



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

RESOLUCIÓN **№ - 8 7 3 2** DE 2019

(**0 9 ABR 2019.**)

Radicación: 15-180003

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de facultades legales, y en especial las previstas en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 4037 del 20 de febrero de 2019 (en adelante “Resolución Sancionatoria” o “Resolución No. 4037 de 2019”), la Superintendencia de Industria y Comercio declaró que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** 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 una actuación administrativa. Como consecuencia de tal declaración, le impuso una sanción económica.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** interpuso recurso de reposición contra dicho acto administrativo, con fundamento en los siguientes argumentos:

- Luego de proveer un marco constitucional, legal y constitucional sobre el alcance del debido proceso en actuaciones administrativas, señaló que este Despacho debió definir la conducta objeto de reproche y señalar las normas supuestamente vulneradas con esa conducta. En tal sentido, agregó, debió establecerse el alcance de cada uno de los componentes de las normas invocadas para de ese modo haber podido establecer el motivo por el cual la conducta constituyó una violación a las mismas.
- La sanción que impuesta carece de fundamento jurídico, dado que en su condición de personal natural le fue impuesta una sanción que está dirigida a personas jurídicas. Esto es, que la sanción le fue impuesta de acuerdo con los términos del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, cuyo título y enunciado de la norma establece: “*MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS JURÍDICAS*”, cuando es el artículo 26 de la misma normativa la que se ocupa de las “*MULTAS A PERSONAS NATURALES*”. Por consiguiente, reiteró, esta Superintendencia invocó y aplicó indebidamente el artículo 25 antes mencionado.
- El procedimiento que debió haberse adelantado con ocasión de las diligencias objeto del presente recurso es el dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Dicha inobservancia, a su juicio, es violatorio del debido proceso e impone la revocatoria del acto administrativo recurrido.
- Dentro de las facultades atribuidas a esta Superintendencia a través de los artículos 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, no se encuentran las de registrar las conversaciones privadas que las personas sostienen a través de correos electrónicos o por teléfono móvil. Dicha actividad solo puede llevarse a cabo con una orden judicial que permita el registro.
- Durante la visita administrativa adelantada por la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante “la Delegatura”) nunca se le informó que en su contra se estaba

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

adelantando una investigación formal, razón por la cual no es acertado afirmar que él obstruyó una actuación administrativa.

- Resaltó además, que en desarrollo de la mencionada visita administrativa los funcionarios de la Delegatura solicitaron y recaudaron varias pruebas, incluido su testimonio y el de otros empleados, motivo por el cual es errado considerar como una obstrucción el hecho de que él haya pretendido hacer valer sus derechos. Así, el no estar de acuerdo con una solicitud que es ilegal, no puede tomarse como una obstrucción y, por el contrario, una interpretación en tal sentido es violatorio de los derechos de defensa, contradicción y a la intimidad consagrados en la Constitución Política.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), este Despacho procederá a resolver el recurso de reposición interpuesto, dando respuesta a cada uno de los argumentos presentados por el impugnante en el mismo orden en que fueron expuestos.

3.1. Argumentos relacionados con la falta de definición de la conducta objeto de reproche y de señalamiento de las normas supuestamente vulneradas con la misma

El recurrente, con fundamento en la descripción de un marco constitucional, legal y jurisprudencial, afirmó que en la presente actuación no se definió con claridad la conducta reprochada, ni las normas supuestamente vulneradas con dicha conducta. Habiendo sido necesario, a juicio suyo, establecer detalladamente el alcance de cada uno de los componentes de las normas invocadas y de interpretación, lo que pudo haber permitido identificar la razón por la cual la conducta constituyó una violación y encajó en los componentes normativos de los tipos invocados.

Con el fin de resolver acerca de esta censura procede este Despacho a hacer un recuento de las actuaciones objeto de reproche, así:

- Conforme lo indicó la Resolución objeto de recurso, 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**"). En desarrollo de la misma, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, en su calidad de gerente general y representante legal de la empresa visitada, el día 19 febrero de 2015 rindió testimonio en donde, entre otras cosas, manifestó que con su teléfono móvil personal se comunicaba con sus empleados, es decir, a través de este trataba temas de la compañía².
- Los funcionarios de la Delegatura comisionados para practicar la visita administrativa solicitaron entonces a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** permitir realizar una inspección a su teléfono móvil (respecto del cual él mismo manifestó sostener conversaciones con personal de la compañía). Frente a tal solicitud éste manifestó que únicamente dejaría hacer dicha inspección con la orden de un juez de la República³. Ante esta primera negativa, la Delegatura le explicó que la revisión la haría él mismo y que estaría dirigida exclusivamente a temas de la empresa, así:

"(...) 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"⁴.

- No obstante la explicación brindada, hubo una segunda negativa en torno a la cual la Delegatura le puso de presente 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 2011⁵. A pesar

² CD visible a folio 103 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente desde 02:51 hasta 02:50.

³ Folio 57 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴ Folio 57 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵ Folio 57 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

de ello, éste insistió en mantener su negativa (tercera negativa) bajo la condición de acceder si la orden era emitida por un juez. Nuevamente la Delegatura le reiteró el contenido de las normas antes referidas, ante lo cual **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** manifestó que tales normas no contemplan teléfonos celulares. En tal virtud, 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 2011⁶.

