



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **Nº - 4037** DE 2019

( 20 FEB 2019 )

Radicado: 15-180003

**VERSIÓN PÚBLICA**

"Por la cual se impone una sanción"

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

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

**CONSIDERANDO**

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

**SEGUNDO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 2 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2012, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica, en su condición de autoridad nacional de protección de la competencia.

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

**CUARTO:** Que el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas, previa solicitud de explicaciones, por la obstrucción de investigaciones y actuaciones administrativas, por la inobservancia de las instrucciones u órdenes que imparta en desarrollo de sus funciones o por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información que se requieran para el correcto ejercicio de las mismas.

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

**SEXTO:** Que mediante oficio radicado con el No. 15-12124-7 del 17 de febrero de 2015, personal adscrito a la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante "la Delegatura") fue comisionado para adelantar una visita administrativa en las instalaciones de la **ORGANIZACIÓN ROA FLORHUILA S. A.** (en adelante "**ROA FLORHUILA**").

**SÉPTIMO:** Que como consta en el acta de visita administrativa de inspección, en el marco de la diligencia adelantada se presentaron algunos hechos que representarían una obstrucción de una actuación administrativa por inobservar las instrucciones impartidas por esta Superintendencia por

"Por la cual se impone una sanción"

parte de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** (Gerente General de **ROA FLORHUILA**), los cuales se resumen a continuación:

**7.1.** La diligencia de visita administrativa de inspección inició el 18 de febrero de 2015 en las instalaciones de **ROA FLORHUILA** ubicadas en la Carrera 10 No. 97 A – 13, torre B, piso 4 de Bogotá D.C. y continuó los días 19 y 20 de febrero de 2015<sup>1</sup>, con la presencia de los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio para realizarla.

**7.2.** Los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio fueron atendidos por **LUZ MARY DURÁN MUÑOZ**, quien en su calidad de Coordinadora Jurídica de **ROA FLORHUILA** manifestó que sería la persona delegada para atender la visita administrativa en ausencia de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** (Gerente General de **ROA FLORHUILA**).

**7.3.** Durante el 18 de febrero, en el transcurso de la visita administrativa, se practicaron varios testimonios a funcionarios de **ROA FLORHUILA**, de los cuales a algunos se les solicitó información específica de la empresa, así como permitir la revisión del computador y del teléfono móvil asignado por la compañía para sus labores. En presencia de dichos funcionarios se revisaron sus conversaciones de *Whatsapp* para extraer las que fueran de carácter corporativo.

**7.4.** Si bien, el 18 de febrero de 2015, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** no se encontraba presente en las instalaciones de **ROA FLORHUILA**, el día 19 febrero de 2015 sí estuvo presente y rindió testimonio ante los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio para realizar la visita administrativa. En dicho testimonio, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** manifestó que con su teléfono móvil personal se comunicaba con sus empleados, es decir, a través de este trataba temas de la compañía.

**7.5.** Los funcionarios de la Delegatura comisionados para practicar la visita administrativa solicitaron a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** permitir realizar una inspección de su teléfono móvil en el que manejaba las conversaciones con personal de la compañía y demás asuntos pertinentes de la empresa.

**7.6.** Ante la solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** manifestó que únicamente dejaría hacer dicha inspección con orden de un juez de la República.

**7.7.** Frente a la negativa de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** de atender la solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio insistieron varias veces en la misma y le pusieron de presente tanto las facultades legales para adelantar este tipo de actuaciones, como la responsabilidad que podría generar la inobservancia de órdenes o instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, según lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. Sin embargo, siendo la 1:35 p.m., **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** confirmó que no permitiría la revisión de su teléfono móvil.

**7.8.** Una vez dejada la constancia en el acta de la visita administrativa de la negativa de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** de atender la solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio continuaron con la visita administrativa, la cual fue finalizada a las 9:00 pm del 20 de febrero de 2015, tal y como consta en el acta de la misma.

**OCTAVO:** Que mediante escrito radicado con el No. 15-180003 del 3 de agosto de 2015, la Delegatura inició el presente trámite administrativo y le solicitó a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** que, en ejercicio de su derecho de defensa, rindiera las explicaciones que estimara pertinentes y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer en esta actuación<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Folios 47 a 103 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla del Expediente se hace referencia al radicado con el No. 15-180003.

<sup>2</sup> Folios 1 a 6 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción”

**NOVENO:** Que mediante escrito radicado con el No. 15-180003-1 del 20 de agosto de 2015, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** respondió la solicitud de explicaciones y presentó los siguientes argumentos:

**9.1.** Indicó que la presente actuación desconoció su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto los hechos objeto de debate constituyen una vulneración directa a las normas sobre protección de la competencia y, en tal sentido, debía aplicarse el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. Al haberse omitido dicho procedimiento, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** solicitó la nulidad de lo actuado<sup>3</sup>.

**9.2.** Señaló así mismo, que esta Superintendencia vulneró los principios de legalidad, tipicidad y sus derechos de defensa y contradicción debido a la ausencia de una formulación concreta de cargos. Como sustento de su reproche, afirmó que la formulación de cargos debe ser expresa y debidamente sustentada, de modo tal que el investigado tenga certeza acerca del por qué su conducta es violatoria de la ley. Adicionó que no está determinado por qué el hecho de haber invocado la necesidad de una orden judicial para autorizar la revisión de sus conversaciones privadas de la aplicación WhatsApp en su teléfono celular constituyó un presunto incumplimiento de una ley, así como tampoco por qué la conducta descrita obstruyó una actuación administrativa. A juicio del investigado, la Delegatura, en el oficio de apertura de la presente investigación, se limitó a hacer referencias *escuetas* sobre lo sucedido en la visita<sup>4</sup>.

**9.3.** Manifestó a su vez, que no existe disposición normativa que faculte a la Superintendencia de Industria y Comercio para registrar las conversaciones privadas que se realicen mediante correo electrónico o por teléfono móvil. Aclaró que, en virtud del artículo 15 de la Constitución Política, dicha actividad solo puede ser ejercida en los casos expresamente señalados por la ley y, en todo caso, mediando una orden judicial que permita el registro. Así, recriminó que durante la visita administrativa en cuestión no se expresó la norma que autoriza a los funcionarios de esta Superintendencia registrar conversaciones personales, tampoco se exhibió la orden judicial del caso, ni se le indicó a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** si él se encontraba formalmente vinculado a una investigación administrativa de modo tal que su actuar hubiera tenido la potencialidad de obstruirla<sup>5</sup>.

**9.4.** De igual modo, cuestionó la supuesta desatención a una instrucción, por cuanto, a su juicio, esta Superintendencia no emitió ninguna y, en su lugar, solo decretó una prueba sin el lleno de los requisitos legales<sup>6</sup>.

**9.5.** Informó que no hubo ninguna obstrucción a la visita administrativa, ya que a solicitud de esta Superintendencia él rindió testimonio y, respecto de su posición de autorizar la revisión de su teléfono móvil, dicha decisión buscó garantizar su derecho a la defensa y a la intimidad. Agregó que el desconocer que es necesario que medie una decisión judicial que ordene acceder a las conversaciones privadas de los gobernados, supondría que esta Superintendencia cuenta con poderes *omnímodos*, situación que estaría en contravía de los principios en que se funda un Estado de Derecho como el nuestro<sup>7</sup>.

**9.6.** Afirmó también, que esta Superintendencia se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al pretender revisar las conversaciones de WhatsApp contenidas en su teléfono móvil. Dicho exceso sobreviene, en su parecer, de la inobservancia al derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política, citando al efecto 3 decisiones de la Corte Constitucional en donde vía jurisprudencia hubo un desarrollo en torno al alcance de dicho derecho<sup>8</sup>. Igualmente, y con fundamento en la exposición de motivos de la Ley 1340 de 2009, aseveró que esta Superintendencia en los temas

<sup>3</sup> Folios 7 a 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>4</sup> Folios 13 a 17 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>5</sup> Folio 13 a 17 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>6</sup> Folios 19 y 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>7</sup> Folios 20 y 21 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>8</sup> Folios 25 a 28 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

relacionados con la libre competencia no cuenta con funciones jurisdiccionales, razón por la cual, carece de competencia para intervenir o registrar comunicaciones, como la que es objeto de debate<sup>9</sup>.

