



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

RESOLUCIÓN **№ 4 1 5 1 0** DE 2019  
( **0 2 SEP 2019** )

Radicación 17-374823

**VERSIÓN ÚNICA**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente la prevista en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 26198 del 5 de julio de 2019<sup>1</sup> (en adelante Resolución No. 26198 de 2019 o Resolución Sancionatoria), se determinó que **AJECOLOMBIA S.A.** (en adelante "**AJECOLOMBIA**") incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, 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, con ello, obstruir la actuación administrativa que se adelantaba en relación con operaciones de *factoring*.

Así mismo, se determinó que **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** 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 omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información y requerimientos y la obstrucción de la actuación administrativa atribuible a **AJECOLOMBIA**.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias:

**Tabla No. 1. Sanciones Resolución No. 26198 de 2019**

PERSONA JURÍDICA		
	SANCIONADO	MONTO
1	AJECOLOMBIA S.A.	\$ 1.320.845.020.00

  

PERSONA NATURAL		
	SANCIONADO	MONTO
1	FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO	\$ 14.077.972.00

Adicionalmente, con fundamento en el numeral 8 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, se ordenó a **AJECOLOMBIA** remitir la totalidad de la información y documentación requerida 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 2016<sup>2</sup>, en el término improrrogable de diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la Resolución No. 26198 de 2019.

<sup>1</sup> Folios No. 145 a 156 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente No. 17-374823 (en adelante "el Expediente"). Entiéndase cada vez que en el presente acto administrativo se haga alusión al Expediente, se hace referencia a la actuación administrativa con el Rad. No. 17-374823.

<sup>2</sup> Folios 26 y 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución No. 26198 de 2019 y dentro del término legal, **AJECOLOMBIA** y **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO** interpusieron los respectivos recursos de reposición.

**TERCERO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

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

### **3.1. Argumentos comunes presentados por AJECOLOMBIA y FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**

- La sanción impuesta se sustentó sin tener en cuenta e interpretar en debida forma los hechos y pruebas de los descargos. Estos debían evaluarse en su totalidad y no parcialmente para tener una visión clara y contundente sobre la verdadera realidad del presente caso.
- Entre el 26 de agosto de 2014 y el 26 de octubre de 2016 no realizó ninguna solicitud de inobservancia de instrucción en contra de los investigados por incumplir el requerimiento realizado el 6 de agosto de 2014.
- El 26 de octubre de 2016, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvieron ocasión de revisar las condiciones materiales en las que se encontraba la custodia y almacenamiento de los archivos de la compañía, ni de revisar el funcionamiento de su sistema informático contable y financiero.
- **AJECOLOMBIA** informó que no contaba con las herramientas técnicas que le permitieran, dentro del plazo otorgado, hacer la trazabilidad y consecuente recopilación de la información relativa al requerimiento de información del 26 de octubre de 2016, relativo a la venta/endoso de facturas por parte de sus proveedores para el periodo 2012 a junio de 2016.
- Nunca se dio respuesta al memorial con Rad. No. 14-043077-303-0 del 9 de diciembre de 2016, en que se presentaron planteamientos para poder cumplir con el deber de entrega de la información pendiente.
- **AJECOLOMBIA** aportó como prueba en sus descargos la entrega de la información digital de la orden impartida en la visita administrativa del 26 de octubre de 2016.
- Existió una indebida interpretación del material probatorio en el acto administrativo de sanción. Las excusas presentadas en relación 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 suministrada"* encuentran sustento técnico y no obedecen en ningún momento a algún tipo de inobservancia de instrucciones.
- La desafortunada circunstancia que llevó a **AJECOLOMBIA** a manifestar que no poseía la información en la estructura y alcance solicitados, obedeció a asuntos eminentemente técnicos de sus sistemas de información y la estructura del archivo (temas físicos); situación que se presentaba antes de que la Superintendencia de Industria y Comercio realizara los requerimientos de información, la visita administrativa y las reiteraciones a los requerimientos.
- Las apreciaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con el artículo 55 del Código de Comercio carece de todo fundamento jurídico, ese artículo no prevé una modalidad que el comerciante deba seguir para ordenar sus comprobantes o asientos, como tampoco un criterio con el fin de que las autoridades verifiquen que el comerciante ha cumplido con su obligación de conservar ordenados sus asientos contables.
- La interpretación errónea del artículo 55 del Código de Comercio lleva a concluir que toda empresa debe mantener sus asientos contables de *factoring* de manera separada del resto de los asientos contables, contrario a llevar un registro de la información dividido por año y mes como las costumbres mercantiles lo indican.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Conforme el Código de Comercio, **AJECOLOMBIA** no es ajena a sus obligaciones como comerciante, siempre ha conservado archivados sus asientos contables de dos maneras: (i) 5.967 cajas donde conserva 17.900 unidades documentales que le confió a **SETECSA S.A.** (hoy **IRON MOUNTAIN COLOMBIA S.A.S.**) y (ii) 567 cajas ubicadas en la sede industrial de la compañía en Funza, Cundinamarca.
- Acceder a una información tan particular y poco común (*factoring*) en las negociaciones de **AJECOLOMBIA** resulta sumamente difícil y, por tanto, requiere de mucho tiempo para encontrarse, sumado a que la orden consistía en la entrega digital de la misma.
- El 26 de octubre de 2016, día en que finalizó la visita administrativa practicada por la Delegatura, se solicitó copia digital de todas las solicitudes de endoso (*factoring*) de facturas, a pesar de haberse expuesto reiteradamente y en distintas oportunidades que la información pertinente se encontraba archivada y ordenada de forma física.
- Los requerimientos de la Superintendencia de Industria y Comercio cambiaron de naturaleza. El primer requerimiento tenía seis (6) numerales, mientras que el segundo tenía once (11) numerales.
- Existió un comportamiento omisivo que creó una expectativa en **AJECOLOMBIA** de estar obrando conforme a la ley amparada por el principio de confianza legítima, en razón a que transcurrieron aproximadamente dos (2) años entre el primer requerimiento del 6 de agosto de 2014 y la visita administrativa -segundo requerimiento de información- del 26 de octubre del 2016.
- La petición del 26 de octubre de 2016 fue cumplida por **AJECOLOMBIA** como quiera que manifestó no contar con una política escrita de autorización de pagos a sus proveedores y terceros.
- No se demostró con ningún argumento la existencia de una norma jurídica que consagrara la obligación en cabeza de los comerciantes de contar con una política escrita de aprobación de pagos a proveedores y terceros.
- El requerimiento relacionado con "*COPIA DIGITAL*" de la información de solicitudes de endoso fue cumplido por **AJECOLOMBIA** toda vez que manifestó "*no contar (sic) un sistema digital que permitiera hacer la trazabilidad de la información requerida*".
- En el acto administrativo de sanción se olvidaron aspectos relevantes como: (i) que la respuesta al primer requerimiento nunca fue cuestionada; (ii) que después de dos (2) años, en la visita administrativa de octubre de 2016, se cambió la naturaleza del requerimiento y se solicitó información de manera digital desconociendo la realidad del archivo de **AJECOLOMBIA**; (iii) que se desconocieron los memoriales y explicaciones en que se expuso la imposibilidad de cumplimiento de forma inmediata de entregar la información de manera digital y el compromiso de poner en orden el archivo y cumplir con el requerimiento; (iv) no se tuvieron en cuenta las reuniones en que se informó la situación, los memoriales de avance que se presentaron sobre la reconstrucción del archivo y las entregas de información de endosos correspondientes a 2016 y 2017 y (v) no se tuvo en cuenta que el 27 de noviembre de 2017, una vez superadas las adversidades del archivo, se hizo entrega de la información en medio digital.
- Se realizó una interpretación parcial y acomodada de las pruebas que obran en el Expediente dejando de lado el resto de los elementos probatorios. No se realizó ningún tipo de análisis que permitiera establecer cómo y de qué forma se obstruyó la actuación administrativa.
- La motivación del acto administrativo es parcializada y carece de una interpretación integral de la totalidad de los medios probatorios que obran en el Expediente y que permiten establecer que no se incumplió la orden de entregar información digital.
- Existió una violación del debido proceso y derecho de defensa que desconoció el artículo 29 Constitucional y el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, debido a que no se aplicó el tipo de procedimiento administrativo que debía regir la presente actuación administrativa, y se limitó a realizar una serie de actuaciones procedimentales que no se encuentran previstas

