente en el mercado por más de once (11) años, razón por la cual multas de estas proporciones resultan apenas necesarias para los fines perseguidos por la ley.

Por su parte, a propósito del argumento según el cual el inventario no es de propiedad de la persona jurídica, sino de la **FLA**, se advierte que los recurrentes no demostraron que el inventario sea de propiedad de la **FLA** o que se encontrara en consignación, motivo por el cual no se acogerá lo expuesto por los recurrentes.

Asimismo, es importante recordar que, con el fin de tasar las multas a imponer, se tienen en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, y se consideran las condiciones particulares de cada persona sancionada. Concretamente, se evalúa la situación financiera de cada uno de los infractores, pues se entiende que a pesar de que la conducta imputada sea la misma, cada uno de ellos tienen unas condiciones económicas distintas que deben ser consideradas por la Autoridad al momento de imponer las sanciones correspondientes. Esto explica que aunque las multas impuestas a los investigados correspondan a montos distintos, lo cierto es que en cada caso las mismas resultan disuasorias, pues atienden a la situación particular de cada sancionado.

3.12. Respecto de la responsabilidad de las personas naturales y las multas impuestas

En este aparte resulta pertinente pronunciarse respecto de las afirmaciones hechas por los recurrentes sobre la responsabilidad endilgada de las personas naturales. Según las cuales, en el presente caso, hubo una violación al debido proceso por cuanto el análisis de su responsabilidad se basó en una especie de presunción de culpa derivada de su vinculación con las personas jurídicas investigadas (**ALIMA, DISPRESKO e INTERLICORES**). Agregaron, que las personas naturales fueron sancionadas por actos ejercidos en representación de las compañías y no por su participación directa en los acuerdos que conformaron el sistema anticompetitivo reprochado.

⁶³ Rama Legislativa del Poder Público. Gaceta del Congreso No. 583 del 16 de noviembre de 2007. p. 5.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Una vez establecidos los argumentos de los recurrentes, es necesario reiterar lo señalado por esta Superintendencia en decisiones anteriores con relación a la responsabilidad de las personas facilitadoras de una conducta anticompetitiva, en donde se señaló que:

"Para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:

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

Según lo anterior, esta Superintendencia ha considerado que para vincular y sancionar a una persona por estar involucrada con una conducta anticompetitiva, resulta necesario encontrar dentro de la actuación administrativa pruebas que den cuenta de su conducta activa o pasiva.

Ahora bien, tratándose de conductas pasivas o por omisión, esta Superintendencia ha precisado que la responsabilidad puede atribuirse a quien habiendo conocido de la conducta infractora consienta su ejecución e incluso, a quien, sin contar con la prueba directa que acredite que conocía la conducta anticompetitiva sancionada, por razón de las funciones que desempeña en la organización, su posición en la misma y sus responsabilidades, por lo menos debió haber conocido la existencia de la práctica restrictiva de la competencia".

Así mismo, se ha indicado que las pruebas para determinar la responsabilidad de las personas facilitadoras identificadas en el transcurso de la actuación administrativa están relacionadas con el modo en que opera la conducta anticompetitiva. Sobre este punto, se recalca lo señalado mediante Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015, así:

"De esta manera, el entender el modus operandi de la infracción sancionada, es dado señalar que la participación de las personas naturales involucradas en la concreción de la conducta no necesariamente corresponde a un comportamiento activo o directo en la ejecución o implementación del cartel, por lo que las únicas pruebas idóneas no son las orientadas a demostrar dicha circunstancia -intervención activa y directa-, sino también aquellas que dan cuenta de un comportamiento pasivo o incluso omisivo (...)"⁶⁴.

