



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
RESOLUCIÓN NÚMERO 9355 DE 2017

Radicación 15-145564

(03 MAR 2017)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 66641 del 5 de octubre de 2016¹ (en adelante la "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** por incurrir 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, por obstruir una visita administrativa adelantada en sus instalaciones el 28 de mayo de 2015, ordenada mediante oficio radicado con No. 15-100048-13 del 25 de mayo de 2015².

En efecto, este Despacho determinó que **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** no colaboró con los requerimientos hechos durante la referida visita, en el sentido de no permitir la inspección de los computadores asignados a **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO**, **CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ** y **HEBER VILLA ESCOBAR**, con el fin de recolectar información relacionada con los procesos de contratación estatal en que ha participado dicha empresa.

Particularmente, como se evidenció en el acta de la mencionada visita administrativa³, la actuación de los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio fue obstruida por **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO**, Representante Legal Suplente de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, al negarse reiterada e injustificadamente a que los computadores fueran inspeccionados, aduciendo que en el momento no contaba con asistencia técnica ni jurídica.

Este Despacho observó que frente a la negativa de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** de permitir la inspección y recaudo de información electrónica contenida en los computadores, los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio explicaron las facultades legales para adelantar este tipo de diligencias, el carácter reservado de la etapa de averiguación preliminar de la que hacía parte la referida visita, la normativa sobre reserva documental, así como las eventuales sanciones en que podrían incurrir por la inobservancia de instrucciones y/o obstrucción de las actuaciones adelantadas por la Autoridad de Competencia. Así pues, el Despacho observó que a pesar de las explicaciones rendidas por **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, dicha compañía se mantuvo en una negativa injustificada a permitir la inspección y recaudo de información electrónica contenida en los referidos computadores.

De esta manera, el Despacho determinó que se configuró por parte de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** una obstrucción a la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, al no atender los requerimientos y cumplir las órdenes o instrucciones impartidas durante la visita adelantada el 28 de mayo de 2015 en sus instalaciones, obstrucción que fue determinante para que no se cumpliera con los fines de la mencionada diligencia.

¹ Folios 370 a 386 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente No. 15-145564. En adelante, cuando se haga referencia al "Expediente" este corresponde al radicado con el No. 15-145564.

² Folio 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³ Folios 7 a 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

SEGUNDO: Que mediante escrito radicado con No. 15-145564-28 del 3 de noviembre de 2016⁴, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** interpuso recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria, presentando los argumentos que se resumen a continuación:

- Durante la visita administrativa cumplió las instrucciones impartidas, ya que recopiló y entregó los documentos requeridos, y autorizó el acceso a los computadores. Sin embargo, no se obtuvo la información contenida en ellos, dado que la empresa sufrió un ataque informático.
- Los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio no indicaron el objeto de la visita administrativa y se limitaron a describir las fases que comprendía.
- En el curso de la visita administrativa no se permitió la presencia de un abogado ni de un experto técnico; sin embargo, en las visitas administrativas adelantadas a otros miembros del consorcio del que hacía parte dicha empresa, sí se accedió a dichas peticiones.
- La investigada estuvo dispuesta a entregar posteriormente como prueba, los discos duros e información contenida en los computadores solicitados en el curso de la visita administrativa.
- De no revocarse la sanción impuesta y teniendo en cuenta la situación financiera de la compañía durante 2015 y 2016, solicitó se rebaje la multa aplicando los criterios de proporcionalidad y congruencia, conforme se ha hecho anteriormente en decisiones tomadas en casos similares.
- Cuando se trata de la presunta inobservancia de órdenes o instrucciones, no pueden aplicarse todos los criterios de graduación de la multa previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.
- El presente trámite administrativo sancionatorio se encuentra viciado de nulidad por violación al debido proceso, ya que el procedimiento adelantado no está previsto en ninguna norma procesal, no se permitió la defensa técnica de la investigada, se violó el derecho a la intimidad por cuanto no se discriminó entre la información empresarial y la privada, no se valoraron las pruebas aportadas en la investigación radicada con No. 15-100048, y se produjo un trato discriminatorio con **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** frente a otras empresas visitadas.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 1065 del 18 de enero de 2017⁵, el Despacho resolvió sobre la petición de pruebas referida en el numeral anterior de la presente Resolución, en el sentido de decretar algunas pruebas y negar otras, ya que no cumplían con los requisitos legales⁶.

CUARTO: Que una vez estudiados los argumentos expuestos por **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** y de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011, este Despacho resolverá el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución Sancionatoria, en los siguientes términos:

4.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la presunta nulidad originada en la supuesta violación al debido proceso administrativo.

En el escrito contentivo del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución Sancionatoria, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** alegó que se produjo una nulidad por violación al debido proceso, con base en que: (i) el trámite administrativo adelantado no está previsto en ninguna norma procesal; (ii) no se le permitió ejercer su derecho constitucional de defensa a través de un abogado; (iii) se violó su derecho a la intimidad, por cuanto al momento de solicitársele la información requerida, no se discriminó entre la empresarial y la privada; (iv) no se valoraron las pruebas aportadas en la investigación radicada con No. 15-100048; y, (v) se produjo un trato discriminatorio frente a otras empresas visitadas pertenecientes al consorcio del que hacía parte.

Una vez analizados los supuestos de hecho y de derecho que le sirven de base a la investigada para solicitar la nulidad de esta actuación administrativa, se ha podido constatar que los mismos

⁴ Folios 387 a 411 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵ Folios 415 a 418 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁶ Código General del Proceso. "**Artículo 168. Rechazo de plano.** El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles".

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

son idénticos a los expuestos como argumentos de defensa tendientes a obtener la revocatoria de la Resolución Sancionatoria, o, en su defecto, la reducción del valor de la multa impuesta, razón por la cual, serán estudiados a lo largo del presente acto administrativo.

En primer lugar, no encuentra el Despacho acreditada la violación del debido proceso al supuestamente no encontrarse previsto en la ley el procedimiento administrativo sancionatorio por inobservancia de órdenes o instrucciones u obstrucción de las investigaciones. En efecto, el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 establece el trámite a seguir cuando una persona natural o jurídica obstruye una investigación.