9.7. Alegó también, que esta Superintendencia no justificó la necesidad de registrar los mensajes realizados, no definió con claridad cuál era el objeto de dicha revisión, no precisó ni individualizó las conversaciones que pretendía revisar, tampoco las limitó a un período de tiempo, ni señaló la forma en que la información iba a ser recopilada o, cómo se iba a garantizar la reserva e inalterabilidad de la misma<sup>10</sup>.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó:

*"1. Solicito sea declarada la nulidad de todo lo actuado en la presente actuación, con fundamento en las violaciones a los derechos fundamentales del señor Hernando Rodríguez Rodríguez que se han expuesto en este escrito.*

*2. Declarar la nulidad del ACTA DE VISITA ADMINISTRATIVA ORGANIZACIÓN ROA FLORHUILA S. A. RADICADO 15-12124, con fundamento (sic) en las (sic) vulneraciones (sic) explicadas (sic) en este escrito.*

*3. Solicito archivar la presente actuación administrativa.<sup>11</sup>"*

**DÉCIMO:** Que mediante la Resolución No. 69810 del 19 de septiembre de 2018<sup>12</sup>, la Delegatura resolvió sobre la práctica de pruebas en la presente actuación administrativa, contra la cual **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación con escrito radicado con el No. 15-180003-06 del 26 de septiembre de 2018<sup>13</sup>. Sostuvo el recurrente que la Delegatura omitió decidir sobre sus peticiones descritas y, además, indicó las razones por las cuales los recursos interpuestos eran procedentes.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que mediante la Resolución No. 75441 del 8 de octubre de 2018, la Delegatura declaró improcedentes el referido recurso de reposición y el subsidiario de apelación<sup>14</sup>.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que mediante escrito radicado con el No. 15-180003-11 del 25 de octubre de 2018<sup>15</sup>, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** interpuso recurso de queja contra la Resolución No. 75441 de 2018, el cual fue declarado improcedente por el Superintendente de Industria y Comercio mediante la Resolución No. 92369 del 20 de diciembre de 2018<sup>16</sup>.

**DÉCIMO TERCERO:** Que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 la Ley 1340 de 2009, así como con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y teniendo en cuenta la información que obra en el Expediente, este Despacho procederá a establecer si **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** incumplió una instrucción de la Superintendencia de Industria y Comercio y obstruyó con ello una actuación administrativa, en el curso de la visita de inspección realizada los días 18, 19 y 20 de febrero de 2015 en las instalaciones de **ROA FLORHUILA** ubicadas en la ciudad de Bogotá D.C.

Para determinar la responsabilidad de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, este Despacho presentará el análisis de **(i)** las facultades legales otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio; **(ii)** análisis de la conducta desplegada por **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** con

<sup>9</sup> Folios 32 a 42 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>10</sup> Folio 42 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>11</sup> Folio 43 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>12</sup> Folios 45 y 46 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>13</sup> Folios 108 a 147 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>14</sup> Folios 149 a 150 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>15</sup> Folios 143 a 156 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>16</sup> Folios 159 a 162 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

ocasión de la visita administrativa que se pretendía adelantar; y (iii) respuesta a las explicaciones rendidas por **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, con el fin de concluir si tienen respaldo fáctico o jurídico.

### **13.1. Sobre la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para ordenar la práctica de visitas administrativas**

De conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones legales relacionadas con la protección la libre competencia económica, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.

Para el ejercicio de esta especial función de policía administrativa económica, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 le atribuyen a la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras, las siguientes funciones:

*"**Artículo 1. Funciones generales.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de República.*

*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 la misma línea, es importante tener en consideración lo previsto en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política, que estableció una regla de cardinal importancia en relación con las actividades de inspección, vigilancia y control que ejercen las autoridades administrativas. En concreto, esta disposición alude a la posibilidad que tienen estas autoridades de solicitar libros de contabilidad y demás documentos privados durante actuaciones que adelanten en ejercicio de sus funciones:

*"**Artículo 15.** (...)*

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

De lo anterior se colige que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la libre competencia económica, puede ordenar y realizar visitas administrativas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y los documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley.

En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omite acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y se obstruyan sus actuaciones.

"Por la cual se impone una sanción"

En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dispone lo siguiente:

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

(...)

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

(...)" (Negrilla y subraya fuera de texto).

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

En línea con lo expuesto, se resalta que los incumplimientos de instrucciones y las obstrucciones de actuaciones revisten la misma gravedad de las conductas catalogadas como anticompetitivas, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular. Esta postura ha sido respaldada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

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

*Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, (...)"<sup>17</sup>.* (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos, acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, **sino también** incumplir las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir las actuaciones de esta Autoridad.

Al respecto, debe tenerse presente que, conforme lo ha reconocido el Consejo de Estado<sup>18</sup>, esta Entidad es competente para requerir de cualquier **persona natural o jurídica** la información que estime necesaria para el debido cumplimiento de sus deberes. Por tal motivo, la renuencia a entregarla, bien sea en calidad de persona natural o de persona jurídica, se constituye en un incumplimiento. Hecha la anterior precisión, procede este Despacho a analizar si la conducta de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, consistente en no permitir la revisión de sus conversaciones de WhatsApp contenidas

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. Rad. No. 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893).

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. No. 25001232400020080013701.

“Por la cual se impone una sanción”

en su teléfono móvil, constituye un incumplimiento de instrucciones y una obstrucción de una actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio.

### 13.2. Sobre la conducta de HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

En el caso concreto, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** incurrió en un incumplimiento de instrucciones y en una obstrucción de la actuación administrativa que adelantaba esta Superintendencia. Lo anterior, ya que en el curso de la visita administrativa adelantada por esta Autoridad los días 18, 19 y 20 de febrero de 2015 en las instalaciones de **ROA FLORHUILA** ubicadas en la ciudad de Bogotá D.C., **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** obstruyó la actuación que se adelantaba al negarse injustificadamente a acatar la instrucción de permitir revisar las conversaciones realizadas a través de su teléfono móvil relacionadas con asuntos pertinentes de la empresa.

A continuación se presentan los hechos que configuraron la conducta reprochada, tal y como fueron plasmados en la correspondiente acta de la visita administrativa, la cual valga decir, fue suscrita al final de la misma, tanto por los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, como por los funcionarios de **ROA FLORHUILA** que la atendieron.

Inicialmente, durante el transcurso del segundo día de la visita (19 de febrero de 2015), **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** rindió testimonio ante los funcionarios comisionados para realizarla, durante el cual, entre otras cosas, manifestó lo siguiente al ser preguntado sobre el teléfono móvil con el que maneja temas de la compañía:

**“DELEGATURA:** Señor Rodríguez, usted tiene un celular institucional o corporativo?  
**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ:** El institucional lo suspendí porque me estaban extorsionando por ahí.

(...)

**DELEGATURA:** Y esa línea podría indicarnos cuál era?  
**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ:** La mía?

**DELEGATURA:** La institucional que suspendió?  
**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ:** ...pues no está suspendida de allá, está apagada y guardado en la casa.

**DELEGATURA:** Entonces en este momento usted usa un celular personal?  
**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ:** Personal sí.

**DELEGATURA:** Y con ese celular personal usted se comunica con?  
**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ:** Con todos. Con todos, con mi familia, con mis hijos, con los empleados, con todos, con la finca, con todos. Así como el suyo, usted se comunica con todos.

**DELEGATURA:** Ese equipo móvil es suyo? Es de su propiedad?  
**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ:** Es mío, sí.

**DELEGATURA:** Y la línea con la que se usa ese equipo móvil está a nombre suyo o a nombre de?  
**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ:** Está a nombre mío, en un plan corporativo de la empresa, pero yo la pago.”<sup>19</sup>

Como puede observarse, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** optó por no usar su teléfono móvil institucional y, en su lugar, usar el corporativo personal para atender toda clase de asuntos, incluyendo los propios de la empresa, según se desprende de las preguntas y respuestas arriba examinadas. Posteriormente, la Delegatura le solicitó a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** permitir la inspección de su teléfono móvil usado para revisar sus (i) conversaciones de *WhatsApp* con personal de la compañía y, (ii) demás conversaciones con contactos de la industria molinera de arroz. Frente a

<sup>19</sup> CD visible a folio 103 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente desde 02:51 hasta 02:50.

"Por la cual se impone una sanción"

la solicitud, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** se negó a permitir dicha inspección indicando que accedería a la misma **únicamente** si un juez de la República le impartía tal orden<sup>20</sup>.

Lo anterior quedó consignado en el acta de la visita en los siguientes términos:

*"Siendo las 12:15 pm se solicita al señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ que permita realizar una inspección del teléfono móvil que maneja **para revisar las conversaciones que a través de este realiza en whatsapp con personal de la compañía y demás asuntos pertinentes de la empresa**, requerimiento realizado en virtud a que en testimonio practicado minutos antes, el señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ manifestó que en el teléfono móvil personal se comunica con sus empleados, es decir, trata temas de la compañía a través de este. **A dicha solicitud, el señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ manifiesta que únicamente dejará hacer dicha inspección con la orden de un juez de la República (...)**" (Negrilla fuera de texto).*

Ante la negativa de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** para permitir la revisión solicitada, la Delegatura le explicó en los siguientes términos que dicha revisión la haría él mismo y que estaría dirigida exclusivamente a temas de la empresa:

*"(...) Se le explica al señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ que él mismo realizará la revisión mostrando a los funcionarios de la SIC uno por uno los chat de whatsapp que realice con empleados de la compañía o con otros contactos de la industria molinera del arroz, a lo cual el señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ insiste en que únicamente mostrará el contenido de su teléfono móvil bajo una orden de un juez " <sup>21</sup>.*

Frente a la insistencia en la negativa, la Delegatura le puso de presente a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** las disposiciones legales que la facultan para requerir este tipo de información, esto es, los artículos 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011<sup>22</sup>. Sin embargo, éste insistió en mantener su negativa -condicionada a que dicha orden la emitiera un juez-. Acto seguido, la Delegatura le reiteró el contenido de las normas antes referidas, ante lo cual éste manifestó que tales normas no contemplan teléfonos celulares. Como resultado, la Delegatura le informó que el impedimento u obstrucción para el cumplimiento de las funciones de esta Superintendencia es susceptible de sanción, conforme lo previsto en el numeral 4 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011<sup>23</sup>.