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en ninguna norma para investigar y sancionar inobservancia de instrucciones y/o obstrucciones a las investigaciones.

- Existe una nulidad procesal insubsanable que no fue resuelta en debida forma. Si se acepta la aplicación del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, deben observarse todos los pasos allí previstos y su omisión es una violación flagrante al debido proceso de conformidad con una providencia judicial del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.
- En los casos de conductas por presuntas inobservancias de instrucciones y obstrucciones a las investigaciones no pueden aplicarse en su totalidad los criterios de graduación de la multa previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.
- El criterio sobre el impacto que la conducta tenga en el mercado no es aplicable. Se realizó una interpretación extensiva de la norma en desmedro de las garantías de los investigados. Tratándose de requerimientos de información un mercado relevante no se encuentra siquiera determinado y no se encuentra probado que **AJECOLOMBIA** haya incurrido en una conducta que pueda afectar el mercado en el que actúa.
- El beneficio obtenido por el infractor con la conducta hace referencia expresamente a los beneficios económicos que una empresa puede ganar con una conducta anticompetitiva. Este criterio no es aplicable debido a que no existe una conducta que hubiera impactado el mercado y otorgado un beneficio al investigado, pues la información fue entregada en su totalidad.
- La conducta procesal de los investigados fue ideal en la actuación administrativa y, en consecuencia, debe concederse un beneficio.
- El criterio relacionado con el grado de participación de los investigados no es aplicable debido a que (i) no incumplieron ninguna de las instrucciones impartidas y (ii) no realizaron ningún comportamiento tendiente a obstruir la averiguación preliminar, pues el comportamiento se encontraba justificado.
- Las sanciones impuestas son desproporcionadas y no comparables con las impuestas a otras empresas por los mismos hechos. En otros casos, las sanciones fueron sustancialmente menores.

**CUARTO:** Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011, se procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados en la oportunidad legal pertinente por los impugnantes.

A efectos de su análisis, este Despacho agrupó los argumentos comunes contenidos en el recurso de reposición presentado por los investigados, así:

#### **4.1. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta nulidad procesal**

A juicio de los investigados existió una violación del debido proceso y derecho de defensa que desconoció el artículo 29 Constitucional y el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, debido a que no se aplicó el tipo de procedimiento administrativo que debía regir la presente actuación administrativa y se aplicaron una serie de actuaciones procedimentales que no se encuentran previstas en ninguna norma para investigar y sancionar inobservancia de instrucciones y/o obstrucciones a las investigaciones.

Adicionalmente, señalaron que existe una nulidad procesal insubsanable que no fue resuelta en debida forma. Según los investigados, si se acepta la aplicación del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, deben observarse todos los pasos allí previstos y su omisión es una violación flagrante al debido proceso, de conformidad con una sentencia del Juzgado (6) Sexto Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.

Los argumentos presentados por los investigados para fundamentar la existencia de una supuesta "nulidad procesal insubsanable" no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que pasan a exponerse a continuación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En primer lugar, antes de establecer si a efectos de determinar la responsabilidad de una persona jurídica o natural por las conductas imputadas en la presente actuación administrativa, como lo sugieren los investigados, son aplicables todos los pasos previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, es menester aclarar dos (2) cuestiones en relación con la providencia judicial referida como fundamento de la supuesta nulidad por violación al debido proceso.

La primera cuestión es que de conformidad con la jurisprudencia<sup>3</sup> de la Corte Constitucional, para que las decisiones de los jueces sean eficaces, es necesario que ellas sean ciertas, es decir, que su existencia no sea cuestionada, lo que precisamente ocurre con la interposición de los mecanismos ordinarios de impugnación (i.e. recurso de apelación). En tal medida, la ley procesal exige una serie de condiciones que contribuyen a dotar de certeza las decisiones judiciales, entre ellas, el atributo de firmeza permite determinar a partir de qué momento la decisión judicial es inalterable.

En tal medida, este Despacho puede advertir que la providencia judicial<sup>4</sup> referida por los recurrentes es una sentencia proferida por el Juzgado Sexto (6) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. en primera instancia, decisión que fue objeto de recurso de apelación, concedido en el efecto suspensivo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>5</sup>, según lo previsto en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual es una decisión que no goza de firmeza.