Al respecto establece el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 lo siguiente:

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: (...)

(...)

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

(...)” (Subrayado fuera del texto original).

Así pues, ante el aparente incumplimiento de las instrucciones y la obstrucción de la actuación administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio inició el procedimiento solicitando las explicaciones del caso como lo establece el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, para determinar si se incumplieron instrucciones o se obstruyó la actuación, para lo cual emitió el oficio No. 15-145564 del 42 de junio de 2015⁷, donde se elevaron los cargos y se le otorgó a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** un término de diez (10) días para presentar sus descargos o explicaciones y aportar o solicitar las pruebas que considerara pertinentes, en virtud del ejercicio del derecho de defensa.

Mediante el escrito radicado No. 15-145564-1 del 15 de julio de 2015⁸, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** presentó los argumentos de defensa que estimó pertinentes y enunció las pruebas que pretendía hacer valer en esta actuación. Posteriormente, la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución No. 81637 del 15 de octubre de 2015⁹, en la cual decretó algunas de las pruebas solicitadas y otras de oficio.

Respecto de la prueba pericial sobre los computadores y correos electrónicos de la empresa investigada, la visita administrativa a sus instalaciones y el interrogatorio de parte a **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO** solicitadas como prueba por la investigada, la Superintendencia de Industria y Comercio no las decretó, al considerarlas superfluas e impertinentes por cuanto no se dirigían a explicar las razones por las cuales se obstruyó la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio y no se acataron las órdenes e instrucciones impartidas.

Mediante escrito radicado con No. 15-145564-15 del 12 de noviembre de 2015¹⁰, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** interpuso recurso de reposición contra los numerales 3.1 y 3.2 de la Resolución No. 81637 de 2015, a fin de que se precisara que dicha compañía no solicitó la práctica de una *prueba pericial* a sus computadores, ni tampoco petitionó una *inspección administrativa* a sus instalaciones. Del mismo modo, solicitó que se revocara el numeral 3.3 del acto administrativo recurrido, y en su lugar se decretara el interrogatorio de **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO** en su calidad de Representante Legal Suplente de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**

⁷ Folios 1 a 5 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸ Folios 11 a 284 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹ Folios 294 a 299 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁰ Folios 335 a 340 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

A través de la Resolución No. 103656 del 31 de diciembre de 2015¹¹, la Delegatura resolvió el recurso de reposición referido en el numeral anterior, en el sentido de suprimir los numerales 3.1 y 3.2 del **ARTÍCULO TERCERO** de la Resolución No. 81637 de 2015, y confirmar el numeral 3.3 del **ARTÍCULO TERCERO** del acto recurrido, denegando la práctica del interrogatorio solicitado.

Luego de ello, esta Superintendencia profirió la Resolución Sancionatoria No. 66641 del 5 de octubre de 2016¹², indicando claramente los hechos probados, la normativa vulnerada y los fundamentos para la imposición de la sanción. Dicha decisión fue debidamente notificada a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, indicándole que en su contra procedía el recurso de reposición, el cual finalmente fue interpuesto por la sancionada.

De acuerdo con lo expuesto, el procedimiento llevado a cabo garantizó plenamente el derecho al debido proceso y la defensa de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, sociedad que conoció de la imputación que se le realizó, presentó descargos, solicitó pruebas, conoció el acto de pruebas y la Resolución Sancionatoria, la cual impugnó ante este Despacho. De esta forma, no es válido sostener, como lo hace la recurrente, que existió violación de su debido proceso, dado que esta Superintendencia profirió la decisión sancionatoria luego de acreditar su responsabilidad, en el marco de un procedimiento legalmente establecido en el que se le garantizó en todo momento su participación, la posibilidad de presentar sus argumentos de defensa, solicitar y aportar pruebas y en general, controvertir las diferentes decisiones adoptadas por la Administración.

Por las razones expuestas anteriormente, este Despacho rechaza el argumento de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, según el cual un incumplimiento de instrucciones o una desatención a las solicitudes de información debe tramitarse bajo el procedimiento señalado en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011. Para este Despacho es claro que el trámite aplicable es el contemplado en el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, que establece que estos incumplimientos se tramitan mediante solicitud de explicaciones.

Ahora bien, frente a la supuesta violación del derecho a la intimidad, vale mencionar que dicha garantía goza de fuero constitucional en el artículo 15 de la Constitución Política, el cual dispone:

"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 los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley". (Subrayado fuera del texto original).

Como puede advertirse, esta norma establece una potestad especial en cabeza de las autoridades que ejercen funciones de "inspección, vigilancia e intervención del Estado" como la Superintendencia de Industria y Comercio, permitiéndoles exigir "la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados (...)" (subrayado fuera del texto original). Así las cosas, como bien lo dispone expresamente la propia Constitución Nacional, las autoridades administrativas que ejercen funciones de inspección, vigilancia y control, como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, pueden legalmente exigir a particulares la entrega de documentos privados, con la correspondiente obligación de entregarlos a cargo de las personas naturales o jurídicas a quienes se les exija su entrega. Dicho de otro modo, si bien el derecho a la intimidad es un derecho constitucional fundamental, también lo es que no se trata de un derecho de carácter absoluto, sino que encuentra en el propio texto de la norma constitucional que lo consagra, una excepción consistente en la posibilidad de las autoridades administrativas que

¹¹ Folios 352 a 357 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

¹² Folios 370 a 386 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

ejerzan funciones de inspección, vigilancia y control de exigir la información y la consecuente obligación de los particulares de entregarla.

No obstante lo anterior, si se desatienden los requerimientos, la Autoridad de Competencia no podrá acceder a los mismos "por la fuerza" ni interceptarlos, sin perjuicio de que la renuencia del administrado constituya el incumplimiento de un deber legal, el cual es sancionado en el caso de los trámites de protección de la competencia por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. Así, en caso de que no se entreguen los documentos e información solicitados, la Administración no podrá hacerse a ellos sin la voluntad del administrado, sin perjuicio claro está de la posibilidad de interponer sanciones en caso de que el administrado no cumpla con su obligación constitucional de permitir el acceso a tales documentos.