Luego de que la Delegatura le informó de las sanciones que una negativa como la suya pueden acarrear, volvió a solicitarle la exhibición de las conversaciones de WhatsApp contenidas en su teléfono móvil, ante lo cual **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** indicó que en su teléfono móvil no tenía información institucional<sup>24</sup>. Como puede observarse en el aparte del acta transcrito a continuación, la Delegatura insistió infructuosamente en la solicitud ya que la respuesta obtenida fue la misma, con la aclaración esta vez, que en tal dispositivo no existía información que pudiera llegar a servir para los fines de la indagación adelantada por esta Superintendencia:

*"A continuación y siendo las 12:37 pm, los funcionarios de la SIC que presiden la presente visita administrativa, vuelven a solicitar al señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ que exhiba ante ellos los mensajes de whatsapp de su teléfono móvil que tenga con empleados de la compañía que él representa o con otros contactos de la industria molinera, ante lo cual, el señor **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ manifiesta que no tiene información institucional en el teléfono móvil en este momento**. Los funcionarios de la SIC que presiden la presente visita administrativa le solicitan que por favor exhiba el contenido de su teléfono móvil, específicamente los mensajes de whatsapp que pueda tener con empleados de la compañía o con otros contactos de la industria molinera, ante lo cual **señala que no tiene información en el teléfono móvil que sirva para la indagación que realiza la SIC.**" <sup>25</sup>*

<sup>20</sup> Folio 57 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>21</sup> Folio 57 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>22</sup> Folio 57 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>23</sup> Folio 58 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>24</sup> Folio 59 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>25</sup> Folio 59 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción”

Nótese que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** manifestó que no tenía información institucional en el teléfono móvil, aun cuando minutos antes durante su testimonio había afirmado que con dicho teléfono se comunicaba con sus empleados.

La Delegatura entonces le preguntó a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** si tenía clara la solicitud realizada, las normas que facultan a esa Superintendencia para hacer este tipo de requerimientos y las consecuencias por incumplimiento, quien manifestó que sí le quedaba claro, al paso que insistió en que en su celular no tenía información relevante para los fines de la diligencia y que no permitiría que éste fuera inspeccionado a menos que existiera una orden judicial. Nuevamente, los funcionarios de la Delegatura insistieron en la solicitud de inspección y éste indicó que no abriría su teléfono móvil *a nadie* sin la orden de un juez de la República<sup>26</sup>.

Acto seguido, la Delegatura le brindó la oportunidad de consultar con su abogado externo para obtener asesoría respecto de las normas antes citadas, quien la declinó y expresó que mantenía firme su decisión de no exhibir la información solicitada. Una vez más, la Delegatura le recordó que tal decisión podría conllevar la imposición de multas<sup>27</sup>. Así mismo, le indagó si estimaba necesario una nueva lectura de las normas antes citadas, a lo que manifestó que no, por tenerlas claras, así como también tenía claro que la exhibición tendría lugar si mediaba la orden de un juez de la República<sup>28</sup>. Finalmente, la Delegatura volvió a ofrecerle la oportunidad de consultar con su abogado externo o con la Coordinadora Jurídica de la compañía, presente en la diligencia, ante lo cual **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** indicó no tener información útil para los propósitos de la diligencia<sup>29</sup>.

Esta última negativa de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** la acompañó con una afirmación, según la cual, aseguró que así como las respuestas que brindó durante la diligencia de testimonio recibida en el transcurso de la visita administrativa fueron transparentes, así mismo esta Superintendencia podía tener *“la plena confianza de que en su teléfono móvil no existía información que sirviera para la investigación que se lleva a cabo”*<sup>30</sup>. Nótese que según esta afirmación, la Delegatura debía “confiar” en que en dicho teléfono no habría pruebas potencialmente útiles para el ejercicio de sus funciones y, en consecuencia, debería prescindir de intentar obtenerlas, teniendo en cuenta que conocía que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** había admitido minutos antes que con dicho teléfono manejaba asuntos de la empresa.

Así las cosas, de lo anteriormente expuesto se desprende que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, como persona natural, obstruyó la diligencia al no permitir la revisión de su teléfono móvil, a pesar de la claridad de la orden, de las repetidas oportunidades en que la misma fue solicitada, de la posibilidad que se le brindó de consultar con su abogado y de la prevención que se le hiciera acerca de la sanción que tal negativa puede acarrear. Siendo del caso anotar, que su afirmación acerca de la “confianza” que pueda tener esta Superintendencia acerca de que en su teléfono móvil no existe ninguna información que pueda resultar útil, no lo exime de entregar la misma, ni es suficiente para que esta Entidad se abstenga de revisarla.

### 13.3. Respuesta a las explicaciones de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

#### 13.3.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el procedimiento aplicable en casos de incumplimiento de instrucciones

Contrario a lo afirmado por **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, el procedimiento aplicado en casos de incumplimiento de instrucciones y obstrucción de actuaciones, se ajusta a las normas procesales que deben regir los trámites de solicitud de explicaciones. Por tal razón, conforme al análisis que a continuación se presenta, considera este Despacho que no hubo ninguna violación al debido proceso ni nulidad alguna, según fue alegado en la respuesta a la solicitud de explicaciones.

<sup>26</sup> Folio 59 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>27</sup> Folio 60 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>28</sup> Folio 60 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>29</sup> Folio 60 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>30</sup> Folio 60 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

En efecto, el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 establece el trámite que debe seguir el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia en eventos de incumplimientos de instrucciones. Dicho trámite es totalmente diferente al establecido en el mismo artículo para adelantar averiguaciones preliminares y para instruir las investigaciones para establecer infracciones a las disposiciones de protección de la competencia. Así, los numerales 4 y 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 señalan:

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

(...)

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

(...)

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

(...)" (Negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, la Ley especial de competencia contempla dos funciones diferentes en cabeza del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia: (i) la establecida en el numeral 4 del artículo 9 del citado Decreto, consistente en tramitar las averiguaciones preliminares y las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia; y, (ii) la establecida en el numeral 12 del mismo ordenamiento, consistente en solicitar explicaciones a aquellas personas (naturales o jurídicas) que omitan acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de investigaciones, etc.

En torno a la facultad señalada en el numeral 4 citado, debe seguirse el trámite establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992<sup>31</sup>, esto es, llevar a cabo una investigación que requiere de la realización de una audiencia oral, la expedición de un informe motivado, etc. **Dentro de este trámite no está incluida la facultad para instruir la obstrucción de investigaciones o el desacato o renuencia a instrucciones emitidas por la autoridad de competencia.** El procedimiento a seguir para este tipo de actuación, está establecido en la Ley especial de competencia bajo la denominación "**solicitud de explicaciones**", aplicable en los casos en que las personas naturales o jurídicas han omitido acatar en debida forma las solicitudes de información, el acceso a archivos, etc., no siendo aplicable entonces el trámite de averiguación preliminar e investigación que está regulado por otro numeral diferente.

Si los trámites de incumplimiento de instrucciones u obstrucción de investigaciones estuviesen incluidos dentro de los que deben tramitarse conforme al numeral 4 del artículo 9 citado (y que requieren averiguación preliminar, investigación formal, audiencia oral, informe motivado, etc.) no hubiese señalado el legislador otro numeral diferente dentro del mismo artículo en el que se estableciera un **trámite especial de "solicitud de explicaciones"** para los casos de obstrucción de investigaciones e incumplimiento de instrucciones. Es claro entonces, que una y otra norma establecen dos trámites diferentes para situaciones de hecho disímiles y que, el señalado en el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, es absolutamente especial frente al general que regiría cualquier otra infracción.

En línea con lo anterior, es claro que si el legislador hubiese querido que los incumplimientos de instrucciones quedaran regulados bajo lo establecido en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 (que son los trámites que se llevan a cabo a través del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992),

<sup>31</sup> Modificado por el art. 155, Decreto Nacional 019 de 2012 y adicionado por el artículo 16 y el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se impone una sanción"

simplemente hubiese omitido el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 en el que se establece un trámite de solicitud de explicaciones especial para el caso de obstrucción de investigaciones e incumplimientos de instrucciones. De esta forma, entender que estas conductas deben regirse por el trámite señalado en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, desconocería no solo una norma especial como la establecida en el numeral 12 del mismo artículo, sino además el criterio de interpretación según el cual se preferirá aquella interpretación de una norma que le dé un efecto útil a la misma, frente a aquella que lo desconozca.

Es evidente entonces que lo que aplica, según la Ley especial de competencia (numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886) es un trámite incidental de incumplimiento de instrucciones en el que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia debe solicitar explicaciones a aquella persona que con su conducta presuntamente haya obstruido una actuación administrativa o haya omitido acatar las instrucciones de la autoridad de competencia. En efecto, los trámites de obstrucción de actuaciones administrativas e incumplimientos de instrucciones son incidentes que se tramitan dentro de una actuación administrativa sancionatoria, y, por consiguiente, no deben seguir el mismo trámite de la actuación administrativa que les dio origen.