La segunda cuestión por aclarar es que, sin perjuicio de la falta de firmeza de la providencia judicial invocada por los recurrentes, la *ratio decidendi* de la misma, con que pretende fundamentarse la supuesta "nulidad procesal insubsanable" por violación del debido proceso, es contraria a decisiones de otros jueces administrativos y, adicionalmente, desconoce el precedente establecido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En efecto, el Juzgado Primero (1) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., en una providencia judicial en que también se debatía un problema jurídico en relación con el supuesto desconocimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en su *ratio decidendi* consideró que:

*"[L]os derechos de audiencia y defensa, previsto como parte integrante del procedimiento administrativo previsto por el legislador fueron respetados y garantizados por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, habiendo dado la oportunidad al demandado para que rindiera explicaciones, solicitare pruebas, se pronunciara frente a las pruebas decretadas, controvertir el material probatorio recaudado; materializándose con ello las garantías previas del debido proceso, desarrollados jurisprudencialmente."*<sup>6</sup>  
(Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Adicionalmente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>7</sup>, al referirse a las mismas etapas procedimentales surtidas en la presente actuación administrativa tampoco encontró ningún reparo o violación al debido proceso administrativo.

*"(...) se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó explicaciones a la E.A.A.B S.A. E.S.P. debido a la inobservancia de las instrucciones emitidas en la visita de 30 de octubre de 2012 y, en ese sentido, se aprecia que dicha empresa pudo aportar y solicitar las pruebas que pretendiera hacer valer, concediéndole para ello un término que vencía el 26 de noviembre de 2012; sin embargo, la E.A.A.B S.A. E.S.P. no allegó ningún escrito de explicaciones al respecto, tampoco aportó ni solicitó la práctica de prueba alguna que desvirtuara la actuación administrativa iniciada en su contra (...)*

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-548 de 1997.

<sup>4</sup> Juzgado Sexto (6) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., Sección Primera. Sentencia del 31 de agosto de 2018. Rad. No. 110013334006 2015 00007 00.

<sup>5</sup> Rama Judicial. Consulta de procesos. Disponible en: <https://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocessos/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=Qj0UGfRldSqwtRjKH15evTvOIA%3d>

<sup>6</sup> Juzgado Primero (1) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2016. Rad. No. 110013334001205 00132 00.

<sup>7</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A". Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 250002341000 2015 00326 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*En consecuencia, la Sala no encuentra vulnerado el debido proceso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y, por ello, no prospera el cargo formulado.*  
(Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Como puede apreciarse, es evidente que la providencia judicial referida por los recurrentes como fundamento para alegar una supuesta "violación flagrante al debido proceso" no puede tener ningún tipo de aplicación en la presente actuación administrativa en razón a que (i) no goza de firmeza y, en cualquier caso, (ii) su *ratio decidendi* es contraria a decisiones de otros jueces administrativos y, adicionalmente, (iii) desconoce el precedente establecido por su superior, esto es, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En segundo lugar, a efectos de establecer si para determinar la responsabilidad de una persona jurídica o natural por las conductas imputadas en la presente actuación administrativa, como lo sugieren los investigados, son aplicables todos los pasos previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, es pertinente reiterar 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 y la obstrucción de 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 propiamente dichas.

**"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, ordenes 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 observarse, 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, ordenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, entre otras. No puede olvidarse que, según el artículo 27<sup>8</sup> 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" se hizo en una de las acepciones de ese vocablo, cual es precisamente "[t]ramitar un procedimiento administrativo (...)"<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> **"Artículo 27. Interpretación gramatical.** Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu."

<sup>9</sup> Diccionario de la lengua española - RAE. Definición recuperada de <https://dle.rae.es/?id=Lo2KGeF>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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, instruir los trámites de solicitud de explicaciones.

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 una carácter incidental y diferente al procedimiento previsto para establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia (i.e. carteles o abusos de posición de dominio).

A propósito, la jurisprudencia administrativa al analizar alegatos como el presentado en esta sede para fundamentar una supuesta nulidad, ratifica el entendimiento de esta Superintendencia en relación con la distinción de trámites. Al respecto, el Consejo de Estado<sup>10</sup> 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.***

(...)" (Subrayado y negrilla 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 obstrucción a 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 una práctica restrictiva de la competencia propiamente dicha, tal 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 analogía<sup>11</sup>, 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 doctrina<sup>12</sup> considera que:

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

(...)

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2012. Rad. No. 2500023240001999079901.

<sup>11</sup> 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."

<sup>12</sup> 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 deciden unos recursos de reposición"

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

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

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 y la obstrucción de 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 cuentan con 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, como norma especial, dispone un término de cinco (5) años para efectos de la caducidad de la facultad sancionatoria de este tipo de conductas.

Así las cosas, este Despacho confirma lo expuesto en la Resolución No. 26198 de 2019 en relación con que 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.

En ese sentido, al no existir ningún asidero normativo o jurisprudencial que respalde las postulaciones de los recurrentes, según las cuales debía darse aplicación a todos los pasos previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, no hay lugar a alegar ninguna violación al artículo 29 Constitucional o al numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, por tanto los argumentos para pretender la nulidad de lo actuado deben desestimarse por improcedentes.

#### **4.2. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta indebida valoración probatoria**

A juicio de los recurrentes, la sanción impuesta se sustentó sin tener en cuenta e interpretar en debida forma los hechos y, adicionalmente, las pruebas fueron interpretadas en forma parcial y acomodada. En esa línea, alegaron que no se realizó ningún tipo de análisis que permitiera establecer cómo y de qué forma se obstruyó la actuación administrativa. En similar sentido, indicaron que la motivación del acto administrativo recurrido es parcializada y carece de una interpretación integral de la totalidad de los medios probatorios que obran en el Expediente y permiten establecer que no se incumplió la orden de entregar la información digital.

Los recurrentes también resaltaron que la petición del 26 de octubre de 2016 fue cumplida por **AJECOLOMBIA** comoquiera que manifestó no contar con una política escrita de autorización de pagos a sus proveedores y terceros. Y agregaron que, en todo caso, no se demostró con ningún argumento la existencia de una norma jurídica que consagrara la obligación en cabeza de los comerciantes de contar con una política escrita de aprobación de pagos a proveedores y terceros. Igualmente, indicaron que **AJECOLOMBIA** aportó como prueba en sus descargos la entrega de la información digital de la orden impartida en la referida visita administrativa.

Así mismo, censuraron que el 26 de octubre de 2016, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvieron ocasión de revisar las condiciones materiales en las que se

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

encontraba la custodia y almacenamiento de los archivos de la compañía, ni revisaron el funcionamiento de su sistema informático contable y financiero.

De tal modo, sostuvieron que **AJECOLOMBIA** informó que no contaba con las herramientas técnicas que le permitieran, dentro del plazo otorgado, hacer la trazabilidad y consecuente recopilación de la información relativa al requerimiento de información del 26 de octubre de 2016, relativo a la venta/endorso de facturas por parte de sus proveedores para el periodo 2012 a junio de 2016. En esa misma línea, alegaron que el requerimiento relacionado con "COPIA DIGITAL" de la información de solicitudes de endoso fue cumplido por **AJECOLOMBIA** toda vez que manifestó "no contar (sic) un sistema digital que permitiera hacer la trazabilidad de la información requerida".