Dicho lo anterior, resulta importante señalar que en la valoración probatoria realizada por esta Superintendencia el cargo que tienen las personas naturales en las compañías investigadas guarda una relevancia especial y constituye un hecho determinante en la identificación de su responsabilidad. En particular, existen ciertos cargos, como corresponde con los representantes legales o administradores de las empresas, que cuentan con deberes legales particulares en el funcionamiento de los agentes del mercado, tal como lo establece el artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Así las cosas, las afirmaciones de los recurrentes no resultan de aceptación ya que para declararse la responsabilidad de una persona natural en los términos del artículo 16 del Decreto 2153 de 1992 basta con probar que la misma colaboró, facilitó, autorizó o ejecutó la conducta anticompetitiva reprochada. Y, en este caso en particular, la realización de actuaciones ilícitas como la suscripción de actas de junta directiva en las que se autoriza la participación de la persona jurídica infractora en un acuerdo o sistema anticompetitivo –como ocurrió con la creación de la **UNIÓN TEMPORAL**–, o la suscripción de contratos o actos a través de los cuales se ejecutan esos acuerdos o sistemas, constituyeron conductas que implicaron colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar la conducta anticompetitiva, tal como

⁶⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015. p. 151.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

se corroboró con respecto a los administradores de **ALIMA, DISPRESKO e INTERLICORES** investigados.

Por lo anterior, los argumentos expuestos por los recurrentes donde exigen pruebas directas de su participación en el sistema anticompetitivo no tienen fundamento alguno, puesto que el material probatorio presentado en la Resolución Sancionatoria permitió probar el grado de participación y persistencia de las personas naturales investigadas dentro de la conducta restrictiva de la libre competencia reprochada.

Cabe agregar que, según los recurrentes, al analizar las multas impuestas a cada persona natural, así como el cargo y tiempo de vinculación de cada uno, no se evidenció la aplicación de una regla objetiva verificable mediante la cual se le atribuyera mayor responsabilidad a quienes ocuparon los cargos de mayor nivel y a quienes tuvieron una mayor participación temporal. Además, señalaron que el monto de las multas no obedeció a ningún criterio legal.

Específicamente, respecto a la sanción impuesta a **NELSON ARTURO GIRALDO ALZATE** (representante legal de **INTERLICORES**) alegaron que correspondió al 100% de la multa máxima, esto es, **DOS MIL MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE** (\$2.000.000.000), la cual difiere de la impuesta a **HERNÁN GIL BARRIENTOS** (representante legal de **ALIMA**) correspondiente a **VEINTICUATRO MILLONES DIECIOCHO MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO PESOS MONEDA CORRIENTE** (\$24.018.528). Con esto, adujeron que la multa impuesta a **NELSON ARTURO GIRALDO ALZATE** fue excesiva y discriminatoria, pues ambos ocuparon el cargo de representante legal de sus respectivas empresas durante el mismo periodo de tiempo. En igual sentido, destacaron los impugnantes que la multa de **ANDRÉS NICOLÁS LONDOÑO POSADA** (representante legal de **DISPRESKO**) corresponde al 1.177,5% de la multa impuesta a **HERNÁN GIL BARRIENTOS**.

Sobre el particular, este Despacho considera que tampoco les asiste razón a los recurrentes. En la Resolución Sancionatoria expresamente se indicó que con el fin de tasar las sanciones a imponer se tuvo en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley. Por lo tanto, se consideraron las condiciones particulares de cada persona sancionada y se reconoció que la situación financiera y la actividad de cada persona en el mercado no es la misma, entre otras condiciones diferenciadoras. Lo anterior, implica que las multas a imponer resulten, en términos absolutos, diferentes entre sí, pero igual aseguran el cumplimiento de la finalidad de la multa en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

Como tal, en el proceso de dosificación de las multas impuestas se aplicaron los diferentes criterios ley para hacer el cálculo de los montos, con esto, se aseguró la proporcionalidad de las sanciones impuestas y se garantizó que las multas no fueran confiscatorias o expropiatorias.

Así las cosas, no puede interpretarse nada diferente con respecto al hecho de que se tuvo en cuenta la capacidad de pago, reflejada en la situación financiera de los individuos, entre otros criterios, para determinar el monto de las multas impuestas. Por cuanto no resultaría lógico imponer una multa igual a dos o más investigados si tuvieran patrimonios diametralmente diferentes, pues si esto fuere así la multa perdería su proporcionalidad. Sumado a ello, la utilización del patrimonio como criterio de dosificación de la sanción responde a una interpretación armónica y sistemática de la normatividad aplicable.

