



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

RESOLUCIÓN **Nº 26198** DE 2019

(**05 JUL 2019**)

Radicación 17-374823

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se imponen unas sanciones"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011 y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 2 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.

SEGUNDO: Que de acuerdo con lo establecido en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, *"[p]ara efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley"*.

TERCERO: Que según lo dispuesto en los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para realizar visitas administrativas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica. De igual forma, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia legal para solicitar a personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, comunicaciones, papeles de comercio, libros de contabilidad y demás documentos privados que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

CUARTO: Que el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas, previa solicitud de explicaciones, por la obstrucción de investigaciones y actuaciones administrativas, por la inobservancia de las instrucciones u órdenes que imparta en desarrollo de sus funciones o por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información que se requieran para el correcto ejercicio de las mismas. Así mismo, el numeral 8 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 faculta al Superintendente de Industria y Comercio para *"[o]rdenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal."*

QUINTO: Que de conformidad con el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, es función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia *"[i]nicar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial"*.

SEXTO: Que mediante oficio con radicado No. 14-43077-72 del 6 de agosto de 2014¹, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura") realizó un requerimiento de información a **AJECOLOMBIA S.A.** (en adelante, "AJECOLOMBIA") y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**, encaminado a que, entre otros

¹ Folios 6 y 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. En adelante, cuando se haga referencia al "Expediente" se aludirá al Expediente administrativo con Rad. No. 17-374823.

Por la cual se imponen unas sanciones

aspectos, remitieran "la relación de facturas que han sido endosadas a terceros por parte de sus proveedores entre 2012 y 2013", a más tardar el 26 de agosto de 2014.

SÉPTIMO: Que mediante escrito con radicado No. 14-43077-161 del 27 de agosto de 2014², **AJECOLOMBIA** y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** respondieron al requerimiento de información hecho por la Superintendencia de Industria y Comercio señalando, entre otras cuestiones, que "[t]eniendo en cuenta que el pago de factores no es usual en nuestra operación, el sistema contable y financiero, no contempla una herramienta que procese automáticamente esta clase de pagos, sino que por el contrario, el pago excepcional a terceros se debe procesar manualmente. Así las cosas, no nos es posible suministrar dicha información".

OCTAVO: Que con fundamento en el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, los días 25 y 26 de octubre de 2016 la Delegatura practicó una visita administrativa³ a las instalaciones de **AJECOLOMBIA**, con la finalidad de recopilar información comercial, financiera y contable relacionada con la actividad económica que desarrolla la empresa. En dicha diligencia, entre otros, se realizaron dos requerimientos de información, en primer lugar, uno consistente en aportar copia digital de todas las solicitudes de endoso de facturas realizadas por proveedores y factores para el periodo comprendido entre 2012 y junio de 2016, así como la respectiva respuesta. En segundo lugar, se exigió que aportara una lista de facturas que se hubieran endosado durante el mismo periodo.

NOVENO: Que mediante oficio con radicado No. 14-43077-281 del 11 de noviembre de 2016⁴, **AJECOLOMBIA** respondió a los requerimientos de información realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio señalando, entre otras cuestiones, que:

"RESPUESTA: Actualmente la empresa no cuenta con una política documentada de autorización de pagos a proveedores y terceros. (...)

RESPUESTA: La empresa no cuenta con un sistema de archivo digital que le permita hacer trazabilidad de la información requerida. Adicionalmente, los colaboradores de la empresa que dirigen las áreas de Contabilidad, Tesorería y la Dirección de Administración y Finanzas (e), es personal que lleva en promedio un (1) año o menos en la compañía y no cuenta con la memoria de solicitudes anteriores al año 2016. Por tanto, resulta materialmente imposible suministrar la información requerida.

(...)

RESPUESTA: Teniendo en cuenta que el Aplicativo de Gestión Contable que utiliza la empresa, denominado "Magic" no cuenta con la opción de registro de pagos a terceros diferentes a los proveedores por concepto de Factoring, los casos puntuales que se han presentado se han procesado de forma manual. Y tal como se manifestara en las declaraciones tomadas a los colaboradores de la empresa en visita de fecha 25 y 26 de Octubre, el personal que dirige las áreas de Contabilidad, Tesorería y la Dirección de Administración y Finanzas (e), es personal que lleva en promedio un (1) año o menos en la compañía y no cuenta con la memoria de solicitudes anteriores al año 2016. (...)"

DÉCIMO: Que mediante oficio con radicado No. 14-43077-292 del 24 de noviembre de 2016⁵, la Superintendencia de Industria y Comercio requirió nuevamente a **AJECOLOMBIA** para el envío de la información solicitada indicándole que:

*"Frente a esta respuesta ofrecida por ustedes, no es un argumento de recibo para la autoridad y les recordamos la obligación que tienen las empresas de **conservar** toda la correspondencia relacionada con los negocios y actividades, inclusive los correos electrónicos hasta por un periodo **de diez (10) años (Ley 962 de 2005)**.*

² Folios 8 y 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³ Folios 133 a 134 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Oficio con radicado No. 14-43077-236 del 24 de octubre de 2016.

⁴ Folios 23 a 25 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵ Folios 26 y 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se imponen unas sanciones

*Por las razones expuestas, esta Delegatura insiste en la obligación a cargo de su empresa de **remítir la totalidad de la información requerida** en el curso de la visita y especificada en el Acta correspondiente.*

*La anterior información deberá allegarse en un término máximo que vence el **09 DE DICIEMBRE DE 2016**, en medio magnético (CD-DVD), no protegido, en formato PDF para documentos y en formato Excel, sin restricciones de edición ni claves de acceso, para información en tablas. (...)"*

DÉCIMO PRIMERO: Que mediante escrito con radicado No. 14-43077-303 del 9 de diciembre de 2016⁶, **AJECOLOMBIA** afirmó que estaba dispuesta a colaborar con la actuación que adelantaba la Delegatura y que deberían tenerse en cuenta para justificar la desatención de los requerimientos formulados las explicaciones relacionadas con aspectos de su archivo físico y sistema contable.

Respecto de su archivo físico, señaló que no está digitalizado y que se encuentra almacenado en (3) tres formas. En primer lugar, en 5967 cajas que tienen apenas una descripción genérica de su contenido y donde se conservan 17900 unidades documentales. Este material lo confió **AJECOLOMBIA** a **SETECSA S.A.** (hoy **IRON MOUNTAIN COLOMBIA S.A.S.**). En segundo lugar, en 567 cajas ubicadas en la sede industrial de la compañía en Funza. Esas cajas son de diversos tamaños, contienen información desde 2009 y carecen de descripción alguna respecto a su contenido. Según **AJECOLOMBIA** esa situación "no nos permite una búsqueda fácil de la información". Por último, cuenta con información "que se encuentra en estanterías sin ningún tipo de procesamiento documental". En cuanto al sistema contable, **AJECOLOMBIA** insistió en que esa herramienta "no permite hacer pagos diferentes al tercero correspondientes de la cuenta por pagar, lo que no nos permite hacer rastreos a través del sistema de anteriores endosos".