Confirma lo anterior, el hecho de que el propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA confirmó en su artículo 51<sup>32</sup> que el trámite para sancionar aquellos eventos en los cuales un administrado es renuente a suministrar información o a otorgar acceso a los archivos que solicite una autoridad competente en el marco de un procedimiento administrativo, es absolutamente diferente al procedimiento administrativo sancionatorio señalado en el artículo 47 del CPACA. Frente a este trámite, el doctor Enrique José Arboleda, Miembro de la Comisión redactora del proyecto de Ley que posteriormente se convertiría en el CPACA, señaló:

*"Se trata de un **trámite incidental dentro de la actuación administrativa**, en que se impone una sanción de multa hasta de cien salarios mínimos para quienes se rehúsen a presentar los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, los oculten, impidan o no autoricen el acceso a sus archivos a los funcionarios competentes, o remitan la información solicitada con errores significativos o en forma incompleta. (...)*

*El procedimiento de **carácter incidental** está descrito en los incisos tercero y cuarto, y consiste en que al investigado se le solicitan explicaciones sobre su conducta renuente y éste 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."*

De esta forma, es claro que los procesos de solicitud de explicaciones son incidentes que se producen dentro de un trámite administrativo, en el marco del cual la autoridad pide cierta información que no se le entrega, o en el que solicita acceso a archivos que el administrado no permite u obstruye. Al ser incidentes, no siguen el mismo procedimiento del trámite administrativo principal, sino otro, expresamente previsto en la norma, en virtud del cual la autoridad debe solicitar al administrado las explicaciones sobre su conducta y, de no encontrarlas válidas, imponer una sanción.

Seguir un procedimiento distinto, como lo sugiere **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, no solo es contrario a las reglas especiales de procedimiento que para las obstrucciones de actuaciones administrativas y los incumplimientos de instrucciones en materia de competencia ha establecido el legislador en el artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, sino además, va en contravía de la naturaleza

<sup>32</sup> **Artículo 51. De la renuencia a suministrar información.** (...) Dicha sanción se impondrá mediante resolución motivada, previo traslado de la solicitud de explicaciones a la persona a sancionar, quien tendrá un término de diez (10) días para presentarlas.

*La resolución que ponga fin a la actuación por renuencia deberá expedirse y notificarse dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta a la solicitud de explicaciones. Contra esta resolución procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la notificación.*

**Parágrafo.** Esta actuación no suspende ni interrumpe el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio que se esté adelantando para establecer la comisión de infracciones a disposiciones administrativas."

"Por la cual se impone una sanción"

misma del trámite y de su filosofía, como es la de reprimir no una conducta que en sí misma afecta el mercado (como lo es un cartel o un abuso de posición de dominio), sino la de sancionar un hecho que impide el desarrollo de las investigaciones tendientes a demostrar la comisión de conductas anticompetitivas.

Por las razones anteriormente expuestas, este Despacho rechaza el argumento según el cual el trámite que debió haberse surtido en las presentes actuaciones de incumplimiento de instrucciones es el establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

### **13.3.2. Vulneración a los principios de legalidad, tipicidad y a los derechos de defensa y contradicción**

A juicio de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, esta Entidad debió haber definido (i) la conducta reprochada y (ii) las normas supuestamente vulneradas con dicha conducta, pues la Delegatura se limitó a señalar que "(...) **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** no permitió que la SIC en conjunto con él realizara una inspección del teléfono móvil que maneja para revisar las conversaciones que a través de este realiza en whatsapp con personal de la compañía, demás asuntos pertinentes de la compañía o con otros contactos de la industria molinera del arroz (...)", lo que no le permite establecer el presunto incumplimiento de una ley o qué normal legal se violó<sup>33</sup>.

El análisis a este cuestionamiento tiene como punto de partida establecer qué se entiende por principio de tipicidad. El mismo, de conformidad con el pronunciamiento hecho por la H. Corte Constitucional se refiere a "[l]a descripción completa, clara e inequívoca del precepto – la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción – y de la sanción- la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto y busca que la descripción que haga el legislador sea de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables"<sup>34</sup>.

A su vez, dicha Corporación estableció los siguientes tres elementos que el derecho sancionador debe garantizar a efectos de cumplir con el contenido del referido principio de tipicidad: "(i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la Ley; y (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción"<sup>35</sup>.

Así mismo, en desarrollo al alcance del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador, dicha Corporación indicó que "[E]l principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. Sin embargo, ello no obsta para exigir la tipicidad de las conductas reprochables, la predeterminación de la sanción y la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa"<sup>36</sup>.

Luego de haber establecido qué se entiende por principio de tipicidad y su alcance en materia de derecho administrativo sancionador, procede este Despacho a analizar si existió en el presente caso: (i) una descripción clara de la orden de observar un determinado comportamiento, o de cumplir determinada acción, (ii) la indicación de la consecuencia jurídica –sanción- que debe seguir a la infracción, y, (iii) un procedimiento en donde el derecho de defensa se encuentre asegurado.

En cuanto a la descripción clara de la orden, en este preciso caso, de cumplir una determinada acción, el acta de visita administrativa permite apreciar que a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** se le requirió que permitiera realizar una inspección de su teléfono móvil para revisar las conversaciones que a través de éste realiza con personal de la compañía mediante WhatsApp y demás asuntos

<sup>33</sup> Folio 16 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2012.

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-343 de 2006.

<sup>36</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2012.

"Por la cual se impone una sanción"

pertinentes de la empresa<sup>37</sup>. Así las cosas, la lectura del acta permite establecer que la orden de hacer que fuera emitida por la Delegatura fue clara. Y, que luego de que dicha orden le fuera reiterada en dos ocasiones, y de que le fuera preguntado al investigado sobre la claridad de la misma, éste en dos ocasiones manifestó que sí lo era.

Igualmente, en dos ocasiones la Delegatura en el transcurso de la visita le brindó la oportunidad de consultar con su abogado en caso de contar con dudas, quien manifestó no necesitarla, ya que tenía clara la orden. Aún más, en el transcurso de la visita la Delegatura también le informó a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** el fundamento legal que faculta a esta Superintendencia requerir dicha obligación, esto es, los artículos 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, cuyo contenido le fue leído en más de una oportunidad. Por lo tanto, es evidente que el primer requisito en cuestión, a saber, la claridad de la orden, se cumple en el presente caso.

En cuanto al segundo requisito, la indicación de la consecuencia jurídica, en este caso la sanción, también se cumple. Y ello es así, por cuanto de la lectura del acta de visita se evidencia que la Delegatura de manera precisa le informó a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** que la desatención a las solicitudes de información constituía una obstrucción al cumplimiento de las funciones ejercidas por esta Superintendencia y tenía como consecuencia la imposición de multas, conforme lo establece el numeral 4 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. El acta de visita también da cuenta de que la Delegatura dio lectura a tales normas, así como de que le preguntó a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** si tenía claro que no acatar las instrucciones impartidas tendría consecuencias, a lo que él respondió que sí le quedaba claro.

En relación con el último requisito referido a que el procedimiento adelantado haya asegurado el derecho de defensa, encuentra este Despacho que el mismo también está satisfecho. Tal conclusión deriva de los siguientes dos hechos. Primero, durante la visita administrativa la instrucción que le fue impartida a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** fue clara, como ya se vio, el sustento legal respecto del cual la instrucción encuentra sustento también le fue informado; en varias ocasiones la instrucción le fue reiterada, se le inquirió si la misma era clara, a lo que él siempre contestó que sí, las consecuencias derivadas de dicha omisión también le fueron informadas de manera clara y, además, se le brindó la oportunidad de consultar con su abogado, aunque éste la declinó en razón a la claridad que poseía respecto de la orden brindada y la sanción por su omisión. Segundo, por cuanto **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** tuvo la oportunidad de rendir explicaciones, solicitar y pedir pruebas, lo que en efecto ocurrió.

Por cuanto el argumento del investigado consiste en que la vulneración al principio de tipicidad generó la violación al principio de legalidad, y a los derechos de defensa y contradicción, al estar claro que el principio de tipicidad no se encuentra afectado en el presente caso, el análisis de las demás violaciones resulta entonces innecesario.

### **13.3.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la distinción entre instrucción y decreto de una prueba**

**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** sostuvo que esta Entidad confunde sus facultades de impartir instrucciones con las de decretar y practicar pruebas. Al efecto, alude a la definición de instrucción contenida en la sentencia C-921 de 2001, según la cual, ha de entenderse como un *"conjunto de reglas o advertencias para algún fin"*, así como orden una *"regla o mandato"*. En dicha sentencia se añade que *"las instrucciones y órdenes que pueden dar lugar a la sanción...no pueden ser sino únicamente proferidas por..., se relacionen con el cumplimiento de las funciones a ella asignadas y se dirijan a hacer efectivos los objetivos que buscan satisfacer con la inspección, vigilancia y control que a esa entidad le compete ejercer respecto de las entidades o personas que prestan el servicio público de..."*. Y, reitera, que en el caso que nos ocupa, la decisión objeto de examen, no constituye una instrucción u orden, sino una decisión de practicar una prueba, decretada durante el desarrollo de una inspección administrativa.