- Después de que la Delegatura le informara de las sanciones que una negativa como la suya podía 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 institucional⁷ (cuarta negativa). Una vez más, la Delegatura insistió infructuosamente en la solicitud obteniendo una respuesta similar (quinta negativa), con la aclaración esta vez, que en su dispositivo no existía información que pudiera llegar a servir para los fines de la indagación adelantada por esta Superintendencia⁸.
- 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 (quinta negativa). Una vez más, los funcionarios de la Delegatura formularon la solicitud de inspección y éste indicó que no abriría su teléfono móvil a nadie sin la orden de un juez de la República (sexta negativa).
- 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 (séptima negativa). Al respecto, la Delegatura le recordó que tal decisión podría conllevar la imposición de multas. 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 (octava negativa). 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 (novena negativa).

Luego de efectuado el anterior recuento, es claro que en nueve oportunidades la Delegatura le solicitó 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. Ello significó que en cada una de estas nueve oportunidades, **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** se negó a acceder a tal solicitud a pesar de que la Delegatura claramente le indicó el fundamento legal que facultaba a esta Superintendencia para realizarla. A continuación, vale la pena describir el acápite del acta administrativa que da cuenta de la precisión con que la Delegatura le informó acerca de las normas en cuestión⁹:

"...Ante las reiteradas insistencias por parte de la SIC a la solicitud realizada y las reiteradas negativas del señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ los funcionarios de la SIC que presiden la presente diligencia, leen al señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ lo contenido en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, según los cuales la SIC está facultada para:

(...)

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.

⁶ Folio 58 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷ Folio 59 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸ Folio 59 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹ Folio 59 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

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

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

(...)"

También resulta conveniente transcribir la parte del acta administrativa en donde la Delegatura le informó a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** acerca de la normativa aplicable en torno a las consecuencias derivadas de su negativa, así¹⁰:

"A continuación los funcionarios de la SIC que presiden la presente diligencia de visita administrativa, informan al señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la ORGANIZACIÓN ROA FLORHUILA S. A. que la desatención de los requerimientos, instrucciones, solicitudes de información, órdenes y cualquier otra desobediencia que constituya un impedimento u obstrucción para el cumplimiento de las funciones de la SIC constituye una conducta violatoria de las normas sobre protección de la libre competencia, susceptible de ser sancionada con multa. Lo anterior de conformidad con el numeral 4 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, cuyo texto prevé como facultad de la SIC:

(...)

4. Imponer con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la observancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

(...)"

La descripción de los acontecimientos acaecidos durante la visita administrativa y que son objeto de examen en las presentes diligencias, ha permitido establecer tres importantes circunstancias. La primera, que la solicitud efectuada por la Delegatura a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** fue suficientemente clara, ella consistió en 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. Dicha solicitud le fue elevada nueve (9) veces, respecto de las cuales él, en cada una de ellas, manifestó su negativa a atenderla.

La segunda importante circunstancia, consiste en que de las nueve (9) oportunidades en que la Delegatura le elevó la solicitud, en dos (2) se le hizo mención expresa de las normas que facultan a esta Superintendencia para elevar tal clase de solicitudes y, la tercera, en que en la Delegatura le dio lectura de la normativa que dispone las sanciones que una conducta omisiva como la suya podían acarrear. También está visto que la Delegatura le preguntó si tenía claridad acerca de las facultades y de las sanciones, ofreciéndole incluso la posibilidad de consultar con su abogado, a lo que él informó si tenerla, desechando en consecuencia el ofrecimiento de apoyarse en un profesional del derecho.

La conjunción de estas tres circunstancias revela, sin asomo de duda, que **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** entendió la instrucción impartida por la Delegatura, conoció las disposiciones legales que la facultan para formularlas, así como las sanciones que una posible omisión podrían acarrear. Por tal motivo, el argumento del recurrente según el cual "*en la presente actuación no se definió con claridad la conducta reprochada, ni las normas supuestamente vulneradas con dicha conducta*", es a todas luces infundado y, por consiguiente, no está llamado a prosperar. Continúa el Despacho con el análisis del siguiente argumento relacionado con la normativa aplicable en materia sancionatoria.

¹⁰ Folio 58 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

3.2. Argumentos relacionados con la aplicación de la sanción establecida en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 a las personas naturales

El recurrente manifestó que a las personas naturales no les es aplicable la sanción establecida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, toda vez que, en virtud del título del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, norma que modifica el mencionado numeral, dichas multas están destinadas únicamente a personas jurídicas, condición que él claramente no ostenta.

Al respecto, esta Superintendencia recuerda que en el texto de la Ley 1340 de 2009 se estableció un título de guía que no corresponde al contenido de la norma y que, por el contrario, ni la versión original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, ni la modificación hecha por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establecieron la exigencia de un sujeto calificado para su aplicación. Por este motivo, esta Superintendencia no encuentra sustento en afirmar que esta norma está destinada a aplicar únicamente sobre personas jurídicas sino que, por el contrario, aplica a cualquier persona, de cualquier naturaleza, que incurra en algunas de las conductas establecidas como violatorias al régimen de libre competencia en Colombia.

De esta forma, tal y como se ha procedido en otras oportunidades, a continuación se presenta la siguiente tabla que deja en evidencia que el texto legal y vinculante del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, nunca estableció la limitación de su aplicación únicamente contra personas de esta naturaleza.

