



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 30419 DE 2014
05 MAY 2014

Radicación 13-191521

"Por la cual se impone una sanción"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de facultades legales, especialmente las previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, y en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en la Ley 1340 de 2009² y en el Decreto 4886 de 2011³, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante **SIC**), en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones sobre protección y promoción de la competencia en los mercados nacionales.

SEGUNDO: Que de acuerdo con los numerales 62⁴ y 63⁵ del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Entidad está facultada para realizar visitas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, así como para 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.

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

² Ley 1340 de 2009, Artículo 6: *"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."*

³ Decreto 4886 de 2011, Artículo 1, Numeral 2: *"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 manera en los mercados nacionales."

⁴ Decreto 4886 de 2011, Artículo 1, Numeral 62: *"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".

⁵ Decreto 4886 de 2011, Artículo 1, Numeral 63: *"La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

(...)

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".

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

TERCERO: Que el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, que subrogó el numeral 13 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas 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.

CUARTO: Que por medio del oficio radicado con el No. 12-153604-25⁶ del 15 de julio de 2013, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante Delegatura), ordenó practicar visita administrativa a las oficinas de la sociedad **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.** (en adelante **CONSTRUCTORA YACAMAN**), la cual fue realizada el 16 de julio de 2013 por dos funcionarios de la Delegatura comisionados para tal fin.

QUINTO: Que la visita administrativa fue atendida inicialmente por **CLAUDIA BEATRIZ DURÁN PÉREZ**, Subgerente Administrativa, y posteriormente por **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ**, en su calidad de Representante Legal de la **CONSTRUCTORA YACAMAN**.

En desarrollo de la visita administrativa, y conforme a las funciones conferidas a la **SIC** por los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, los funcionarios comisionados solicitaron de forma reiterada la inspección de la cuenta de correo electrónico institucional de la **CONSTRUCTORA YACAMAN**, a fin de obtener información relacionada con los procesos de licitación en que ésta había participado.

No obstante lo anterior, **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ** no permitió el acceso a la información y finalmente no fue posible realizar la inspección electrónica, como consta en el siguiente fragmento del acta⁷ suscrita con ocasión de la visita administrativa:

“(…) se le preguntó al señor JUAN CARLOS CAMACHO si la compañía manejaba algún tipo de correo institucional para todo lo relacionado con los procesos de selección pública en los que la compañía participaba. Ante esta pregunta el señor JUAN CARLOS CAMACHO respondió que toda la información referida era manejada desde un solo correo electrónico, siendo este utilizado directamente por el representante legal de la empresa, el señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN.

A continuación, el Despacho procedió a solicitar al señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN autorización para acceder al correo electrónico de la constructora a fin de buscar información relacionada con los procesos de licitación en los que ha participado la misma.

⁶ Credencial aclarada mediante acta de radicado No. 12-216871-12 en el sentido de que la inspección se realizó en el marco del trámite 12-216871 y no del trámite 12-153604 que erróneamente se consignó en la credencial.

Folios 6 y 8 del Cuaderno 1 del Expediente. En adelante cuando se utilice la expresión “del Expediente” en el presente Acto Administrativo, la misma hará referencia al radicado 13-191521.

⁷ Folios 7 a 17 del Cuaderno 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

*Sin embargo, el señor **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN** manifiesto (sic) que no es posible acceder al correo electrónico, toda vez que allí tiene información de carácter personal y que se le estaría vulnerando su derecho a la intimidad.*

*Ante esta primera negativa los funcionarios comisionados de la Superintendencia aclararon que el objetivo de su inspección no era en ningún momento recaudar información personal de ningún funcionario de la **CONSTRUCTORA YACAMÁN** (sic) sino por el contrario, buscar información estrictamente referida a los procesos de contratación de la compañía. Adicionalmente dichos funcionarios le advirtieron al señor **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN**, sobre las posibles consecuencias sancionatorias, tanto para la compañía como para él como persona natural, citándole el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.*

*Acto seguido se le solcito (sic) nuevamente y con las claridades expresadas previamente, la revisión del correo mencionado, requerimiento ante el cual el señor **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN** manifestó expresamente que "teniendo en cuenta que en este e mail de la compañía se maneja información de la empresa y de los socios y de todo lo relacionado con la parte profesional y no profesional, no se accede a esta solicitud por tener información privada de cada uno de los socios, además de que no es un e-mail exclusivo de licitaciones. En base a eso allí hay información privada de los socios y se basan en el derecho fundamental de la sociedad y cita la constitución (sic) política (sic) de Colombia. Agrega que ha colaborado a la inspección de toda la información y del computador del señor **JUAN CARLOS CAMACHO**"*

*El despacho (sic) le explicó por segunda vez al señor **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN** de que a pesar de que haya información de carácter personal en este correo, este es utilizado con fines corporativos, entre estos, los relacionados con los procesos licitatorios objeto de la visita siendo de interés para esta Superintendencia.*

*Así mismo, despacho (sic) le explica al señor **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN** que para dicho procedimiento y con el fin de salvaguardar el derecho a la intimidad por tener correos de carácter personal, la revisión del correo se realizaría en su compañía y se extraería de él solo la información relacionada con los procesos licitatorios propios de la empresa, información que de igual manera mantendría el carácter de reservado en caso de ser solicitado.*

A continuación, los funcionarios de la superintendencia (sic) procedieron a dar lectura literal de los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, explicándole las consecuencias legales que puede acarrear el no permitir el acceso a esta información. Seguidamente se solicitó nuevamente la revisión del correo corporativo.

*El señor **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN** se mantuvo en su decisión de negar el acceso a esta información e invocó lo previsto en el artículo 15 inciso 3 de la constitución (sic) política (sic)...¹⁸.*

SEXTO: Que de conformidad con el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, la Delegatura, por medio de la comunicación radicada con el número 13-191521-0⁹, del 12 de agosto de 2013, dio inicio al trámite de incumplimiento de instrucciones y obstrucción de

⁸ Folios 12 a 14 del Cuaderno 1 del Expediente.

⁹ Folios 1 a 3 del Cuaderno 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

investigación por los hechos desarrollados en la visita del 16 de julio de 2013, solicitando a la **CONSTRUCTORA YACAMAN**, que en ejercicio del derecho de defensa rindiera las explicaciones que estimara pertinentes y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer dentro de la actuación de incumplimiento de instrucciones y obstrucción de investigación iniciada.

SÉPTIMO: Que mediante escrito de radicado No. 13-191521-1¹⁰ del 21 de agosto de 2013, **CONSTRUCTORA YACAMAN** dio respuesta a la solicitud de explicaciones y solicitó el decreto y práctica de pruebas dentro de la actuación adelantada por el incumplimiento de instrucciones. En su escrito, **CONSTRUCTORA YACAMAN** puso de presente, fundamentalmente, los siguientes aspectos:

7.1. Inexistencia de una real obstrucción de una averiguación preliminar o investigación por prácticas restrictivas de la competencia adelantada por la SIC

Se sostiene en el escrito de explicaciones lo siguiente:

"Así las cosas, mi representada no podía con la conducta que desplegó durante la visita, obstruir la investigación que se inició mediante la comunicación identificada con el número 13-191521-0 del 12 de agosto de 2013, que tiene por objeto demostrar la presunta "renuencia" y que si se hubiere presentado, tenía la potencialidad de obstruir el desarrollo de la averiguación preliminar y de la actuación administrativa que se desprenda de ella, identificada con el número 12-216871.

(...)"¹¹

7.2. Inconsistencias manifiestas en el escrito de solicitud de explicaciones que origina el trámite administrativo de inobservancia de instrucciones:

Se sostiene en el escrito de explicaciones lo siguiente:

"Por otra parte, en aras de la claridad y precisión que debe contener una solicitud de explicaciones, es necesario hacer referencia a lo siguiente, según quedó consignado en ésta y que no es fiel a los hechos que tuvieron lugar durante la visita realizada el día 16 de julio de 2013, de la que se dejó constancia en el acta respectiva:

(...)"¹²

7.3. Vulneración del derecho constitucional a la intimidad derivado del registro del correo electrónico institucional sin orden judicial previa:

Se sostiene en el escrito de explicaciones lo siguiente:

¹⁰ Folios 20 a 37 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹¹ Folio 21 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹² Folio 22 del Cuaderno 1 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

“(…) WILLIAM YACAMÁN (sic) FERNÁNDEZ, no se opuso a ninguna de las solicitudes realizadas durante la visita para obtener información por parte de los funcionarios de la Superintendencia, así como tampoco se opuso a la solicitud de acceso al correo electrónico en el que se maneja información acerca de las licitaciones en las que participa la Sociedad, sino que siempre solicitó para el efecto, que se respetara el derecho constitucional que le asiste a él, a sus socios y a la sociedad misma, de proteger su derecho a la intimidad, a través del cumplimiento de las formas allí establecidas: es decir, que tratándose de la correspondencia, concepto que comprende la forma de comunicación a través de correo electrónico, solicitó reiteradamente que se respetara su inviolabilidad y que para su registro, se cumpliera con la formalidad por parte de la Autoridad de contar con previa orden judicial.”