Con fundamento en la sentencia antes aludida, al entenderse una orden como una regla o mandato, entonces es claro que durante la práctica de la visita administrativa, la orden consistió en el mandato

<sup>37</sup> Folio 57 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

de inspeccionar el teléfono móvil de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, cuyo fin fue revisar las conversaciones que a través de éste realizó en WhatsApp con personal de la compañía y demás asuntos pertinentes de la empresa. En tal sentido, las condiciones expuestas por la decisión judicial referida por el mismo investigado se cumplen. Dicha instrucción se fundó en los artículos 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, con lo cual también se cumple con la obligación de impartir instrucciones en cumplimiento de las funciones de inspección vigilancia y control asignadas a esta Entidad, a que alude dicha sentencia. Ahora, si bien la instrucción arriba analizada surgió de la práctica de una visita de inspección, ello no cambia su naturaleza de "instrucción", razón por la cual este Despacho desestima los argumentos de reproche expuestos sobre este particular.

#### **13.3.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el derecho a la intimidad: extralimitación en el ejercicio de funciones por parte de esta Superintendencia y, por ende, ausencia de obstrucción**

**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** indicó que su decisión de solicitar una orden judicial decretando la inspección de su teléfono móvil celular respondió a la necesidad de proteger sus derechos a la intimidad y defensa, sin que ello pueda interpretarse como una obstrucción. Por el contrario, con fundamento en la exposición de diferentes decisiones judiciales en torno al derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, afirmó que esta Superintendencia carece de la facultad para intervenir o registrar comunicaciones, en este preciso caso, las comunicaciones realizadas por **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** a través de la aplicación WhatsApp. Resaltó que si bien esta Superintendencia puede decretar pruebas e impartir órdenes con fundamento en los numerales 62, 63 y 64 del Decreto 4886 de 2011, dicha norma no faculta de manera expresa a esta Entidad para llevar a cabo el registro de comunicaciones, para lo cual debe existir una autorización expresa por parte del legislador, razón por la cual, a su juicio, esta Superintendencia se extralimitó en el ejercicio de sus funciones.

Con el propósito de resolver el presente cuestionamiento, procederá este Despacho a referirse a las siguientes materias en el orden presentado a continuación: (i) derecho a la intimidad, (ii) intervención o registro de comunicaciones, y (iii) supuesta extralimitación en el ejercicio de funciones al requerir el registro de comunicaciones.

##### **(i) Derecho a la intimidad**

La Corte Constitucional define el derecho a la intimidad como aquél que "(...) *hace parte de la esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico*"<sup>38</sup>. Nótese que esta definición establece ciertos límites, esto es, los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico, lo que indica que a pesar de ser un derecho fundamental, el mismo no es absoluto.

En tal sentido, el primer debate jurídico que surge en este preciso caso en torno al derecho a la intimidad, es el balance que debe encontrarse entre éste y el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia e intervención otorgadas a entidades del Estado. Al efecto, el artículo 15 de la Constitución Política señala:

**"Artículo 15 de la Constitución Política:** *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.*

<sup>38</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-594 de 2014.

"Por la cual se impone una sanción"

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" (Subraya y negrilla fuera de texto).

- **Funciones de vigilancia**

En relación con la Superintendencia de Industria y Comercio, sus funciones de inspección, vigilancia y control en materia de protección de la competencia derivan del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, que indica:

**"Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.** La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal". A su vez, el numeral 2, del artículo 1 del Decreto 4886 del 23 de diciembre de 2011 dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: "2. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales" (Subraya y negrilla fuera de texto).

Es importante recordar que de conformidad con el numeral 4 del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, esta Superintendencia ejerce funciones permanentes del policía judicial<sup>39</sup>.

Por su parte, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en desarrollo de la facultad constitucional consagrada en el artículo 15 antes citada, establecen que son funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras, las siguientes:

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

A su vez, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011, dispone que la reserva de cierta información o documentos no es oponible a las autoridades administrativas (Superintendencia de Industria y Comercio) que constitucional o legalmente sean competentes para ello y lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Señala la norma:

**"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." (Negrilla fuera de texto).

En consonancia con lo anterior, la Ley Estatutaria 1581 de 2012, sobre protección de datos personales, además de definir qué se entiende por datos personales y por datos sensibles, en su artículo 10 establece que no es necesaria la autorización del titular de los datos para efectos de su tratamiento cuando se trate de "información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales" (Negrilla y subraya fuera de texto). Dicha norma entiende como tratamiento, según el artículo 3 de la misma norma, la facultad de recolectar u obtener datos personales.

Este mismo ordenamiento, estableció una excepción en relación con la autorización previa del titular para el tratamiento de su información, así:

<sup>39</sup> "Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control".

"Por la cual se impone una sanción"

**"Artículo 10. Casos en que no es necesaria la autorización.** La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de...a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial (...)"

Con fundamento en las normas previamente analizadas, es claro entonces que esta Superintendencia cumple funciones de inspección y vigilancia, en este caso en particular, la de vigilar los mercados, razón por la cual, con fundamento en el artículo 15 de la Constitución Política, puede **exigir** la presentación de libros de contabilidad y **demás** documentos privados. Establecido esto, prosigue este Despacho con el análisis del balance entre el derecho a la intimidad y la facultad de exigir información, consagrados en el referido artículo 15. Para tal fin, resulta conveniente citar lo expuesto por la Corte Constitucional al respecto:

*"En relación, con las autoridades públicas o administrativas, señaló la Corporación que tal facultad no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático, esta vez en cabeza de los funcionarios del Estado. Así, el hecho que el legislador estatutario haya determinado que el dato personal puede ser requerido por toda entidad pública, bajo el condicionamiento que la petición se sustente en la conexidad directa con alguna de sus funciones, de acompañarse con la garantía irrestricta de derecho al hábeas data del titular de la información. En efecto, amén de la infinidad de posibilidades en que bajo este expediente puede accederse al dato personal, la aplicación del precepto bajo análisis debe subordinarse a que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida.*

*Para la Corte esto se logra a través de dos condiciones: (i) el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo; y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la información, habida consideración que ese grupo de condiciones permite la protección adecuada del derecho<sup>40</sup>."*

Las dos condiciones indicadas por el Tribunal constitucional se cumplen en el presente caso. Por un lado, por cuanto la información que le fue requerida a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** tuvo una estrecha relación entre las funciones que por ley le han sido asignadas a esta Superintendencia de vigilar los mercados y, por el otro, esta entidad asegura un recaudo y uso adecuado de la información. Dicho recaudo y uso responde al concepto de tratamiento de que da cuenta la Ley Estatutaria 1581 de 2012 antes referido y respecto del cual la Ley 527 de 1999<sup>41</sup> reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos. A continuación, procede este Despacho a hacer un análisis más profundo del tratamiento de la información.

#### **- Tratamiento de la información**

De conformidad con lo establecido en la Ley 527 de 1999, esta Superintendencia en desarrollo de las visitas administrativas adelantadas en el marco de la averiguación preliminar por prácticas restrictivas de la competencia garantiza: **(i)** la confiabilidad en la forma en que se ha conservado la integridad de la información electrónica recaudada, identificando plenamente su iniciador, así como cualquier otro factor pertinente en la cadena de custodia y, **(ii)** la confiabilidad en la forma en la que se haya generado o archivado la información electrónica.

En relación con la cadena de custodia, el **LABORATORIO DE INFORMÁTICA FORENSE** de esta Superintendencia (en adelante, "LIF") maneja estándares de Cadena de Custodia conforme al Manual de Cadena de Custodia de la Fiscalía General de la Nación, en donde se identifica quién halla, recolecta y embala el (los) contenedor (es) de evidencia digital. Además de los factores posteriores a la misma, es decir, quién transporta, custodia o analiza la evidencia luego de su recolección. La Cadena de Custodia garantiza la integridad, identidad, preservación, seguridad, continuidad y almacenamiento de la evidencia recolectada.

Un elemento adicional es la firma o huella HASH, la cual se aplica a las evidencias recaudadas con el fin de que estas no se alteren. El LIF realiza la adquisición de las evidencias con software licenciado

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011.

<sup>41</sup> Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

"Por la cual se impone una sanción"

y específico para las labores forenses digitales, este software genera una firma única que asegura la inalterabilidad de la información recaudada. En tal medida, toda la integridad de la información obtenida se encuentra garantizada por la firma o huella HASH. La función denominada huella hash que se aplica sobre la evidencia digital consiste en identificar cada uno de los elementos materiales probatorios con una huella digital alfanumérica a través de dos algoritmos, MD3 y SHA1. Estos algoritmos reducen a un número finito la identificación de los archivos digitales, permitiendo garantizar que los mismos no han sido alterados o modificados desde el momento de su recolección hasta su uso.