Finalmente, **AJECOLOMBIA** sugirió que la Delegatura tenía el deber de verificar el estado de su archivo como condición para formular el requerimiento respectivo.

DÉCIMO SEGUNDO: Que de conformidad con el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, mediante comunicación con radicado No. 17-374823 del 3 de noviembre de 2017⁷, inició el presente trámite de solicitud de explicaciones y solicitó a **AJECOLOMBIA**, así como a **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**, que en ejercicio de su derecho de defensa y contradicción, rindieran las explicaciones que estimaran pertinentes y aportaran o solicitaran las pruebas que pretendían hacer valer dentro del correspondiente trámite administrativo.

DÉCIMO TERCERO: Que mediante escrito con radicado No. 17-374823-1 del 27 de noviembre de 2017⁸, **AJECOLOMBIA** y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**, respondieron conjuntamente la solicitud de explicaciones y presentaron los siguientes argumentos:

- Las respuestas que **AJECOLOMBIA** ha dado a la Autoridad de competencia en diversas oportunidades encuentran sustento técnico y no obedecen en ningún momento a algún tipo de inobservancia a las instrucciones impartidas. El hecho de que no se poseía la información en la estructura y alcance solicitados obedecía a asuntos eminentemente técnicos del sistema de información y la estructura del archivo.
- El sistema contable de **AJECOLOMBIA** no permite identificar los documentos requeridos de manera automática lo que se encuentra soportado en diferentes elementos probatorios.
- La búsqueda de información no era un proceso que pudiera realizarse de manera inmediata ni en los plazos otorgados por la Superintendencia de Industria y Comercio, por no tener **AJECOLOMBIA** una herramienta digital ajustada para identificar automáticamente los casos de endoso de facturas, lo que implicaba una reconstrucción manual del archivo, sumado al hecho de que los funcionarios para el año 2016 no era el personal que pudiera tener memoria histórica de la

⁶ Folios 28 a 36 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷ Folios 1 al 5 del Cuaderno Público 1 del Expediente.

⁸ Folios 45 al 59 del Cuaderno Público 1 del Expediente.

Por la cual se imponen unas sanciones

información. El que la búsqueda y reconstrucción de alguna información requerida fuera dispendiosa, no implica *per se* una desatención a requerimientos.

- **AJECOLOMBIA** cuenta con la información requerida y el proceso para su consecución se dificultó debido al estado de sus archivos. Nunca hubo una negativa sino una imposibilidad o dificultad para entregar la información en la forma y tiempos requeridos.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no dio respuesta a los planteamientos presentados el 9 de diciembre de 2016 para poder cumplir con la entrega de la información. Esta situación implicó una aceptación del procedimiento de reconstrucción del archivo. En tal medida, **AJECOLOMBIA** *"unilateralmente explica a la Superintendencia los avances que se tienen en cuanto a la organización de la información de los archivos y entrega la documentación respectiva con cada uno de los pasos que se siguieron durante lo corrido del año 2016 y 2017 para poder ordenar los documentos en el archivo de la compañía. Igualmente, en esta oportunidad se hizo entrega a la Superintendencia de los casos de factoring correspondientes a lo corrido del año 2017"*.
- Con fundamento en la Sentencia T-543 de 2017 de la Corte Constitucional, aun cuando la situación de hecho no es del todo similar, en la medida en que no se dio respuesta a ninguna petición y se responde con un pliego de cargos, puede haber una vulneración al derecho fundamental al debido proceso de **AJECOLOMBIA** y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**.
- **AJECOLOMBIA** en relación con los requerimientos no manifestó *"pura y simplemente, que no podía entregar ni entregaría dicha información"*. Por el contrario, fue *"clara y transparente con la Autoridad en cuanto a que estaba ejecutando toda suerte de acciones y procedimientos al interior de la compañía para lograr la reconstrucción, recopilación y entrega de la información; proceso que proyectaba terminar a finales de 2017 dada la inversión operativa y económica que debía asumir la empresa, incluyendo, entre otros, la dedicación de personal a acciones ajenas al desarrollo de las actividades de la compañía."*

DÉCIMO CUARTO: Que mediante Resolución No. 69808 del 19 de septiembre de 2018, la Delegatura ordenó el decreto de las pruebas que se consideraron conducentes, pertinentes y útiles para la investigación. Una vez practicadas todas las pruebas decretadas, mediante memorando con radicado No. 17-374823-9 del 2 de octubre de 2018⁹, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia trasladó el Expediente al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio para lo de su competencia.

DÉCIMO QUINTO: Que mediante escrito con radicado No. 17-374823- -00011-0000 del 9 de noviembre de 2018, **AJECOLOMBIA** y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** conjuntamente solicitaron *"(...) decretar la nulidad de todo lo actuado desde el inicio de la presente actuación administrativa, ordenando el archivo del presente expediente"* con fundamento en que *"[r]evisados los pasos procesales y términos aplicados por la Delegatura de Protección de la Competencia en la presente actuación administrativa, se concluye que se ha configurado una violación del debido proceso en la medida en que no se ha seguido el procedimiento legal destinado a investigar y sancionar la inobservancia de instrucciones. En esa medida, se dejó de aplicar el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011."*

DÉCIMO SEXTO: Que conforme con lo establecido en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, así como en los numerales 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y teniendo en cuenta la información que obra en el Expediente, procede este Despacho a establecer si **AJECOLOMBIA** incurrió en una omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que le impartió la Autoridad de competencia y, con ello, obstruyó una actuación administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio. Así mismo, se pasara a determinar si **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró dicha conducta.

A efectos metodológicos y para una mejor comprensión del presente acto administrativo, este Despacho, en primer lugar, se pronunciará sobre las facultades constitucionales y legales otorgadas

⁹ Folio 137 del Cuaderno Público 1 del Expediente.

Por la cual se imponen unas sanciones

a la Superintendencia de Industria y Comercio, en segundo lugar, se emitirá un pronunciamiento sobre la solicitud de nulidad presentada por los investigados y, en tercer lugar, pasará a analizarse la conducta desplegada por **AJECOLOMBIA** y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** con ocasión de las solicitudes de información y requerimientos realizados por la Superintendencia de Industria y Comercio y, a su vez, se dará respuesta a las explicaciones rendidas por los investigados, con el fin de concluir si las mismas tienen respaldo fáctico o jurídico.

16.1. Sobre las facultades constitucionales y legales de la Superintendencia de Industria y Comercio

Antes de entrar a analizar el presente caso es importante llamar la atención respecto del hecho indiscutible de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales previsto en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En esa medida, el artículo 333 de la Constitución Política, además de establecer este derecho constitucional, impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con abstenerse de incurrir en violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta esta Superintendencia y la obstrucción de sus actuaciones administrativas, entre otras, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Bajo la anterior perspectiva, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad encargada de proteger la libre competencia económica en Colombia, y por esta vía, tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. De allí que la efectiva protección de la libre competencia económica y la aplicación eficiente de sus normas y sanciones sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar general de los consumidores.

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

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

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

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

Por la cual se imponen unas sanciones

dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

En similar sentido, lo reconoció el Consejo de Estado al referirse al procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en los siguientes términos¹⁰:

*"(...) Según se puede leer en la norma [art. 52], **la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna**, y que **su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa**, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento. (...)"* (Negrillas y subrayas fuera de texto original).