Adicionalmente, reiteraron que las excusas presentadas en relación 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 suministrada" encuentran sustento técnico y no obedecen en ningún momento a algún tipo de inobservancia de instrucciones. Así, según los recurrentes, la desafortunada circunstancia que llevó a **AJECOLOMBIA** a manifestar que no poseía la información en la estructura y alcance solicitados, obedeció a asuntos eminentemente técnicos de sus sistemas de información y la estructura del archivo (temas físicos); situación que se presentaba antes de que se realizaran las solicitudes de información, la visita administrativa y las reiteraciones a los requerimientos.

Por otra parte, indicaron que el 26 de octubre de 2016, día en que finalizó la visita administrativa practicada por la Delegatura, se solicitó copia digital de todas las solicitudes de endoso (*factoring*) de facturas, a pesar de haberse expuesto reiteradamente y en distintas oportunidades que la información pertinente se encontraba archivada y ordenada de forma física. En el mismo sentido, señalaron que los requerimientos de la Superintendencia de Industria y Comercio cambiaron de naturaleza en razón a que el primer requerimiento contenía seis (6) numerales, mientras que el segundo contenía once (11) numerales.

A su vez, insistieron en que acceder a una información tan particular y poco común (*factoring*) en las negociaciones de **AJECOLOMBIA** resulta sumamente difícil y, por tanto, requiere de mucho tiempo para encontrarse, sumado a que la orden consistía en la entrega digital de la misma.

Finalmente, los recurrentes precisaron que el acto administrativo recurrido olvidó aspectos relevantes como: (i) que la respuesta al primer requerimiento nunca fue cuestionada; (ii) que después de dos (2) años, en la visita administrativa de octubre de 2016, se cambió la naturaleza del requerimiento y se solicitó información de manera digital desconociendo la realidad del archivo de **AJECOLOMBIA**; (iii) que se desconocieron los memoriales y explicaciones en que se expuso la imposibilidad de cumplimiento de forma inmediata de entregar la información de manera digital y el compromiso de poner en orden el archivo y cumplir con el requerimiento; (iv) no se tuvieron en cuenta las reuniones en que se informó la referida situación, los memoriales de avance que se presentaron sobre la reconstrucción del archivo y las entregas de información de endosos correspondientes a 2016 y 2017 y (v) no se tuvo en cuenta que el 27 de noviembre de 2017, una vez superadas las adversidades del archivo, se hizo entrega de la información en medio digital.

A efectos de analizar los argumentos presentados por los recurrentes, es preciso hacer alusión a la forma como debe efectuarse la valoración probatoria en las actuaciones administrativas a la luz de las normas procesales aplicables. Sobre el particular, vale la pena recordar que, en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia de conformidad con el artículo 176<sup>13</sup> de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso.

En concordancia con lo anterior, abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en forma pacífica y uniforme sostienen que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente deben apreciarse en conjunto, esto es,

<sup>13</sup> "Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (...)". (Negritas y subrayado fuera de texto original).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en forma integral y que una evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos<sup>14</sup>.

A partir de lo expuesto, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio, la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia económica en Colombia.

Sin perder de vista lo referido previamente, este Despacho debe señalar que el argumento presentado por los recurrentes, en que se sugiere que las pruebas fueron interpretadas en forma parcial y acomodada o que el acto administrativo recurrido carece de una interpretación integral de la totalidad de los medios probatorios que obran en el Expediente, no tiene ningún mérito de prosperidad y será rechazado por las razones que pasan a exponerse a continuación.

En primer lugar, contrario a lo señalado por los recurrentes, debe anotarse que en el acto administrativo recurrido se realizó una valoración conjunta de las pruebas documentales que reposaban en el Expediente administrativo relacionadas con cada una de las solicitudes de información y requerimientos que fueron efectuados a **AJECOLOMBIA** y, así mismo, fueron valoradas cada una de las respuestas emitidas al respecto.

En efecto, tal y como se aprecia en la Resolución No. 26198 de 2019, a través de la comunicación con radicado No. 14-43077-72 del 6 de agosto de 2014<sup>15</sup>, 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.*

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

Sobre el particular, **AJECOLOMBIA** a través de su representante legal, **FERNANDO ANTONIO PEREIRA NAVARRO**, respondió extemporáneamente al requerimiento de información mediante escrito con radicado No. 14-43077-161 del 27 de agosto de 2014<sup>16</sup> 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*

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012.

<sup>15</sup> Folios 6 y 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>16</sup> Folios 8 y 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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**". (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

De otra parte, de acuerdo con el acta de la visita administrativa obrante en el Expediente, se evidenció 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, en esa oportunidad 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**.<sup>17</sup> (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Al respecto, en la Resolución Sancionatoria se tuvo en cuenta que **AJECOLOMBIA** mediante escrito con radicado No. 14-43077-281 del 11 de noviembre de 2016<sup>18</sup>, brindó una respuesta extemporánea al requerimiento de información efectuado 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. (...)**

<sup>17</sup> Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>18</sup> Folios 23 a 25 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**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 original).

Como si lo anterior no fuera suficiente, a través del oficio con radicado No. 14-43077-292 del 24 de noviembre de 2016<sup>19</sup>, la Superintendencia de Industria y Comercio por tercera vez requirió 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).**

Por las razones expuestas, esta Delegatura insiste en la obligación a cargo de su empresa de remite 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 2016<sup>20</sup>, **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.

Como puede apreciarse, a través de diferentes pruebas documentales logró determinarse que desde el 6 de agosto de 2014 hasta el 24 de noviembre de 2016 se efectuaron múltiples solicitudes de información y requerimientos a **AJECOLOMBIA**, todas inequívocamente dirigidas a verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete a esta Superintendencia y adoptar las medidas que correspondían conforme a la ley en relación con las operaciones de factoring, para lo cual se destaca "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".

Así mismo, en el acto administrativo recurrido es evidente que frente a cada una de las solicitudes de información y requerimientos se realizó una valoración sobre el alcance y contenido de las diferentes respuestas emitidas por **AJECOLOMBIA** en que, a partir de diferentes excusas, señalaba categóricamente "no nos es posible suministrar dicha información" o "resulta materialmente imposible suministrar la información requerida". (Negrillas fuera de texto original).

