



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (4 8 3 3 6) DE 2014
0 8 AGO 2014

Radicación 12 118338

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD HOC

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las contenidas en la Ley 1340 de 2009, los numerales 2 y 23 del artículo 1, y el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 32656 del 23 de mayo de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) declaró que la **SOCIEDAD PORTUARIA ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A. (ATLANTIC COAL)** inobservó unas instrucciones impartidas dentro del trámite administrativo No. 10-165154 y, en consecuencia, incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Lo anterior, en la medida en que desatendió un requerimiento de información formulado por la Delegatura para la Protección de la Competencia, decretado como prueba dentro de la investigación que por la presunta infracción a las normas de protección de la competencia se adelantaba en contra de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. (SPRB)**.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 32656 de 2014, y dentro del término legal, **ATLANTIC COAL** presentó recurso de reposición contra la misma.

En su recurso, **ATLANTIC COAL** solicita revocar en su totalidad la Resolución No. 32656 de 2014 y, en consecuencia, revocar la sanción impuesta por esta Entidad En subsidio, solicita que la SIC reduzca el monto de la multa.

Los argumentos presentados por **ATLANTIC COAL** para solicitar la revocatoria de la sanción son los siguientes:

2.1. Recuento de la actuación administrativa dentro de la cual se presentó el requerimiento de información

Menciona el recurrente que a raíz de una comunicación remitida el 31 de diciembre de 2010 por la Corporación del Río Grande de la Magdalena – **CORMAGDALENA**, la SIC profirió la Resolución de apertura de investigación No. 53897 del 30 de septiembre de 2011 en contra de la **SPRB**, por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

HN

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

a la realidad, toda vez que aunque en un principio se abstuvo justificadamente de remitir el documento que le fue requerido, -en cumplimiento de la obligación de confidencialidad pactada en el contrato-, finalmente lo entregó a la SIC, atendiendo así la orden de la autoridad.

A continuación, menciona que en este caso es relevante el hecho de que la SPRB fue quien inicialmente le informó a la SIC la existencia del contrato de transacción celebrado en diciembre de 2011 entre la SPRB y ATLANTIC COAL, no obstante lo cual nunca lo allegó a la SIC, sobre la base de que debía respetar el acuerdo de confidencialidad pactado. Señala que esa posición de SPRB fue respetada por la SIC sin reparo, pasando por alto que al haber alegado la SPRB la existencia del contrato de transacción como uno de los fundamentos de su defensa, tenía el deber legal de aportarlo como prueba en observancia del mandato imperativo del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, según el cual las partes deben aportar el original de los documentos privados que estuviesen en su poder. Como en este caso el contrato también estaba en poder de SPRB, era dicha sociedad quien estaba llamada a aportarlo.

Señala que si la SPRB pudo válidamente abstenerse de aportarle a la SIC el contrato de transacción sobre la base de la existencia de un acuerdo de confidencialidad sobre el mismo, lo propio podía hacer ATLANTIC COAL, pues no se entendería que ese planteamiento jurídico fuera aceptable solo para una de las dos sociedades, cuando ambas se encontraban en la misma situación.

Sin perjuicio de lo expuesto, concluye el recurrente que en el expediente está probado que ATLANTIC COAL sí le entregó a la SIC el documento requerido, el cual fue aportado junto con la comunicación radicaba con el No. 12-118338-1 del 23 de julio de 2012. Siendo ello así, por sustracción de materia no podría predicarse que hubiera existido un incumplimiento de instrucción por parte de la sancionada, pues la SIC efectivamente recibió el documento no habría lugar a imponer la multa recurrida, la cual debería ser revocada.

2.3.2. Inaplicación de los factores legales que la SIC debe tener en cuenta para graduar la multa impuesta a ATLANTIC COAL

Manifiesta el recurrente que si en gracia de discusión se dijera que la empresa ATLANTIC COAL incurrió en la conducta de inobservancia de instrucciones, lo cierto es que en el presente caso no se tuvieron en cuenta los factores que según la Ley se deben considerar al momento de graduar la multa, y que la misma carece de proporcionalidad, y en su concepto, por esta causal debería ser revocada.

Adicionalmente, alega que en la parte motiva de la sanción recurrida no se hizo análisis de los factores legales mencionados en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que señalan los criterios a tener en cuenta para dosificar una sanción.