Sobre este último particular, la Corte Constitucional se ha aproximado a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de las sanciones administrativas de la siguiente forma:

*“En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma (...). Respecto de la sanción administrativa, **la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad**”⁶⁵ (subrayado y negrilla por fuera del texto original).*

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

De ese modo, en el sentido descrito por la citada Corporación, una de las formas en las que puede darse cabal cumplimiento al principio de proporcionalidad es teniendo en cuenta el patrimonio, en aras de determinar que frente a los investigados la sanción tenga la rigidez apropiada.

Sumado a lo anterior y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶⁶, el ejercicio de dosificación no impone en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un "*razonamiento expreso y especial*" sobre la metodología aplicada para la estimación del monto de las sanciones. Aun así, en el caso concreto, se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación para definir el monto final de la multa impuesta, cuyo análisis conjunto tuvo como resultado la imposición de sanciones que responden a la "*valoración de la gravedad de los hechos*".

En conclusión, la utilización del patrimonio como criterio de tasación permite que la sanción tenga la rigidez apropiada y se reconozca que la situación financiera es diferente entre los investigados. Con esto en mente, la diferencia evidenciada en cuanto a los patrimonios de cada uno de los recurrentes explica los distintos montos de las sanciones impuestas.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos presentados respecto a la multa impuesta a [REDACTED] (miembro de junta directiva de **ALIMA**), se reitera lo mencionado en líneas anteriores a propósito de la razonabilidad y proporcionalidad al momento de dosificar las sanciones. Asimismo, se precisa que la obtención de un beneficio económico no implica necesaria y exclusivamente la recepción de un salario u otro tipo de pago como miembro de la junta directiva de **ALIMA**.

Finalmente, frente al argumento relativo a la sanción impuesta a **ANDRÉS NICOLÁS LONDOÑO POSADA** (representante legal de **DISPRESCO**), según el cual representó el [REDACTED]% de su salario anual de 2021, se precisa que la sanción tan solo correspondió al [REDACTED]% del patrimonio reportado en 2019, por lo tanto, no resultó ser confiscatoria. Sumado a ello, resulta pertinente recordar que la conducta reprochada a dicho investigado ha estado vigente durante más de once (11) años al haber ejecutado y autorizado el sistema anticompetitivo durante el periodo comprendido entre julio de 2011 hasta la fecha⁶⁷. Razón por la cual una multa como la impuesta no resulta ser confiscatoria y, por el contrario, es apenas necesaria para lograr un efecto disuasorio.

3.13. Frente a la falta de vinculación de otros implicados

Los recurrentes consideran que se vulneró su derecho de defensa y debido proceso al no vincular a la investigación a otros agentes de mercado que estaban involucrados en los hechos investigados.

En concreto, afirmaron que en el acápite "7.4.2. *Análisis de la conducta anticompetitiva*" de la Resolución Sancionatoria se encontró probado que **MAKRO**, **SERVIMOS** y **ATIPAL** hicieron parte de la bolsa de comercializadores de la **FLA** en 2009, sin embargo, no fueron vinculados dentro de la actuación administrativa, motivo por el cual no pudieron participar de la etapa probatoria. Situación que impidió que hubiesen aportado pruebas y argumentos para esclarecer los hechos del caso y probar la inocencia de los investigados.

Sobre el particular, este Despacho encuentra que los argumentos expuestos por los recurrentes no están llamados a prosperar por las razones que se exponen a continuación.

Respecto de **MAKRO**, **SERVIMOS**, **ATIPAL** y **LICORES JUANITO**, este Despacho consideró que su participación en la conducta anticompetitiva fue solo hasta 2016, de hecho, a lo largo de la Resolución No. 42815 de 2022 se señalaron y valoraron las pruebas encontradas con relación con estas empresas y su participación en el sistema anticompetitivo, sobre la cuales los investigados tuvieron la oportunidad de pronunciarse.

Así las cosas, cabe recordar que la investigación administrativa estuvo encaminada a verificar si **ALIMA**, **DISPRESCO** e **INTERLICORES** crearon un sistema anticompetitivo en el mercado de

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 28 de octubre de 2005. Rad. 680012315000 1997 02933 01 (7826).