Lo anterior, guarda directa relación con los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, los cuales disponen lo siguiente:

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

(...)

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

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

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

(...)".

Así las cosas, esta Superintendencia se encuentra facultada para realizar visitas de inspección y recaudar toda la información que considere conducente, para el correcto ejercicio de sus funciones. Del mismo modo, en dichas visitas es posible solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto adelantamiento de la actuación administrativa, en este caso la averiguación preliminar. Aunado a lo anterior, señala el artículo 20 de la Ley 57 de 1985:

"Artículo 20. El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones.

Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo prescrito en este artículo".

De igual forma, dispone el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011:

"Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo". (Subrayado fuera del texto original).

En conclusión, el ordenamiento jurídico facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio, para exigir la entrega de documentos, **incluso privados o reservados**, que sean necesarios para el correcto ejercicio de sus funciones legales sin que los administrados puedan oponerse, so pena de verse avocados a un procedimiento administrativo sancionatorio por la inobservancia de instrucciones y/o la obstrucción de investigaciones.

Es importante anotar que si un empleado tiene en el mismo computador información privada y laboral o comercial relevante para una actuación administrativa, ello no impide que la Autoridad

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

pueda acceder a dicho equipo, garantizando el derecho a la intimidad y privacidad de la persona. En este caso, la Autoridad de Competencia determinará qué información es personal y no guarda relación con la actuación administrativa, y cuál es comercial o laboral, siendo esta última la pertinente. Sobre el particular, ha dicho la jurisprudencia lo siguiente:

"Por otro lado, no puede pasarse inadvertido que la gestión de la Superintendencia [de Industria y Comercio] se dirigía a examinar los correos electrónicos "institucionales" de algunos empleados de la EAAB, los que por ser tales, no pueden calificarse de correspondencia privada de sus emisores y receptores, como quiera que se trata de cuentas de la empresa destinadas a la actividad propia de la entidad inspeccionada"¹³.

En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia expresó:

"En ese orden de ideas, ha de insistirse en que los mensajes capturados en la inspección judicial y grabados en los discos compactos cuya destrucción reclama el escrito iniciador de este asunto, se encontraban en las diferentes "carpetas" o "bandejas" de direcciones de correos electrónicos que bien pudieran llamarse "empresariales", cuya utilización, por tener tal carácter, se entiende, ha de referirse, en principio y primordialmente, a la transmisión de datos relacionados con la actividad de la compañía, sea con terceros ajenos a la misma o entre sus funcionarios o empleados.

De lo anterior se desprende, que si en tales direcciones de correo "empresariales" existían comunicaciones privadas de los trabajadores a quienes se había confiado su uso, tal estado de cosas tuvo por causa que ellos optaron por transmitir a través de esas cuentas, misivas suyas, ajenas a la sociedad y/o al trabajo que hacían.

Siendo esto así, propio es pensar, en aras de garantizar el equilibrio y la proporcionalidad a la que atrás se hizo referencia, que en el caso auscultado, el hecho del intercambio que los aludidos empleados pudieron haber realizado de mensajes personales a través de direcciones de correo electrónico que no pueden considerarse particulares, por ser de la empresa y tener por fin primordial servir de herramienta laboral para sus propósitos sociales, no les permite a ellos, como terceros, alterar los resultados de la prueba, en tanto que la misma versó sobre la correspondencia de la compañía tocante con sus negocios y con los hechos debatidos en el correspondiente proceso arbitral, sin perjuicio, claro está, de que, precisamente por razón de ese objetivo, en el desarrollo de la diligencia y en la verificación final de los documentos que han de mantenerse como parte de la misma, se les puedan restituir a los funcionarios, en lo posible sin examen por parte de los sujetos procesales, los documentos que, en realidad, tengan el carácter de personales o privados"¹⁴.

Así las cosas, es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad legal de inspeccionar los correos electrónicos y documentos electrónicos relacionados con el giro ordinario de los negocios de la empresa visitada. Por ello, teniendo en cuenta que en este caso **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** es una persona jurídica, la información comercial contenida en los computadores de sus funcionarios se constituye, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, como "empresarial" y, en consecuencia, no pueden ser extraídos del objeto de la prueba de inspección alegando una supuesta violación al derecho a la intimidad. Según lo expuesto, no resultan de recibo los argumentos expuestos por la investigada, relacionados con la alegada nulidad de la presente actuación administrativa por violación al debido proceso.

4.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el supuesto cumplimiento de las órdenes o instrucciones impartidas, con la exhibición y recolección de la información contenida en los computadores solicitados en la visita administrativa.

Según lo manifestó **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, en la visita administrativa adelantada el 28 de mayo de 2015 sí cumplió con las órdenes e instrucciones impartidas por la Autoridad de Competencia, recopilando y entregando los documentos requeridos, y autorizando el acceso a los computadores. Sin embargo, afirmó que no se obtuvo la información contenida en ellos, ya que dicha empresa sufrió un ataque informático, ante lo cual, solicitó apoyo de un perito técnico y un

¹³ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 30 de abril de 2013, Radicado: 110013103026201300084-01.

¹⁴ Sentencia del 4 de septiembre de 2007, Radicado: 05001-22-03-000-2007-00230-01.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

abogado para tener certeza que el procedimiento a seguir fuera técnicamente aplicado y se ajustara a las previsiones legales para este tipo de actuaciones.