Cita además una jurisprudencia constitucional que señala que las autoridades deben aplicar criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad al momento de fijar la sanción. (Sentencia Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia C-125 de 2003).

W

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Finaliza diciendo que la SIC le impuso una sanción de \$55'000.000.00 sin tener en cuenta los factores establecidos en el mencionado artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, entre ellos el patrimonio de la sancionada, y que considera que la multa es excesiva teniendo en cuenta que se entregó el documento requerido, que no se produjo ningún impacto adverso sobre el mercado, y que tampoco obtuvo la sociedad ATLANTIC COAL beneficio alguno de la supuesta inobservancia.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 80 del CPACA, este Despacho procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por ATLANTIC COAL en contra de la Resolución de Sanción No. 32656 del 23 de mayo de 2014, en los siguientes términos:

3.1. Frente al recuento de la actuación administrativa adelantada por la SIC.-

La recapitulación que hace ATLANTIC COAL de los trámites adelantados por la Delegatura para la Protección de la Competencia, tanto en la etapa preliminar como en la posterior investigación, no ameritan mayor examen en la medida que corresponden a las actuaciones que componen el trámite identificado con el No. 10-165154, y que se soportan con los documentos que obran en el expediente. En este punto, solo se detendrá el Despacho en la referencia que trae el recurso frente al origen de la investigación, toda vez que se limita a mencionar que a *“raíz de la comunicación remitida el 31 de diciembre de 2010 por CORMAGDALENA, la SIC inició la averiguación que permitiera determinar la configuración de unas presuntas conductas anticompetitivas”* pero omitió señalar aspectos que resultaron relevantes en el curso del trámite adelantado, a saber:

- La comunicación remitida el 31 de diciembre de 2010 por CORMAGDALENA a la SIC, presentaba como antecedente un Informe de la Contraloría General de la República – Seccional Departamental del Atlántico, en la cual se pronunciaba respecto a un presunto daño patrimonial del Estado ocasionado por los manejos que se habrían brindado a terminales portuarias por parte de la SPRB y CORMAGDALENA.
- Esas afirmaciones obedecían, a su vez, a una denuncia presentada por el mismo ciudadano Morris Harf Meyer, en su calidad de representante legal de la sociedad ATLANTIC COAL, en las que mencionaba que al predio de su propiedad denominado “Patio de Chatarra”, contiguo a las instalaciones portuarias de la SPRB, le habían sido bloqueados los accesos por parte de su competidor.
- Si bien la queja que inició el trámite por la presunta infracción al régimen de competencia tenía como supuestos las presuntas vulneraciones que había sufrido ATLANTIC COAL en su condición de supuesto agente exportador de carbón, y en su condición de aparente competidor de la Sociedad Portuaria de Barranquilla, las pruebas recaudadas en el curso del trámite adelantado por la SIC permitieron concluir, con grado de certeza, que ATLANTIC COAL no tenía realmente la condición de competidor en el mercado, en la medida que de años atrás no realizaba ninguna clase de actividad de cargue de carbón en los predios donde alegaba una supuesta obstrucción.

Las anteriores referencias resultan oportunas en la medida que ilustran el contexto en el cual la SIC requirió el documento contentivo del contrato de transacción que en su

PN

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

momento se negó a aportar el sancionado, y desvirtúan la referencia implícita del recurrente en cuanto a que el inicio del trámite administrativo obedeció simplemente a una comunicación “*radicada por CORMAGDALENA*”, y no al trámite iniciado con ocasión de sus denuncias.

3.2. Respuesta a las razones por las que presuntamente procedería la revocatoria de la sanción por inobservancia

3.2.1. Que no existió infracción

Sea lo primero señalar que extraña a este Despacho que el sancionado persista en desconocer las implicaciones de su conducta, consistente en no atender el requerimiento de información que en su momento le realizara la Autoridad de competencia. Para desvirtuar la posición del recurrente sobre la inexistencia de la infracción basta con remitirnos a lo señalado en el considerando décimo tercero de la Resolución de Sanción No. 32656, donde se señaló:

“(…)

*El señor **MORRIS HARF MEYER**, dentro del término que le fuere concedido para tal efecto, se pronunció sobre el requerimiento de información efectuado por la Delegatura y al respecto manifestó:*