Tabla No. 1. Texto numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y su modificación por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009

Norma Original Numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992	Modificación introducida por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009
<p>"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:</p> <p>(...)</p> <p>15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto. Así mismo, imponer las sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos sectores mientras la ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos"</p>	<p>"Artículo 25. Monto de las multas a personas jurídicas</p> <p>El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:</p> <p>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.</p> <p>Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado. 2. La dimensión del mercado afectado. 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta. 4. El grado de participación del implicado. 5. La conducta procesal de los investigados. 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Norma Original Numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992	Modificación introducida por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009
	<p>7. el patrimonio del infractor.</p> <p><i>Parágrafo. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción la persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.</i></p>

Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio.

De lo anterior puede establecerse que la redacción original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 en ningún momento hacía referencia a la naturaleza jurídica de la persona que podría ser objeto de sanción por la violación de las normas de libre competencia. De igual forma, se evidencia que la modificación hecha a esta norma en el año 2009 fue en cuatro (4) aspectos puntuales: (i) cambio del monto máximo de la sanción a imponer, pasando de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cien mil (100.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; (ii) la inclusión de criterios de graduación, así como circunstancias de agravación y atenuación; (iii) la introducción como conductas violatorias del régimen de libre competencia 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 y (iv) simplificación de la norma respecto a los sectores de aplicación al eliminar la mención explícita respecto a las sanciones a imponer a las empresas prestadoras de servicios públicos.

Así, no hay duda alguna que el cambio y la modificación hecha por el legislador en el año 2009 al numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 no incluyó ningún tipo de limitación respecto a la calidad de los sujetos sobre los cuales aplica la norma sino que, por el contrario, de la lectura literal del texto se desprende que su aplicación sigue destinándose a cualquier sujeto que viole cualquiera de las disposiciones sobre Protección de la Competencia, tal y como se contemplaba en el texto original.

En este orden de ideas, esta Superintendencia se mantiene en su posición de considerar que el desconocer la aplicación de una norma por la sola lectura literal de un título de guía, que incluso ni siquiera está incluido propiamente en el texto modificado del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es desconocer de igual forma la interpretación exegética de la norma desde su origen y la interpretación sistemática con las demás normas que integran el régimen del derecho de la competencia.

Según la interpretación del recurrente, en el presente caso debió aplicarse el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el cual corresponde, según su título, al "*Monto de las Multas a Personas Naturales*". Sin embargo, al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente: (i) al igual que lo ocurrido con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en esta norma nunca se ha diferenciado la naturaleza jurídica de las personas a las cuales les aplica las sanciones ahí establecidas, ni en su versión original ni en su versión modificada por el legislador en el año 2009. Así, lo que busca esta norma, es sancionar a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias a las normas de libre competencia, sin importar si dicho "facilitador" es una persona natural o jurídica¹¹. (ii) Adicionalmente, los supuestos de hecho descritos en cada norma son diferentes. Así, en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, se establecen las sanciones para quien viole cualquiera de las disposiciones sobre protección

¹¹ Ejemplos actuales de la aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 a una persona jurídica por su actuar como facilitador de una conducta anticompetitiva se encuentran en las Resoluciones No. 71540 de 08 de noviembre de 2017, 71539 del 08 de noviembre de 2017, 71537 del 08 de noviembre de 2017, 71542 del 08 de noviembre de 2017 y 69844 del 19 de septiembre de 2018 (Caso "factoring").

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

de la competencia, incluyendo el incumplimiento de órdenes e instrucciones. Por su parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, está destinado a sancionar a quien colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere el cometimiento de una conducta anticompetitiva.

En virtud de lo anterior, debe reiterarse que la conducta por la cual esta Superintendencia sancionó a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, consistió precisamente en el incumplimiento de órdenes dadas por esta Superintendencia, lo cual constituye una conducta violatoria de las disposiciones sobre protección de la competencia, razón por la cual debe aplicársele la sanción estipulada en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Una interpretación diferente equivaldría a aplicar una sanción establecida en la ley para otro tipo de conductas, lo cual resulta en una ausencia de fundamento jurídico válido, el mismo que ahora alega el recurrente como generador de un defecto material o sustantivo.

En virtud de lo anterior, no se encuentra razón alguna en los argumentos presentados por el recurrente respecto a la imposibilidad de aplicar la sanción establecida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, a la persona natural sancionada por medio de la Resolución Sancionatoria. A continuación, procede el Despacho a analizar el siguiente argumento referido al supuesto error en que incurrió la Delegatura al haber tramitado las presentes diligencias bajo un procedimiento diferente al establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

3.3. Argumentos relacionados con la violación al debido proceso en virtud de la supuesta aplicación de un procedimiento no establecido en la ley

El recurrente manifestó en su recurso que la Superintendencia de Industria y Comercio violó el debido proceso en la presente actuación administrativa, al seguir un procedimiento diferente al establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Con el fin de dar respuesta a la crítica bajo examen, es preciso recordar que el régimen de libre competencia en Colombia, compuesto por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas que los adicionen y/o complementen, establece la existencia de diferentes conductas sancionables por su afectación a los diferentes bienes jurídicos que se buscan proteger.

En este orden de ideas, el régimen de libre competencia está compuesto por diferentes preceptos legales que tratan sobre: prácticas restrictivas de la competencia, promoción de la competencia, integraciones empresariales, otorgamiento de garantías, incumplimiento de órdenes e instrucciones, omisión en acatar las solicitudes de información y obstrucción a las investigaciones que adelante la Entidad, entre otros.