Para resolver sobre el particular, vale mencionar que este argumento fue expuesto por la investigada en el acta de visita administrativa y en su escrito de explicaciones, sin que aportara en esta oportunidad alguna prueba que permitiera acreditar su dicho. En efecto, en ninguna parte del acta de visita administrativa consta que la investigada hubiese solicitado el apoyo técnico y jurídico al que hace referencia, y mucho menos que los funcionarios comisionados de la Superintendencia de Industria y Comercio se hubiesen negado a ello; por el contrario, lo que sí está probado es que **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** deliberadamente y sin ninguna justificación, desatendió las órdenes e instrucciones impartidas lo cual se constituyó en una manifiesta obstrucción a la investigación que pretendía llevar a cabo la Autoridad de Competencia. De lo anterior da cuenta el siguiente apartado de la mencionada acta de visita:

"(...) el representante legal informa que no suministrará ninguna información, que no permitirá que se tome registro filmico de ninguna circunstancia de modo, tiempo y lugar; que el procedimiento le parece invasivo y que no dispone de asesoría; y que se culmine la visita administrativa en tales condiciones, incluso sin identificarse los computadores solicitados"¹⁵.

En esta misma línea argumentativa, se adujo que la presente actuación administrativa era "nula de pleno derecho", ya que supuestamente la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo un trato discriminatorio con **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, frente a otras empresas que también fueron visitadas el 28 de mayo de 2015 y que pertenecen al mismo consorcio del que ella hace parte. En efecto, se afirmó lo siguiente:

"Los funcionarios comisionados para practicar la prueba en el presente caso, no permitieron la presencia de un abogado y experto técnico en la visita realizada a mí (sic) cliente, pero en otras visitas realizadas a miembros del consorcio si (sic) accedieron a dichas peticiones"¹⁶.

Al respecto, es preciso señalar que efectivamente la Superintendencia de Industria y Comercio adelantó sendas visitas administrativas a **MEGACONSTRUCCIONES CAC S.A.S.**, **MOSEL S.A.S.** y **MOVICON S.A.** empresas que junto a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** conformaron el **CONSORCIO INSTITUCIONES EDUCATIVAS 2014**, que resultó adjudicatario de la Licitación Pública No. 001-2014-SED; sin embargo, a diferencia de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, dichas empresas tuvieron un comportamiento cooperativo en la revisión y extracción de la información electrónica contenida en sus computadores y cuentas de correos electrónicos.

En el caso de la visita administrativa adelantada a **MOSEL S.A.S.**, **EDUARDO ARTURO ELJACH URIBE** en su calidad de Representante Legal, manifestó su disponibilidad de entregar la información electrónica requerida, poniendo de presente que la información personal estaba amparada por el derecho constitucional a la intimidad¹⁷.

En cuanto a la visita administrativa adelantada a **MOVICON S.A.**, **CÉSAR AUGUSTO GUERRERO MUÑOZ** en su calidad de Representante Legal junto a su apoderado judicial, autorizaron la extracción e inicio de los procedimientos forenses respectivos para el recaudo de la información electrónica requerida por esta Entidad¹⁸.

Respecto de la visita administrativa adelantada a **MEGACONSTRUCCIONES CAC S.A.S.**, **JAIME ENRIQUE CASTILLO LÓPEZ**, contador de dicha empresa autorizó la revisión y extracción de la información contenida en su correo electrónico según le fue requerido por esta Entidad¹⁹. Lo propio

¹⁵ Folio 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁶ Folio 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁷ Folio 253 Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹⁸ Folio 262 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹⁹ Folio 277 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

hizo **ALFREDO JOAQUÍN CASTELLÓN LAFAURIE**, en relación con sus cuentas de correos electrónicos institucionales y personales²⁰.

Finalmente, en la visita administrativa adelantada a **CONSORCIO INSTITUCIONES EDUCATIVAS 2014**, **BELKIN JOSÉ QUINTANA DE VOZ**, Director de Obra de dicha empresa autorizó la revisión y extracción de la información contenida en su correo electrónico personal e institucional según le fue requerido por esta Entidad²¹. Sin embargo, una vez inspeccionados los equipos de cómputo y cuentas de correo electrónico personales e institucionales, se advirtió por parte de esta Superintendencia que en los mismos no se encontró evidencia relacionada con los hechos materia de la actuación administrativa adelantada, ante lo cual se dio por terminada la diligencia de inspección²².

Así las cosas, tiene razón el recurrente en que la forma y el resultado de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** y en los demás miembros del **CONSORCIO INSTITUCIONES EDUCATIVAS 2014** fueron diferentes, pero las discrepancias obedecieron precisamente a que en el primer caso, la sociedad no prestó la colaboración exigida por la ley por lo que obstruyó la actuación de la autoridad, al paso que en el segundo, las empresas visitadas no obstruyeron la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En efecto, como puede advertirse, tanto en las tres empresas que conformaron el **CONSORCIO INSTITUCIONES EDUCATIVAS 2014**, como en el mismo consorcio se permitió el recaudo de la información electrónica solicitada, mientras que en la única compañía donde esto se imposibilitó fue en **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** Más aun, contrario a lo afirmado por la empresa investigada en el presente trámite de inobservancia de instrucciones en relación con la asistencia de un profesional en derecho, en el caso de la visita administrativa adelantada a **MOVICON S.A.**, fue su representante legal en compañía de su apoderado judicial, quienes de consuno autorizaron la revisión y extracción de la información electrónica requerida por esta Entidad²³. Con base en lo anterior, el argumento presentado no está llamado a prosperar.

Ahora bien, otro argumento expuesto por **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** en su escrito contentivo del recurso de reposición, sobre su negativa injustificada a permitir la inspección de los computadores, tiene que ver con que según el inciso segundo del artículo 247 del Código General del Proceso: "*La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos*", razón por la cual, la información electrónica requerida en el curso de la visita administrativa a dicha empresa podía obtenerse por impreso.

Para resolver sobre el particular, vale indicar que la norma citada por la investigada, esto es, el artículo 247 del Código General del Proceso no estaba vigente cuando se adelantó la visita administrativa a las instalaciones de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** (28 de mayo de 2015), ya que la entrada en vigencia de dicha norma quedó supeditada a la determinación del Consejo Superior de la Judicatura, que a través del Acuerdo No. PSAA15-10392 de octubre 1 de 2015, acordó que el Código General del Proceso entrará a regir en todo el país a partir del 1 de enero de 2016.