⁶⁷ Según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal de **DISPRESCO S.A.S.**, consultado el 15 de junio de 2023.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

distribución de los licores fabricados por la FLA en el departamento de Antioquia, la cual, se encontró probada según el material probatorio que reposa en el Expediente y en lo expuesto en la Resolución Sancionatoria. Esta actuación restrictiva de la libre competencia estuvo conformada por tres acuerdos relacionados con: (i) la fijación de precios; (ii) la asignación de cuotas de participación; y (iii) la repartición de clientes y zonas de comercialización.

Aunado a lo anterior, el hecho de no vincular a los agentes de mercado señalados por los recurrentes no constituyó una circunstancia que afectó su derecho de defensa y debido proceso. En efecto, dentro de la actuación administrativa adelantada se valoraron las pruebas que fueron allegadas por los sancionados y se analizaron los argumentos planteados durante el trámite del presente caso. En donde se surtieron debidamente todas y cada una de las etapas procesales correspondientes, actuando en concordancia con el procedimiento previsto en el Decreto 2153 de 1992.

En conclusión, no pueden los investigados exornarse de su responsabilidad diciendo que otros agentes de mercado también hicieron lo mismo y debían ser incluidos dentro del proceso administrativo, cuando lo que debían hacer era demostrar la inexistencia de la conducta, situación que no ocurrió. En el presente caso se logró probar, tal como lo evidenció la Resolución No. 42815 de 2022, la existencia de una conducta anticompetitiva y la responsabilidad de las personas jurídicas y naturales involucradas. Por todo lo anterior, no se acogerá el argumento presentado por los recurrentes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 42815 del 6 de julio de 2022.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a: **ALIANZA MAYORISTA S.A.S.** identificada con NIT 811.029.972-2, **DISPRESCO S.A.S.** identificada con NIT. 900.324.055-0, **INTERNACIONAL DE ABASTOS Y LICORES S.A.S.** identificada con NIT. 900.196.221-7, **HERNÁN GIL BARRIENTOS** identificado con cédula de ciudadanía No. 70.039.037, [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], **ANDRÉS NICOLÁS LONDOÑO POSADA** identificado con cédula de ciudadanía No. 70.550.874, **NELSON ARTURO GIRALDO ALZATE** identificado con cédula de ciudadanía No. 71.649.744 y **DAVID ESTEBAN GIRALDO PARRA** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.128.388.197, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma no procede recurso alguno.

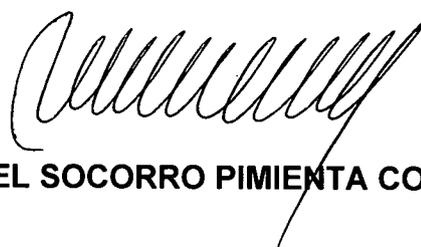
ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR la versión pública de la presente Resolución a la **FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA**, identificada con NIT 901.436.775-1.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR la versión pública de la presente Resolución a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los 28 JUN 2023

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,



MARÍA DEL SOCORRO PIMIENTA CORBACHO

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

NOTIFICAR:

ALIANZA MAYORISTA S.A.S. "ALIMA"

NIT. 811.029.972-2

DISPRESCO S.A.S.

NIT. 900.324.055-0

INTERNACIONAL DE ABASTOS Y LICORES S.A.S.

NIT. 900.196.221-7

HERNÁN GIL BARRIENTOS

Cédula de ciudadanía No. 70.039.037

Cédula de ciudadanía No. [REDACTED] de [REDACTED]

ANDRÉS NICOLÁS LONDOÑO POSADA

Cédula de ciudadanía No. 70.550.874 de Envigado

NELSON ARTURO GIRALDO ALZATE

Cédula de ciudadanía No. 71.649.744 de Medellín.

DAVID ESTEBAN GIRALDO PARRA

Cédula de ciudadanía No. 1.128.388.197

Apoderado

CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

Cédula de ciudadanía No. 79.941.943

Tarjeta profesional No. 124.094 del C.S. de la J.

pmarquez@ecija.com

COMUNICAR:

FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA

NIT. 901.436.775-1

notificacionesjudiciales@fla.com.co

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NIT. 899.999.119-7

procesosjudiciales@procuraduria.gov.co

Carrera 5 No. 15 – 80, primer piso

Bogotá D.C.

17/5 MAR 2023