<sup>19</sup> Folios 26 y 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>20</sup> Folios 28 a 36 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Incluso, después del análisis en conjunto de todos los medios probatorios obrantes en el Expediente administrativo, este Despacho logró establecer que la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información fue continuada y al momento de su reproche -5 de julio de 2019- aún persistía, debido a que la información supuestamente remitida por **AJECOLOMBIA** en relación con casos de *factoring* de **2017** no se enmarcaba en ninguna de las solicitudes de información previamente señaladas, las cuales concretamente se referían al periodo comprendido entre **2012 y 2016**.

A partir de lo expuesto, la afirmación de los recurrentes según la cual se realizó una *"interpretación parcial y acomodada de las pruebas"* carece de cualquier fundamento y no se compadece de la realidad de los hechos. Por el contrario, la valoración en conjunto de los diferentes medios probatorios obrantes en el Expediente fue precisamente la que permitió concluir 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 línea con lo anterior, las propias respuestas de **AJECOLOMBIA** referidas previamente son suficientes para rechazar de plano la afirmación de los recurrentes en que sostienen que la solicitud de información efectuada el 26 de octubre de 2016 fue cumplida. En efecto, no constituye una excusa válida con el propósito de sustraerse de remitir la información solicitada señalar que *"la empresa no cuenta con una política documentada de autorización de pagos a proveedores y terceros"*, máxime cuando es evidente que en la misma respuesta señalaron que *"resulta materialmente imposible suministrar la información requerida"*.

Incluso, para este Despacho las excusas contenidas en diferentes respuestas en relación con la inexistencia de una *"política documentada de autorización de pagos a proveedores y terceros"* o que el requerimiento relacionado con *"COPIA DIGITAL"* de la información de solicitudes de endoso fue cumplido toda vez que se manifestó *"no contar (sic) un sistema digital que permitiera hacer la trazabilidad de la información requerida"*, no son creíbles o coherentes al confrontarlas con la respuesta inicialmente emitida por **AJECOLOMBIA** en que si bien señaló que su sistema contable y financiero no contemplaba una herramienta que procesara automáticamente esta clase de pagos, también precisó que el pago excepcional a terceros se procesaba manualmente, circunstancia que permite deducir que se generaba algún tipo de soporte documental al respecto. Conclusión que resulta ratificada con el propio dicho de los recurrentes al reiterar que **AJECOLOMBIA** *"siempre ha manifestado que conserva archivados sus asientos contables"*.

En ese orden de ideas, no resulta admisible que los recurrentes después de varios años insistan en que acceder a una información tan particular y poco común (*factoring*) en las negociaciones de **AJECOLOMBIA** resulta sumamente difícil y, por tanto, requiere de mucho tiempo para encontrarse. Si realmente existiera un verdadero ánimo de colaboración y las diferentes excusas fueran ciertas habrían destinado todos los esfuerzos necesarios para superar, en un tiempo razonable, la supuesta falta de organización y cuidado en el manejo de su información o documentación con el propósito de cesar la renuencia y continuidad de su comportamiento omisivo en acatar en debida forma las solicitudes de información y requerimientos efectuados con que se obstruyó el ejercicio de las facultades de inspección de la Autoridad de competencia.

Por otro lado, en este punto es pertinente señalar que no es de recibo para este Despacho el argumento de los recurrentes según el cual no se demostró la existencia de una norma jurídica que consagrara la obligación en cabeza de los comerciantes de contar con una política escrita de aprobación de pagos a proveedores y terceros. En efecto, si bien no existe una obligación de contar con una *"política escrita"* tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, el comerciante si está obligado legalmente a conservar la documentación societaria por un periodo de diez (10) años contados a partir de la fecha del último asiento, documento, o comprobante y para tal efecto puede elegir si lo hace en medio escrito, o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 962 de 2005.

Así mismo, debe indicarse que las funciones de inspección desplegadas por esta Superintendencia en virtud de las cuales está facultada constitucional y legalmente para solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y los documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, no se encuentran supeditadas o condicionadas, como lo pretenden los

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

recurrentes, a revisar las condiciones materiales en las que se encuentra la custodia y almacenamiento de los archivos de una empresa, ni el funcionamiento de sus sistemas informáticos contables o financieros.

Aceptar lo contrario implicaría que cualquier agente de mercado podría sustraerse indebidamente de suministrar la información o documentos requeridos con el pretexto de que previamente se debe verificar el estado de sus archivos para determinar la viabilidad de una solicitud de información o requerimiento, este tipo de condicionamiento pretendido por los recurrentes dejaría inanes las facultades de inspección de la autoridad de competencia, máxime cuando el numeral 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 no supedita las solicitudes de información a ninguna clase de verificación previa.

De otra parte, en relación con el argumento de que los requerimientos de la Superintendencia de Industria y Comercio cambiaron de naturaleza en razón a que el primer requerimiento contenía seis (6) numerales, mientras que el segundo contenía once (11) numerales, debe señalarse que la ampliación de los numerales no es una circunstancia que permita determinar que las solicitudes de información o requerimientos cambiaron su naturaleza, máxime cuando esa ampliación obedeció precisamente a la continuidad del comportamiento omisivo por parte de los investigados.

Por el contrario, al revisar detalladamente cada una de las solicitudes de información y requerimientos efectuados se puede concluir que, sin lugar a dudas, estaban inequívocamente dirigidos y tenían como objeto común verificar las operaciones de *factoring* realizadas por **AJECOLOMBIA**, para lo cual se insiste resultaba ineludible y de suma importancia que la autoridad administrativa accediera precisamente a la información y documentación (entre otras, las facturas) que respaldaba o soportaba el ejercicio de esa actividad en la empresa inspeccionada.

Así mismo, en relación con el argumento dirigido a señalar que no se tuvo en cuenta que el 27 de noviembre de 2017, una vez superadas las adversidades del archivo, se hizo entrega de la información en medio digital, este Despacho debe precisar tres (3) aspectos sobre el particular. El primero, destacar que la respuesta remitida por **AJECOLOMBIA** fue absolutamente extemporánea en consideración a que el último plazo concedido para remitir la información y documentación feneció el 9 de diciembre de 2016. Segundo, analizada la referida respuesta puede deducirse que lejos de ser suficiente fue incompleta, lo que únicamente ratifica la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información. Por último, en cualquier caso, el hecho de remitir el 27 de noviembre de 2017 algún tipo de información o documentación al arbitrio de los investigados, no desvirtúa la conducta omisiva y continuada en que se incurrió desde el 26 de agosto de 2014.

Precisamente, tal y como se refirió en el acto administrativo recurrido, la jurisprudencia administrativa<sup>21</sup> considera 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).