Dicho lo anterior, la investigada indicó en su recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria sobre la "impresión" de la información electrónica lo siguiente:

"Mi poderdante acepta que no permitió el uso del programa forense del que dispone la SIC para la (sic) extraer la información, pero se aclara, que dio la alternativa de obtenerla en manera impresa, pues el ordenamiento jurídico lo permite.

(...)

²⁰ Folio 278 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

²¹ Folio 246 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

²² Folio 247 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

²³ Folio 262 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

*El representante legal de la sociedad Martínez Caballero S.A.S. en todo momento aceptó la orden de inspección de los computadores y permitió que los funcionarios de la SIC podían tener acceso a los correos electrónicos y que todo documento que les fuera útil podía ser **impreso** para ser aportado en la diligencia de inspección como medio probatorio"²⁴ (resaltado y subrayado fuera del texto original).*

Como se advierte, en opinión de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** la Superintendencia de Industria y Comercio estaba obligada a aceptar la información requerida como ella quería presentarla, es decir, que la información disponible en los archivos y correos electrónicos de los computadores solicitados, se entregaría únicamente a través de documentos físicos (impresos) lo cual resulta inconcebible, dado que la Autoridad de Competencia no puede estar supeditada en sus actuaciones administrativas, a las determinaciones de las empresas visitadas en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la evidencia debe presentarse.

4.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con que no se indicó el objeto de la visita administrativa y únicamente se produjo una descripción de sus fases.

La investigada manifestó que al momento de adelantarse la visita administrativa, los funcionarios comisionados no indicaron cuál era su objeto y se limitaron a describir las fases que comprendía.

En relación con este punto, debe el Despacho partir por precisar que los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, contemplan expresamente la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para realizar visitas administrativas con el fin de cumplir con las funciones otorgadas por la ley.

En efecto, disponen las normas en cita lo siguiente:

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

(...)

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

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

En este sentido, es importante dejar en claro desde ya que una cosa es una visita administrativa en los términos arriba referidos, y otra diferente una prueba de inspección judicial prevista en la legislación procesal civil. En consecuencia, si bien es cierto que las normas del Código de Procedimiento Civil (hoy del Código General del Proceso) sirven para llenar vacíos en aspectos no regulados por las normas aplicables al procedimiento administrativo, también lo es que tal aplicación no puede hacerse de manera absoluta y sin atender a las características propias de la situación a la cual se pretenden aplicar las normas procesales.

Así, para determinar si con ocasión de la visita administrativa adelantada el 28 de mayo de 2015 a las instalaciones de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** se infringió el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil (norma que se encontraba vigente al momento de la diligencia), se hace necesario conocer su contenido y alcance. Así pues, dispone la norma citada:

*"**Artículo 244. Procedencia de la inspección.** Para la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso podrá ordenarse, de oficio o a petición de parte, el examen judicial de personas, lugares, cosas o documentos.*

Cuando exista en el proceso una inspección judicial practicada dentro de él o como medida anticipada con audiencia de todas las partes, no podrá decretarse otra nueva sobre los mismos puntos, a menos que el juez la considere conveniente para aclararlos.

²⁴ Folios 391 y 392 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso; así mismo podrá aplazar la decisión sobre tal prueba hasta cuando se hayan practicado las demás que versen sobre los mismos hechos, y en este caso, si el término probatorio está vencido, la practicará durante el indicado en el artículo 180. Contra estas decisiones del juez no habrá recurso alguno".

Conforme puede observarse, de la simple denominación de la norma se refiere a la procedencia de la inspección como medio de prueba, precisando su alcance en el inciso primero, el cual consiste en la verificación o esclarecimiento de los hechos investigados; y, a renglón seguido, los supuestos que la hacen improcedente o condicionan su práctica. Es decir, esta norma debe ser leída y entendida con aquella prevista en el Decreto 4886 de 2011, en donde se prevé la facultad en cabeza de esta Superintendencia para realizar visitas administrativas sin anunciar o sin notificar a los investigados. Se trata de una facultad oficiosa que no requiere solicitud de parte.

Por otro lado, cabe recordar que el tipo de diligencia que se negó a atender **MARTINEZ CABALLERO S.A.S** no se notifica con antelación, por cuanto lo que se pretende es recaudar todo el material que pueda servir para determinar una posible infracción a las normas de competencia, utilizando el factor sorpresa como el principal elemento para garantizar íntegramente el recaudo de la información. En efecto, esta Superintendencia ha señalado que las conductas restrictivas de la competencia tienden a ser secretas y, por consiguiente, las visitas administrativas de inspección y el aseguramiento documental son de vital importancia para establecer la responsabilidad de un eventual infractor. En ese orden de ideas, una notificación previa implicaría que prácticamente ningún caso de violación de las normas de competencia podría probarse, en cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio no podría acceder a los documentos que permitirían probar dicha violación.

Esta Superintendencia ha sostenido lo siguiente en relación con este punto:

"Por lo demás, resultaría absurdo exigir a una autoridad de inspección vigilancia y control que realiza una visita administrativa con el objeto de recaudar pruebas, el que la misma se notifique previamente, toda vez que tal exigencia desnaturalizaría el propósito mismo de pre constituir las pruebas sobre la comisión de una violación al régimen de competencia.

(...)

La manifestación realizada por el requerido en explicaciones sobre el deber de notificar previamente la inspección administrativa para garantizar la asistencia del representante legal, resulta inapropiada en cuanto, pese a ser ideal la presencia del representante legal, la misma no es requisito sine qua non para el adelantamiento de este tipo de actuaciones. Lo que se persigue con una visita en etapa preliminar es la recolección de cualquier clase de información que permita colegir razonablemente la presencia de una práctica anticompetitiva; cuyo suministro puede ser realizado por cualquier persona"²⁵.

Expuestas de esta manera las cosas, para el Despacho es claro que la inobservancia de las reglas contenidas en la disposición normativa atrás citada no ocurrió en este caso, por cuanto que siendo procedente se decretó y practicó, no obstante no se logró agotar su objeto por la injustificada renuencia de la empresa investigada.