(…)”¹³

7.4. Limitantes de las facultades de inspección, vigilancia y control de las autoridades administrativas:

Se sostiene en el escrito de explicaciones lo siguiente:

“Es así como, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio, investida legalmente para hacer visitas y solicitar papeles, libros, datos y demás documentos privados, con el único fin de ejercer las funciones que le han sido asignadas, no podía con su proceder, desconocer el derecho a la intimidad que le asiste al señor WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN (sic) FERNÁNDEZ en su calidad de persona natural y de representante legal de la Sociedad YACAMÁN (sic) VIVERO S.A., ni tampoco la de sus socios, al acceder al correo electrónico, el cual se considera correspondencia, sin la respectiva orden judicial.”¹⁴

7.5. La exhibición de los correos institucionales se efectuó a través de solicitud y no mediante instrucción u orden, lo cual implicaba la disposición del derecho por parte de la persona jurídica visitada:

Se sostiene en el escrito de explicaciones lo siguiente:

“Tales hechos (...) permiten concluir que la actuación del representante legal de la Sociedad nunca consistió en el desconocimiento de una instrucción que le hubieran impartido los funcionarios de la Superintendencia, ni en la obstrucción de la actuación administrativa. Mucho menos en el desacato de una orden que valga señalar de paso, nunca recibió, pues en relación con el acceso al correo electrónico, los funcionarios de la Superintendencia insistieron siempre en obtener su “autorización”. ”¹⁵

7.6. Sugerencia del representante legal de CONSTRUCTORA YACAMAN de realizar la búsqueda en intervalos de fechas o por destinatarios particulares:

Se sostiene en el escrito de explicaciones lo siguiente:

¹³ Folios 25 y 26 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹⁴ Folio 33 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹⁵ Folio 25 del Cuaderno 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

"El representante legal lo consideró y solicitó entonces, que el acceso se hiciera sólo si por parte de esa Superintendencia se tenían nombres o fechas exactas por las que tuvieran que indagar, lo cual no fue considerado por los funcionarios. Ello indica que el señor YACAMÁN (sic) FERNÁNDEZ estaba en total disposición de colaboración, buscando alternativas para permitir el acceso a la información sin que le fuera vulnerado su derecho, el de los socios y el de la sociedad."¹⁶

Sobre cada uno de los puntos expuestos por el investigado se pronunciará este Despacho en el numeral **DÉCIMO** de la presente Resolución.

OCTAVO: Que mediante la Resolución No. 88564¹⁷ del 27 de diciembre de 2013, la Delegatura ordenó la práctica de las siguientes pruebas solicitadas por **CONSTRUCTORA YACAMAN:**

"• Documentales:

o Téngase como pruebas, con el valor legal que les corresponda, los documentos aportados con el escrito de radicado No. 13-191521-1 del 21 de agosto de 2013, los cuales obran entre los folios 20 a 47 del Cuaderno 1 del expediente.

*o Téngase como prueba, con el valor que le corresponda, el acta de visita de inspección a la sociedad **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.** del 16 de julio de 2013, radicada con el No. 12-216871-11 del 18 de julio de 2013, la cual obra entre los folios 7 a 17 del Cuaderno 1 del Expediente."¹⁸*

Por su parte, decretó de oficio las siguientes pruebas:

"3.1. Documentales:

• Ténganse como pruebas, con el valor legal que les corresponda, los demás documentos contenidos en el Expediente No. 13-191521, y que han sido aportados hasta la fecha de expedición de la presente Resolución.

3.2. Oficios:

3.2.1. Oficiar a la sociedad **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.** identificada con NIT 802005147-6 para que remita, con destino al Expediente, la siguiente información:

• Estados Financieros completos (Balance General detallado, Estado de Ganancias y Pérdidas por año, Flujo de Caja, Estado de Costos, Estado de Cambios en el Patrimonio, y Notas a los Estados Financieros) para los períodos contables de los años 2012 y el parcial del año 2013, debidamente firmados y certificados según corresponda.

¹⁶ Folio 25 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹⁷ Folios 48 a 52 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹⁸ Folio 51 del Cuaderno 1 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

3.2.2. Oficiar a la **CÁMARA DE COMERCIO DE BARRANQUILLA** para que remita, con destino al Expediente, la siguiente información:

- Último formulario de renovación del RUP de la sociedad **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.** (NIT 802005147-6).

3.2.3. Oficiar a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN** - para que remita, con destino al Expediente copia de la siguiente información:

- Declaración de Renta presentada por **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.** con corte a 31 de diciembre de 2012.¹⁹

NOVENO: Que en desarrollo de lo previsto en el numeral 3.2.2. del artículo **SEGUNDO** y en los numerales 3.2.1. y 3.2.3. del artículo **TERCERO** de la Resolución 88564 de diciembre de 2013 de la **SIC**, la Delegatura efectuó los siguientes requerimientos:

- A la **CONSTRUCTORA YACAMAN**, mediante documento de radicado No. 13-191521-4²⁰ del 7 de enero de 2014, para que remitiera los estados financieros completos de la sociedad.

Dicha información fue allegada el 20 de enero de 2014 a través de comunicación de radicado No. 13-191521-8²¹.

- A la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**-, mediante documento de radicado No. 13-191521-5²² del 7 de enero de 2014, para que remitiera copia de la Declaración de Renta de la **CONSTRUCTORA YACAMAN** con corte a 31 de diciembre de 2012.

Dicha información fue allegada el 21 de enero de 2014 a través de comunicación de radicado No. 13-191521-9²³.

- A la **CÁMARA DE COMERCIO DE BARRANQUILLA**, mediante documento de radicado No. 13-191521-6²⁴ del 7 de enero de 2014, para que remitiera el último formulario de renovación del RUP de la **CONSTRUCTORA YACAMAN**.

Dicha información fue allegada el 15 de enero de 2014 a través de comunicación de radicado 13-191521-7²⁵.

¹⁹ Folios 51 y 52 del Cuaderno 1 del Expediente.

²⁰ Folio 57 del Cuaderno 1 del Expediente.

²¹ Folios 66 a 99 del Cuaderno 1 del Expediente.

²² Folio 58 del Cuaderno 1 del Expediente.

²³ Folios 100 a 101 del Cuaderno reservado 1 del Expediente.

²⁴ Folio 59 del Cuaderno 1 del Expediente.

²⁵ Folios 60 a 65 del Cuaderno 1 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

DÉCIMO: Que conforme con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, así como 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 procede a establecer si la **CONSTRUCTORA YACAMAN** incumplió las instrucciones impartidas por la **SIC** y obstruyó la actuación e investigación administrativa adelantada por esta Entidad, al no permitir el acceso a la cuenta de correo electrónico institucional desde la cual se maneja información referente a procesos contractuales, en desarrollo de la visita administrativa realizada el 16 de julio de 2013, practicada dentro de la actuación administrativa No. 12-216871.

10.1. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio para la práctica de la visita administrativa

Con la expedición del Decreto 4886 de 2011 se señalaron las facultades y funciones de la **SIC**, dentro de las cuales se encuentra la establecida en el numeral 62 del artículo 1, según el cual es función de esta Entidad realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete.

Así mismo, se estableció en el numeral 63 de dicho artículo, la función de 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 virtud de estos preceptos, la **SIC** cuenta con la prerrogativa de solicitar a los sujetos visitados información relevante que posibilite el impulso de una actuación administrativa de su competencia, con observancia de las disposiciones normativas de carácter superior que consagran derechos fundamentales.

Esta facultad fue puesta de presente a **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ**, representante legal de la **CONSTRUCTORA YACAMAN**, en la visita administrativa realizada por los funcionarios de la Superintendencia comisionados para dicha diligencia a través de la entrega de la credencial que los acreditaba para practicarla.

En efecto, mediante oficio de visita radicado con el No. 12-153604 -25²⁶ del 15 de julio de 2013, la Delegatura indicó expresamente los nombres de las personas que en representación de la Entidad realizarían la visita administrativa a las instalaciones de la **CONSTRUCTORA YACAMAN**, anunciando las facultades y funciones asignadas a la Superintendencia por el Decreto 4886 de 2011, y solicitando se prestara la colaboración requerida para la inspección.

Adicionalmente, los funcionarios de la Superintendencia, en el momento de practicar la visita administrativa, indicaron los preceptos legales que contienen las consecuencias que

²⁶ Credencial aclarada mediante acta de radicado No. 12-216871-12 en el sentido de que la inspección se realizó en el marco del trámite 12-216871 y no del trámite 12-153604 que erróneamente se consignó en la credencial.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

se derivadas de la desatención de las instrucciones impartidas, tal como consta en el acta de visita.

A pesar de lo anterior, **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ**, representante legal de **CONSTRUCTORA YACAMAN**, se negó a permitir el acceso a la cuenta de correo electrónico solicitada pese a contener la misma, así no fuera de forma única y exclusiva, información directamente vinculada al objeto de la visita, conducta que será analizada a continuación de acuerdo a las facultades otorgadas a esta Entidad.