En efecto, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual modifica el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece textualmente que serán funciones del Superintendente de Industria y Comercio el imponer sanciones por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, "*incluidas*":

(i) La omisión en acatar en debida forma: (a) las solicitudes de información, y/o (b) las órdenes e instrucciones impartidas por el Superintendente;

(ii) La obstrucción de las investigaciones; y

(iii) el incumplimiento de las obligaciones de (a) informar una operación de integración empresarial, (b) las derivadas de una aprobación de integración empresarial bajo condiciones, o (c) las derivadas de una terminación de una investigación por aceptación de garantías.

Ahora bien, las anteriores conductas, que si bien hacen parte del régimen de libre competencia, están previstas para proteger diferentes bienes jurídicos, y por tanto cuentan con regulaciones específicas respecto a su alcance y el procedimiento que debe surtir para hacerlas cumplir.

En virtud de lo anterior, el legislador estableció un procedimiento administrativo independiente y de carácter general para las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, el cual está detallado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, y en virtud de la multiplicidad de conductas de diferente naturaleza que componen el régimen de libre competencia, se han establecido en normas especiales de protección a la libre competencia, procedimientos de carácter

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

especial, encaminados a aplicarse en casos puntuales y especiales dentro del régimen de libre competencia, como lo son algunas de las conductas mencionadas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, entre ellas, la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información y/o las órdenes e instrucciones impartidas por el Superintendente.

Así las cosas, es de resaltar que el presente trámite administrativo fue iniciado por esta Superintendencia con base en las facultades y funciones específica y expresamente otorgadas a esta Entidad por el Decreto 4886 de 2011, encaminadas a la sanción de una de las conductas consideradas por la ley como violatorias del régimen de libre competencia en Colombia, a saber: el incumplimiento de órdenes.

De esta forma, el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, pone en evidencia la existencia de una función particular en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio para la protección del régimen de libre competencia, consistente en iniciar un trámite especial en eventos de incumplimientos de órdenes por parte de los investigados y/o sancionados por esta Entidad.

En este sentido, el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 señala lo siguiente:

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

(...)

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

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto).

Como puede observarse de la norma anteriormente transcrita, la norma especial en materia de libre competencia en Colombia contempla la existencia de una función específica consistente en la facultad de iniciar e instruir los tramites de solicitud de explicaciones (en adelante "Solicitud de Explicaciones") en los casos de omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información y las ordenes que imparta en cualquier momento la autoridad de competencia, entre otros.

En este orden de ideas, es el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia quien tiene la facultad de iniciar dicho trámite de Solicitud de Explicaciones, contra aquellas personas que con su conducta hayan omitido acatar órdenes de esta Entidad, y es el Superintendente de Industria y Comercio quien tiene la facultad de imponer la sanción correspondiente, en caso de encontrarse probada la infracción, en los términos establecidos en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, norma que establece lo siguiente:

"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación 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.

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto)

De la lectura de tal normativa, es claro que el objetivo del Decreto 4886 de 2011 es el de conferirle unas funciones y facultades específicas al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, al igual que al Superintendente de Industria y Comercio, entre otros, para iniciar, instruir y sancionar los trámites de Solicitud de Explicaciones en los casos de omisión de

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

cumplimiento de órdenes dadas por esta Entidad. Las explicaciones que se presentan a continuación refuerzan aún más la veracidad de dicha tesis.

En primer lugar, este Despacho reitera que, como se explicó anteriormente, existen normas especiales de competencia que establecen con claridad los trámites que debe surtir la Superintendencia de Industria y Comercio a través de Solicitud de Explicaciones, y la diferencia de los mismos con el previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior, teniendo en cuenta que, por un lado, el ya mencionado Decreto 4886 de 2011, si bien no regula de manera puntual las etapas procesales del trámite de Solicitud de Explicaciones, sí establece su existencia independiente del trámite de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

Así, y de la misma redacción de la norma, se desprende que dicha función difiere de la establecida en el mismo artículo, consistente en adelantar averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones encaminadas a establecer infracciones a las disposiciones sobre prácticas restrictivas de la competencia.

En este sentido, 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 o instrucciones que se impartan**, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial.

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto)

Es de advertir que si los tramites de Solicitud de Explicaciones por el incumplimiento de órdenes estuviesen incluidos dentro de los supuestos que dan lugar a la aplicación del numeral 4 del artículo 9 citado anteriormente (prácticas restrictivas de la competencia), el legislador no se hubiera puesto en la tarea de incluir dos numerales independientes en una misma norma. De esta forma, no cabe duda que la intención del legislador fue la de establecer la existencia de dos trámites diferentes, aplicables para dos situaciones de hecho que no pueden ser consideradas como similares entre sí.

De esta forma, siguiendo una interpretación guiada por el principio "*del efecto útil de las normas*", esto es, preferir aquella interpretación que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, debe considerarse que la intención del legislador al tratar por separado estas dos funciones fue precisamente distinguir que el trámite de Solicitud de Explicaciones tendría un carácter diferente al establecido en el artículo 52 del Decreto 2153. Incluso, la jurisprudencia administrativa ha ratificado el entendimiento de esta Superintendencia en relación con la distinción de trámites. Al respecto, el Consejo de Estado¹² ha considerado lo siguiente:

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

¹² Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2012. Rad. No. 2500023240001999079901.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

(...)" (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Por lo anterior, este Despacho no encuentra razón alguna en el argumento presentado por el recurrente, respecto a que en el presente caso, debió haberse seguido el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, toda vez que, como quedó ampliamente demostrado, las normas especiales de competencia establecen diferentes procedimientos para diferentes supuestos de hecho.