En este sentido, el Despacho considera que contrario a lo afirmado por **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** en cuanto a la supuesta indeterminación del objeto de la visita administrativa, en la credencial presentada por los funcionarios comisionados para su práctica, además de señalar los fundamentos legales que facultan a la Entidad para realizarla, se precisó con claridad su objeto: recopilar información relacionada con su participación en procesos de contratación pública, como se observa a continuación:

"De conformidad con las facultades otorgadas a esta Superintendencia por el Decreto 4886 de 2011, los miembro (sic) de la Delegatura Para (sic) la Protección de la Competencia (...) fueron comisionados para adelantar visita administrativa a las instalaciones de MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S. a fin de recopilar información

²⁵ Resolución 18727 de 26 de marzo de 2014.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

relacionada con su participación en procesos de contratación pública²⁶. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Según se advierte, el propósito de la visita administrativa fue indicado claramente en la credencial, donde se informó que su objeto consistía en obtener información relacionada con los procesos de selección contractual estatal en los que ha participado dicha empresa, en ese sentido, los funcionarios comisionados tenían un único objetivo: recopilar evidencia (documental, testimonial, etc.) relacionada con la participación de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** en todos los procesos de selección contractual adelantados por las diversas entidades estatales.

Ciertamente, dada la naturaleza y carácter reservado que tiene la etapa en la cual se adelantó la visita, esto es, una averiguación preliminar, resultaba imposible requerir detalladamente la información que necesitaba la Entidad para continuar con el trámite, pues lo que se persigue con las visitas en esta etapa, es justamente recoger información que permita determinar si hubo una infracción a las normas de competencia.

Por consiguiente, es oportuno reiterar que como se dijo en la Resolución Sancionatoria, no le era dable a la Autoridad de Competencia relacionar cada uno de los documentos y demás evidencias que le permitieran establecer si presuntamente se habrían violado las normas de competencia. En efecto, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio inspecciona documentos en una empresa para encontrar evidencia sobre una práctica anticompetitiva, no conoce cuál de esos documentos exactamente es el que contiene un acuerdo de precios con los competidores, una indebida repartición de mercados, una colusión en licitaciones públicas, o, en general, cualquier otro medio de prueba que demuestre la existencia de la ilegalidad.

En relación con esta etapa preliminar de la actuación en la que se realizan las visitas administrativas de inspección, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

"Según se puede leer en la norma, la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el art. 52 en comento. (...)"²⁷.

Lo anterior no obsta para que la Superintendencia de Industria y Comercio no deba precisar el objeto de la visita hasta donde la naturaleza de la actuación se lo permita, cuestión que fue cumplida en este caso. Es así como la negativa y la obstrucción en el presente caso se predicó sobre un medio que contenía información relacionada con el objeto de la visita, como eran los computadores donde podía constar la información relacionada con los procesos de contratación de la compañía.

Es imposible para la Autoridad de Competencia solicitar de forma previa y expresa los documentos que requiere, ya que para ese momento de la actuación administrativa (averiguación preliminar) no sabe cuáles serán relevantes para una posterior investigación por la presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas. El objeto y alcance de la visita, en suma, consiste en encontrar evidencia relacionada con dichas prácticas, sin que esta Superintendencia conozca de antemano cuáles documentos tendrán carácter de prueba pertinente, toda vez que ese es precisamente el objeto de la visita.

El objeto principal de la visita, consiste en verificar la información documental que reposa en las instalaciones de la empresa visitada o, de no encontrarse allí, solicitar copia de la misma para su posterior análisis. En efecto, si en los documentos que se pretenden inspeccionar existe evidencia relevante para determinar la posible ocurrencia de una conducta violatoria del régimen de

²⁶ Folio 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 23 de enero de 2003.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

competencia, es precisamente la visita de inspección el mecanismo legal e idóneo para recaudarlos y analizarlos, ya sea en el sitio o posteriormente.

Así pues, resulta desacertado pretender una individualización pormenorizada de los documentos y correos electrónicos requeridos, dado que de conocerse con antelación a la visita cuáles eran los documentos obrantes en los computadores, dicha inspección se tornaría innecesaria toda vez que bastaría con un requerimiento de información para que fueran allegados a la actuación administrativa, relevando de esa manera al Estado de incurrir en los costos que demanda una visita administrativa de inspección con el correspondiente desplazamiento de los funcionarios comisionados. Es importante aclarar que durante el transcurso de este tipo de diligencias se deja constancia en un acta de inspección de la información recaudada, con lo cual, se garantiza que no se lleva información distinta a la necesaria para adelantar la averiguación preliminar correspondiente.

Por lo demás, es importante resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de la función consistente en 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, no está limitada para el requerimiento de dicha información, toda vez que dentro de sus competencias está velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la libre competencia y prácticas comerciales restrictivas²⁸.

En conclusión, se rechaza este argumento en la medida en que no era posible que la Superintendencia de Industria y Comercio incluyera en la credencial de visita una delimitación detallada de la información que buscaba, ya que esto implicaría el hecho imposible de conocer con antelación a la práctica de la visita cuál es la información documental específica contenida en los computadores en la que consta la eventual comisión de una conducta anticompetitiva.

4.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el rechazo a la entrega posterior de los discos duros e información solicitada en la visita administrativa.

Frente a este argumento, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que no es facultativo del administrado determinar el momento oportuno para allegar una información a las autoridades administrativas de inspección, vigilancia y control, sino que son estas las que tienen la facultad de determinar, dependiendo del tipo de información de que se trate, el momento oportuno para allegarla.

Claramente, lo que se espera de una persona natural o jurídica que es sujeto de una visita administrativa de inspección, es que preste su colaboración con la autoridad, suministrando al momento de la diligencia la información solicitada, o que, en caso de no estar la información en el lugar de la visita, conduzca a la Autoridad de Competencia al lugar donde se encuentra y despliegue, de buena fe, todos los actos tendientes a cumplir con la instrucción impartida.

En el presente caso, el Despacho encontró demostrada la negativa injustificada por parte **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** a suministrar la información contenida en los equipos de cómputo de **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO, CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ** y **HEBER VILLA ESCOBAR**, al momento de realizarse la visita administrativa el 28 de mayo de 2015 por parte de esta Superintendencia de Industria y Comercio, negativa que no permitió cumplir con las finalidades de dicha actuación.