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

*"En opinión de la Sala por la forma en que está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que **el legislador considera igualmente censurable** que se desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como **la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas**.*

*Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta (...)"*¹¹. (Negrillas y subrayas fuera de texto original).

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

De esta forma, resulta pertinente comenzar por evidenciar que, justamente, es el mismo artículo 15 de la Constitución Política¹² la norma superior que autoriza, a las autoridades con funciones de

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 250002324000 2000 0665 01.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. Rad. No. 250002324000 1999 0799 01.

¹² **Artículo 15.** (...) para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (...). (Subrayado fuera de texto original).

Por la cual se imponen unas sanciones

inspección, vigilancia y control, el acceso a documentos privados en los términos que señale la ley. Al respecto, recientemente la Corte Constitucional¹³ ha señalado que:

*"Las visitas administrativas de inspección son diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan las facultades administrativas que por ley les corresponden y soliciten los documentos privados que requieren para el debido cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Por ello, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y Tribunales Superiores del Distrito han señalado que la realización de visitas de inspección encuentra **fundamento constitucional en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución**."*
(Negrillas y subrayas fuera de texto original).

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

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

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

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

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

Así mismo, la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal, en su artículo 202¹⁴, establece que esta Superintendencia ejerce permanentemente funciones especializadas de policía judicial en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, en armonía con esto, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "[e]l carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones". (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

De lo anterior se colige que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la libre competencia económica, puede ordenar y realizar visitas administrativas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y los documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley. El propio Consejo de Estado¹⁵ ha sido enfático en indicar que las competencias ordinarias que fueron asignadas a esta Entidad en el Decreto 2153 de 1992 la autorizan para requerir a cualquier persona natural o jurídica la información que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones.

En ese orden de ideas, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omita acatar en debida forma las órdenes, requerimientos e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y se obstruyan sus actuaciones administrativas. En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dispone lo siguiente:

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

¹⁴ "Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control. (...)" (Subrayas fuera de texto original).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. No. 25001 2324 000 2008 00137 01.

Por la cual se imponen unas sanciones

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

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

A partir de lo analizado es posible establecer que el legislador prevé como una modalidad de conducta infractora al régimen de protección de la libre competencia "(...) la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones (...)", entre otras conductas.

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

En efecto, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece lo siguiente:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

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

En conclusión, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también omitir acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las ordenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir sus actuaciones; y en lo que concierne a las personas naturales, estas resultan responsables siempre que colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen cualquiera de las conductas antes descritas.

16.2. Pronunciamiento sobre la solicitud de nulidad de la actuación administrativa

A juicio de los investigados se configuró una violación al debido proceso en razón a que no se aplicó el procedimiento legal destinado a investigar y sancionar la inobservancia de instrucciones establecido en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011. Los argumentos presentados para fundamentar la solicitud de nulidad no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que pasan a exponerse a continuación.

Previamente se ha dado claridad en que, con fundamento en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también omitir acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las

Por la cual se imponen unas sanciones

ordenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir sus actuaciones; y en lo que concierne a las personas naturales, estas resultan responsables siempre que colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen cualquiera de las conductas antes descritas.

Entonces, a continuación le corresponde a este Despacho establecer si a efectos de determinar la responsabilidad de una persona jurídica o natural por las conductas referidas previamente, es aplicable, como lo sugieren los investigados, un procedimiento bajo las formalidades del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011.

En primer lugar, es pertinente aclarar que, si bien en la Ley 1437 de 2011 existen disposiciones normativas que regulan procedimientos administrativos de carácter sancionatorio, esas normas están llamadas a gobernar aquellos trámites no regulados por leyes especiales. Por el contrario, tratándose del trámite para determinar la responsabilidad por omitir acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las ordenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir sus actuaciones, existen normas especiales para tal propósito, razón por la cual solo es posible remitirse a la Ley 1437 de 2011, en lo no previsto en normas especiales.

Por otra parte, debe señalarse que el Decreto 4886 de 2011 estableció el funcionario competente a efectos de iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones. Esta función es completamente diferente e independiente del trámite tendiente a adelantar averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

“Artículo 9. Funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. *Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:*

(...)

4. Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

(...)

12. Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial.

(...)” (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Como puede apreciarse, la norma transcrita otorga competencia funcional al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia para iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, entre otras. No puede olvidarse que, según el artículo 27¹⁶ del Código Civil, cuando el sentido de la norma sea claro, no se desatenderá su tenor literal y, en consecuencia, bajo una interpretación gramatical, que atienda a la literalidad del texto normativo, puede determinarse que cuando se empleó la expresión “*instruir*” lo hizo en una de las acepciones de ese vocablo, cual es precisamente “[f]ramitar un procedimiento administrativo (...)”¹⁷.

Nótese que la norma estableció dos funciones diferentes en materia de protección a la competencia, es decir, por una parte instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre la protección de la competencia y, por otra parte, instruir los trámites de solicitud de explicaciones.

¹⁶ “**Artículo 27. Interpretación gramatical.** Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”

¹⁷ Diccionario de la lengua española - RAE. Definición recuperada de <https://dle.rae.es/?id=Lo2KGeF>.

Por la cual se imponen unas sanciones

De tal manera, siguiendo una interpretación guiada por el principio "*del efecto útil de las normas*", esto es, preferir aquella interpretación que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, debe considerarse que la intención al tratar por separado estas dos funciones fue precisamente distinguir que el trámite de solicitud de explicaciones tendría un carácter incidental.

A propósito, la jurisprudencia administrativa al analizar alegatos como el presentado en esta sede para alegar una supuesta nulidad ratifica el entendimiento de esta Superintendencia en relación con la distinción de trámites. Al respecto, el Consejo de Estado¹⁸ considera lo siguiente:

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

En tal medida, ante la intención de distinguir dos procedimientos diferentes en materia de protección a la competencia, a su vez, es apenas obvio que un trámite de solicitud de explicaciones, para determinar una omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las órdenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir sus actuaciones, entre otras, requiere de un procedimiento más expedito, incidental –sin que ello implique desconocimiento de ninguna garantía fundamental-. En contraposición, un procedimiento para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia propiamente dichas, tales como un presunto cartel de precios o un abuso de posición dominante, requiere de un procedimiento más complejo dadas las características propias del asunto que se pretende determinar.

Así, existiendo claridad sobre la naturaleza incidental que caracteriza al trámite de solicitud de explicaciones, como se advirtió antes, únicamente en lo no previsto en normas especiales sobre protección de la competencia económica es posible acudir a la Ley 1437 de 2011 para llenar sus vacíos, en virtud de la analogía¹⁹, esto es, mediante la aplicación de aquella norma que regule una situación semejante.

En ese escenario, es posible la remisión al artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, el cual regula el trámite incidental ante la renuencia a suministrar información a una autoridad administrativa. Precisamente, frente a esta disposición normativa, la doctrina²⁰ considera que:

"Se trata de un trámite incidental dentro de la actuación administrativa"

(...)