*1. Que no se había celebrado transacción alguna entre la **SPAC** y **SPRB**, en relación con la actuación administrativa que por presunta infracción al régimen de la libre competencia adelantaba esta Superintendencia contra la **SPRB**.*

*2. Sin perjuicio de lo anterior, informó que en el mes de diciembre de 2011, se había celebrado un acuerdo privado entre la **SPAC** y otras dos sociedades, que entre otros asuntos, incluía una negociación que versaba sobre acciones y procesos jurídicos, distintos e independientes del que se adelantaba por la Superintendencia de Industria y Comercio y respecto de los cuales se había instituido una cláusula de confidencialidad en virtud de la cual las partes estaban obligadas a no revelar el contenido de dicho acuerdo.*

3. En consecuencia no remitió a la SIC el documento que de manera detallada se había solicitado. (...)

A su vez, en el considerando décimo séptimo de la Resolución recurrida, la SIC le ilustró al investigado:

“(…)

17.1. De la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar información

*Con la expedición del Decreto 4886 de 2011, se señalaron las facultades y funciones de la **SIC** en su calidad de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. En el numeral 62 del artículo 1º, el Decreto establece como una de las facultades de esta Entidad, la de 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. Así mismo, y para hacer efectivas las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas por la ley, el numeral 63 del artículo 1º del mismo decreto faculta a esta Entidad para*

W

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

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.

Teniendo en cuenta la importancia que representa para las autoridades encargadas del control y vigilancia el conocer la información en poder de los particulares y que se relacione con el ejercicio de sus funciones, el artículo 15 de la Constitución Política establece lo siguiente:

“Artículo 15. *Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

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. (Negrilla fuera de texto original).

Con base en lo expuesto, y en la medida en que la SIC, entre otras, ejerce funciones de inspección, vigilancia y control en materia de protección de la competencia, le es plenamente aplicable el párrafo final del artículo 15 citado.

De esta forma, la SIC cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona documentos y papeles de comercio, aun aquellos que contengan información reservada, sin que exista una restricción legal para ello diferente al ejercicio de sus funciones. (...)

Cabe recordar que es una prerrogativa y a la vez una obligación de las autoridades ejercer la facultad de inspección y, por supuesto, obtener la información necesaria para el cumplimiento de dichas facultades. Si dicha facultad fuera susceptible de interpretarse por los particulares a quienes se formulan las solicitudes de información, la actividad de recaudo de evidencias por parte de las autoridades administrativas se tornaría apenas en una sugerencia o actividad susceptible de ser o no ser atendida, lo cual entorpecería, por no decir que haría nugatoria, la función de instruir e impulsar la investigación. Con esto, queda claro que definir si la información resulta o no pertinente, es facultad exclusiva de la autoridad administrativa. (...)”

A pesar de lo anterior, el recurrente se negó a aportar los documentos solicitados por la Superintendencia de Industria y Comercio durante el trámite administrativo, tanto en petición escrita como en interrogatorio de parte; y fue solo hasta que esta Entidad abrió un trámite de incumplimiento de instrucciones sujeto a severas sanciones que el recurrente allegó, de forma tardía, lo solicitado por la SIC.

Así, es claro que dentro del expediente obran pruebas que dan cuenta de que el investigado se negó a aportar una prueba que era necesaria para la investigación, y

PW

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

que sólo la aportó una vez esta Entidad abrió un procedimiento por incumplimiento de instrucciones.

En efecto, los trámites señalados a continuación determinan con certeza la decisión adoptada por la sancionada, en el sentido de inobservar las instrucciones de la SIC:

- Requerimiento de información radicado con el No. 10-165154-54 del 2 de abril del 2012¹, por el cual la Delegatura para la Protección de la Competencia, dando cumplimiento a la Resolución de adición de pruebas No. 19487, conminó a la **SPAC** a que aportara copia del documento contentivo de la presunta transacción celebrada con la **SPRB**, de la que se había tenido noticia con ocasión de lo informado por el investigado, y concediéndole para ello un término que expiraba el 11 de abril de 2012.
- Comunicación radicada con el No. 10-165154-57 del 11 de abril de 2012, en la cual el representante legal de **SPAC**, hace referencia de manera general a la transacción en la que participó y de manera contundente le informa a la SIC que por existir una cláusula de confidencialidad se abstendrá de suministrar información.
- Testimonio rendido por el señor Morris Harf Meyer, en su calidad de representante legal de **SPAC** el 12 de abril de 2012. Se transcriben a continuación algunos apartes del mencionado testimonio:

(...)