10.2. Facultades para imponer sanciones por incumplimiento de instrucciones y obstrucción a las actuaciones e investigaciones administrativas

El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece que la **SIC** se encuentra facultada para imponer sanciones por la *"(...) 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 (...)"*. (Negrilla fuera del texto original)

Así mismo, el citado artículo establece que la Superintendencia podrá *"(...) 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 fuera del texto original)

De igual manera, el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, que subrogó el numeral 13 del artículo 3 del decreto 1687 de 2010, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer este tipo de sanciones, en los siguientes términos:

"[I]mponer 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." (Negrilla fuera del texto original)

Respecto a la anterior normativa se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-228 de 2010, señalando lo siguiente:

*"(...) una de las características del derecho administrativo sancionador es la posibilidad de establecer, por parte del legislador, conductas a partir de proposiciones normativas amplias y genéricas, susceptibles de concretarse por la autoridad que ejerce la potestad de control. Basta entonces que el legislador establezca la conducta genérica objeto de reproche administrativo, pudiéndose delegar a la entidad que ejerce la función de inspección, vigilancia y control la posibilidad de definir el contenido concreto del tipo sancionable, dentro del marco de referencia previsto por la ley (...)"*²⁷

²⁷ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia del 24 de marzo de 2010. Sentencia: C-228 de 2010. Actor: Darío Alberto Múnera Toro.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

Así, es importante señalar que la inobservancia por parte de una persona jurídica o natural de las instrucciones que imparte la SIC, con las cuales se pretenda establecer si se están cumpliendo las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, resulta tan censurable como las mismas conductas que atentan contra esas normas²⁸. En este mismo sentido lo ha considerado el Consejo de Estado²⁹, así:

"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 que en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, como a las que alude el numeral 21 del artículo 2º, que autoriza a la Superintendencia para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en aspectos relativos a la protección del consumidor, la promoción de la competencia y la propiedad industrial, facultad ésta frente a la cual el artículo 4º no estableció consecuencia jurídica alguna en caso de que dichos destinatarios no atiendan las referidas instrucciones; 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, lo que en el fondo se traduce en que en esas condiciones jamás se podría imponer sanción por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas." (Negrilla fuera del texto)

Lo anterior es más claro si el incumplimiento no consiste simplemente en la omisión de enviar una información concreta a la Entidad, sino en la negativa de acceso, por parte de un posible investigado, a los documentos e instrumentos que eventualmente contienen las pruebas que se requieren para adelantar la investigación.

Así pues, en el ejercicio de las facultades anteriormente referidas, esta Entidad podrá sancionar a cualquier persona que obstruya una actuación o investigación administrativa y se abstenga de acatar las instrucciones que se impartan en desarrollo de una visita administrativa, incluyendo la autorización para acceder a los archivos contenidos en los computadores de los funcionarios de la empresa a la cual se practica la visita o la solicitud de ingreso a la cuenta de correo electrónico de la compañía.

10.3. Incumplimiento de instrucciones por parte de CONSTRUCTORA YACAMAN, hechos probados en el proceso y delimitación jurídica de la problemática

²⁸ Resolución 023322 de 2007 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

²⁹ Sentencia de 17 de Mayo de 2002. Recurso de apelación contra la sentencia de 23 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893). Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Actor: GILLETTE DE COLOMBIA S.A. Y OTROS, demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

En el presente caso, revisada el acta de la visita administrativa realizada en las instalaciones de **CONSTRUCTORA YACAMAN**, se encuentra que efectivamente **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ**, quien se hizo presente en el curso de la diligencia administrativa en su calidad de Representante Legal, no permitió el acceso a la cuenta de correo electrónico institucional de la sociedad.

Del material probatorio obrante en el Expediente, incluida el acta de visita administrativa, se pueden colegir los siguientes hechos:

- El Despacho comisionado indagó respecto de alguna cuenta de correo electrónico institucional desde la que se manejara información relativa a procesos de selección contractual.

JUAN CARLOS CAMACHO, Coordinador de Licitaciones, afirmó que sí existía la cuenta de correo electrónico referida pero que la misma era gestionada por el Representante Legal.

- El Despacho solicitó a **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ** que autorizara la revisión de la cuenta de correo delimitando la búsqueda solo al objeto de la visita administrativa.

El Representante Legal negó la solicitud expuesta aduciendo la privacidad y confidencialidad de cierta clase de información.

- Ante la primera negativa el Despacho, reiteró que la inspección excluiría cualquier tipo de documentación no referente a los procesos de contratación pública y puso de presente el sustento normativo consagradorio de las sanciones por inobservancia de instrucciones.

El Representante Legal se mantuvo renuente respecto de la revisión, aduciendo que la cuenta de correo no era exclusiva de licitaciones y que obraba información de carácter reservado.

- Entonces el Despacho manifestó que la revisión se haría en compañía del Representante Legal y ofreció, de conformidad con la normativa especial referente al trámite de prácticas restrictivas de la competencia, el tratamiento reservado de la información que tuviera tal naturaleza.

El Despacho dio lectura de los artículos 25 y 26 de la ley 1340 de 2009 sobre las multas por inobservancia de instrucciones y sugirió una fórmula garantista de recopilación de la información a través de su encriptación y embalaje para que en audiencia posterior se revisara y se excluyera lo que no hiciera parte del objeto de la averiguación preliminar.

Con todo, **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ** denegó la solicitud de revisión de la cuenta de correo y en amparo de su posición, dejó dejar constancia en el acta del

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

artículo 15 constitucional que protege el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia.

- El Representante Legal aseveró que eventualmente autorizaría una revisión filtrada por fechas específicas o destinatarios particulares, ante lo cual el Despacho señaló que la búsqueda se haría a partir de palabras claves como “licitación” u “oferta económica”, siendo esa metodología de revisión igualmente rechazada.

Descrito el escenario fáctico, probado a partir del acervo que integra el Expediente, el problema jurídico que surge y que se resolverá en la presente Resolución consiste en determinar si la negativa a suministrar la información obrante en la cuenta de correo electrónico institucional referente a los procesos de selección contractual de la **CONSTRUCTORA YACAMAN**, estuvo amparada en una norma constitucional de superior jerarquía que hacía que la revisión pretendida por los funcionarios, con todo y que se apoyaba en un acto administrativo debidamente proferido, desbordaba las funciones de competencia atribuidas a la **SIC**.

10.4. Argumentos manifestados por el investigado

Con la finalidad de emitir una decisión de fondo, que tenga en cuenta la totalidad de argumentos esgrimidos por el sujeto pasivo de la presente Resolución como justificativos de la renuencia a permitir el acceso a la cuenta de correo electrónico institucional de la sociedad visitada, este Despacho dividirá el análisis en las siguientes partes de conformidad con lo ya enunciado en el numeral **SÉPTIMO** de la presente resolución:

- Inexistencia de una real obstrucción de una averiguación preliminar o investigación por prácticas restrictivas de la competencia adelantada por la **SIC**.
- Inconsistencias que presuntamente contiene el acto administrativo de solicitud de explicaciones.
- Vulneración al derecho constitucional a la intimidad derivado del registro del correo electrónico institucional sin orden judicial previa y límites a las facultades de inspección, vigilancia y control de las autoridades administrativas.
- Disposición del derecho por parte de la persona jurídica visitada.
- Inspección del correo en intervalos de fechas o por destinatarios particulares.

10.4.1. Obstrucción a la actuación e investigación administrativa por parte de CONSTRUCTORA YACAMAN

Tal y como consta en el acta de la visita administrativa, la conducta adoptada la **CONSTRUCTORA YACAMAN**, al no permitir el acceso a la información solicitada contenida en la cuenta de correo electrónico corporativa durante el desarrollo de la

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

diligencia, impidió el ejercicio de las labores de inspección, vigilancia y control atribuidas a esta Superintendencia en desarrollo de sus funciones administrativas.

Por lo tanto, dicha conducta, además de configurar un incumplimiento a las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, constituye una obstrucción a la actuación y posible investigación administrativa, toda vez que obstaculizó el correcto ejercicio de las funciones de la Entidad e impidió el eventual desarrollo de la averiguación preliminar.

En este sentido se pronunció esta Superintendencia en la Resolución No. 65997 del 23 de noviembre de 2011, mediante la cual se sancionó a la empresa **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A.**:

“Para efectos de establecer el monto de la sanción a imponer es necesario tener en cuenta que todo aquel que obstruya la inspección, vigilancia y control que realiza esta Superintendencia sobre un determinado mercado con el fin de proteger la competencia, está afectando el ejercicio de las funciones de la Entidad y con ello impide el esclarecimiento de unos hechos que, de ser conocidos por la autoridad de competencia, permitiría enriquecer el acervo probatorio de una investigación y garantizar el desarrollo del mercado.”