En segundo lugar, debe mencionarse que los trámites de Solicitud de Explicaciones por incumplimiento de órdenes emitidas por esta Entidad, son trámites de naturaleza incidental, en virtud de que son accesorios a una actuación administrativa sancionatoria principal, regulados para seguir un procedimiento más expedito y con miras de proteger un bien jurídico diferente al trámite principal. En este sentido, debe tenerse en cuenta que cuando el artículo 25 de la Ley 1340 elevó a la categoría de infracción la desatención de las órdenes impartidas por esta Superintendencia, lo hizo con el objetivo de dotar de fuerza coercitiva y de facultad sancionatoria el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control en materia de competencia. Sin embargo, lo anterior no implicó de ninguna manera el ignorar la naturaleza y consecuencias de cada una de las conductas contempladas en el mismo artículo 25.

Así, no cabe duda que para la Entidad no implicará el mismo esfuerzo probar una conducta contraria a la libre competencia, como lo puede ser un acuerdo de precios, una repartición de mercados o un abuso de posición de dominio, que probar la desatención y el incumplimiento de órdenes dadas por la Entidad en el marco de un proceso sancionatorio administrativo adelantado en el marco de sus facultades. Y es precisamente por lo anterior que el legislador previó reglas procesales especiales para los casos de naturaleza incidental, a los cuales no es posible aplicar el procedimiento ordinario, pues esto sería desconocer la naturaleza del trámite y su filosofía, consistente en sancionar un hecho que atenta contra la moralidad pública, la buena fe y el respeto a las normas e instituciones creadas por el legislador para proteger el bien común.

De igual forma, no pueden desconocerse los principios de eficacia y economía procesal previstos en el ordenamiento administrativo nacional, los cuales obligan a adelantar los procedimientos de la manera más eficiente posible, optimizando el uso del tiempo y demás recursos, evitando obstáculos puramente formales en los casos en que no son necesarios.

En palabras de la Corte Constitucional:

"El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia.

(...)"¹³.

En tercer lugar, es preciso reconocer que las normas especiales en materia de competencia efectivamente presentan ciertos vacíos respecto a las etapas procesales propias de este tipo de trámite incidental. Por esta razón, y en cumplimiento de lo establecido en el inciso final del artículo 2 del CPACA, esta Superintendencia se ha visto obligada a remitirse a las normas de dicho Código que regulan procedimientos similares y, en especial, de la misma naturaleza al procedimiento de Solicitud de Explicaciones.

Por este motivo, la Superintendencia de Industria y Comercio a la hora de llenar los vacíos respecto al procedimiento incidental de Solicitud de Explicaciones, ha decidido remitirse al artículo 51 del CPACA, el cual regula el trámite incidental de renuencia a suministrar información. Frente a dicha normativa, el doctor Enrique José Arboleda, Miembro de la Comisión redactora del proyecto de ley que después se convertiría precisamente en este Código, ha señalado:

"Se trata de un trámite incidental dentro de la actuación administrativa (...)

(...)

El procedimiento de carácter incidental esta descrito en los incisos terceros y cuarto, y consiste en que al investigado se le solicitan explicaciones sobre su conducta renuente y

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1998.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

este deberá entregarlas en un plazo de diez días; con base en tales explicaciones se procederá a tomar la decisión, que podrá ser la de sancionar o la de no sancionar, si las explicaciones son suficientes. (...)

El párrafo confirma el carácter incidental de esta sanción, pues expresa que el trámite para decidir sobre la conducta omisiva del particular no interrumpe la actuación administrativa principal, que es la referida a los hechos que dieron lugar al trámite sancionatorio"¹⁴. (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta forma, no cabe duda para esta Superintendencia que los vacíos que se presenten respecto al trámite incidental de Solicitud de Explicaciones por el incumplimiento de órdenes establecido en el régimen de libre competencia, deben ser llenados, por remisión legal, con lo dispuesto en el artículo 51 del CPACA, aplicable debido a su carácter y naturaleza incidental. Estando clara la norma a la que debe remitirse esta Superintendencia a la hora de adelantar un trámite de Solicitud de Explicaciones, este Despacho a continuación pasará a resumir los aspectos que están expresa y especialmente regulados sobre la materia, con el fin de poder determinar cuáles son los vacíos procesales que deben ser llenados con la norma de carácter general del artículo 51 mencionado. Así, este Despacho pone de presente que de la norma especial puede desprenderse lo siguiente:

- 1) El trámite incidental debe ser iniciado e instruido por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011) y sancionado por el Superintendente de Industria y Comercio (numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011).
- 2) La sanción que ha de imponer el Superintendente de Industria y Comercio en virtud a las facultades otorgadas por el Decreto reglamentario 4886 de 2011, se hará en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, norma que establece lo siguiente:

"Artículo 25. Monto de las Multas a Personas Jurídicas. El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

*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 mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.***

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto)

- 3) La caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para este tipo de trámites incidentales, al igual que para cualquier trámite respecto a las normas que componen el régimen de libre competencia, es de cinco (5) años, de acuerdo al artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece:

"Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción **por la violación del régimen de protección de la competencia** caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conducta de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado". (Subraya y negrilla fuera de texto)

En este sentido, esta Superintendencia ha evidenciado que el vacío normativo existente respecto al procedimiento de Solicitud de Explicaciones se presenta específicamente en el término que debe darse a los investigados para presentar sus respectivas explicaciones. De esta forma, y haciendo remisión al artículo 51 del CPACA por los motivos anteriormente expuestos, se encuentra que dicho trámite será resuelto mediante resolución motivada, previo a la solicitud de explicaciones, para lo

¹⁴ Arboleda Perdomo, Enrique José. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Segunda Edición. Legis Editores. Sexta reimpresión. Abril, 2014. Pg. 95

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

cual se dará un término de diez (10) días a los investigados para presentar las respectivas explicaciones.