Por las razones expuestas, este Despacho encuentra que la valoración probatoria realizada en la Resolución No. 26198 de 2019 permitió demostrar con suficiencia la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información y requerimientos realizados por esta Superintendencia y, con ello, la obstrucción de la actuación administrativa, por tal motivo ninguno de los argumentos presentados por los recurrentes en esta sede tiene mérito de prosperidad y, en consecuencia, se rechazan por improcedentes.

#### **4.3. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con el principio de confianza legítima**

Los recurrentes también indicaron que entre el 26 de agosto de 2014 y el 26 de octubre de 2016 no se realizó ninguna solicitud de inobservancia de instrucción por incumplir el requerimiento realizado el 6 de agosto de 2014. A su juicio, existió un comportamiento omisivo de la Superintendencia de Industria y Comercio que creó una expectativa en **AJECOLOMBIA** de estar obrando conforme a la

<sup>21</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 250002341000 2015 00326 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ley amparada por el principio de confianza legítima, en razón a que transcurrieron aproximadamente dos (2) años entre el primer requerimiento del 6 de agosto de 2014 y la visita administrativa -segundo requerimiento de información- del 26 de octubre del 2016.

A su vez, señalaron que nunca se dio respuesta al memorial con Rad. No. 14-043077-303-0 del 9 de diciembre de 2016, en que se presentaron planteamientos para poder cumplir con el deber de entrega de la información pendiente.

Los argumentos de los recurrentes en que alegan que su comportamiento estuvo amparado por el principio de confianza legítima no tienen ningún mérito de prosperidad en esta sede y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, es importante destacar que el principio de confianza legítima tiene fundamento en el principio de buena fe estipulado en el artículo 83 de la Constitución Política. Este principio como lo ha definido la jurisprudencia constitucional<sup>22</sup> *"consiste en que la administración por medio de su conducta uniforme hace entender al administrado que su actuación es tolerada. Es decir, que las acciones de la administración durante un tiempo prudencial hacen nacer en el administrado la expectativa de que su comportamiento es ajustado a derecho"*, y su plena aplicación en las relaciones de los administrados con las autoridades administrativas es indiscutible.

Entonces, le corresponde a este Despacho entrar a verificar si el principio de confianza legítima está llamado a operar o no en el presente caso. Con tal propósito, los recurrentes alegaron que su conducta estuvo amparada por el principio comentado en razón a que entre el 26 de agosto de 2014 y el 26 de octubre de 2016 no se realizó ninguna solicitud de inobservancia de instrucción por incumplir el requerimiento efectuado el 6 de agosto de 2014. Al respecto, debe señalarse que esa circunstancia no es una razón jurídicamente válida para generar en **AJECOLOMBIA** una expectativa de que su comportamiento estaba ajustado a derecho.

En efecto, en la solicitud de información realizada a través de la comunicación con radicado No. 14-43077-72 del 6 de agosto de 2014<sup>23</sup> esta Superintendencia señaló con total claridad que *"se sirva responder de la forma indicada en un plazo que vence el **martes 26 de agosto de 2014**"*, sin embargo la respuesta de **AJECOLOMBIA**, además de ser extemporánea, se limitó a indicar que *"no nos es posible suministrar dicha información"*. La referida respuesta lejos de significar un comportamiento ajustado a derecho deja en evidencia la existencia de una situación sin lugar a dudas completamente ilegal, cual es precisamente omitir acatar en debida forma la solicitud de información efectuada por esta Superintendencia, lo que está proscrito según lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Sobre este punto, es pertinente señalar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en advertir que *"(...) **la confianza legítima tampoco ampara las situaciones irregulares o ilegales**, por cuanto en esos casos el Estado conserva la potestad de revisar las actuaciones, al punto que puede modificarlas y afectar el derecho adquirido de manera irregular, esto es, en contra del ordenamiento jurídico"*<sup>24</sup> (Negrillas fuera de texto original).

Aceptar la tesis según la cual el simple paso del tiempo convierte una infracción administrativa en un comportamiento ajustado a derecho, desquiciaría el derecho administrativo sancionatorio y llevaría al absurdo jurídico de que cualquier persona estaría facultada para determinar hasta qué momento su conducta podría o no ser censurada, desconociendo que, en todo caso, para el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, existe un límite temporal conocido como caducidad que se constituye como una garantía para los particulares a no estar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios.

Finalmente, se reitera que no es de recibo para este Despacho el argumento dirigido a señalar que la supuesta falta de respuesta a los planteamientos del 9 de diciembre de 2016 para poder cumplir con la entrega de la información implicó una especie de aceptación sobre el particular por parte de esta Superintendencia. Al respecto, en primer lugar, debe recordarse que según el Consejo de

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-527 de 2011.

<sup>23</sup> Folios 6 y 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 26 de febrero de 2015. Rad. No. 110010315000 2014 01114 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Estado<sup>25</sup> 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 tales planteamientos 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)***".

En virtud de las razones previamente expuestas, los argumentos presentados por los recurrentes para alegar que su comportamiento estuvo amparado en el principio de confianza legítima se rechazan por infundados al no tener ningún asidero factico, normativo o jurisprudencial.

#### **4.4. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con el artículo 55 del Código de Comercio**

Los recurrentes indicaron que carece de todo fundamento jurídico las apreciaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con el artículo 55 del Código de Comercio, ya que ese artículo no prevé una modalidad que el comerciante deba seguir para ordenar sus comprobantes o asientos, como tampoco un criterio con el fin de que las autoridades verifiquen que el comerciante ha cumplido con su obligación de conservar ordenados sus asientos contables.

En línea con lo anterior, sostuvieron que la interpretación errónea del artículo 55 del Código de Comercio lleva a concluir que toda empresa debe mantener sus asientos contables de *factoring* de manera separada del resto de los asientos contables, contrario a llevar un registro de la información dividido por año y mes como las costumbres mercantiles lo indican.

Por último, señalaron que conforme el Código de Comercio, **AJECOLOMBIA** no es ajena a sus obligaciones como comerciante y siempre ha conservado archivados sus asientos contables de dos maneras: (i) 5.967 cajas con 17.900 unidades documentales que le confió a **SETECSA S.A.** (hoy **IRON MOUNTAIN COLOMBIA S.A.S.**) y (ii) 567 cajas ubicadas en la sede industrial de la compañía en Funza, Cundinamarca.

En primera medida, debe reiterarse que el reproche realizado en el acto administrativo recurrido no fue por el incumplimiento del deber legal contemplado en el artículo 55 del Código de Comercio, sino por incurrir en la conducta prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 según la cual está prohibido omitir acatar en debida forma las solicitudes de información y requerimientos que realice la autoridad de competencia, así como también obstruir sus actuaciones administrativas.