Por lo demás, según lo indicó **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** los discos duros en los cuales se habría aportado la supuesta información contenida en los computadores que se pretendió inspeccionar, fue hecha a la actuación administrativa radicada con No. 15-100048²⁹, razón por la cual, la valoración de tales pruebas deberá hacerse en dicha investigación y no en la que origina este trámite de inobservancia de instrucciones.

²⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Radicado: 25000-23-24-000-2008-00137-01; y, Consejo de Estado, Sentencia del 27 de abril de 2016. Radicado: 25000-23-24-000-2008-00129-01.

²⁹ Folios 388, 398 y 399 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

4.5. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la tasación de la multa impuesta a MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S. y los criterios de dosificación aplicados por la Superintendencia de Industria y Comercio.

MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S. afirmó en su recurso de reposición que la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, no es congruente con decisiones tomadas en casos similares, y para tal fin, rememoró dos casos en los cuales la Autoridad de Competencia impuso sendas sanciones a dos empresas que injustificadamente no atendieron las órdenes o instrucciones y obstruyeron una investigación, al impedir la inspección de algunos computadores en el curso de una visita administrativa³⁰.

Para resolver sobre el particular, es oportuno indicar que al momento de graduar la multa a imponer por la inobservancia de órdenes o instrucciones y obstrucción de las investigaciones, esta Entidad se sujeta a los criterios previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, siendo el patrimonio del infractor uno más de los criterios a considerar. Así las cosas, no es posible establecer objetivamente un parangón entre diversas empresas sancionadas, dado que el *impacto* que la conducta tuvo sobre el mercado relevante, la *dimensión* del mercado afectado, el *beneficio* obtenido por el infractor con la conducta, su grado de *participación*, la conducta *procesal* de los investigados y la *cuota* de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción, son distintos en cada caso, razón por la cual, no resulta procedente establecer un criterio de igualdad numérico en las multas impuestas, sino de igualdad jurídica en relación con todos los criterios de graduación.

Ahora bien, en cuanto al argumento expuesto según el cual cuando se trata de la presunta inobservancia de órdenes e instrucciones u obstrucción de una investigación, no pueden aplicarse todos los criterios de graduación de la multa previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, no se encuentra de recibo este argumento, dado que el inciso segundo de la norma en cita dispone que: "Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...)" (subrayado fuera del texto original).

Como puede advertirse, la norma es imperativa al prever que la Superintendencia de Industria y Comercio está en la obligación de considerar todos los criterios (que sean aplicables) contenidos en la ley para graduar la multa, en ese sentido, la Autoridad de Competencia no puede soslayar un precepto tan claro y sustraerse de analizar uno o varios de los criterios que le sirven para determinar una sanción pecuniaria.

En lo que respecta a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de sanciones administrativas, la jurisprudencia constitucional ha señalado lo siguiente:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"*³¹.

En línea con lo anterior, esta Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado en los siguientes términos:

*"La potestad sancionatoria no puede estar sujeta a la mera liberalidad de fallador, ni ser de aquellas de naturaleza subjetiva y arbitraria, en tanto que así ejercida contraría los fines y principios del Estado Social de Derecho. En ese orden de ideas, la facultad sancionatoria del Estado está sujeta a los principios que limitan su actuación y configuran el derecho sancionador, tales como el debido proceso, principio de legalidad, principio de tipicidad, y criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Estos últimos le permiten al órgano sancionador tener un marco de referencia para la determinación de la sanción, en tanto que dichos criterios deben estar presentes entre la conducta que se sanciona y la sanción que puede imponerse"*³².

³⁰ Folios 408 y 409 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003.

³² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 32512 del 28 de mayo de 2012, página 2.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

Pues bien, es oportuno indicar que al momento de tasar la sanción a imponer a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** se tuvo en cuenta, tanto sus ingresos operacionales, como la parte de su patrimonio afectado, a fin de no trasgredir el principio de proporcionalidad y salvaguardar por esta vía que la multa no fuera confiscatoria y garantizar la capacidad de pago de la infractora. De esta manera, se obtiene el propósito de no caer, por un lado, en una multa confiscatoria o prohibida por la Constitución Política y por el otro lado, imponer multas irrisorias que se alejen de los propósitos de represión y disuasión que constituyen el núcleo esencial de los regímenes sancionatorios de la libre competencia económica, donde se procura que la multa impuesta no sea tan alta que excluya a un agente del mercado, ni tan baja que se convierta en un incentivo perverso que lleve al infractor a considerar que "violiar la ley paga"³³.

En ejercicio de su facultad sancionadora el Estado debe respetar el principio de legalidad, el cual se manifiesta a través de: (i) el principio de reserva de ley; y (ii) el principio de tipicidad³⁴. Según el primero, el legislador es el único habilitado para establecer cuáles son las conductas que dan lugar a que el Estado ejerza su poder punitivo, y determinar cuáles son los procedimientos y sanciones para imponerlas. Por su parte, el principio de tipicidad le impone al legislador la carga de establecer los elementos fundamentales del tipo, tales como la descripción de la conducta sancionable, la cuantía a imponer, la autoridad competente, etc.³⁵.

Con base en el principio de legalidad, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional reconocen que el legislador es el encargado de establecer los lineamientos a partir de los cuales el Estado ejercerá la función administrativa sancionadora en cada caso³⁶. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto de la libertad de configuración legislativa en materia de sanción administrativa, en virtud del cual: "[e]l legislador dispone de un amplio margen de configuración de las sanciones administrativas, habida cuenta de la gran diversidad de sectores de la administración y de las necesidades y particularidades en cada uno de ellos (...)"³⁷.