En virtud de lo anterior, queda en evidencia que el trámite determinado en la ley, y que es aplicable por remisión al trámite de Solicitud de Explicaciones adelantado por la Superintendencia, establece que la Entidad enviará una solicitud de explicaciones a los investigados, quienes tendrán un término de diez (10) días hábiles para presentar su respuesta, previo a que la entidad emita su decisión por medio de una resolución motivada. En este sentido, este Despacho no encuentra que lo anterior se aparte de manera alguna al procedimiento seguido por la Superintendencia en el presente caso.

Ahora bien, y no obstante que se ha encontrado en el CPACA regulación clara respecto al procedimiento que debe seguirse en trámites de naturaleza incidental como el que nos ocupa, este Despacho ha dado cuenta de ciertos vacíos adicionales que se presentan tanto en la norma de carácter especial como en la de carácter general. Dichos vacíos hacen referencia de manera específica a la etapa probatoria en favor de los investigados, quienes de acuerdo al artículo 51 del CPACA no tendrían la oportunidad de presentar y solicitar pruebas.

Por lo anterior, y precisamente con el ánimo de garantizar en todo momento el derecho de defensa de los investigados y su debido proceso, es que se ha incluido, dentro del término de diez (10) días en donde los investigados presentan sus explicaciones, la oportunidad para que los mismos presenten y soliciten las pruebas que consideren conducentes, pertinentes y útiles para estructurar su defensa.

De tal forma, esta Superintendencia encuentra infundado el argumento presentado por el recurrente respecto a que el término de traslado y la duración de la etapa probatoria otorgado por esta Superintendencia es menor al establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, lo cual, en su criterio, es desfavorable y de suyo contraviene el debido proceso. Sin embargo, se insiste, dada la naturaleza incidental del trámite que nos ocupa, el exigir la aplicación del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, como lo pretende el recurrente, sería, a juicio de este Despacho, una violación al principio de legalidad que rige nuestro ordenamiento nacional.

Finalmente, es preciso destacar que las etapas del procedimiento de carácter incidental descritas previamente, fueron avaladas por la jurisprudencia administrativa en casos tramitados en aplicación del Decreto 01 de 1984 y antes de la vigencia de la Ley 1340 de 2009. Al respecto, el Consejo de Estado¹⁵ consideró que en esencia estas etapas se ajustan a las reglas del debido proceso.

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

(...)

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

El estudio de los antecedentes administrativos de los actos sancionatorios acusados, permite a la Sala concluir que fueron expedidos por la SIC siguiendo las reglas del debido proceso antes señaladas. (...) Por lo anterior, es claro para la Sala que no tiene

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014 Rad. No. 25000 23 24 000 2008 00137 01.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

mérito alguno la acusación de violación del debido proceso administrativo. (...).
(Negritas y subrayas fuera del texto original).

A su vez, encuentra esta Superintendencia que está ampliamente demostrado en el Expediente que el recurrente conoció oportunamente de la imputación que se realizó (Solicitud de Explicaciones), presentó descargos, tuvo la oportunidad de solicitar y aportar pruebas, conoció el acto de pruebas expedido respecto del cual interpuso los recursos de ley, le fue notificada la Resolución Sancionatoria y en su contra presentó el respectivo recurso de reposición. De esta forma, no quedan dudas que a lo largo de todo el procedimiento adelantado por esta Superintendencia se le ha garantizado al recurrente un efectivo derecho a la defensa al solicitar y aportar pruebas y controvertir las decisiones administrativas adoptadas por esta Entidad.

Por todo lo anterior, este Despacho no encuentra razón alguna en los argumentos relacionados con la supuesta violación a los principios de legalidad, favorabilidad y debido proceso, al igual que al derecho de defensa del sancionado por la no aplicación del procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. En tal virtud, procede el Despacho a analizar el siguiente argumento referido a la supuesta ausencia de facultades de que adolece esta Superintendencia para registrar conversaciones privadas.

3.4. Argumentos relacionados con la ausencia de facultades de esta Superintendencia para registrar conversaciones privadas

Censuró el recurrente la actividad de registro de conversaciones privadas llevada a cabo por esta entidad con fundamento en los artículos 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, ya que, a su juicio, dicha normativa no contempla tal facultad, haciéndose necesaria una orden judicial que la permita. Sobre el particular, este Despacho procede a realizar un análisis de las facultades constitucionales y legales que evidencian que esta Superintendencia, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control de los mercados, cuenta con tales atribuciones.

Respecto de las facultades de la entidad para solicitar y recaudar cualquier clase de información con el fin de cumplir con sus funciones, debe tomarse en consideración el artículo 15 de la Constitución Política que señala:

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

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

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

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

Según lo establecido en el último inciso del artículo 15 de la Constitución Política, esta Superintendencia, en su calidad de autoridad administrativa con facultades de inspección, vigilancia y control¹⁶, está autorizada por la Constitución para exigir la presentación de cualquier clase de información, pública o privada, que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Al respecto, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se han pronunciado en igual sentido¹⁷.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C – 570 de 2012.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C – 505 de 1999. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de septiembre de 2007. Ref. 05001-22-000-2007-00230-01.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Por su parte, los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, "por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones", desarrollan esta facultad constitucional, así:

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

(...)