De otra parte, debe aclararse a los recurrentes que las consideraciones realizadas en relación con el artículo 55 del Código de Comercio estaban dirigidas a señalar que el comerciante tiene como obligación legal conservar archivados y ordenados los comprobantes de los asientos de sus libros de contabilidad, de manera que en cualquier momento se facilite verificar su exactitud, razón por la cual la falta de organización o cuidado en el manejo de su documentación, no resulta una excusa válida para justificar la omisión en acatar en debida forma una solicitud de información o requerimiento.

En ese orden de ideas, no se encuentra en discusión que el artículo 55 del Código de Comercio imponga o no una modalidad específica que deba seguirse para ordenar los comprobantes o asientos, debido a que con independencia de la modalidad escogida por el comerciante, lo cierto es que la norma es absolutamente inequívoca en señalar que dichos comprobantes o asientos deben estar "**ordenados**", por lo que esa palabra debe entenderse en su sentido natural y obvio como lo enseña el artículo 28 del Código Civil.

De tal modo, este Despacho rechaza por completo la afirmación tergiversada y sin fundamento de los recurrentes según la cual bajo las consideraciones realizadas en la Resolución No. 26198 de 2019 sobre el artículo 55 del Código de Comercio se sugirió que una empresa debe mantener sus asientos contables de *factoring* de manera separada del resto de sus asientos contables. Al

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 13 de septiembre de 2017. Rad. No. 050012331000 2011 00984 01 (21514).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

respecto, se insiste que las consideraciones estuvieron encaminadas a destacar la obligación que tienen los comerciantes no solo de conservar **archivados** los comprobantes de los asientos de sus libros de contabilidad sino también mantenerlos **ordenados**, de manera que en cualquier momento se facilite verificar su exactitud.

En conclusión, las inconformidades expuestas por los recurrentes no tienen ninguna virtualidad de revocar o por lo menos modificar las consideraciones realizadas en el acto administrativo recurrido en relación con la obligación prevista en el artículo 55 del Código de Comercio.

#### **4.5. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con los criterios de dosificación de las multas**

A juicio de los recurrentes, en los casos de conductas por presuntas inobservancias de instrucciones y obstrucciones a las investigaciones no pueden aplicarse en su totalidad los criterios de graduación de la multa previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

De esta forma, señalaron que el criterio sobre el impacto que la conducta tenga en el mercado no es aplicable. Agregaron que se realizó una interpretación extensiva de la norma en desmedro de las garantías de los investigados y, además, que tratándose de requerimientos de información un mercado relevante no se encuentra siquiera determinado y no está probado que **AJECOLOMBIA** haya incurrido en una conducta que pueda afectar el mercado en el que actúa.

De otra parte, alegaron que el beneficio obtenido por el infractor con la conducta hace referencia expresamente a los beneficios económicos que una empresa puede ganar con una conducta anticompetitiva y, en consecuencia, este criterio no es aplicable debido a que no existe una conducta que hubiera impactado el mercado y otorgado un beneficio al investigado, pues la información fue entregada en su totalidad.

A su vez, indicaron que la conducta procesal de los investigados fue ideal en la actuación administrativa y, en consecuencia, debía concederse un beneficio.

Por otro lado, sostuvieron que el criterio relacionado con el grado de participación de los investigados no es aplicable debido a que (i) no incumplieron ninguna de las instrucciones impartidas y (ii) no realizaron ningún comportamiento tendiente a obstruir la averiguación preliminar, pues el comportamiento se encontraba justificado.

Por último, censuraron que las sanciones impuestas son desproporcionadas y no comparables con las impuestas a otras empresas por los mismos hechos y que en otros casos ("Resoluciones 18728 de 2014 y 35208") fueron sustancialmente menores.

En primer lugar, en relación con la aplicación de los criterios de graduación de la multa previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es pertinente reiterar lo señalado en anteriores decisiones<sup>26</sup>, al precisar que estos criterios no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, ya que los mismos deben ser utilizados dependiendo de si las particularidades de cada caso permiten o no su aplicación<sup>27</sup>. Esta interpretación ha sido avalada por la jurisprudencia administrativa<sup>28</sup> al analizar un alegato similar al presentado por los recurrentes en esta sede. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca considera que:

*"De la norma transcrita [numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009] se deriva que **para imponer una sanción de multa a las personas jurídicas deben tenerse en cuenta siete criterios**, a saber: (i) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (ii) la dimensión del mercado afectado; (iii) el beneficio obtenido por el infractor de la conducta; (iv) el grado de participación del implicado; (v) la conducta procesal de los investigados; (vi) la cuota de mercado de la empresa infractora; y (vii) el patrimonio del infractor; **lo que no implica que***

<sup>26</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 66934 de 2013.

<sup>27</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015.

<sup>28</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 25000234100020150032600.

\*Por la cual se deciden unos recursos de reposición\*

necesariamente deban concurrir los siete elementos de que se trata en un caso determinado.

(...)

También se debe indicar que el monto de la multa impuesta [\$1.232.000.000.00] fue proporcionado, pues se ajustó a lo previsto en el inciso primero del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que correspondió a la gravedad de una conducta claramente obstruccionista de la actuación de la demandada [Superintendencia de Industria y Comercio] y no superó los 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes.

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

Como puede apreciarse, si bien de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 existen siete (7) criterios a efectos de graduar la multa a imponer a un infractor, no necesariamente todos deben concurrir en un caso determinado.

En ese orden de ideas, también debe señalarse que el Consejo de Estado ha reconocido que "(...) la proporcionalidad no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por **la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento**"<sup>29</sup> (Negrilla fuera de texto original).

En razón a lo anterior, precisamente al momento de graduar la sanción en el acto administrativo recurrido se señaló en relación con los criterios sobre el "impacto que la conducta tenga sobre el mercado y la dimensión del mercado afectado" que no resultaban aplicables al caso concreto. Sin embargo, esta circunstancia no implica que se tengan que obviar las características y circunstancias de los hechos que motivaron el reproche a efectos de graduar la multa a imponer, para lo cual no es necesario la determinación de un "mercado relevante".

De tal modo, el argumento según el cual se realizó una interpretación extensiva de la norma en desmedro de las garantías de los investigados no tiene ningún mérito de prosperidad. En efecto, no puede pretenderse que este Despacho deba desconocer la importancia o gravedad de la conducta en el sentido de que las solicitudes de información en la etapa preliminar 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, máxime cuando en el presente caso implicó una clara e indiscutible obstrucción a las labores de inspección.