Este tipo de conductas reviste especial gravedad, pues la negativa de un posible investigado para que la Entidad acceda a la información que necesita analizar para determinar si hubo o no una violación al régimen de competencia, podría convertirse en un mecanismo para evitar el ejercicio de las funciones de la autoridad de competencia y en un aliciente para el desconocimiento de este tipo de disposiciones.

En consecuencia, y con fundamento en lo anteriormente expuesto, este Despacho concluye que **CONSTRUCTORA YACAMAN** obstruyó la actuación administrativa adelantada por esta Superintendencia al no permitir el acceso a la totalidad de la información solicitada durante la visita administrativa, circunstancia con la potencialidad de acarrear efectos negativos ante el desarrollo de una eventual investigación en la que será imposible, o por lo menos mucho más difícil, contar con toda la información que se encontraba en poder de la sociedad y se dificulta la labor de aclarar los hechos que pudieran determinar la existencia de una posible vulneración al régimen de competencia.

10.4.2. Inconsistencias del escrito de solicitud de explicaciones

Este Despacho considera pertinente aclarar los asertos hechos en el escrito de solicitud de explicaciones, aun cuando las presuntas inconsistencias de que adolece, no hagan parte del núcleo esencial del problema jurídico a resolver, en la medida en que no explican la conducta renuente del Representante Legal a suministrar el acceso a la cuenta de correo electrónico institucional.

Es de suponer que el trámite de inobservancias de instrucciones se origina a partir de la negativa o renuencia a presentar los documentos que se requieran para impulsar una averiguación o investigación.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

En el caso *sub exámine* y de conformidad con lo consignado en el acta de visita, el incumplimiento solo recayó en la revisión de la cuenta de correo electrónico institucional, por cuanto las demás solicitudes fueron debidamente atendidas:

- Se suministró el organigrama de la sociedad y el certificado de existencia y Representación Legal.
- Se autorizó el acceso al equipo de cómputo de **JUAN CARLOS CAMACHO**, Coordinador de Licitaciones.
- Se practicó testimonio a **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ**, Representante Legal de **CONSTRUCTORA YACAMAN**.

Es claro entonces, que las explicaciones probatorias solicitadas al investigado son respecto de la instrucción inobservada y no sobre los cumplimientos verificados, situación que genera que el escrito de solicitud de explicaciones no contenga la totalidad de sucesos acaecidos en la visita, pero que no por ello sea distante de la realidad.

De esta manera, no se advierte que existan inconsistencias o imprecisiones en el escrito de solicitud de explicaciones por las razones que exponen de manera subsiguiente:

Señala el investigado lo siguiente:

“La visita fue atendida inicialmente por la señora CLAUDIA BEATRIZ DURÁN, subgerente administrativa de la sociedad y no por su representante legal, señor WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ, como se señala en la solicitud de explicaciones. El representante legal de la Sociedad se presentó en las oficinas de la Sociedad con posterioridad a la iniciación de la visita, a pesar de encontrarse enfermo ese día, dada la relevancia de dicha diligencia para la Sociedad y con el ánimo de facilitarla.”³⁰

Sin embargo, en el escrito de solicitud de explicaciones no se afirma que la visita haya sido inicialmente atendida por **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ**, sino que él en calidad de representante legal atendió la diligencia sin hacerse explícito el momento cronológico en que lo hizo.

Y es evidente que desde el instante en que el Representante Legal compareció a la visita administrativa, asumió la dirección de la diligencia y emitió las autorizaciones o negaciones correspondientes según las solicitudes efectuadas por los funcionarios comisionados.

También resalta el investigado que *“[f]ue la subgerente de la Sociedad quien le proveyó a los funcionarios de la Superintendencia los documentos inicialmente solicitados (organigrama de la Sociedad y certificado de existencia y representación legal) y no fue el señor WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN (sic) FERNÁNDEZ quien lo hizo, como se anota en la citada solicitud de explicaciones.”³¹*

³⁰ Folio 22 del Cuaderno 1 del Expediente.

³¹ *Ibíd.*

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

En el acta de visita administrativa consta que en un primer momento la comisión de la SIC solicitó³² a **CLAUDIA BEATRIZ DURÁN PÉREZ**, Subgerente Administrativa, el organigrama de la sociedad y el certificado de existencia y representación legal, pero el suministro de la información se produjo cuando el representante legal ya estaba atendiendo la diligencia³³.

Lo anterior es una cuestión irrelevante para el presente trámite administrativo, porque se insiste, el objeto y el tema probatorio del mismo no se extiende a la información efectivamente suministrada sino a la que se sustrajo del alcance de la Superintendencia.

Finalmente, el escrito de explicaciones indica, contrariando lo consignado en el acta de visita y en su mismo cuerpo sistemático, que:

"El señor JUAN CARLOS CAMACHO señaló durante la visita, que la información relacionada con las licitaciones era manejada "desde un solo correo electrónico, siendo este utilizado directamente por el representante legal de la empresa". Lo anterior difiere de lo señalado por esa Superintendencia en la solicitud de explicaciones, la que le dio a dicho correo la connotación de "correo electrónico corporativo" e indicó que a este sólo accedía el representante legal."³⁴

No se entiende cuál es el error en la lógica inferencial que efectúa esta Superintendencia cuando concluye que el correo solicitado es de carácter corporativo y que a él accede el representante legal, cuando en diversos fragmentos consignados en el acta consta de manera explícita que la solicitud hecha por los funcionarios comisionados siempre se refirió a la cuenta de correo institucional:

*"Acto seguido, se le preguntó al señor JUAN CARLOS CAMACHO si la compañía manejaba algún tipo de **correo institucional para todo lo relacionado con los procesos de selección pública** en los que la compañía participaba. (...)"³⁵.*

"El despacho (sic) le explicó por segunda vez al señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN de que a pesar de que haya información de carácter personal en este correo, este es utilizado con fines corporativos, entre estos, los relacionados con los procesos licitatorios objeto de la visita siendo de interés para esta Superintendencia."³⁶

El mismo escrito de explicaciones rendido por el investigado en líneas posteriores, atribuye el carácter de "institucional" a la cuenta de correo electrónico cuya revisión se solicitó, y esgrime que no obstante ese carácter corporativo, se requería orden judicial para su inspección:

³² Véase folio 7 del Cuaderno 1 del Expediente.

³³ Véase folio 15 del Cuaderno 1 del Expediente.

³⁴ Folio 22 del Cuaderno 1 del Expediente.

³⁵ Folio 12 del Cuaderno 1 del Expediente.

³⁶ Folio 13 del Cuaderno 1 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

“Por ello, en el presente caso, el correo institucional de la Sociedad se considera correspondencia y en esa medida, para la inspección a la que esa superintendencia estaba legalmente facultada, se requería que contara con el orden judicial respectiva (...)”³⁷

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho no encuentra probada la inconsistencia o la falta de veracidad del escrito de explicaciones a la realidad fáctica acontecida en el curso de la visita administrativa.

10.4.3. Vulneración al derecho constitucional a la intimidad en el marco de la visita administrativa desplegada por la SIC y límites a las funciones de inspección y vigilancia

Considera el investigado, que si bien fue cierto que **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ**, Representante Legal de la **CONSTRUCTORA YACAMAN**, denegó el acceso a la cuenta de correo electrónico institucional a los funcionarios que desplegaban la diligencia administrativa, tal comportamiento encontró justificación en el artículo 15 Constitucional que consagra el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia en los términos seguidamente transcritos:

“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.”

En ese sentido, haber permitido la inspección solicitada hubiera implicado, por las connotaciones propias del caso, el quebranto inmediato del derecho fundamental invocado.

Habida cuenta que las explicaciones desagregan el artículo 15 Constitucional para indicar, por un lado, que el acceso a la correspondencia siempre está sujeto a reserva judicial; y por el otro, que las atribuciones de inspección, vigilancia e intervención de las autoridades administrativas se encuentran limitadas y condicionadas, este Despacho evaluará por separado cada uno de los descargos presentados, pronunciándose sobre la jurisprudencia que se cita en sustento de las explicaciones.

10.4.3.1. Inviolabilidad de la correspondencia y derecho a la intimidad

³⁷ Folio 32 del Cuaderno 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

En las explicaciones rendidas por las parte vinculadas al presente trámite, se pone de presente de manera amplia y reiterada, que el correo electrónico es una forma de correspondencia y que por lo mismo su interceptación o registro requiere, indefectiblemente, la orden emanada de un juez competente, en los eventos expresamente señalados en la ley y con la observancia de las formalidades legalmente establecidas.

En sustento de la anterior proposición, se cita jurisprudencia variada de la Corte Constitucional en la que la Corporación ha protegido el derecho fundamental a la intimidad frente a conductas invasivas de terceros particulares o incluso del mismo Estado.

Esta Entidad demostrará que el raciocinio por analogía que se pretende no está llamado a prosperar, en tanto que los supuestos fácticos en que se asientan las providencias invocadas son esencialmente disímiles a los que se analizan en la presente Resolución y además, porque la construcción jurídica del argumento es igualmente errónea.