El procedimiento de carácter incidental está descrito en los incisos terceros y cuarto, y consiste en que al investigado se le solicitan explicaciones sobre su conducta renuente y este deberá entregarlas en un plazo de diez días; con base en tales explicaciones se procederá a tomar la decisión, que podrá ser la de sancionar o la de no sancionar, si las explicaciones son suficientes. (...)

El párrafo confirma el carácter incidental de esta sanción, pues expresa que el trámite para decidir sobre la conducta omisiva del particular no interrumpe la actuación administrativa principal, que es la referida a los hechos que dieron lugar al trámite sancionatorio". (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2012. Rad. No. 2500023240001999079901.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. Al respecto se señaló que "[l]a analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma."

²⁰ Arboleda, E. (2014). Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Segunda Edición. Legis Editores. Sexta reimpresión. p. 95.

Por la cual se imponen unas sanciones

Con fundamento en lo expuesto, no cabe duda que la norma llamada a llenar los vacíos del trámite de solicitud de explicaciones es el artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, precisamente, por su carácter y naturaleza de incidental. Así, esta Superintendencia determina la responsabilidad de una persona natural o jurídica por una omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las órdenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir sus actuaciones, entre otras, mediante resolución motivada, previo traslado de una solicitud de explicaciones a los investigados para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción, quienes tendrán un término de diez (10) días para presentarlas y, como una garantía adicional, tienen la posibilidad de solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. La decisión al respecto, en virtud del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es proferida por el Superintendente de Industria y Comercio, así mismo, es susceptible de recursos en virtud del Capítulo VI de la Ley 1437 de 2011.

Adicionalmente, con la revisión de las normas especiales previamente referidas, también se hace evidente el hecho de que para el caso de las conductas comentadas, los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, establecen los montos de las sanciones a imponer a los eventuales infractores. A su vez, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, dispone un término de cinco (5) años para efectos de la caducidad de la facultad sancionatoria de este tipo de conductas.

Precisamente, las mismas etapas del procedimiento de carácter incidental antes descritas, fueron avaladas en la jurisprudencia administrativa en casos tramitados en aplicación del Decreto 01 de 1984 y antes de la vigencia de la Ley 1340 de 2009. Al respecto, el Consejo de Estado²¹ consideró que en esencia estas etapas se ajustan a las reglas del debido proceso.

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

(...)

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

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

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

²¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. No. 250002324000 2008 00137 01.

Por la cual se imponen unas sanciones

Finalmente, en este punto resulta pertinente referirse al argumento soportado en la Sentencia T-543 de 2017, según el cual se desconoció el debido proceso en la medida en que no se dio respuesta a ninguna petición y se respondió, a juicio de los investigados, con un pliego de cargos. Al respecto, en primer lugar, debe anotarse que de una lectura detenida de la providencia invocada como fundamento por los investigados para alegar la supuesta vulneración al debido proceso puede evidenciarse que su *ratio decidendi* no guarda ninguna relación fáctica o jurídica con las particularidades del presente caso. Concretamente, en la Sentencia T-543 de 2017, a juicio de la Corte Constitucional, se "(...) vulneró el derecho al debido proceso administrativo de los accionantes al haber iniciado una actuación administrativa en su contra sin que les fuera comunicada, impidiendo el ejercicio de las garantías que se derivan del mismo". Tal situación, en el presente caso no se presenta debido a que los investigados tuvieron conocimiento del presente trámite administrativo y, como si fuera poco, ejercieron ampliamente su derecho de defensa y contradicción, no solo presentando sus explicaciones, sino que además tuvieron la oportunidad de aportar o solicitar todas las pruebas que consideraron pertinentes.

16.3. Sobre la conducta de AJECOLOMBIA y FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO

En el caso concreto, este Despacho encuentra acreditado que **AJECOLOMBIA** omitió acatar en debida forma múltiples solicitudes de información y requerimientos que le realizó la Superintendencia de Industria y Comercio con lo que obstruyó una actuación administrativa y, así mismo, se encuentra acreditado que **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** ejecutó y facilitó dicha conducta.

En efecto, a través de comunicación con radicado No. 14-43077-72 del 6 de agosto de 2014²², la Superintendencia de Industria y Comercio realizó **por primera vez** una solicitud de información a **AJECOLOMBIA** sobre los siguientes aspectos:

"(...)

1. Enunciar las políticas que tiene la empresa para el manejo de la cancelación de **facturas** a favor de los proveedores para el periodo comprendido entre 2012 y 2014.
2. Enunciar cuál es el plazo máximo que le conceden los proveedores de la empresa para cancelar las **facturas** para el periodo comprendido entre 2012 y 2014.
3. Enunciar cuáles son las condiciones de contratación con los proveedores de la compañía en cuestión de cancelación del producto o servicio suministrado.
4. Indicar la totalidad de **facturas** generadas por parte de sus proveedores durante 2012 y 2014 discriminadas por proveedor, valor de la factura y plazo máximo de pago.
5. **Enunciar si dichos proveedores pueden ceder dichas facturas**. De ser afirmativa su respuesta. Anexe la relación de **facturas** que hayan sido endosadas a terceros por parte de sus proveedores entre 2012 y 2014, discriminadas por valor, factor y proveedor.

La información anteriormente relacionada debe ser entregada en medio magnético (CD, DVD o USB) en formato Excel no protegido y sin restricciones de edición si corresponde a tablas y en formato PDF para documentos.

Le solicito se sirva responder de la forma indicada en un plazo que vence el **martes 26 de agosto de 2014**.

(...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

El anterior requerimiento no es nada distinto a la concreción de una facultad constitucional prevista en el artículo 15 de la Constitución Política que habilita a las autoridades administrativas con funciones de inspección, vigilancia o intervención del Estado para exigir "*la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados*". Para el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio dicha facultad es ratificada legalmente en el numeral 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 permitiéndole "[s]olicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones." (Subrayado fuera de texto original).

²² Folios 6 y 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se imponen unas sanciones

De acuerdo a lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, solicitó a **AJECOLOMBIA** una información que se enmarca dentro del parámetro normal y cotidiano del funcionamiento de cualquier empresa, como lo es requerir información contable y demás documentos que reposan en su archivo de acuerdo al desarrollo de su objeto social y el giro ordinario de sus negocios, lo que bajo las máximas de la experiencia es una información que cualquier empresa debe entregar de manera fácil y oportuna a la autoridad administrativa que la inspecciona, en este caso a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Adicionalmente, a partir del requerimiento de información este Despacho advierte que tenía como propósito el correcto ejercicio de las funciones de inspección de esta Superintendencia, en un asunto relacionado concretamente con la operación de *factoring* que pudiera desarrollar **AJECOLOMBIA**, actividad en la que eventualmente se pueden presentar prácticas consideradas como restrictivas de la competencia económica, según lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 1676 de 2013, adicionado por el artículo 7 de la Ley 1231 de 2008, que dispone:

"PARÁGRAFO 1o. Toda retención de la **factura** o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida la libre circulación de la misma, constituye una práctica restrictiva de la competencia que será investigada y sancionada, de oficio o a solicitud de la parte afectada, por la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 590 de 2000." (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Sobre la modalidad de práctica restrictiva de la competencia relacionada con la operación de *factoring* resultan ilustrativas las consideraciones realizadas en otra oportunidad por esta Superintendencia²³ en que ha manifestado:

*"(...) los proveedores de bienes y servicios que acuden a alternativas de financiación en busca de liquidez, como el factoring, respaldan esa demanda de flujo de capital en la posibilidad de ofrecer las **facturas** emitidas con ocasión del contrato de compraventa de bienes y servicios. Así, los agentes que ofrecen estas opciones de financiación ante la demanda de liquidez de estas empresas, desembolsan un valor atractivo, pero inferior al monto inicial que reconoce la acreencia y, posteriormente, cobran al deudor el valor total de ese derecho.*

*Como quiera que para que la actividad de factoring pueda realizarse se requiere fundamentalmente de que el proveedor-acreedor **pueda poner en circulación la factura, el título valor o el documento que incorpore el derecho crediticio, la afectación sobre dicha actividad puede ocurrir, entre otras, cuando el deudor, ilegítimamente:***

- 1. Retiene el original de la **factura** o limita su negociación;**
- 2. Prohíbe o condiciona la posibilidad de pagos a terceros, y/o;**
- 3. Amenaza o toma como retaliación ante la solicitud de factoring, la terminación o revisión de la relación comercial subyacente.**

*Aunque los móviles para la adopción de cualquiera de estas conductas irregulares sean indiferentes para su reproche, cabe advertir que la obstrucción sobre la actividad a través de la cual se comercializan estos derechos patrimoniales de contenido crediticio puede tener origen, y sin limitarse a ello, en el hecho consistente en que el interés de los proveedores por negociar **sus facturas** con un tercero resulte también atractivo para la empresa compradora con la que sostienen la relación comercial. Es decir, en esta situación el comprador podría mediante una figura conocida como descuento por pronto pago, ofrecer al igual que el factor, el pago de la obligación casi de manera inmediata menos un descuento sobre el valor total.*

Lo reprochable de tal situación no resulta de ofrecer un servicio similar al del factor, pues, por el contrario, supondría inicialmente la presencia de un agente adicional en el mercado que promovería la libre competencia. Incluso, si se entiende que la tasa de descuento constituye el precio de ese mercado, podría pensarse en que la circunstancia descrita promueve la generación de un ambiente en competencia entre el factor y el comprador por ofrecer una mejor tasa de descuento.

*Independiente de las justificaciones que se puedan oponer por parte de quien así actúa, incluso aquéllas que ocultarían la intención de, por la vía del pronto pago, reservarse para sí el mercado de factoring que tuviera origen en las propias **facturas** que acepta, lo cierto es que mediante la **retención o exigencia del original de la factura**, o cualquiera otra de las*

²³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 71540 de 2017.

Por la cual se imponen unas sanciones

*conductas arriba descritas, se obstruye la posibilidad de que el acreedor-proveedor efectúe la operación de factoring. En consecuencia, cualquier empresa o agente de factoring se verá impedido para pactar un acuerdo de compra de derechos patrimoniales de contenido crediticio cuando no cuenta con el **documento original**, pues obtenerlo es la única manera de realizar el cobro que supone su remuneración. Sin entrar en más detalles, igual actitud tomaría aquel que está dispuesto a proveer liquidez a una empresa recibiendo como garantía mobiliaria la misma clase de derechos.*

*Como atrás se explicó **la afectación tendría lugar no sólo por la retención del documento original o la obstrucción que de cualquier forma impida, perturbe o dificulte la transferencia de los derechos crediticios a un nuevo acreedor**, sino que también ocurriría cuando el deudor-comprador amenaza con emprender o efectivamente emprende retaliaciones en contra del acreedor-proveedor, como por ejemplo, la terminación de su relación comercial por el simple hecho de pretender acudir o acudir a un agente factor. Sobre el punto, cabe destacar que la posibilidad de tal represalia se origina en la existencia de una relación comercial basada, usualmente, en el aparente poder de negociación que existe en favor de la empresa compradora.*

*Finalmente, no sobra reiterar que la viabilidad de acudir al factoring o, como se ha advertido, a cualquier otro mecanismo de financiación mediante la enajenación o pignoración de un derecho de contenido crediticio, como el otorgamiento de una garantía mobiliaria sobre el mismo, no es una alternativa exclusiva para MIPYMES. **A cualquier empresa interesada en acudir a estos métodos de financiación le asiste el derecho que ha establecido la política pública, dentro de un marco normativo que promueve el flujo de capital y la constante actividad económica del país.** (...)” (Negritas fuera de texto original).*

A partir de lo expuesto, se hace evidente no solo el hecho indiscutible de que las operaciones de factoring son un derecho de cualquier agente económico que promueve el flujo de capital y la constante actividad económica del país, sino que además la factura, el título valor o cualquier documento que incorpore un derecho crediticio se constituye en un elemento esencial en la operación de factoring y, en tal medida, por obvias razones, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete a esta Superintendencia y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley, resulta ineludible y de suma importancia que la autoridad administrativa acceda precisamente a la información y documentación (entre otras, las facturas) que respalda o soporta el ejercicio de esa actividad en una empresa, pues en caso contrario quedaría frustrado el correcto ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control en esa materia.

Pese a lo anterior, **AJECOLOMBIA** a través de su representante legal, **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**, respondió al requerimiento de información mediante escrito con radicado No. 14-43077-161 del 27 de agosto de 2014²⁴ de la siguiente manera:

*"[t]eniendo en cuenta que el pago de factores no es usual en nuestra operación, el sistema contable y financiero, no contempla una herramienta que procese automáticamente esta clase de pagos, sino que por el contrario, el pago excepcional a terceros se debe procesar manualmente. **Así las cosas, no nos es posible suministrar dicha información**". (Negritas y subrayado fuera de texto).*

Al respecto, no pueden ser de recibo para este Despacho las excusas relacionadas con que "el pago de factores no es usual" o que el sistema contable y financiero "no contempla una herramienta que procese automáticamente esta clase de pagos" para negarse a suministrar la información solicitada. Tales circunstancias lejos de justificar la omisión de **AJECOLOMBIA**, dejan en evidencia una conducta que se traduce en una clara y contundente omisión en acatar en debida forma la solicitud de información realizada por la Autoridad de competencia, máxime cuando la información requerida estaba claramente delimitada y se había concedido un plazo razonable para suministrarla.

No puede olvidarse que si bien es cierto que con fundamento en el artículo 28 de la Ley 962 de 2005 el comerciante debe conservar la documentación societaria por un periodo de diez (10) años contados a partir de la fecha del último asiento, documento, o comprobante, pero para tal efecto puede elegir si lo hace en medio escrito, o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta, no es menos cierto que en cualquier caso el comerciante tiene como obligación conservar **archivados y ordenados** los comprobantes de los asientos de sus libros de contabilidad,

²⁴ Folios 8 y 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se imponen unas sanciones

de manera que en cualquier momento se facilite verificar su exactitud, de conformidad con el artículo 55 del Código de Comercio.