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

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

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

Así mismo, en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, documento en el cual se reúnen en un solo cuerpo normativo las instrucciones y reglamentaciones generales que rigen a la entidad y que se encuentran vigentes, se establecen en el Título I, Capítulo Séptimo, las reglas aplicables a las visitas administrativas de inspección, en los siguientes términos:

"Las actividades que adelanta esta Superintendencia mediante la realización de visitas de inspección, tienen como finalidad verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete. En tal sentido, y con el fin de facilitar el adecuado ejercicio de la facultad conferida a esta Entidad por el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, se establecen las siguientes instrucciones:

(...)

b) Los funcionarios comisionados por esta Superintendencia, durante la diligencia, **podrán tomar declaraciones y requerir la información y los documentos que consideren pertinentes y necesarios.** Este requerimiento se le realizará a la persona designada para atender la visita.

(...)

La entrega de información puede consistir en medios magnéticos que contengan documentos electrónicos.

En el acta se dejará constancia también de las circunstancias en que se desarrolló la visita, y se señalará si se presentaron obstáculos o trabas durante la actuación de los funcionarios de la Superintendencia, o cualquier otro hecho que pueda constituir incumplimiento de instrucciones.

(...)"

Un elemento adicional y fundamental que ha de tenerse en cuenta, consiste en aquellos eventos en donde se recaude información consistente en datos personales o datos sensibles. Al respecto, 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". El término "tratamiento", según el artículo 3 de la misma norma, ha de entenderse como la recolección u obtención de los datos personales.

Es importante anotar que la Corte Constitucional avaló la constitucionalidad de la facultad que se viene comentando. Sobre el particular, la Corporación admitió que las autoridades administrativas están facultadas para requerir el suministro de determinada información siempre que cumplan con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del derecho fundamental a la intimidad. Circunstancia que se atiende si la adquisición de la información reúne dos condiciones: en primer

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

lugar, que el recaudo correspondiente tenga una relación directa con las funciones desarrolladas por la autoridad administrativa y, en segundo lugar, que la entidad mantenga el carácter reservado de esa información. A continuación se transcribe la parte pertinente de la referida decisión judicial, así:

*"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 del 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"¹⁸. (Negrillas en el texto original)

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.

En efecto, el Consejo de Estado señaló que con el fin de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para requerir, de cualquier persona natural o jurídica, la información que estime necesaria para el debido cumplimiento de sus funciones. El requerimiento de información puede estar dirigido incluso a aquellas que no sean sujetos investigados por parte de esta entidad¹⁹. A su vez, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronunció en torno a la legalidad de unas pruebas recaudadas (correos electrónicos) por la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de una averiguación preliminar por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, en donde indicó lo siguiente²⁰:

*"(...) 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.***

(...)

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

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C - 748 de 2011.

¹⁹ Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Exp. 25000 23 24 000 2008 00137 01, M.P. Guillermo Vargas Ayala.

²⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A. Sentencia de 23 de abril de 2015. Exp. No. 25 00023 41 000-2014-00680-00. M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, es evidente que esta Superintendencia cuenta con facultades que le han sido otorgadas por la Constitución y la Ley, para solicitar de cualquier persona papeles de comercio, todo tipo de documentos e información, con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica. Tales facultades, tal y como ha quedado visto, han sido expresamente reconocidas jurisprudencialmente.

A más de ello, cabe recordar que 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 examen²¹, las cuales se describen a continuación:

"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.

PREGUNTA: 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."

Esta decisión consciente de **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** de sustituir el teléfono móvil institucional por el personal corporativo, como ocurrió en el presente caso, no puede poner a esta Entidad en la imposibilidad de registrar las conversaciones sostenidas con sus empleados. Ha quedado claro, según su testimonio, que éste utiliza su teléfono móvil para comunicarse "con los empleados". Así, pretender que los mensajes de datos contenidos en teléfonos móviles que pudieran llegar a comprometer la infracción de la ley estuvieran fuera del alcance de las autoridades de control, sería ilógico.

De aceptarse dicho supuesto, tal y como quedó anotado en la Resolución Sancionatoria, cualquier información relacionada con un proceder anticompetitivo consignado en dispositivos móviles sería inmune a las consecuencias jurídicas que de éste pudieran derivarse, 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.

²¹ CD visible a folio 103 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente desde 02:51 hasta 02:50.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Por todo lo expuesto, este Despacho desestima la censura del recurrente consistente en la presunta ausencia de facultades de que adolece esta Superintendencia para registrar conversaciones privadas y prosigue con el análisis del siguiente argumento referido a la imposibilidad de que pueda hablarse de obstrucción dado que la situación bajo examen no tuvo lugar en el transcurso de una investigación formal.

3.5. Argumentos relacionados con la inexistencia de obstrucción por cuanto no tuvo lugar en el transcurso de una investigación formal

HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ afirmó que durante la visita administrativa adelantada por la Delegatura nunca se le informó que en su contra se estaba adelantando una investigación formal, razón por la cual no es acertado afirmar que él obstruyó una actuación administrativa. Con el propósito de examinar la validez de la crítica contenida en esta sección, lo primero es establecer la etapa procesal de la actuación administrativa 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, la visita administrativa tuvo lugar en la etapa de averiguación preliminar, cuyo principal objetivo era verificar si existía suficiente mérito para iniciar una investigación por una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia. Durante el desarrollo de esta etapa de la actuación administrativa²², como es sabido, aún no hay personas naturales o jurídicas a las que se les atribuya la condición de investigados²³. En efecto, la informalidad caracteriza las etapas previas a una apertura de investigación, 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 (...)"²⁴.