El argumento expuesto se puede concretar en la siguiente proposición: como el correo electrónico es una forma de correspondencia o de comunicación privada, se aplica lo preceptuado en el tercer inciso del artículo 15 de la Constitución Política, y por lo mismo, la inspección al correo electrónico que pretendían los funcionarios comisionados de la SIC debía acompañarse de una orden proferida por autoridad judicial competente.

La premisa por cuya virtud se considera que el correo electrónico es una modalidad de correspondencia es definitivamente compartida por este Despacho, pues innegable resulta el hecho de que en la actualidad la comunicación mediante cuenta de correo electrónico es una herramienta de socialización masiva mediante la cual surgen y evolucionan relaciones intersubjetivas.

Pero no es el calificativo de "*correspondencia*" que con certeza puede atribuirse al correo electrónico, el que determina la aplicación del mandato contenido en el artículo 15 de la Carta, sino que es el carácter íntimo de la comunicación que se pretende revisar.

Y es que no puede obviarse que la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia tal y como quedó consignada en la disposición constitucional, desarrolla el derecho fundamental a la intimidad, siendo el primero una consecuencia necesaria del segundo. Quiere ello significar, que solo en la medida en que la correspondencia guarde relación directa con el derecho a la intimidad, es posible desprender la aplicación del imperativo superior que exige orden judicial para su inspección o revisión.

Lo anterior es incluso reconocido por los mismos investigados cuando en su escrito de explicaciones señalan:

"Una de las manifestaciones del derecho a la intimidad, radica en virtud de lo establecido en el citado artículo de la Constitución, en la protección a la correspondencia y demás formas de comunicación privada, las cuales, según lo señalado son inviolables."³⁸

³⁸ Folio 27 del Cuaderno 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

Ahora bien, la indeterminación propia del concepto jurídico de intimidad ha generado que sea la Corte Constitucional, en el ejercicio de su función interpretativa, la que decante la noción y delimite el derecho fundamental como objeto de protección jurídica.

En ese sentido, se ha afirmado lo siguiente:

"La jurisprudencia de la Corte ha sido constante en el sentido de que existen algunos derechos fundamentales que sólo se predicán con respecto a las personas naturales, no de las personas jurídicas. Los derechos a la intimidad personal y a la honra solamente se reconocen al ser humano, pues son atributos propios de éste, inherentes a su racionalidad, inalienables, imprescriptibles y connaturales con el reconocimiento de su dignidad; por consiguiente, las personas jurídicas, antes de gestión colectiva jurídica y económica no pueden ser titulares de dichos derechos (...)"³⁹

Siendo que el derecho a la intimidad reafirma la dignificación que cualquier ser humano reclama en un estado social de derecho, el ordenamiento jurídico concede al individuo una órbita libre de intromisiones no deseadas por otros agentes de la sociedad y por el mismo Estado. Pero esa garantía, como parece obvio, no resulta extensible a la categoría ficticia de la persona jurídica, no porque ésta no sea sujeto derechos y obligaciones, sino porque su naturaleza distinta exige aplicaciones normativas matizadas.

Tal realidad jurídica se desconoció en los escritos de explicaciones rendidos por los investigados y por lo mismo perfilaron un argumento inadmisibles, porque la correspondencia electrónica cuya revisión se solicitó no estaba ligada, ni siquiera en grado mínimo, a la intimidad de una persona natural específica, sino que hacía parte del giro ordinario de las actividades de la persona jurídica visitada y además se enmarcaba dentro del objeto explícito de la diligencia.

Así aparece de bulto en el acta suscrita con ocasión de la visita administrativa fallida en la que se pueden leer fragmentos como los siguientes:

*"Acto seguido, se le preguntó al señor JUAN CARLOS CAMACHO si la compañía manejaba algún tipo de **correo institucional para todo lo relacionado con los procesos de selección pública** en los que la compañía participaba. Ante esta pregunta el señor JUAN CARLOS CAMACHO respondió que toda la información referida era manejada desde un solo correo electrónico, siendo este utilizado directamente por el representante legal de la empresa, el señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN.*

*A continuación, el Despacho procedió a solicitar al señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN autorización para acceder al **correo electrónico de la constructora a fin de buscar información relacionada con los procesos de licitación en los que ha participado la misma.***

Sin embargo, el señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN manifestó (sic) que no es posible

³⁹ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia del 27 de junio de 1996. Sentencia: T-275 de 1995. Peticionario: Sociedad Iseña de Aviación S.A.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

acceder al correo electrónico, toda vez que allí tiene información de carácter personal y que se le estaría vulnerando su derecho a la intimidad.

*Ante esta primera negativa los funcionarios comisionados de la Superintendencia aclararon que el objetivo de su inspección no era en ningún momento recaudar información personal de ningún funcionario de la **CONSTRUCTORA YACAMÁN** (sic) sino por el contrario, buscar información estrictamente referida a los procesos de contratación de la compañía.*

(...)⁴⁰ (Negrillas fuera de texto).

Por lo indicado, no es correcto deducir como se hace en los descargos, que por la sola razón de pertenecer a la categoría de “*correspondencia*” el correo electrónico institucional de la **CONSTRUCTORA YACAMAN**, su revisión debía producirse por la vía de la autorización judicial, aun cuando en nada se vulnera, ni siquiera se amenace, el derecho a la intimidad de nadie; ni el de la persona jurídica porque no es destinataria de tal derecho, ni el de personas naturales porque la cuenta a inspeccionar corresponde a las actividades propias y ordinarias de la sociedad y no a las comunicaciones privadas de ninguno de sus socios o terceros.

Es más, incluso admitiéndose que en el correo electrónico institucional reposara información diferente de la estrictamente empresarial o comercial de la persona jurídica visitada, no podría alegarse tal circunstancia como óbice a la labor investigativa de esta Entidad, dado que esa cuenta de correo no es un espacio privilegiado para el ejercicio del derecho a la intimidad.

Una de las cargas que se exigen para la protección jurídica del aspecto íntimo individual es que la información haya sido asegurada y reservada de manera idónea, hasta el punto que la inobservancia de dicho requisito torna imposible la protección jurídica. Así por ejemplo, si en los papeles y libros de comercio de una sociedad se adjunta la historia clínica de uno de sus socios, esa situación no puede convertirse en impedimento para que la autoridad competente ejerza sus labores de inspección y vigilancia. Del mismo modo, si obraba información personal en la cuenta de correo institucional de la **CONSTRUCTORA YACAMAN**, lo procedente no era la negativa a suministrar el acceso a la cuenta, sino la verificación, ofrecida por los funcionarios que adelantaron la visita, de que no se recaudaran esas comunicaciones para que no integraran el expediente administrativo en que se enmarcó la diligencia, por no hacer parte de su objeto.

Por todo lo explicado, es de concluir que la analogía que intentan las partes investigadas en el presente trámite con base en sentencias de la Corte Constitucional no es de recibo por partir de premisas materialmente diferenciables.

Entonces, si en Sentencia T-538 de 1992 se dijo por la máxima Corporación Constitucional que la correspondencia de un recluso sólo podría registrarse o intervenir si mediaba orden judicial, es porque esas comunicaciones están ligadas de manera inescindible al fuero interno del recluso (persona natural), y, por tanto, su derecho a la intimidad solo puede limitarse cuando exista una ley que expresamente permita la interceptación, siempre y

⁴⁰ Folios 12 y 13 del Cuaderno 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

cuando se aporte una orden judicial. Resulta bastante diferente al caso *sub exámine*, porque en este último lo que existió fue una solicitud de acceso a una cuenta de correo electrónico institucional desde la que se manejaba información comercial, así no fuera exclusivamente de los procesos de selección contractual de la sociedad, actividad que hace parte del giro ordinario de los negocios de la empresa, y cuya revisión no tiene la potencialidad de afectar el derecho a la intimidad de ninguna persona natural y por lo mismo escapa del supuesto normativo que sobre la inviolabilidad de la correspondencia contiene el artículo 15 superior.

Finalmente, si en similar sentido se expuso en Sentencia T-916 de 2008 que el correo electrónico, como forma de correspondencia que efectivamente es, resulta inviolable salvo existencia de orden judicial previa, es en la medida en que la cuenta de correo encuentre proximidad con el derecho a la intimidad, proximidad que no se puede hallar en este caso ya que se trata de cuentas corporativas de las personas jurídicas y estas no gozan de dicho derecho fundamental.

Tal hermenéutica constitucional es acogida y reproducida por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia No. 23001 de septiembre de 2007 al reafirmar que no resulta extensible la protección constitucional de la reserva judicial en relación con la correspondencia electrónica corporativa asimilable a los documentos de comercio:

"Los mensajes de correo electrónico transmitidos a través de cuentas institucionales no se consideran correspondencia privada, porque estas cuentas tienen como fin primordial la transmisión de datos relacionados con las actividades ordinarias de la empresa. Por esta razón dichos mensajes pueden ser exhibidos e inspeccionados judicialmente, son admisibles como medios de prueba y gozan de plena eficacia jurídica".⁴¹

10.4.3.2. Confidencialidad de la información corporativa, deber jurídico de reserva y límites a las facultades de inspección de las autoridades administrativas

A menudo se comete el error de asociar intimidad con confidencialidad de la información, siendo cuestiones separables aun cuando no necesariamente excluyentes.