Esa huella es adquirida mediante el uso del software forense FTK Imager de Access Data que permite que una vez la información es extraída de un equipo de cómputo o de telefonía móvil mediante una imagen forense, se obtienen al menos tres (3) archivos como resultado de este procedimiento: (i) uno o más archivos digitales en formato de imagen forense -.AD1/.E01- los cuales contienen la información recaudada; (ii) un archivo digital en formato de archivo de texto -.TXT- en el cual se encuentra la descripción de la imagen, la función HASH con los respectivos algoritmos SHA1 y MD5 que corresponde a la imagen forense y la ruta donde reposará; y finalmente (iii) un archivo digital en formato separado por tabulación -.CSV- en el que se encuentran la ruta de acceso de cada uno de los archivos recolectados y la función HASH para cada uno de los archivos adquiridos. El contenido de los tres archivos antes mencionados siempre debe coincidir.

Como puede observarse, esta Superintendencia al momento de recaudar pruebas garantiza el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 527 de 1999 para la validez de la evidencia digital, es decir, garantiza su originalidad e integridad con el fin de que pueda ser utilizada en sede administrativa o judicial. Así como el adecuado tratamiento de la información de que da cuenta la Ley Estatutaria 1581 de 2012. Está visto hasta aquí, que en ejercicio de sus funciones de vigilancia de los mercados, esta Superintendencia está facultada para exigir información, para lo cual existe un procedimiento de tratamiento idóneo que garantiza su debido uso. En tal virtud, cualquier preocupación acerca de la integridad de la información recaudada por esta Superintendencia se supera considerando los estándares seguidos por esta Entidad para su recolección y tratamiento. A continuación se pasará a analizar el balance entre el derecho de intimidad y la función de vigilancia de los mercados.

#### **- Balance entre el derecho de intimidad y la función de vigilancia de los mercados**

Conviene en esta sección señalar que la Corte Constitucional ha reconocido de vital importancia el derecho a la intimidad. Sin embargo, dicha corporación también ha indicado que dicho derecho no es absoluto, conforme se aprecia en el aparte de la sentencia C-881 de 2014 que a continuación se transcribe:

*"... El reconocimiento de que el derecho a la intimidad se vea sometido a restricciones significa, que cierta información del individuo interesa jurídicamente a la comunidad. Admitir que este derecho no es absoluto, implica asentar que en ciertas ocasiones, cuando el interés general se ve comprometido y se perjudica la convivencia pacífica o se amenaza el orden justo, cierta información individual puede y debe ser divulgada. Por lo anterior, la Corte ha señalado que "en el desarrollo de la vida corriente, las personas se ven impelidas a sacrificar parte de su intimidad como consecuencia de las relaciones interpersonales que las involucran. En otros casos, **son razones de orden social o de interés general** o, incluso, de concurrencia con otros derechos como el de la libertad de información o expresión, las que imponen sacrificios a la intimidad personal"* (resaltado fuera de texto)

La misma corporación ha sostenido que "(...) cuando el interés general se ve comprometido y se perjudica la convivencia pacífica o se amenaza el orden justo, cierta información puede y debe ser divulgada (...)", añadiendo que "(...) son razones de orden social o de interés general o, incluso, de concurrencia con otros derechos como el de la libertad de información o expresión, las que imponen sacrificios a la intimidad personal (...)"<sup>42</sup>.

En efecto, garantías como el derecho a la intimidad no suponen prohibir o restringir el acceso a la información privada por parte de las autoridades públicas. Más aún, cuando como en el presente caso, el objeto de vigilar los mercados tiene como propósito "(...) mejorar la eficiencia del aparato productivo

<sup>42</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-594 de 2014.

"Por la cual se impone una sanción"

nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios"<sup>43</sup>. Pretender entonces hacer prevalecer el derecho a la intimidad y de suyo comprometer la función de vigilancia orientada a asegurar el interés general de contar con mercados libres, sería desproporcionado y tornaría en ilusoria dicha vigilancia. De allí, que el legislador haya previsto unos mecanismos de balance como lo son los protocolos de tratamiento y resguardo, de cuya descripción se ocupó el punto anterior. Acto seguido, procede este Despacho a examinar si el derecho a la intimidad es oponible a la solicitud de revisar las conversaciones de WhatsApp contenidas en teléfonos móviles.

## (ii) Exigencia de presentación de comunicaciones

El numeral 11.3 de la presente Resolución dio cuenta de los fundamentos legales que facultan a esta Superintendencia para realizar visitas administrativas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica. De igual forma, esta Superintendencia tiene competencia legal para solicitar a personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, comunicaciones, libros, papeles de comercio, libros de contabilidad y demás documentos privados que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

Así, las facultades ejercidas por esta Entidad en desarrollo de las visitas administrativas de inspección se basan en el precepto constitucional citado y, por supuesto, en las normas referidas. A partir de una interpretación sistemática puede afirmarse que la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de sus facultades legales cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, documentos de cualquier tipo e información, realizar entrevistas y practicar visitas de inspección con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica.

Procede ahora este Despacho a establecer si esta Superintendencia se encuentra facultada para solicitar la inspección de las conversaciones de WhatsApp contenidas en teléfonos móviles en busca de aquellas relacionadas con la actividad del agente de mercado. Un primer punto de partida será el análisis llevado a cabo por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su sentencia del 29 de junio de 2017, que le permitió inferir que la revisión que lleva a cabo esta Entidad a correos electrónicos durante la práctica de visitas administrativas es legal. El propósito de examinar dicho desarrollo argumentativo es buscar aplicar el mismo raciocinio al presente caso dadas sus coincidencias en cuanto la naturaleza de dichos mensajes de datos.

Así, indicó la corporación judicial que si bien las comunicaciones privadas pueden tener lugar mediante correo electrónico, ello no significa que todas ellas sean de naturaleza personal. Al efecto, citó el artículo 51 del Código de Comercio que establece que "*Harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios*" (subrayado propio del texto). A su vez, el citado Tribunal aludió al examen efectuado por la Corte Suprema de Justicia en torno a los alcances probatorios de la correspondencia privada y la correspondencia comercial, así:

*"A fin de evitar, por ende, cualquiera de esas indebidas injerencias, las partes del proceso y el funcionario encargado de la controversia, deberán sujetar sus actuaciones a la normatividad legal pertinente y circunscribir la probanza a lo estrictamente necesario, según los hechos que sustentan la misma. En consecuencia, unas y otro deberán velar porque la documentación cuya presentación se persiga, y que en efecto se exhiba, en tratándose de los papeles del comerciante, sea en verdad la correspondencia y los comprobantes relacionados con sus negocios.*

*"(...) 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** (negrilla fuera de texto).*

*Siendo esto así, como en efecto lo es, propio es pensar, **en aras de garantizar el equilibrio y 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***

<sup>43</sup> Artículo 2 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992, en desarrollo del artículo 333 de la Constitución Política.

"Por la cual se impone una sanción"

*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 pueden 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 (negrilla fuera de texto).*

*7.5. En el entendido que los mensajes de datos se asimilan a los documentos tradicionales, como se previó en los ya mencionados artículo 10º de la Ley 527 de 1999 y 4º del Decreto 266 de 2000, la situación de que da cuenta este caso, equivale al supuesto en que un trabajador decida guardar escritos privados en alguna de las carpetas de archivo de la empresa donde labora (v. gr. un consecutivo) y que luego de que ese legajador fuera exhibido y reproducido en cumplimiento de la orden impartida en proceso judicial, protestara por la vulneración de su intimidad o por la violación de su correspondencia".*

De la lectura de la anterior sentencia, se desprenden dos importantes situaciones. La primera, es que la solicitud de revisión de información debe tener un sustento legal (lo cual se encuentra ampliamente demostrado en el presente caso) y, a más de ello, deberá circunscribirse a lo estrictamente necesario (también ha quedado establecido en el presente caso que la solicitud de revisión se limitó a conversaciones con personal de la compañía y demás asuntos pertinentes de la empresa).

La segunda, es la analogía interpretativa a que da lugar el raciocinio utilizado por el ente juzgador. Esto es, cuando el trabajador opta por transmitir a través de su teléfono móvil información relacionada con la sociedad y/o el trabajo (de hecho durante la visita administrativa en cuestión se encontraron conversaciones de WhatsApp de trabajadores de **ROA FLORHUILA** relacionadas con dicha empresa)<sup>44</sup>. Lo que dicho sea de paso, es bastante común, según se desprende de las diversas investigaciones en materia de prácticas anticompetitivas adelantadas por esta Superintendencia, en donde se ha encontrado que de manera común el WhatsApp está siendo utilizado para atender asuntos comerciales e, incluso, ha llegado a convertirse en una herramienta utilizada en el desarrollo de conductas contrarias a la libre competencia, tal y como se ha señalado en varias decisiones de esta Superintendencia que dan cuenta de posibles conductas anticompetitivas.

En el caso particular de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, este Despacho pudo establecer que éste optó por no usar su teléfono móvil institucional y en su lugar usar el corporativo personal para atender toda clase de asuntos, según se desprende de las preguntas y respuestas rendidas en tal sentido en la diligencia de testimonio llevada a cabo durante la visita administrativa objeto de examen<sup>45</sup>, las cuales se describen a continuación:

**"PREGUNTA:** Señor Rodríguez, usted tiene un celular institucional o corporativo?

**RESPUESTA:** El institucional lo suspendí porque me estaban extorsionando por ahí.

(...)