En tal medida, independientemente de que fuera cierto que **AJECOLOMBIA** no contara en su sistema contable y financiero, con una herramienta que procesara automáticamente determinada información, tal circunstancia no la sustrae de su obligación legal de conservar la documentación en medio escrito, o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta y, menos aún, la excusa de que esa información se encontrara ordenada de manera que no solo se facilite verificar su exactitud, sino que además no se impida el ejercicio de las funciones de inspección de esta Superintendencia. Adicionalmente, llama la atención de este Despacho el hecho de que la respuesta en que manifestó que no era posible suministrar la información requerida se presentó una vez superado el plazo otorgado por esta Superintendencia para tal propósito, esto es, el 26 de agosto de 2014, circunstancia que también implica una manifestación adicional de la omisión en acatar en debida forma la solicitud de información.

De otra parte, de acuerdo con el acta de la visita administrativa obrante en el Expediente, se evidencia que el 26 de octubre de 2016, día en el que finalizó la visita administrativa practicada por la Delegatura, **por segunda vez** se realizó una solicitud de información a **AJECOLOMBIA** sobre datos contenidos en su sistema contable y archivo físico relacionados precisamente con información requerida desde el 6 de agosto de 2014. En tal sentido, se reiteró a dicha empresa la necesidad de que cumpliera lo antes posible con el requerimiento de información:

“La siguiente información se deja requerida con un plazo máximo de entrega para el día 10 de noviembre de 2016.

1. *Copia digital de los documentos que expliquen el paso a paso de la política de autorización y pagos de la empresa a sus proveedores y terceros, para el periodo comprendido entre el 2012 y junio de 2016 (incluir actualizaciones).*
2. *Copia digital de las Circulares externas a proveedores del año 2012 a la fecha.*
3. **Copia digital de todas las solicitudes de endoso (factoring) de facturas** realizadas por proveedores para el periodo comprendido entre 2012 y junio de 2016, con la respectiva respuesta.
4. *Copia digital de todas las **solicitudes de endoso de facturas** realizadas por factores (personas naturales y jurídicas) para el periodo comprendido entre 2012 y junio de 2016, con la respectiva respuesta.*
5. *Listado de proveedores actualizado que indique: Nombre o razón social, Nit, teléfono, dirección, ciudad. En formato Excel o pdf, sin edición, sin clave.*
6. **Lista de facturas endosadas (factoring)** para el periodo comprendido entre 2012 y junio de 2016 de acuerdo al siguiente formato.
(...)
7. *Lista de proveedores a quienes **no se aceptó endoso (factoring) de facturas** para el periodo comprendido entre 2012 y junio de 2016.*
(...)
8. **Soporte físico contable del caso de factoring** de 'Balance arquitectura'.
9. *Cláusulas estandarizadas de los contratos que se celebran con los proveedores y una muestra aleatoria de dos contratos con sus respectivas órdenes de compra.*
10. *Enunciar si la empresa para el **pago de facturas requiere original de la misma o se reciben copias** siempre y cuando cumpla con los requisitos para el pago.*
11. *Copia de la política de implementación para la **recepción de facturas.***²⁵ (Negritas y subrayado fuera de texto).

²⁵ Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se imponen unas sanciones

A partir de la evidencia presentada, este Despacho encuentra plenamente acreditada una conducta omisiva y renuente que hasta la realización de la visita administrativa se había perpetuado por más de dos (2) años, en que **AJECOLOMBIA** injustificadamente se sustrajo de cumplir en debida forma la solicitud de información realizada por la Autoridad de competencia desde el **6 de agosto de 2014**, lo que llevó a que se realizara nuevamente el requerimiento de información en similar sentido.

Esa renuencia que se extendió en el tiempo constituye una razón adicional para desestimar las explicaciones presentadas en relación con que "no se poseía la información en la estructura y alcance solicitados" o que la desatención "obedecía a asuntos eminentemente técnicos del sistema de información y la estructura del archivo". No se encuentra ninguna explicación razonable para el hecho de que **AJECOLOMBIA** después de dos (2) años no superara cualquier inconveniente técnico o desorganización de su archivo. De tal modo, la afirmación de los investigados en relación con que la búsqueda de la información no era un proceso que pudiera realizarse de manera inmediata o en los plazos otorgados se rechaza por infundado.

En ese sentido, **AJECOLOMBIA** mediante escrito con radicado No. 14-43077-281 del 11 de noviembre de 2016²⁶, respondió al requerimiento de información hecho en la visita administrativa por la Superintendencia de Industria y Comercio, de la siguiente forma:

"RESPUESTA: Actualmente la empresa no cuenta con una política documentada de autorización de pagos a proveedores y terceros. (...)

RESPUESTA: La empresa no cuenta con un sistema de archivo digital que le permita hacer trazabilidad de la información requerida. Adicionalmente, los colaboradores de la empresa que dirigen las áreas de Contabilidad, Tesorería y la Dirección de Administración y Finanzas (e), es personal que lleva en promedio un (1) año o menos en la compañía y no cuenta con la memoria de solicitudes anteriores al año 2016. Por tanto, resulta materialmente imposible suministrar la información requerida.

(...)

RESPUESTA: Teniendo en cuenta que el Aplicativo de Gestión Contable que utiliza la empresa, denominado "Magic" no cuenta con la opción de registro de pagos a terceros diferentes a los proveedores por concepto de Factoring, los casos puntuales que se han presentado se han procesado de forma manual. Y tal como se manifestara en las declaraciones tomadas a los colaboradores de la empresa en visita de fecha 25 y 26 de Octubre, el personal que dirige las áreas de Contabilidad, Tesorería y la Dirección de Administración y Finanzas (e), es personal que lleva en promedio un (1) año o menos en la compañía y no cuenta con la memoria de solicitudes anteriores al año 2016. (...)"
(Negrillas y subrayado fuera de texto).

De la anterior respuesta, llama la atención de este Despacho el hecho de que después de más de dos (2) años persistiera como excusa la supuesta ausencia de una "política documentada" para el manejo de la información requerida. Así mismo, tampoco se encuentra una explicación coherente para que después de tanto tiempo **AJECOLOMBIA** indicara que no contaba con "un sistema de archivo digital que le permita hacer trazabilidad de la información requerida", máxime cuando inicialmente habían señalado que ese tipo de información "se debe procesar manualmente", frente a lo cual se insiste que para conservar la documentación societaria no necesariamente se debe realizar mediante "archivo digital", sino también en medio escrito, o en cualquier medio que garantice su reproducción exacta y facilite su verificación o inspección por parte de la autoridad administrativa.