De otro lado, es claro que el texto del artículo 63 del Decreto 4886 de 2011 establece que esta Superintendencia puede "...**Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio...**". Nótese que la norma no dispone que quien debe ofrecer el suministro de información es "el o los investigados". De igual manera, la norma no dispuso que el incumplimiento en el suministro de información tuviera consecuencias sancionatorias exclusivamente respecto de "el o los investigados". Así, mal puede este Despacho darle un alcance distinto a las normas en cuestión, y es que, pretender que la obstrucción se predique únicamente de personas "formalmente investigadas", sería tanto como asumir que cualquier negativa a colaborar con la autoridad de competencia durante la etapa de averiguación preliminar (en donde aún no hay investigados formalmente identificados) no es una obstrucción y, por consiguiente, no es generadora de sanción alguna.

Pero más allá del efecto sancionatorio, recuérdese que en este tipo de conductas de prácticas anticompetitivas, los implicados cada día encuentran estrategias más sofisticadas y complejas que hacen más ardua su detección. Así, admitir que la obstrucción se predica únicamente de personas formalmente investigadas por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas es tanto como enfrentar a esta Superintendencia a la persecución de lo imposible. Basta señalar que en la mayoría de los casos el material probatorio que brinda mayores luces en torno a la posible comisión de estas

²² Sentencia de tutela en primera instancia con Rad. No. 110013335023 2015 00650 00 del Juzgado Veintitrés Administrativo de Oralidad de Bogotá D.C. proferida el 7 de septiembre de 2015. Accionante: Aníbal Roa Villamil y otros. Accionando: Superintendencia de Industria y Comercio.

²³ 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.

²⁴ 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.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

conductas se recauda en la averiguación preliminar, por tanto, es en esta etapa en donde las autoridades de competencia requieren de verdaderos poderes para poder ejercer sus funciones de vigilancia y control y hacer exigible -de cualquier persona- la entrega de información que se estime necesaria.

Por todo lo expuesto, en particular en relación con los términos del artículo 63 del Decreto 4886 de 2011, procede este Despacho a desestimar el argumento expuesto por el recurrente referente a la presunta imposibilidad de calificar su negativa como una 'obstrucción' al no ostentar la calidad de persona formalmente investigada. Por último, se ocupará este Despacho del argumento final relacionado con el hecho alegado por el recurrente según el cual el hacer valer sus derechos no puede ser interpretado como una obstrucción.

3.6. Argumentos relacionados con la diferencia entre una obstrucción y el hecho de hacer valer derechos

Indicó el recurrente que el no estar de acuerdo con una solicitud que es ilegal, no puede tomarse como una obstrucción y que, por el contrario, una interpretación en tal sentido sería violatoria de los derechos de defensa, contradicción y a la intimidad consagrados en nuestra Constitución Política. Este Despacho no encuentra acertado el presente argumento por las siguientes dos razones. La primera, por cuanto del texto del artículo 63 del Decreto 4886 de 2011, tantas veces descrito a lo largo de la presente Resolución, no se advierte que el legislador le haya brindado a la persona natural o jurídica, respecto de quien esta Superintendencia estime estar en posesión de información requerida para los fines de establecer la presunta comisión de prácticas anticompetitivas, la discreción de acceder a tal petición luego de hacer una 'validación' de sus derechos.

La segunda razón, se refiere a que si las personas, luego de 'validar' sus derechos, haciendo uso de su alegado poder discrecional, decidieran no entregar la información que les fuera requerida, o no rendir testimonio, o no permitir la práctica de visitas, se generaría un desbalance entre sus derechos y la función de vigilancia de los mercados que ejerce esta Superintendencia, tornando en ilusoria tal función de vigilancia. Y es que, tal y como quedó ampliamente explicado en el numeral 13.3.4 de la Resolución Sancionatoria ahora recurrida, el derecho a la intimidad no es absoluto²⁵ y razones de orden social o de interés general imponen su sacrificio²⁶.

Tal sacrificio, exige a su vez un tratamiento especial al recaudar la información, el cual es recogido por la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y la Ley 527 de 1999²⁷, así como observado por esta Superintendencia, conforme se describió plenamente en el numeral 13.3.4 de la Resolución Sancionatoria. Por ende, este Despacho no comparte el argumento delineado por el recurrente, según el cual, el hacer valer sus derechos no significó una obstrucción, ya que, bajo este pretexto, cualquier actividad encaminada a recolectar material probatorio con miras a establecer la comisión de una posible práctica restrictiva de la competencia se vería frustrada, puesto que cualquier negativa a colaborar fundada en un ejercicio de 'validación de derechos' jamás se constituiría en una obstrucción y, por el contrario, serviría de incentivo para generar resistencia a colaborar con las autoridades de vigilancia y control.

En tal virtud, en especial en relación con los términos del artículo 63 del Decreto 4886 de 2011, este Despacho rechaza el presente argumento por encontrarlo infundado.

En mérito de todo lo expuesto, y en virtud de lo establecido en el artículo 80 del CPACA, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 4037 del 20 de febrero de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-881 de 2014.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-594 de 2014.

²⁷ 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 resuelve un recurso de reposición"

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, identificado con la C.C. 12.115.632, informándole que en su contra no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **09 ABR 2019**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRÉTO GONZÁLEZ

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

NOTIFICAR:

HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
C.C. 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.