**PREGUNTA:** Y esa línea podría indicarnos cuál era?

**RESPUESTA:** La mía?

**PREGUNTA:** La institucional que suspendió?

**RESPUESTA:** ...pues no está suspendida de allá, está apagada y guardado en la casa.

**PREGUNTA:** Entonces en este momento usted usa un celular personal?

**RESPUESTA:** Personal sí.

**PREGUNTA:** Y con ese celular personal usted se comunica con?

<sup>44</sup> Folio 91 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>45</sup> CD visible a folio 103 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente desde 02:51 hasta 02:50.

"Por la cual se impone una sanción"

**RESPUESTA: Con todos.** Con todos, con mi familia, con mis hijos, **con los empleados**, con todos, con la finca, con todos. Así como el suyo, usted se comunica con todos.

**PREGUNTA: Ese equipo móvil es suyo? Es de su propiedad?**

**RESPUESTA: Es mío, sí.**

**PREGUNTA: Y la línea con la que se usa ese equipo móvil está a nombre suyo o a nombre de?**

**RESPUESTA: Está a nombre mío, en un plan corporativo de la empresa, pero yo la pago."**

Por tal razón, con fundamento en el balance que debe existir entre el derecho a la intimidad y la labor de vigilancia de los mercados adscrita a esta Entidad, sería ilógico que los mensajes de datos contenidos en teléfonos móviles que pudieran comprometer la infracción de la ley estuvieran fuera del alcance de las autoridades de control, en especial, tratándose de una decisión consciente del empleado de sustituir el teléfono móvil institucional por el personal corporativo, como ocurrió en el presente caso.

De aceptarse dicho supuesto, cualquier información relacionada con un proceder anticompetitivo consignado en dispositivos móviles sería inmune a las consecuencias jurídicas que de éste se derivan, tornando en imposible la labor de vigilancia que cumple esta Entidad orientada a mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. Nótese que aceptar esta posición (como la que sugiere el investigado) constituiría una invitación para que, por ejemplo, los miembros de un cartel coordinaran su conducta a través de mensajes en sus teléfonos inasequibles para la autoridad.

Es preciso aludir también al pronunciamiento efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde se pronunció sobre la legalidad de unas pruebas recaudadas (correos electrónicos) por esta Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de una averiguación preliminar por prácticas restrictivas de la competencia (colusión en una licitación pública), en los siguientes términos:

**"(...) para la Sala resulta imperativo establecer en primer lugar la idoneidad de las pruebas recaudadas y el sustento de su legalidad, específicamente en cuanto a los medios de pruebas obtenidos del correo electrónico del demandante, toda vez que la parte actora refiere que este procedimiento en el desarrollo de la sede administrativa, se llevó a cabo vulnerando sus derechos a la intimidad, a la correspondencia y al secreto de las comunicaciones.**

(...)

**Se tiene entonces que los "papeles de comercio" a los que se refiere la norma incluye la correspondencia comercial, la cual puede obrar en formato electrónico, y de la que es deber del comerciante conservar la respectiva copia de este tipo de comunicaciones, de conformidad con el artículo 57 del Código de Comercio, por lo que es facultativo de la SIC solicitar la misma, sin que ello implique la afectación del derecho fundamental a la intimidad del comerciante, puesto que la misma norma constitucional faculta a esta entidad como órgano de vigilancia, inspección y control, para solicitar la exhibición de tales documentos. (...)**

**En virtud de lo anterior, se tiene que la revisión de los correos electrónicos por parte de la SIC en el proceso administrativo sancionatorio, no vulneró los derechos fundamentales del demandante, pues la entidad demandada actuó en ejercicio de sus funciones, y en consecuencia las pruebas recaudadas no adolecen de vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad que impidan su valoración, motivo por el cual la Sala desestimaré el cargo propuesto en la demanda."**<sup>46</sup> (Negrilla fuera de texto original).

<sup>46</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia de primera instancia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 250002341000 2014 00680 00.

"Por la cual se impone una sanción"

Dicho pronunciamiento sustenta aún más la facultad que tiene esta Entidad de revisar las conversaciones de WhatsApp de naturaleza empresarial o laboral contenidas en dispositivos móviles, por cuanto las mismas, luego de que el usuario del mismo ha optado por llevarlas a cabo en su equipo móvil, se hacen extensivas a lo que se entiende como papel de comercio en formato electrónico y, de contera, pueden ser objeto de inspección y valoración en un procedimiento administrativo. Se aclara que el acceso a dicha información de ninguna manera significa que la autoridad esté relevada de garantizar los derechos de los administrados a que se mantenga la debida reserva que corresponda. Así, al tiempo que la autoridad está facultada constitucional y legalmente para proceder con la aducción de toda la información privada de personas naturales y jurídicas, tiene la carga de guardar la reserva correspondiente y de utilizar como evidencia o prueba **solo aquella pertinente para los fines de la actuación administrativa**, en aplicación de las limitaciones que surjan de la guarda debida al derecho constitucional a la intimidad.

Tal garantía se evidencia luego de dar lectura al acta administrativa de visita, según la cual a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** se le informó el procedimiento a seguir para la revisión de las conversaciones de WhatsApp contenidas en su teléfono móvil, según el cual, él mismo sería el que abriera y manipulara el teléfono móvil para revisar los mensajes que pudiera tener con empleados de la organización que él representa o con otros contactos de la industria molinera<sup>47</sup>. Se advierte así mismo, que durante la visita administrativa la Delegatura informó que realizaría la depuración de la información recolectada para efectos de circunscribir únicamente la información que estuviera relacionada con los hechos materia de examen, para de esa manera garantizar el derecho a la intimidad de los titulares de la información. Así mismo, les brindó la oportunidad a los titulares de la información de indicar cuál debería ser amparada por el derecho a la intimidad, con el fin de proceder a determinar si la misma debería ser excluida o no de la actuación adelantada<sup>48</sup>.

Finalmente, es necesario aclarar que la revisión que se hace a las conversaciones contenidas en dispositivos móviles, nada tiene que ver con las facultades de *intercepción* adscritas a la Fiscalía General de la Nación, consistente en la "...grabación magnetofónica o similares de las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético..."<sup>49</sup>, situación que dista sustancialmente de la revisión que *a posteriori* realiza esta Entidad. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al indicar que "(...) interceptar una comunicación consiste en apoderarse de ella antes de que llegue a la persona a quien se destina, detenerla en su camino, interrumpirla u obstuirla, en fin, impedir que llegue a donde fue enviada; registrarla, por su parte, implica examinarla con cierto cuidado para enterarse de cuanto contiene (...)"<sup>50</sup>. También es importante precisar que con el fundamento legal anteriormente explicado en detalle, nuestro ordenamiento no exige que un juez autorice a esta Superintendencia para la entrega de ningún tipo de información, así como tampoco, que ante éste se valide la legalidad de lo actuado.

### **(iii) Supuesta extralimitación en el ejercicio de funciones al requerir la presentación de comunicaciones**

Los argumentos empleados por el investigado para soportar el presente reproche, referidos a la violación de su derecho a la intimidad, a la carencia de facultades por parte de esta Superintendencia para interceptar comunicaciones y, a la ausencia de una orden de un juez para revisar las comunicaciones personales contenidas en teléfonos móviles, no serán objeto de un nuevo análisis, por cuanto fueron desestimados en desarrollo de los numerales (i) y (ii) anteriores.

El presente acápite se ocupará entonces de la crítica consistente en que esta Superintendencia: (i) no justificó la necesidad de registrar los mensajes de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, (ii) no definió con claridad cuál era el objeto de la revisión, (iii) no precisó ni individualizó las conversaciones que pretendía revisar (no indicó nombres, cargos, o posición en la industria molinera del arroz, (iv) no limitó las conversaciones a un espacio de tiempo, y, (v) no indicó la forma en que la información revisada iba a ser recopilada, cómo se iba a garantizar la reserva y la inalterabilidad de la misma.

<sup>47</sup> Folio 60 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>48</sup> Folio 82 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2009.

<sup>50</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-916/08.

"Por la cual se impone una sanción"

Con el propósito de examinar la validez o no de las críticas contenidas en esta sección, lo primero es establecer la etapa procesal en la cual tuvo lugar la solicitud de la información en cuestión. Para tal efecto, es preciso revisar los términos del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, que establece el procedimiento a seguir en relación con los casos de presunta infracción a las normas de competencia, así:

**"Artículo 52. Procedimiento.** <Artículo modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este Decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación".

En el presente caso, conforme lo establece el artículo 52 bajo examen, la visita administrativa tuvo como principal objetivo verificar si existía suficiente mérito para iniciar una investigación, esto es, determinar la probable existencia o no de una infracción de las normas sobre protección de la competencia (ocurrencia de los hechos, características del mercado posiblemente afectado e identidad de los posibles infractores). Durante el desarrollo de esta etapa aún no hay personas (naturales o jurídicas) a las que se les hubiere atribuido la condición de investigados, propiamente dichos<sup>51</sup>. Las etapas previas a una apertura de investigación, se caracterizan por su informalidad, tal y como así lo ha establecido el Consejo de Estado: "[S]egún 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 (...)"<sup>52</sup>.