Como si lo anterior no fuera suficiente, a través del oficio con radicado No. 14-43077-292 del 24 de noviembre de 2016²⁷, la Superintendencia de Industria y Comercio requirió **por tercera vez** a **AJECOLOMBIA** para el envío de la información solicitada indicándole que:

"Frente a esta respuesta ofrecida por ustedes, no es un argumento de recibo para la autoridad y les recordamos la obligación que tienen las empresas de **conservar toda la correspondencia relacionada con los negocios y actividades, inclusive los correos electrónicos hasta por un periodo de diez (10) años (Ley 962 de 2005).**

²⁶ Folios 23 a 25 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁷ Folios 26 y 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se imponen unas sanciones

*Por las razones expuestas, esta Delegatura insiste en la obligación a cargo de su empresa de **remitar la totalidad de la información requerida** en el curso de la visita y especificada en el Acta correspondiente.*

*La anterior información deberá allegarse en un término máximo que vence el **09 DE DICIEMBRE DE 2016**, en medio magnético (CD-DVD), no protegido, en formato PDF para documentos y en formato Excel, sin restricciones de edición ni claves de acceso, para información en tablas. (...)*

Frente a lo anterior, a través de escrito con radicado No. 14-043077-303 del 9 de diciembre de 2016²⁸, **AJECOLOMBIA** afirmó que si bien estaba dispuesta a colaborar con la actuación que adelantaba la Delegatura, deberían tenerse en cuenta las explicaciones relacionadas con aspectos de su archivo físico y sistema contable para justificar la desatención de los requerimientos formulados.

Respecto de su archivo físico señaló que no está digitalizado y que se encuentra almacenado en (3) tres formas. En primer lugar, en 5967 cajas que tienen apenas una descripción genérica de su contenido y donde se conservan 17900 unidades documentales. Este material lo confió **AJECOLOMBIA** a **SETECSA S.A.** (hoy **IRON MOUNTAIN COLOMBIA S.A.S.**). En segundo lugar, en 567 cajas ubicadas en la sede industrial de la compañía en Funza. Esas cajas son de diversos tamaños, contienen información desde 2009 y carecen de descripción alguna respecto a su contenido.

Según **AJECOLOMBIA**, esa situación "no nos permite una búsqueda fácil de la información". Por último, sostuvo que cuenta con información "que se encuentra en estanterías sin ningún tipo de procesamiento documental". En cuanto al sistema contable, insistió en que esa herramienta "no permite hacer pagos diferentes al tercero correspondientes de la cuenta por pagar, lo que no nos permite hacer rastreos a través del sistema de anteriores endosos". Finalmente, **AJECOLOMBIA** sugirió que la Delegatura tenía el deber de verificar el estado de su archivo como condición para formular el requerimiento respectivo.

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

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

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

²⁸ Folios 28 a 36 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se imponen unas sanciones

La jurisprudencia administrativa²⁹ ha tenido la oportunidad de analizar un argumento similar al propuesto por los investigados en esta sede. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca considera que:

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

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

Todo lo contrario, el hecho que los investigados finalmente envíen una información que les ha sido requerida se traduce única y exclusivamente en el cumplimiento de una obligación legal que inicialmente desatendieron, que para el caso concreto, lejos de excusar la conducta en la que incurrieron, solo ratifica la omisión en acatar en debida forma los requerimientos, en razón a que la información en relación con casos de *factoring* de **2017** supuestamente remitida por **AJECOLOMBIA** no se enmarca en ninguna de las solicitudes realizadas, las cuales concretamente se referían al periodo comprendido entre **2012 y 2016**, por lo que hasta este momento la omisión persiste.

En similar sentido, tampoco resulta válido con el propósito de excusar la conducta reprochada, la explicación de que en 2016 los empleados de **AJECOLOMBIA** no tenían la memoria histórica de la información, en razón a que precisamente para evitar ese tipo de situaciones los agentes de mercado deben dar estricto cumplimiento al deber legal contemplado en el artículo 55 del Código de Comercio antes comentado. De otra forma, con el ilegítimo propósito de sustraerse injustificadamente de cumplir con los requerimientos de información que realice la Autoridad de competencia bastaría simplemente con que una empresa renueve su planta de personal, lo cual es una postulación perversa y a todas luces improcedente.

De otra parte, no es de recibo para este Despacho el argumento según el cual debido a que supuestamente no se dio respuesta a los planteamientos presentados para poder cumplir con la entrega de la información el 9 de diciembre de 2016, tal circunstancia implicó una aceptación del procedimiento de reconstrucción del archivo.

Al respecto, en primer lugar, debe recordarse que según el Consejo de Estado³⁰ entre los requisitos para que se configure un silencio administrativo positivo se encuentra que la ley contemple de manera expresa que el incumplimiento del plazo tiene efectos de silencio positivo (la regla general es el silencio negativo). En segundo lugar, en cualquier caso, debe anotarse que desde el 24 de noviembre de 2016 esta Superintendencia en relación con tal argumento había señalado expresamente que "(...) *no es un argumento de recibo para la autoridad y les recordamos la obligación que tienen las empresas de **conservar toda la correspondencia relacionada con los negocios y actividades, inclusive los correos electrónicos hasta por un periodo de diez (10) años (Ley 962 de 2005)***", máxime cuando habían transcurrido más de dos (2) años desde que se realizó la solicitud de información inicial.

Así las cosas, a partir del análisis expuesto de la conducta desplegada y las explicaciones rendidas junto con las pruebas obrantes en el Expediente, se encuentra suficientemente acreditado que **AJECOLOMBIA** incurrió en la conducta proscrita en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al incurrir en una omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información y requerimientos que le impartió la Autoridad de

²⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 250002341000 2015 00326 00.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 13 de septiembre de 2017. Rad. No. 050012331000 2011 00984 01 (21514).

Por la cual se imponen unas sanciones

competencia y, con ello, obstruir una actuación administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Igualmente, se encuentra evidencia suficiente de que **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** en su condición de representante legal de **AJECOLOMBIA** incurrió en la conducta proscrita en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al ejecutar y facilitar la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información y requerimientos que le impartió la Autoridad de competencia y, con ello, obstruir una actuación administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En efecto, **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** fungiendo para la época de los hechos como representante legal de **AJECOLOMBIA**, mediante escrito con radicado No. 14-43077-161 del 27 de agosto de 2014³¹, respondió el requerimiento de información inicial, por fuera del plazo otorgado, en que señaló "(...) **no nos es posible suministrar dicha información**". (Negrillas y subrayado fuera de texto original). Al respecto, este Despacho debe resaltar que el representante legal de una empresa no puede limitarse simplemente a ser un autómatas en la toma de decisiones, sin reparar en el alcance de las mismas, desconociendo la importancia y relevancia del papel que cumple en el desarrollo de sus funciones y el alto grado de responsabilidad que asume por la gestión profesional que se le encomienda, lo que implica, entre otras cuestiones, velar por el estricto y cabal cumplimiento de las disposiciones legales que, para el caso que nos ocupa, se traduce en el respeto por las normas que protegen la libre competencia económica, las cuales ordenan acatar en debida forma las solicitudes de información y requerimientos que le imparta la Autoridad de competencia.

Finalmente, en consideración a que (i) la censura que se realiza en este acto administrativo no releva o exime a **AJECOLOMBIA** del cabal y estricto cumplimiento de las solicitudes de información y requerimientos desatendidos y que (ii) este Despacho advierte que la conducta reprochada aún persiste, con fundamento en el numeral 8 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, se dispondrá ordenar a **AJECOLOMBIA** la terminación inmediata de su conducta contraria a las disposiciones sobre protección de la competencia, esto es, omitir acatar en debida forma las solicitudes de información y requerimientos efectuados por la Autoridad de competencia, para lo cual deberá remitir la totalidad de la información y documentación requerida³² por esta Superintendencia mediante Oficio con radicado No. 14-43077-72 del 6 de agosto de 2014 y Oficio con radicado No. 14-43077-292 del 24 de noviembre de 2016³³, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente Resolución.