Preguntas Apoderado de la SPRB: *Diga usted si sobre el predio denominado “Patio de Chatarra” la Sociedad Portuaria Atlantic Coal celebró un contrato de compraventa?*

Respuesta: *Sí, lo celebró.*

Pregunta: *Cuando celebró ese contrato de compraventa?*

Respuesta: *Ese contrato se hizo a finales del año pasado*

Pregunta: *Es decir que el “patio de Chatarra” ya no es propiedad de ustedes?*

Respuesta: *El patio de chatarra fue negociado en diciembre del año pasado.*

Pregunta: *Diga usted cuál fue el precio por el cuál Atlantic Coal adquirió el denominado predio “Patio de Chatarra”?*

Respuesta: *No recuerdo.*

Pregunta: *No recuerda? ... usted ha entregado al Despacho algún documento en el que conste la compraventa del patio de chatarra?*

Respuesta: *No.*

Pregunta: *Diga usted si recuerda cuál fue el precio por el cual se vendió el predio Patio de Chatarra en este contrato de compraventa que usted mencionó.*

Respuesta: *Quisiera anotar dos cosas: Primero, que esa negociación está cubierta bajo una cláusula de confidencialidad, y segundo: quiero manifestar que*

¹ Folio 927 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente 10-165154.

W

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

lo que se negoció, es la propiedad de un puerto que incluye el patio de chatarra, o sea que la negociación se hizo sobre un puerto.

Anotación del apoderado de SPRB: *Claro señor Harf, pero yo solicito al Despacho que conmine al testigo a contestar, porque una cosa es un contrato de transacción que puede estar cubierto por la confidencialidad, pero otra cosa es una escritura pública de compraventa.*

En esa medida yo le conmino a usted a contestar esta pregunta.

Responde el testigo: *Pues yo considero, y no soy abogado pero considero que la negociación que se adelantó es una negociación que está cubierta por una cláusula de confidencialidad, que yo no puedo, no puedo ... violar.*

Anotación del apoderado de SPRB: *Sí, yo le entiendo, Dr. Harf que uno puede celebrar muchos negocios jurídicos, y que de ellos se generen otros, pero si uno acude a una escritura pública, todas las personas pueden acceder a esa escritura pública.*

Respuesta del testigo: *Entonces yo le contesto de otra manera ... en la negociación que se hizo y que también estuvo la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla, que también está cubierta por la cláusula de confidencialidad, conoce los términos de esa negociación, y por la tanto entonces le ruego a usted que le solicite a la SPRB que le suministre esa información, porque vuelvo y digo, yo considero personalmente que no tengo la facultad para dar detalles sobre esa información.*

Intervención del Despacho para aclaración al Testigo: *El Despacho dentro de sus facultades se encuentra la facultad (disculpen la redundancia) de recordar al testigo que responda las preguntas, porque de lo contrario se considera que está obstruyendo la investigación. (...)*

Se ofrece la oportunidad y el testigo lee de manera íntegra el texto de la comunicación que obra a folio 90, cuaderno público del expediente de inobservancia.

Apoderado de la SPRB: *Pues ya en este estado de la diligencia, yo solicito que se deje la constancia que el testigo se rehusa a contestar la pregunta.*

Advertencia del Despacho: *Sí, se dejará constancia que el testigo se rehusa a contestar las preguntas relacionadas con la presunta transacción y que la Superintendencia de Industria y Comercio tomará las actuaciones correspondientes. Sin embargo se le recuerda al Dr. Harf que esta es una investigación administrativa, y por ende, si considera la Superintendencia que se está obstruyendo la investigación, se tomarán las medidas pertinentes.*

Respuesta del testigo: *Sí soy consciente de ello. (...)*

Por otra parte, se recuerda al impugnante que la SPRB también fue sujeto de requerimiento de la SIC para que aportara la transacción mencionada, con la particularidad que dicha sociedad en ningún momento desconoció las facultades de la autoridad para exigir información, como sí lo hizo el recurrente. En efecto, la SPRB aportó todos los documentos que en su momento fueron solicitados por la SIC, sin desconocer las facultades de esta Entidad. Así, es falso que hubiese habido un trato desigual entre la SPRB y el recurrente frente a la solicitud y aporte de información.