Dada la informalidad que caracteriza esta etapa previa y, considerando que la misma es bastante incipiente dada la escasez de información, razón por la cual, precisamente durante la misma la ley ha facultado su recaudo a través de diversos medios con el fin de determinar la necesidad de iniciar una investigación, resultaba entonces imposible precisar los nombres, cargos, o posición en la industria molinera del arroz o individualizar las conversaciones que pretendían revisarse, así como tampoco limitar las conversaciones a un espacio de tiempo. Por otra parte, el acta de visita indicó la forma en que la información revisada iba a ser recopilada, cómo se iba a garantizar la reserva y la inalterabilidad de la misma.

Ahora bien, tal y como ha tenido oportunidad de precisarlo la jurisprudencia con fundamento en el artículo 13 de la Ley 155 de 1959, la investigación previa tiene carácter reservado. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha dejado establecido lo siguiente:

*"(...) el criterio expuesto por el Tribunal y que surgió de la interpretación del artículo 13 de la Ley 155 de 1959 llegando a la conclusión que la investigación previa, por infracción a las normas de protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, tienen carácter reservado. Conclusión a la que hay que llegar en el caso que nos ocupa"*<sup>53</sup>.

En otra oportunidad la misma Corporación afirmó lo siguiente:

*"(...) la Sala considera que las actuaciones preliminares a la investigación, por infracción a las normas de protección de la competencia, también ostentan el carácter reservado, pues el artículo 13 de la citada disposición (155 de 1959) no hace distinción entre investigación previa y la investigación formalmente adelantada"*<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Sobre el particular véase: (i) Superintendencia de Industria y Comercio: Resoluciones 20 del 6 de enero de 2015 y 16138 del 10 de abril de 2015.

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicado No. 25000-23-24-000-2000-0665-01 (7909), Consejero Ponente, Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

<sup>53</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera – Subsección B. Providencia del 9 de mayo de 2003. Expediente RI 25002324000-2003-00363-01. M.P. José Henry Victoria Lozano.

<sup>54</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera – Subsección A. Providencia del 18 de noviembre de 2010. Expediente 2500023240002010-00527-01. M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.

“Por la cual se impone una sanción”

Así, con fundamento en la reserva de que goza la información recaudada en las investigaciones previas, no era compulsorio que la Delegatura definiera con *claridad* cuál era el objeto de la revisión, así como tampoco justificar la necesidad de registrar los mensajes de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**.

Por lo anteriormente expuesto, no advierte este Despacho una violación al debido proceso que genere la declaración de la nulidad de todo lo actuado, conforme se solicitó en el escrito con el cual se rindieron explicaciones. A saber, el procedimiento adelantado para dar trámite al presente incidente es el legalmente establecido y esta Entidad cuenta con las facultades legales para adelantar visitas administrativas en ejercicio de su función de velar por la observancia de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica. Ahora bien, considera este Despacho que la negativa por parte de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** de autorizar la revisión de las conversaciones de WhatsApp con personal de la compañía y demás conversaciones con contactos de la industria molinera de arroz, contenidas en su teléfono móvil, constituyó una obstrucción generadora de sanción.

**DÉCIMO CUARTO:** Que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece lo siguiente:

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

(...)

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

Teniendo en cuenta los criterios establecidos en la ley, la Autoridad de Competencia debe asegurar que los efectos de prevención general y prevención especial de la sanción se realicen en forma efectiva, esto es, que tanto los individuos como las personas jurídicas se vean disuadidos de infringir la ley, como en este caso, a desacatar órdenes o instrucciones u obstruir investigaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. Por otro lado, de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la Superintendencia de Industria y Comercio debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad perseguida con la norma, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

A continuación se analizarán los criterios previstos en la citada norma para efectos de graduar la multa que le corresponde a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, en su condición de infractor del régimen de libre competencia al desacatar instrucciones y obstruir una actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio. La primer precisión que debe hacerse, es que por cuanto **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** como persona natural actuó como infractor directo de una orden impartida por esta Superintendencia, le aplica entonces el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Conviene aclarar, que la responsabilidad prevista por el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en virtud de la cual se sanciona a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, no resulta aplicable en el presente caso, ya que la misma no es autónoma ni independiente por estar condicionada a la declaratoria de responsabilidad de una infracción al régimen de la libre competencia, lo cual no sucedió en el presente caso. Lo anterior, comoquiera que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** infringió directamente la prohibición establecida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. De esta manera, es claro que toda vez que la conducta de

"Por la cual se impone una sanción"

**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** no fue como facilitador de una conducta violatoria del régimen de la libre competencia, sino que, por el contrario, fue una conducta autónoma e independiente, corresponde entonces declarar su responsabilidad en virtud del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, más no por el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En el presente caso, frente a los criterios de "*impacto que la conducta tenga sobre el mercado*", "*la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción*" y "*la dimensión del mercado afectado*", advierte el Despacho que los mismos no resultan aplicables, por cuanto la infracción tiene una implicación directa en la actuación administrativa de esta Superintendencia, pero no un impacto propiamente dicho en el mercado. No obstante lo anterior, se tendrá en cuenta la importancia de la conducta, en el sentido de que las visitas administrativas de inspección en la etapa preliminar son fundamentales para la Autoridad de Competencia, en la medida en que constituyen la oportunidad idónea para obtener 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.

Tan fundamentales son dichas visitas, que es bastante probable que las investigaciones adelantadas por esta Entidad se vean frustradas si durante dicha etapa el recaudo de información no es posible, o no es suficiente, ya que una vez los investigados son conocedores de que su conducta está siendo investigada, existe el riesgo de que la misma sea destruida. Ahora bien, respecto al criterio del "*beneficio obtenido por el infractor con la conducta*" se observa que, tratándose de una conducta de obstrucción de una actuación administrativa, la utilidad para **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** solo puede definirse a partir del costo de oportunidad sufrido por la Autoridad de Competencia al no poder recaudar las evidencias al momento de la diligencia, del cual, vale la pena decir, ni siquiera hubo posibilidad de calificar su valor probatorio.

Sobre el criterio de "*grado participación del implicado*", al momento de dosificar la sanción se tendrá en cuenta que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** desplegó una conducta omisiva y obstructiva ya que, con su actuar, incumplió el deber de acatar en debida forma la solicitud de información formulada por esta Superintendencia en desarrollo de sus funciones legales, cuya recolección oportuna interesaba al trámite administrativo que fundó la visita practicada. La aplicación del criterio de "*conducta procesal de los investigados*" genera en este caso un efecto neutro sobre la dosificación de la sanción, habida cuenta de que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** ejerció su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la agravación de la sanción, como tampoco alguna actuación que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa.

Finalmente, frente al "*patrimonio del infractor*", se tendrá en cuenta como criterio de graduación la declaración de renta de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** presentada en el 2016, con el fin de que la sanción no resulte desproporcionada, confiscatoria o expropiatoria, pero tampoco irrisoria de manera tal que se desvirtúen los objetivos del derecho sancionatorio del Estado. Así las cosas, al realizar un análisis de los criterios de dosificación aplicables a la persona jurídica referida, este Despacho determina que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** será multado con la suma de **CIENTO SIETE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$107.655.080)** equivalentes a **CIENTO TREINTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (130 SMLMV)**. Esta sanción equivale al ■% aproximadamente de su patrimonio líquido de 2016 y al ■% de sus ingresos de ese mismo año. Igualmente, equivale al 0,13% de la multa máxima potencialmente 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.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

#### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** identificado con Cédula de Ciudadanía No. 12.115.632 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 incumplir instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y obstruir con ello la

"Por la cual se impone una sanción"

actuación administrativa que se adelantaba, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

En consecuencia, **IMPONER** a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** identificado con Cédula de Ciudadanía No. 12.115.632 una multa de **CIENTO SIETE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$107.655.080)** equivalentes a **CIENTO TREINTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (130 SMLMV)**.

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

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

**ARTÍCULO SEGUNDO:** **NEGAR** la solicitud de nulidad formulada por **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO TERCERO:** **ORDENAR** a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** que, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, realice la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** informa que:*

*Mediante Resolución No. **№ - 4037** de 2019 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** por contravenir lo establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al obstruir una actuación administrativa que adelantaba la Superintendencia de Industria y Comercio durante una visita administrativa. Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009".*

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

**ARTÍCULO CUARTO:** **NOTIFICAR** el contenido de la presente Resolución a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, entregándole una copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, según lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C, a los **20 FEB 2019**

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,**

  
**ANDRES BARRÉTO GONZÁLEZ**

"Por la cual se impone una sanción"

Proyectó: C Lemus  
Revisó: A Pérez  
Aprobó: A Barreto

**NOTIFICAR:**

**HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

Cédula de ciudadanía No. 12.115.632

Apoderado

**JOSE ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR**

C.C. No. 19.335.765 de Bogotá

T.P. No. 30.633 del Consejo Superior de la Judicatura

Carrera 14 No. 93 B – 32 Of. 404

Bogotá, D. C.