En segundo lugar, este Despacho no comparte el argumento de los recurrentes dirigido a señalar que las sanciones impuestas son desproporcionadas y no comparables con las impuestas a otras empresas por los mismos hechos y que fueron sustancialmente menores. Con el propósito de desvirtuarlo, debe indicarse que el supuesto desconocimiento del principio de igualdad se limita a ser una simple afirmación sin mayor fundamentación.

En efecto, una de las principales características del derecho a la igualdad es su carácter relacional y, en consecuencia, la más somera metodología para determinar su posible desconocimiento exige que en principio se (i) establezca un criterio de comparación o patrón de igualdad, lo que se traduce en precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se trata de sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente.

A partir de lo expuesto, puede advertirse que la afirmación de los recurrentes se limita a señalar que, a su juicio, en otros casos ("Resoluciones 18728 de 2014 y 35208") las sanciones fueron sustancialmente menores a la impuesta a **AJECOLOMBIA**, lo cual es una simple comparación entre los montos de las multas impuestas, cuestión que no puede entenderse como un verdadero criterio de comparación que permita determinar si los supuestos de hecho en que se encuentra

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 18 de julio de 2019. Rad. No. 250002324000 2010 00161 01 y 050012331000 2010 00487 01 (acumulados).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**AJECOLOMBIA** en relación con otras empresas son susceptibles de compararse, ni tampoco definir si realmente en el plano fáctico o jurídico existió un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales, que implique una trasgresión al derecho a la igualdad.

Aceptar la tesis de los recurrentes, a partir de la cual una simple comparación de las sanciones impuestas es suficiente para determinar un trato desigual en la imposición de una multa, sería tanto como desconocer que precisamente unos de los criterios a efectos de dosificar una multa es el patrimonio del infractor previsto en el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que por obvias razones puede variar o ser diferente de una empresa a otra y que se aplica dependiendo de la particularidades de cada caso.

Adicionalmente, este Despacho puede evidenciar que **INTERNACIONAL DE CÁMARAS Y LENTES S.A.S.**, empresa sancionada mediante la Resolución No. 18728 de 2014 referida por los recurrentes, tenía un patrimonio que representa aproximadamente tan solo un 2% en relación con el patrimonio reportado por **AJECOLOMBIA**, lo que ratifica la conclusión de que la diferencia de trato en la dosificación de la multa está constitucionalmente justificada, en razón a que las situaciones objeto de comparación son completamente diferentes, por lo menos en lo que se refiere al criterio de patrimonio. Para mayor ilustración un cuadro comparativo permite apreciar la diferencia advertida.

**Cuadro No. 1. Comparación  
Resolución No. 18728 de 2014 y Resolución No. 26198 de 2019**

Infractor	INTERNACIONAL DE CÁMARAS Y LENTES S.A.S.	AJECOLOMBIA S.A.
Patrimonio	\$ 1.397.712.000.00	\$ 66.038.300.000.00
Multa	\$ 388.080.000.00	\$ 1.320.845.020.00

Fuente: Elaboración SIC

Conforme las anteriores circunstancias, resulta apenas obvio concluir que las afirmaciones de los recurrentes en que sugieren un trato desigual son totalmente alejadas a la realidad y no resultan suficientes para determinar una trasgresión al principio de igualdad y, en consecuencia, se rechazan por infundadas.

Por el contrario, la sanción impuesta a **AJECOLOMBIA** al ser equivalente únicamente al 2% aprox. de su 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 numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, puede considerarse que es absolutamente proporcional a las características y circunstancias de los hechos que la motivaron.

De otra parte, los recurrentes sostuvieron que el criterio del beneficio obtenido por el infractor con la conducta hace referencia expresamente a los beneficios económicos que una empresa puede ganar con una conducta anticompetitiva. Al respecto, en primera medida, es importante resaltar que cuando se hace referencia a beneficio, el mismo resulta ser sinónimo de utilidad, conceptos que pueden definirse como la diferencia entre los ingresos y los costos de un agente económico.

En segunda medida, debe aclararse que dentro del conjunto de posibles costos económicos –que pueden resultar siendo ingresos para otros agentes– en los que puede incurrirse al realizar una actividad, y que se diferencian de los costos contables, deben considerarse los costos de oportunidad. Los costos de oportunidad son aquellos en los que se incurre al tomar una decisión y no otra. Es decir, la utilidad que deja de percibirse por elegir una alternativa frente a otra. Estos costos no se reflejan contablemente toda vez que no son explícitos, es decir, no son efectivamente erogados por el agente económico. No obstante lo anterior, sí afectan el beneficio obtenido por el mismo.

Lo anterior quiere decir que, en casos como el presente, que hacen referencia a comportamientos que obstruyen investigaciones, existe un costo de oportunidad que asume la Autoridad de competencia, que resulta en utilidad para el sancionado, equivalente a no poder hacer uso de la información documental solicitada. Es evidente que lo anterior no puede ser cuantificable en la medida en que al no conocer el contenido de la información, no es posible calificar su valor probatorio. Sin embargo, esta imposibilidad de cuantificación en nada desdibuja el beneficio obtenido por el infractor quien, al obstruir la investigación, se benefició de la incapacidad de la Autoridad de analizar la información no entregada.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio reconoce que en escenarios de investigaciones por obstrucciones no puede especificar el beneficio obtenido por el infractor con la conducta, lo cierto es que sí existe dicho beneficio, con lo cual no podría dejarse de lado este criterio para la dosificación de la sanción.

Por otro lado, en relación con la aplicación del criterio de *conducta procesal del investigado* para este Despacho la afirmación de que los investigados tuvieron un comportamiento "ideal" no es suficiente para modificar la conclusión de que ese criterio tiene un efecto neutro sobre la dosificación de la sanción en el presente caso, habida cuenta que el infractor, si bien ejerció su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la agravación de la sanción, lo cierto es que tampoco ejerció alguna actuación concreta que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa.

Finalmente, los recurrentes señalaron que el criterio relacionado con el grado de participación de los investigados no es aplicable debido a que (i) no incumplieron ninguna de las instrucciones impartidas y (ii) no realizaron ningún comportamiento tendiente a obstruir la averiguación preliminar, pues el comportamiento se encontraba justificado. Al respecto, debe insistirse en 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, lo que fue suficientemente corroborado en el acápite **4.2.** del presente acto administrativo.

Así las cosas, no se encuentra ninguna razón o elemento de juicio adicional que permita modificar la sanción impuesta a **AJECOLOMBIA** en la Resolución Sancionatoria, por lo que, además de rechazar todos los argumentos presentados por los recurrentes sobre el particular, se confirma integralmente el monto de la multa impuesta.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

#### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 26198 de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO: 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 no procede recurso alguno.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **02 SEP 2019**

El superintendente de Industria y Comercio,

  
ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

---

**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.