La precisión del alcance de las dos categorías jurídicas resulta relevante en el caso que se examina por cuanto advierte este Despacho que tanto en el acta de visita administrativa como en los escritos de explicaciones se confunden ambas nociones, dando lugar a que se invoque erróneamente el artículo 15 constitucional como justificativo de la renuencia a permitir la revisión del correo electrónico solicitado.

En el acta de visita administrativa quedó consignado lo siguiente:

"Finalmente, y antes de dar cierre a la diligencia, el señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNANDEZ (sic), solicita dejar constancia de lo siguiente:

(...) reitera que accedió a suministrar la información solicitada con el fin de no obstruir la diligencia, teniendo en cuenta que no tiene nada que ocultar, y ha colaborado personalmente

⁴¹ Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 23001 de septiembre 24 de 2007.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

con ella, accediendo incluso a ser grabado mientras rendía testimonio. Reitera que en el correo electrónico existe información de aspecto laboral y personal, información de acuerdos comerciales, información de socios y de sus correos personales que gozan de reserva, por lo cual necesitaría autorización de los socios para suministrar esta información, situación que va relacionada con el derecho a la intimidad. Informa que por no existir información específica por parte de los investigadores para revisar en el correo como destinatarios específicos o remitentes o fechas específicas, no está determinado claramente el objeto de la investigación. Si revisaran todo el correo tendrían que abrir todos y cada uno de ellos y por ende se enterarían de asuntos personales e íntimos que no tienen nada que ver con el objeto de esta diligencia. (...).⁴²

Y en los escritos de explicaciones lo siguiente:

“De acuerdo con lo todo anterior y para el caso que nos ocupa, es claro que ante la insistencia de la Superintendencia de acceder al correo electrónico corporativo, se estaba comprometiendo no sólo el derecho a la intimidad que le asistía al señor WILLIAM YACAMÁN (sic) FERNÁNDEZ en sus dos calidades (como persona natural y como representante legal de la Sociedad YACAMÁN (sic) VIVERO S.A.), sino también el de sus socios, derecho del que además, no podía disponer unilateralmente y que también hubiera resultado vulnerado. Es preciso señalar que las comunicaciones son de dos vías y que la que él hubiera podido sostener con sus socios a través de dicho correo electrónico pertenece también a la órbita de su intimidad (la de todos).⁴³

En el primero de los textos transcritos, se asume que acuerdos comerciales o cierta información de socios constituye información íntima y en el segundo se sugiere que cualquier comunicación entre **WILLIAM ENRIQUE YACAMAN FERNÁNDEZ** y sus socios hace parte de la intimidad de todos.

La intimidad como ya se ha dicho, se deriva necesariamente de la dignidad humana y parte del presupuesto según el cual toda persona humana se singulariza e identifica a partir de una variedad de caracteres adheridos a su composición biológica y comportamientos. De manera que la intimidad tiene que ver con las características inherentes al ser humano, algunas de las cuales éste prefiere mantener en reserva o secreto, blindadas de interferencias ajenas.

La confidencialidad por su parte, es una característica de cierta clase de información a la que, debido a su naturaleza o peculiaridades, no necesariamente coincidentes con la intimidad, el ordenamiento jurídico atribuyó el carácter de reservada.

Entonces puede existir información íntima pero no confidencial, que no obstante referirse a asuntos inherentes a la existencia individual, el ordenamiento permite su publicidad por cuestiones de orden público o intereses superiores; lo anterior sucede con la información referida al estado civil de las personas o la fecha de nacimiento.

⁴² Folio 15 del Cuaderno 1 del Expediente.

⁴³ Folio 30 del Cuaderno 1 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

También puede existir información confidencial pero no íntima, como el caso de las fórmulas industriales, que ciertamente no reflejan aspectos reservados al fuero interno de las personas naturales, pero que la ley exige un tratamiento reservado con el fin de proteger la actividad empresarial.

Y por último, puede existir información que sea íntima y confidencial, como las historias clínicas y en general los datos derivados de la relación médico paciente, por cuanto exigen un tratamiento reservado y hacen contacto con aspectos sensibles del individuo.

Las consideraciones hechas de manera breve, permiten ilustrar que la cuenta de correo electrónico que se emplea y destina a las actividades empresariales habituales, eventualmente puede contener información confidencial o reservada que dé cuenta de la producción industrial de la compañía, de su situación financiera, de su composición societaria o cualquiera otra referente a sus actividades cotidianas, cuyo conocimiento por terceros competidores puede lesionar los intereses patrimoniales del propietario del correo institucional.

Pero la expectativa de confidencialidad legítima que ostentan los comerciantes respecto de sus papeles y documentos privados no se garantiza truncando la labor investigativa de las autoridades administrativas habilitadas legalmente para el ejercicio de esas funciones, sino exigiendo el deber jurídico de reserva sobre la información que se recolecte y que, desde luego, sea de naturaleza confidencial.

Si a conclusión contraria se arribara, bastaría con que los sujetos pasivos de las actividades de inspección, vigilancia y control que ejercen diferentes entidades administrativas para el cumplimiento de fines constitucionalmente consagrados, afirmaran que en las cuentas de correo corporativas reposa información íntima de su operador para obstruir la vigilancia estatal.

La diferencia conceptual entre intimidad y confidencialidad, omitida en los escritos de explicaciones, conduce a una aseveración desenfocada consistente en que la revisión de la correspondencia digital usada en la actividad diaria y cotidiana de la empresa, requiere de orden judicial, siendo que tal disposición fue prevista como limitación al derecho fundamental a la intimidad, que en el caso bajo análisis ni siquiera se ve potencialmente amenazado, como tampoco se vería si se solicitara información física relacionada con la gestión de negocios de la sociedad.

Así las cosas, el correo electrónico institucional hace parte de los papeles del comerciante y tiene la misma eficacia probatoria del documento físico en los términos de los artículos 2 y 10 de la Ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico:

“ARTICULO 2. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

(...)

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

ARTICULO 10. ADMISIBILIDAD Y FUERZA PROBATORIA DE LOS MENSAJES DE DATOS. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil."

Respecto de esa clase de información opera la previsión contenida en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Nacional que permite la inspección de documentos privados en los eventos de vigilancia y control que ejercen las autoridades judiciales y administrativas, sin que a éstas sea oponible la confidencialidad de la información objeto de recaudo.

El mismo principio se desarrolla legalmente tanto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011⁴⁴, como en la Ley 1340 de 2009⁴⁵, especial en materia de protección de la competencia.

El marco normativo descrito permite concluir que no existe contradicción entre las facultades de vigilancia legalmente atribuidas a la SIC y la confidencialidad propia de cierta documentación empresarial, porque ésta última no se protege sustrayendo la información del alcance investigativo de la autoridad sino solicitando su tratamiento reservado, lo cual impone al funcionario encargado el deber jurídico de preservar la confidencialidad de los datos privados a riesgo de incurrir en falta disciplinaria grave⁴⁶.

De manera que la inviolabilidad de la documentación reservada de la persona jurídica visitada se garantiza por dos vías distintas: la primera, derivada del objeto mismo de la credencial, que limita y restringe la información a recolectar, y por lo mismo exige la exclusión del material que no se refiera a aspectos de la averiguación o investigación; y

⁴⁴ **"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."

⁴⁵ **"ARTÍCULO 15. RESERVA DE DOCUMENTOS.** Los investigados por la presunta realización de una práctica restrictiva de la competencia podrán pedir que la información relativa a secretos empresariales u otro respecto de la cual exista norma legal de reserva o confidencialidad que deban suministrar dentro de la investigación, tenga carácter reservado. Para ello, deberán presentar, junto con el documento contentivo de la información sobre la que solicitan la reserva, un resumen no confidencial del mismo. La autoridad de competencia deberá en estos casos incluir los resúmenes en el expediente público y abrir otro expediente, de carácter reservado, en el que se incluirán los documentos completos.

(...)"

⁴⁶ "LEY 1340 DE 2009. ARTÍCULO 15

(...)

PARÁGRAFO 1o. La revelación en todo o en parte del contenido de los expedientes reservados constituirá falta disciplinaria gravísima para el funcionario responsable, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley."

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

segundo, porque existe el deber jurídico funcional a cargo del empleado que adelanta la inspección de archivar en expedientes separados la documentación pública y la documentación privada para que ésta no sea conocida por terceros competidores.

Ambas cuestiones se pusieron de presente en la visita administrativa que intentaron los funcionarios comisionados en las instalaciones de la **CONSTRUCTORA YACAMAN** y así consta el acta suscrita con ocasión de la diligencia referida:

“(...) la revisión del correo se realizaría en su compañía y se extraería de él solo la información relacionada con los procesos licitatorios propios de la empresa, información que de igual manera mantendría el carácter de reservado en caso de ser solicitado.