DÉCIMO SÉPTIMO: Monto de la sanción a imponer

En relación con las sanciones que se imponen por la violación a las disposiciones sobre protección de la libre competencia económica, se reitera que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que lo establece, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"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, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella

³¹ Folios 8 y 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³² Decreto 4886 de 2011. "**Artículo 3. 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. (...)**".

³³ Folios 26 y 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se imponen unas sanciones

*no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad*³⁴.

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

Bajo este contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta por **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

17.1. Sanción a pagar por AJECOLOMBIA

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **AJECOLOMBIA**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

Respecto del *impacto que la conducta tenga sobre el mercado y la dimensión del mercado afectado*, se resalta que estos criterios no resultan aplicables por cuanto la infracción no tiene un impacto propiamente dicho en el mercado. No obstante, se tendrá en cuenta la importancia de la conducta en el sentido de que las solicitudes de información en la etapa preliminar, como se mencionó en párrafos anteriores, son fundamentales para la Autoridad de Competencia, en la medida en que constituyen la oportunidad idónea para encontrar información sobre la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia que, por su propia naturaleza, tiende a ser mantenida en secreto u oculta por los agentes del mercado. En este sentido, la demora o la renuencia en suministrar la información solicitada constituye una grave infracción del administrado.

Sobre el criterio del *grado de participación* en la conducta, al momento de dosificar la sanción se valorará que **AJECOLOMBIA** fue la persona directamente vinculada con la conducta, puesto que a través de su representante legal impidió el acceso a los documentos que requirió la Delegatura para la Protección de la Competencia, obstruyendo injustificadamente la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En relación con el *beneficio obtenido por el infractor con la conducta*, es preciso señalar que, si bien no existe prueba que acredite que **AJECOLOMBIA** obtuvo un provecho de carácter económico con su conducta, lo cierto es que sí resultó beneficiado al impedir el estudio de los documentos solicitados por esta Autoridad, pues con ello restringió las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio para continuar con una averiguación preliminar que hubiese podido resultar en la apertura de una investigación administrativa.

La aplicación del criterio de *conducta procesal del investigado* genera un efecto neutro sobre la dosificación de la sanción, habida cuenta que el infractor ejerció su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la agravación de la sanción, como tampoco alguna actuación que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

Por la cual se imponen unas sanciones

Finalmente, en relación al *patrimonio del infractor*, debe tenerse en cuenta que para efectos de tasar la multa se tendrán presentes los elementos de prueba obrantes en el Expediente a efectos de conocer la capacidad económica de **AJECOLOMBIA** y así evitar imponer una sanción desproporcionada en relación a su patrimonio o eventualmente confiscatoria.

De conformidad con lo anterior, se impondrá a **AJECOLOMBIA** una multa de **MIL TRESCIENTOS VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.320.845.020.00)**, equivalentes a **MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (1.595 SMLLV)**.

La anterior sanción equivale al 2% aprox. del patrimonio declarado en 2018, 0,66% de sus ingresos operacionales del mismo año, y al 1,6% de la multa máxima aplicable de acuerdo con el de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

17.2. Sanción a pagar por FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado participó en la conducta restrictiva durante todo el tiempo de su ejecución, como representante legal de **AJECOLOMBIA**.

Sobre el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, se resalta que este criterio no resulta aplicable por cuanto la infracción no tiene un impacto propiamente dicho en el mercado.

Respecto a la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable.

Por último, en cuanto al *grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado participó activamente y de manera protagónica en la comisión de la conducta en su calidad de representante legal de **AJECOLOMBIA**.

Se tiene entonces que a **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** se le impondrá una multa de **CATORCE MILLONES SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$14.077.972.00)** equivalentes a **DIECISIETE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (17 SMLMV)**.

Esta multa corresponde aproximadamente al ■% del patrimonio líquido y al ■% de los ingresos reportados por el investigado en 2017.

La anterior sanción equivale al 0,85% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: RECHAZAR la solicitud de nulidad presentada por **AJECOLOMBIA S.A.** y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que **AJECOLOMBIA S.A.**, identificada con NIT. 830.081.407-1, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992,

Por la cual se imponen unas sanciones

modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al omitir acatar en debida forma las solicitudes de información y requerimientos realizados por la Superintendencia de Industria y Comercio y obstruir con ello la actuación administrativa que se adelantaba, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: IMPONER a AJECOLOMBIA S.A., identificada con NIT. 830.081.407-1, multa por valor de **MIL TRESCIENTOS VEINTE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.320.845.020.00)**, equivalentes a **MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (1.595 SMMLV)**.

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

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

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR que FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO, identificado con cédula de extranjería No. 335.769, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al ejecutar y facilitar la conducta atribuible a **AJECOLOMBIA S.A.**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO QUINTO: IMPONER a FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO, identificado con cédula de extranjería No. 335.769, multa de **CATORCE MILLONES SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$14.077.972.00)** equivalentes a **DIECISIETE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (17 SMLMV)**.

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

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

ARTÍCULO SEXTO: ORDENAR a AJECOLOMBIA S.A. y a FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO que, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, realicen la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **AJECOLOMBIA S.A.** y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** informan que:*

*Mediante Resolución No. **№ 26198** expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **AJECOLOMBIA S.A.** y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**, por contravenir lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en particular por omitir acatar en debida forma las solicitudes de información y requerimientos realizados por la Superintendencia de Industria y Comercio y obstruir con ello la actuación administrativa que se adelantaba, y por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del*

Por la cual se imponen unas sanciones

artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber ejecutado y facilitado dicha conducta anticompetitiva.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

PARÁGRAFO: La anterior publicación deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse una copia de la mencionada publicación a esta Superintendencia dentro de los diez (10) días siguientes a haberse publicado.

ARTICULO SÉPTIMO: ORDENAR a **AJECOLOMBIA S.A.** remitir la totalidad de la información y documentación requerida³⁵ por esta Superintendencia mediante Oficio con radicado No. 14-43077-72 del 6 de agosto de 2014 y Oficio con radicado No. 14-43077-292 del 24 de noviembre de 2016³⁶, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente Resolución.

ARTÍCULO OCTAVO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **AJECOLOMBIA S.A.** y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.

ARTÍCULO NOVENO: Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **05 JUL 2019**

El Superintendente de Industria y Comercio


ANDRÉS BARRETO GONZALEZ

Proyectó: A. Yáñez
Revisó y aprobó: A. Pérez

Notificar:

AJECOLOMBIA S.A.
NIT. 830.081.407-1
FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO
C.E. No. 335.769
Apoderado
JULIO CÉSAR CASTAÑEDA ACOSTA
C.C. 7.228.667
T.P. 90.827 del C. S. de la J.
Carrera 11 A No. 97 A-19, Oficina 401, Bogotá D.C.

³⁵ Decreto 4886 de 2011. "**Artículo 3. 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. (...)**".

³⁶ Folios 26 y 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.