Corolario de lo anterior, el legislador colombiano consideró que la cuantía de las multas debe fundarse en la necesidad de lograr que la sanción como represión al infractor no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que se pueden obtener con la violación de las normas de competencia, así como en la necesidad de alcanzar un efecto disuasivo para que con ellas se envíe un mensaje de corrección y auto regulación a los agentes del mercado con el propósito de evitar futuras infracciones al régimen de la libre competencia económica³⁸.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la dosificación de las sanciones por la infracción de las normas de competencia, la jurisprudencia administrativa ha indicado lo siguiente:

"(...) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no es desproporcionada (...)"³⁹.

³³ Catherine Craycraft: "Antitrust sanctions and a firm's ability to pay" en: 12 Rev. Industrial Organization [1997]

³⁴ "El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política que impone a las autoridades realizar las actuaciones según los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que es el pilar fundamental del derecho sancionador del Estado". Consejo de Estado, Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Radicado: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU - 1010 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁶ "Así, las cosas, todos los elementos que conforman la conducta reprochada no necesariamente deben haber sido previstos por el legislador, en atención a que el derecho administrativo admite una participación activa del reglamento en la definición del ilícito administrativo". Ibid.

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C - 616 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁸ Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 583 del 16 de noviembre de 2007, pág. 5.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Primera. M.P. Rafael Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

De acuerdo con la jurisprudencia administrativa, el ejercicio de dosificación **NO** impone en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, la carga de exponer en sus actos administrativos un *"razonamiento expreso y especial"* sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Por esta razón, no es de recibo el argumento de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** según el cual, la Superintendencia de Industria y Comercio no explicó el proceso concreto de dosimetría en relación con los criterios de dosificación, pues ello no es obligatorio según las voces de la propia jurisprudencia del Consejo de Estado.

Expuesto lo anterior, el Despacho pasará a pronunciarse sobre la alegada incapacidad de pago de la multa impuesta a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** y el efecto negativo que tendría la sanción pecuniaria sobre su patrimonio. En efecto, con el escrito de impugnación se allegó al expediente administrativo una comunicación suscrita el 1 de noviembre de 2016 por el revisor fiscal de la investigada en el que afirmó lo siguiente:

*"(...) En conclusión si la compañía asume la multa impuesta por la (sic) podría quedar por fuera del mercado, toda vez que se demuestra la imposibilidad de pagarla, debido a que además tendríamos copada nuestra capacidad de crédito a la fecha y quedaríamos sin posibilidad de financiera (sic) los contratos en curso, desatando la posibilidad de sanciones jurídicas y económicas adicionales"*⁴⁰.

Para acreditar lo anterior, allegó sendas certificaciones expedidas el 31 de octubre de 2016 por el Banco de Occidente y Bancolombia, en las cuales se indicó que la investigada les adeudaba \$1.028.333.333 y \$80.000.000, respectivamente⁴¹.

En relación con la alegada incapacidad para pagar la multa impuesta en la Resolución objeto del presente recurso, vale recordar que la misma ascendió a **MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$1.034.182.500)** equivalentes a mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicha sanción corresponde aproximadamente al 20.21% de su patrimonio líquido de 2014⁴² y al 8.92% de sus ingresos operacionales globales de 2014⁴³. A fin de dosificar la sanción, el criterio de principal aplicación en el presente caso fue el referente al patrimonio de la investigada, acompañado de los ingresos operaciones globales como criterio auxiliar y de verificación de la liquidez, y los demás que ya se mencionaron tanto en la Resolución Sancionatoria, como en líneas precedentes en este acto administrativo.

Pues bien, el Despacho observa que la multa impuesta a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** se ajusta tanto a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, así como a los lineamientos jurisprudenciales antes citados.

En línea con lo anterior, las autoridades internacionales de competencia han considerado que una difícil situación económica o financiera de la empresa sancionada no puede dar lugar a tener un trato preferencial, en la medida que generaría un incentivo perverso en relación con otros agentes del mercado que no han infringido las normas de competencia y que también atraviesan una situación semejante. En este sentido se pronunció la Comisión Europea:

*"La Comisión no está obligada, al determinar el importe de la multa, a tener en cuenta la situación financiera de una empresa, puesto que el reconocimiento de esa obligación sería equivalente a dar injustificadas ventajas competitivas a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado"*⁴⁴.

Por lo demás, frente a la posible situación que enfrentaría **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** con ocasión del pago de la multa impuesta de salir del mercado, debe tenerse en consideración que:

⁴⁰ Folio 415 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁴¹ Folios 418 y 419 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁴² Folio 311 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁴³ Folio 311 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁴⁴ *SGL Carbon AG Vs. Commission of the European Communities*, Case C-328/05 [10/05/2007] párrafo 100.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

"El hecho de que una medida adoptada por una autoridad comunitaria traiga consigo la insolvencia o la liquidación de una empresa determinada no está prohibido como tal por el derecho comunitario. Aunque la liquidación de una empresa en su actual forma jurídica puede afectar negativamente los intereses financieros de los propietarios, inversionistas o accionistas, no quiere decir que los elementos personales, tangibles e intangibles, representados por la empresa, perderían también su valor"⁴⁵.

Por último, de las evidencias aportadas por la investigada con su recurso de reposición, no es posible concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio haya tasado de manera ilegal la sanción que conlleve a su reducción. Las pruebas documentales allegadas de lo único que dan cuenta es de un par de obligaciones bancarias, cuyas condiciones de pago son desconocidas en relación con el plazo concedido y el valor de los instalamentos a cancelar.

Así las cosas, los argumentos expuestos en cuanto a la tasación de la multa y los criterios de graduación de la sanción pecuniaria serán desestimados.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 66641 del 5 de octubre de 2016, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, identificada con NIT 890.403.530-1, 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 **03 MAR 2017**

El Superintendente de Industria y Comercio


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Notificaciones:

MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.

NIT 890.403.530-1

Apoderado

Doctor

FERNANDO PEÑA BENNETT

C.C. 79.590.011 de Bogotá

T.P. 82.719 del C.S. de la J.

Carrera 8 No. 69 – 48

Teléfono: 2124148

E-mail: info@lizarazuasociados.com

BOGOTÁ D.C. – COLOMBIA

⁴⁵ *Union Pigments Vs. Commission of the European Communities*, Case T-62/02 [29/11/2005] párrafo 177.