(...)

Por su parte los funcionarios de la Superintendencia sugirieron la copia, encriptado y embalado de los correos electrónicos, para que mediante una audiencia posterior se diera apertura y examen de estos en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y así garantizar la separación de la información recolectada entre personal y corporativa.”⁴⁷

Las fórmulas empleadas en el curso de la visita administrativa junto con la claridad de los enunciados puestos en consideración del representante legal, resultan plenamente garantistas de los derechos de la sociedad visitada y lejos de manifestar una colisión de principios constitucionales, lo que reflejan es una correcta armonización entre la finalidad del Estado de proteger la libre y leal competencia en los mercados y los derechos fundamentales que jurisprudencialmente se han ido reconociendo a las personas jurídicas.

Forzoso resulta sostener entonces, como se hace en el escrito de explicaciones, que el ejercicio de la prerrogativa administrativa de inspección cuando recae sobre la correspondencia empresarial y no se acompaña de orden judicial, implica una vulneración al derecho fundamental a la intimidad, como si la facultad administrativa y el derecho tutelado se encontraran contrapuestos.

Aceptar esta tesis sería contrariar el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política según el cual permite para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado exigir la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados.

Es claro para este Despacho que el supuesto subyacente con el escrito de explicaciones consiste en una percepción errónea por virtud del cual se considera que la cuenta de correo electrónico empresarial es el ámbito propicio para la materialización de la intimidad de personas naturales, cuando en realidad se trata de un instrumento al servicio de la gestión societaria habitual con la potencialidad de contener información confidencial, que en todo caso se asegura mediante la reserva y no mediante la oposición.

⁴⁷ Folios 13 y 14 del Cuaderno 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

Esa misma percepción equívoca generó que el investigado esgrimiera, nuevamente, sentencias de la Corte Constitucional inaplicables al caso en concreto como se pasa a revisar:

- En sentencia C-905 de 1999 ciertamente se advierte que las funciones de inspección vigilancia y control que ejercen las autoridades administrativas no son absolutas, lo cual resulta lógico en un estado social y democrático de derecho que exige que la labor investigativa de las Entidades públicas tenga como límite el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Pero es igualmente cierto que la intimidad en tanto derecho predicable de las personas naturales, no se extiende a los documentos que tienen significatividad para una determinada investigación y que corresponden al giro ordinario de los negocios corporativos.

Es la misma Sentencia que cita el investigado la que reafirma la posición sostenida por este Despacho:

"El derecho a la intimidad del contribuyente, en principio, no ampara los libros de contabilidad y los demás documentos privados que tienen incidencia directa en investigaciones tributarias, de la misma manera como protege la correspondencia privada y los documentos estrictamente personales de los individuos. La reserva judicial cubre la correspondencia privada y los documentos puramente personales, pero no se extiende a los libros de contabilidad y documentos con incidencia fiscal, o que se relacionen con la inspección, vigilancia e intervención del Estado, pues en tales eventos, otras autoridades, distintas a la judicial pero definidas por la ley, pueden ordenar la exhibición coactiva de tales documentos. Por consiguiente, no viola la intimidad que la norma acusada autorice a la DIAN a examinar los documentos con incidencia fiscal."⁴⁸

La reserva judicial, es decir, la exigencia de orden emanada de juez competente, opera cuando se pretende la interceptación o registro de medios idóneos para el desarrollo de la intimidad personal, como la correspondencia privada o la residencia personal entendida como habitáculo destinado al ejercicio de actividades íntimas. En casos como los descritos, se impone al juez que autoriza la medida la carga de efectuar un test de ponderación de forma que el objetivo estatal no aniquile el núcleo esencial del derecho fundamental.

- La Sentencia C-382 de 1996 tampoco significa un distanciamiento de la línea jurisprudencial uniforme que ha trazado el máximo tribunal porque reafirma, como no ha negado nunca esta Superintendencia, que la potestad de vigilancia estatal no es absoluta ni puede desbordar las limitaciones legales y constitucionales, como sería la interceptación inconsulta de comunicaciones privadas sin la observancia de la reserva judicial que sobre la materia existe.

⁴⁸ Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia del 14 de julio de 1999. Sentencia: C-505 de 1999. Acción inconstitucionalidad interpuesta por Jorge Alberto González Forero y Zaida Ávila Rodríguez en contra de algunos apartes del artículo 2 de la Ley 383 de 1997.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

Es claro entonces, que la premisa inicial equivocada de la que partió **CONSTRUCTORA YACAMAN**, por medio de su representante legal, en el curso de la visita administrativa, y que en similares términos se reprodujo en el escrito de explicaciones con apoyo jurisprudencial descontextualizado, impidió que se dedujera, como era lo legalmente acertado, que bastaba con el oficio administrativo expedido por el funcionario competente para que se exhibieran los documentos y papeles de la persona jurídica visitada incluida su correspondencia institucional.

Por lo mismo, no se trata de un evento de interpretaciones opuestas entre dos máximas corporaciones judiciales como sugiere el siguiente fragmento de las explicaciones:

" (...)

Así, sin perjuicio de lo que se analizará más adelante, en este punto sólo señalaremos frente a lo dicho por la Corte Suprema en la mencionada sentencia, que la Corporación idónea para todo el análisis de constitucionalidad y por ende del respeto a los derechos fundamentales incorporados en la Carta Política es la Corte Constitucional. Ésta, en sentencia posterior a la proferida por la Corte Suprema de Justicia, estableció que los correos electrónicos son una forma de correspondencia y por ende sometida a la protección constitucional prevista en el artículo 15.

(...)⁴⁹

Las consideraciones hechas por la Corte Suprema de Justicia en la ya citada Sentencia No. 23001 de 2007 al expresar que la correspondencia institucional pertenece a los documentos y libros del comerciante que tienen que exhibirse ante la autoridad administrativa, en nada contradice la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional que prevé la reserva judicial como limitación, previa ponderación, al derecho fundamental a la intimidad.

La anterior posición ha sido mantenida por esta Superintendencia en decisiones anteriores, en las que se ha precisado que los papeles del comerciante deben ser exhibidos cuando la autoridad así lo solicita. Así lo estableció en la sanción impuesta por inobservancia de instrucciones a la empresa Gillette de Colombia S.A. mediante Resolución No. 5010 de 1999:

"Nuestra Constitución Política dispone que para efectos tributarios o judiciales y para 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.

Ahora bien, en cuanto a la reserva de papeles, razón tiene el interesado en señalar que los libros de comercio son reservados, pero eso no significa que la administración no pueda dar aplicación al mandato contenido en el artículo 20 de la ley 57 de 1985, donde se menciona que el carácter reservado no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, correspondiendo a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer. (Subrayado fuera del texto original)

⁴⁹ Folio 31 del Cuaderno 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

En definitiva, los funcionarios comisionados de la SIC estaban en pleno derecho de solicitar el acceso a la cuenta de correo electrónico institucional de **CONSTRUCTORA YACAMAN** sin que les fuera oponible la eventual reserva o confidencialidad de la información en los términos expuestos.

10.4.4. Disposición del derecho por parte de la persona jurídica visitada

Sugiere el llamado a rendir descargos que nunca existió una instrucción u orden de exhibir el correo electrónico institucional, en tanto que la revisión siempre partió de la necesidad de obtener la autorización del representante legal, lo cual suponía, a juicio del investigado, que el suministro de la información era facultativo o dispositivo y nunca imperativo.

Evidentemente, un análisis como el descrito omite la valoración de la estructura lógica de la norma jurídica que atribuye una consecuencia a un supuesto de hecho.

Respecto de este punto, la evaluación deductiva que corresponde hacer es la siguiente:

El artículo 6⁵⁰ de la Constitución Política de Colombia, introduce el principio de legalidad bajo la proposición según la cual los particulares están habilitados para hacer todo aquello que no esté prohibido y los servidores públicos sólo están habilitados para hacer aquello para lo que estén expresamente facultados.

De forma que si los funcionarios hicieron la solicitud de exhibir la cuenta de correo electrónico corporativa era porque estaban habilitados legalmente para efectuar tal solicitud, y en efecto, el sustento legal habilitante estaba contenido en la misma credencial de visita en la que se transcribían los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011.

Dado que la autoridad administrativa no puede coaccionar la voluntad de sus controlados, pues no está investida con funciones de policía judicial, sólo puede solicitar la aquiescencia de la inspección y advertir las consecuencias negativas que se dependen de la denegación. En este sentido, el agente visitado por la SIC puede denegar el acceso a la información objeto de la visita, pero a esa conducta de denegación la ley atribuye una consecuencia jurídica que se traduce las multas a que se refieren los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Concluyendo, a la solicitud de exhibición de la cuenta institucional correspondía el deber legal de suministrar la información y el incumplimiento de ese deber, posible para el controlado, se sanciona con la aplicación de las multas respectivas.