W

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Para demostrar lo anterior, se hace referencia a las piezas procesales con las que se conminó a la SPRB a remitir la información con destino al expediente:

- Resolución No. 19487 del 29 de marzo de 2012 por la cual la Delegatura para la Protección de la Competencia, reprogramó y adicionó pruebas, se impartió la siguiente orden: *“7.1. Oficiar a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. para que allegue a este Despacho copia del documento contentivo de la “presunta transacción o acuerdo” en el que intervinieron tanto la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. como la Sociedad Portuaria Atlantic Coal de Colombia S.A.”*
- Oficio No. 10-165154 – 56 del 2 de abril de 2012, Actuación: requerimiento pruebas, remitido a la SPRB para que remitiera copia del documento contentivo de la transacción, documento que fue aportado por SPRB al expediente en su momento.

En cumplimiento de la Resolución que decretó la prueba documental, aparece a folios 930 y 931 del expediente 10-165154, la Constancia de Asistencia a diligencia de interrogatorio del señor Fernando Mario Arteta García (12 de abril de 2012), representante legal de la sociedad portuaria SPRB. En dicha acta se dejó constancia que en el curso de la audiencia, el apoderado aportó el “Documento Privado Complementario a la Escritura de Compraventa del predio denominado Patio de Chatarra” en cumplimiento de lo solicitado por la SIC. Teniendo en cuenta que el apoderado advirtió al Despacho el carácter de reservado de dicho documento, el mismo fue desglosado y archivado en cuaderno independiente y reservado.

Así, es falso el argumento según el cual el documento no le fue requerido a la SPRB, lo cual desvirtúa el supuesto trato desigual de parte de esta Entidad para con el recurrente.

De esta forma, si bien es cierto que ATLANTIC COAL finalmente aportó el documento solicitado, no lo hizo en tiempo, y solamente decidió adoptar tal conducta una vez se abrió un trámite por incumplimiento de instrucciones por parte de esta Entidad.

3.2.2. Frente a la presunta inaplicación de los factores legales o criterios de dosificación de la multa

Sea lo primero señalar que al momento de imponer la sanción en el presente caso, la SIC tuvo en cuenta todos y cada uno de los factores que establece el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, obviamente atendiendo a la naturaleza propia del trámite. En efecto, se tuvo en cuenta el expediente y la investigación dentro de la cual ocurrió la inobservancia de instrucciones, el tipo de documento no aportado, el hecho de que el investigado lo hubiese aportado con posterioridad al proceso – lo cual atenúa la sanción-, entre otros factores establecidos en el artículo 25 mencionado, y fue con base en esto que decidió imponer una sanción de CINCUENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$55'000.000.00), que es equivalente al 0.089 % de la sanción máxima a imponer.

Así, es claro que el hecho de haber aportado el documento con posterioridad sirvió al recurrente para acceder a rebajas en la imposición de la multa, lo cual explica su bajo monto frente a la posible sanción a imponer.

RESOLUCIÓN NÚMERO 48336 DE 2014 Hoja No. 10

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Por otra parte y aunque menciona que procedería una disminución en la sanción, este Despacho no encuentra argumentos o pruebas adicionales que se hubiesen aportado en el recurso que permitan modificar la cuantía señalada inicialmente.

Por lo anterior, el argumento presentado por la recurrente en relación con la desproporción de la multa, no prospera.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 32656 del 23 de mayo de 2014, por la cual se declaró probada una inobservancia de instrucciones por parte de la **SOCIEDAD PORTUARIA ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A.**, y se impuso una sanción, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la **SOCIEDAD PORTUARIA ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A.**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **08 AGO 2014**

El Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc


LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA

*Proyectó: Blanca I. Castro Angarita
Revisó: Felipe Serrano Pinilla
Aprobó: Luis Guillermo Vélez Cabrera*

NOTIFICAR:

SOCIEDAD PORTUARIA ATLANTIC COAL DE COLOMBIA S.A.
NIT 800083914 - 4
Representante Legal
MORRIS HARF MEYER
Carrera 9 No. 81 A -26 Oficina 203
E-mail: atlantic.coal@gmail.com
Bogotá - Colombia