10.4.5. Inspección del correo en intervalos de fechas o por destinatarios particulares

⁵⁰ "Constitución Política de Colombia. ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

La pretensión de la sociedad investigada, en la que se solicita al Despacho realizar la inspección de la cuenta de correo electrónico institucional a partir de un filtro de fechas o de destinatarios específicos, es absolutamente impropia toda vez que lo que se persigue con la visita en etapa previa es la recolección de cualquier clase de información que permita aseverar o desestimar razonablemente la presencia de una práctica anticompetitiva.

Al ejecutar la visita de inspección en etapa preliminar, ya sea de oficio o por denuncia de un tercero, el Despacho no ha elaborado juicio de valoración alguno o examen de tipicidad que permita circunscribir o delimitar los hechos a investigar, por lo mismo no puede elaborar una búsqueda documental precisa y taxativa de lo requerido y se hace imprescindible acudir a las instalaciones físicas de la empresa y recopilar información que, respetando las garantías constitucionales, pueda arrojar indicios de menoscabo de la competencia. Es posible que en el curso de la diligencia, el Despacho encuentre información útil, conducente y pertinente cuya existencia desconocía antes de la visita y por lo mismo no hubiera podido realizar una búsqueda filtrada en los términos pretendidos por la **CONSTRUCTORA YACAMAN**.

En efecto, lo que se pretende con la inspección de la cuenta de correo electrónico institucional es la búsqueda de evidencias sobre la posible comisión de conductas anticompetitivas, siendo imposible para el ente investigador saber de antemano qué pieza procesal contenida en los computadores va a ser determinante para el proceso.

Por lo dicho, no es de recibo el argumento expuesto durante la visita administrativa y reiterado en el escrito de explicaciones, según el cual **CONSTRUCTORA YACAMAN** sugirió una fórmula de revisión específica, pues ello hubiera implicado una limitación al objeto de la diligencia que recaía sobre toda la información disponible en las instalaciones de **CONSTRUCTORA YACAMAN** relacionada con los procesos de contratación adelantados por la sociedad.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la selección de la información era una tarea que debía ser realizada por la Entidad a partir de todas las fuentes disponibles, evaluando su pertinencia de acuerdo con el contenido de los documentos revisados. De esta manera, resultaba necesario para los funcionarios comisionados, acceder a la cuenta de correo electrónico y realizar una búsqueda por palabras claves con el fin de verificar si contenía información que estuviera relacionada con el objeto de la visita.

DÉCIMO PRIMERO: Que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción (aprox. COP \$ 61.600'000.000) por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluida la omisión de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones que se impartan por parte de esta Entidad.

Bajo el anterior precepto, con el fin de determinar el monto de la sanción a imponer a **CONSTRUCTORA YACAMAN**, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

Inicialmente, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"⁵¹.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, etc.

En el caso concreto, es importante señalar que la actuación de **CONSTRUCTORA YACAMAN**, al impedir el acceso a la cuenta de correo electrónico institucional, afectó el adecuado desarrollo de las facultades de esta Superintendencia como autoridad de protección de la competencia.

Por lo tanto, no acatar una instrucción impartida por la Superintendencia en desarrollo de una actuación administrativa configura una obstrucción del correcto ejercicio de las funciones de esta Entidad en desarrollo de la función de velar por la protección de la competencia en el mercado y garantizar la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Por lo tanto, impedir la revisión de los referida cuenta de correo electrónico limitó el actuar de la Entidad para poder determinar, como se dijo en párrafos anteriores, la posible existencia de unos supuestos de hecho que eventualmente pudieran constituir una infracción de las normas sobre libre competencia, y obtener información que permita identificar los presuntos responsables de los hechos que constituirían la infracción.

Como se dijo anteriormente y lo ha señalado la jurisprudencia, este tipo de conductas son igual de reprochables a la violación misma de las normas de protección de la competencia, pues con ellas no solo se desconoce la autoridad de la Entidad, sino además se puede ocultar la realización de conductas ilegales que afectan el mercado y los consumidores.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

11.1. Sanción

Es importante mencionar que en el proceso de dosificación que realiza este Despacho, la multa impuesta al infractor responde a las condiciones, características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que acá se reprocha y, en ningún caso, esta Entidad busca con su decisión excluir al investigado del mercado, ni tampoco fijar una cifra exagerada con relación a su responsabilidad en la afectación de la competencia.

Así mismo, se tiene en cuenta el tamaño de la empresa, sus ingresos operacionales, utilidad operacional, patrimonio, y, en general, toda la información financiera de la misma, de tal forma que la sanción resulte disuasoria más no confiscatoria. Finalmente, se tendrá en cuenta su conducta durante el trámite de la investigación administrativa.

Adicionalmente, en el caso concreto, se tendrá en cuenta que la inobservancia y obstrucción radicó en la negativa al acceso a la cuenta de correo electrónico institucional, y que la entidad infractora no ha sido sancionada como consecuencia de investigaciones por infracción del régimen de competencia.

Así bien, para el presente caso se ha establecido que la conducta de **CONSTRUCTORA YACAMAN** se configuró como un incumplimiento del deber de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia en desarrollo de sus funciones legales.

Lo anterior implica que se deberá tomar una fracción sobre la multa máxima a aplicar a, **CONSTRUCTORA YACAMAN** para lo que se tendrán en cuenta las siguientes cuentas registradas en los ESTADOS FINANCIEROS de la compañía del año 2012: (i) patrimonio correspondiente a \$5.188.017.882.00⁵²; (ii) ingresos operacionales que equivalen a \$8.880.378.240.00⁵³; (iii) utilidad operacional de \$564.686.477.00⁵⁴; y (iv) utilidad neta correspondiente a \$215.604.578.00⁵⁵.

De acuerdo con lo anterior, después de realizar un análisis de los criterios agravantes y atenuantes de dosificación previamente mencionados, así como de los precedentes en cuanto a sanciones por inobservancia de instrucciones que ha impuesto esta Entidad⁵⁶, este Despacho decidió imponer a la **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.** una multa de **OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETESCIENTOS TRES MIL PESOS (\$84.703.000.00)**, equivalente a ciento treinta y siete salarios mínimos mensuales legales

⁵² Folio 68 del Cuaderno único del Expediente.

⁵³ Folio 69 del Cuaderno único del Expediente.

⁵⁴ Folio 69 del Cuaderno único del Expediente.

⁵⁵ Folio 69 del Cuaderno único del Expediente.

⁵⁶ Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio recientemente impuso mediante Resolución No. 14372 de 2012, confirmada por la Resolución No. 38459 de 2012, una multa por valor de \$ 2.040.120.000.00 en contra de la sociedad CONSTRUCTORA ARKO LTDA. por obstruir una actuación administrativa e incumplir las órdenes impartidas durante una visita administrativa.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación 13-191521

vigentes (137 SMMLV), y que corresponde al 0,14% de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que la conducta adoptada por **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.**, identificada con el NIT 802.005.147-6, en el marco de lo establecido por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, representa una inobservancia de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER una sanción pecuniaria a la **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.**, por valor de **OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETESCIENTOS TRES MIL PESOS (\$84.703.000.00)**, equivalente a ciento treinta y siete salarios mínimos mensuales legales vigentes (137 SMMLV), por contravenir lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y, en particular, por obstruir la actuación administrativa que adelanta esta Superintendencia para determinar la posible infracción a las normas de libre competencia, así como por incumplir las órdenes impartidas durante el desarrollo de la visita administrativa realizada el día 16 de julio de 2013 a sus instalaciones.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá 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 TERCERO: ORDENAR a la **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.**, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realice la publicación del siguiente texto:

“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A. informa que:

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

Mediante Resolución - 3 0 4 1 9 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.**, ha sido sancionada con una multa de **OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETESCIENTOS TRES MIL PESOS (\$84.703.000.00)**, equivalente a **ciento treinta y siete salarios mínimos mensuales legales vigentes (137 SMMLV)**, por contravenir lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en particular por obstruir la actuación administrativa que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio y por incumplir las órdenes impartidas durante el desarrollo de la visita administrativa realizada el día 16 de julio de 2013.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia.

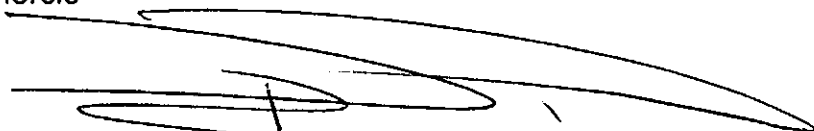
ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición, el cual puede interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación.

ARTÍCULO QUINTO: Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **0 5 MAY 2014**

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación 13-191521

Notificaciones:

Doctora

NATALIA ALVIS RODRÍGUEZ

C.C. 39.783.026

T.P. 84.580 del C. S. de la J

Apoderada

CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.

NIT 802.005.147-6

Hacienda Fontanar, Sauce, Casa 8, Vía Chía – Cajicá