



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
RESOLUCIÓN NÚMERO (53518) DE 2010
28 OCT 2010

Radicación No. 08098094

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de la prevista en el numeral 54 del artículo 3º del Decreto 3523 de 2009, en concordancia con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que este Despacho, mediante Resolución No. 18926 de 13 de abril de 2010 y con fundamento en las facultades conferidas en el numeral 13 del artículo 3º del Decreto 3523 de 2009, impuso a la sociedad PRODUCTORA DE CABLES – PROCABLES S.A. C.I. una sanción pecuniaria equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigentes, por las razones expuestas en la parte motiva del citado Acto administrativo.

SEGUNDO: Que la Resolución No. 18926 del 13 de abril de 2010 fue notificada personalmente al doctor MANOLO ROJAS RIAÑO, apoderado especial de la sociedad PRODUCTORA DE CABLES – PROCABLES S.A. C.I., el 22 de abril de 2010.

TERCERO: Que el 29 de abril de 2010, dentro del término legal previsto para el efecto, el doctor MANOLO ROJAS RIAÑO, apoderado especial de la sociedad PRODUCTORA DE CABLES – PROCABLES S.A. C.I., presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 18926 del 13 de abril de 2010 con el fin de que se revoque la sanción, se abstenga de imponer sanción alguna y se archive la actuación.

Los motivos de inconformidad manifestados se sustentaron así:

"I. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

El procedimiento utilizado por la entidad para efectos de imponer la sanción que es objeto de ésta impugnación, se aparta sustancialmente de las directrices generales que establece la propia Constitución Política, y en desarrollo de ella la ley, para lograr el respeto del debido proceso de los particulares, por las circunstancias que se examinan a continuación.

*La evolución de la jurisprudencia constitucional y administrativa de nuestro país, ha venido admitiendo la existencia de un **derecho administrativo sancionador**, entendido como el conjunto de normas que regulan los aspectos sustanciales y procesales que debe seguir el Estado para imponer sanciones cuando los particulares violan o desatienden disposiciones que se encuentran bajo su potestad o tutela. Puede decirse que si bien el derecho sancionador es sustancialmente distinto al derecho penal, evidentemente ambos son una manifestación del poder punitivo del estado y por ende no es extraño que presenten puntos convergentes y notas características similares.*

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

En términos prácticos, el derecho administrativo sancionador tiene como finalidad regular el ejercicio de las competencias sancionadoras en cabeza del Estado, de tal manera que no se vulneren los derechos de defensa del particular y se protejan las garantías constitucionales conferidas con arreglo al artículo 29 de la Constitución Nacional, aspectos que deben ser particularmente preservados antes de entrar a imponer cualquier sanción por parte del Estado.

En relación con el caso concreto, debe mencionarse que la multa se impuso por fuera de un procedimiento que le haya dado oportunidad al particular para controvertir la decisión, aportar pruebas y en general para ejercer en forma suficiente su derecho a la defensa, tales irregularidades se materializan en las siguientes circunstancias:

- 1.1. La entidad no realizó ninguna formulación de cargos u otro acto administrativo equivalente en contra de la sociedad sancionada, lo que no permite tener claridad sobre cual fue de (sic) la violación o infracción que se le imputa al particular. Ello generó además confusiones en la propia entidad sobre la sanción a imponer como se expresa más adelante.*
- 1.2. La comunicación de fecha 29 de septiembre de 2008 con radicado No. 08098084-00001-0000 enviada por la entidad a **PROCABLES**, fue remitida como un requerimiento de información, no puede ser interpretada como acto de formulación de cargos. En efecto, dada la importancia que reviste el proceso sancionatorio es imprescindible dar inicio a la etapa de investigación de la posible infracción, mediante un acto administrativo de formulación de cargos proferido por el funcionario competente¹, tipificando la posible infracción, confiriendo un término razonable al particular para ejercer su derecho de contradicción y dando oportunidad para aportar y solicitar pruebas.*
- 1.3. Como es lógico el acto administrativo que formula los cargos, requiere ser notificado al particular, mediante notificación personal o por edicto, siguiendo para las reglas contenidas en los artículos 44 y 45 del CCA, notificación que tampoco tuvo lugar.*
- 1.4. Ahora bien, la informalidad del procedimiento elegido por la entidad para adelantar la investigación, llevó a cometer una irregularidad que resulta de mayor trascendencia, pues en la comunicación del 29 de septiembre de 2008 con radicado No. 08098084-00001-0000, la Superintendencia solicitó explicaciones y la incorporación de pruebas al presunto infractor dando un supuesto término "razonable" que vencía el 1 de octubre de 2008, es decir que otorgo (sic) **UN** (1) día para ejercer el derecho de contradicción, pues como se ha mencionado la comunicación data del 29 de septiembre de dicho año.*

Así las cosas, el término para ejercer el derecho de defensa se contrajo caprichosamente a un día o menos, dado que no se tuvo en cuenta el término

¹ Según el Decreto 2153 de 1992, norma vigente al momento de la presunta infracción, es el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia el facultado para tramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción (Artículo 11 numeral 3).

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

del envío por correo de la comunicación, término que a todas luces **NO ES RAZONABLE**, Y denota un interés latente por parte de la entidad, en obstaculizar el ejercicio del derecho de defensa.

Pese a que **PROCABLES** remitió la respuesta al requerimiento, dentro del término casi inexistente, naturalmente esa respuesta se elaboró y presentó en forma precipitada e incompleta dada la premura de tiempo.

- 1.5. La entidad se apartó ostensiblemente de las disposiciones procesales contenidas en el CCA, y en lugar de adelantar un proceso de investigación objetivo que le permitiera al particular ejercer el derecho de defensa, adelantó un trámite administrativo que no ofreció ninguna garantía procesal y que en últimas implicó la vulneración material del derecho de defensa de **PROCABLES**.

De la lectura de la actuación administrativa antecedente y de la resolución impugnada, se encuentra que se trató de un trámite administrativo informal, desprovisto de la rigurosidad que habitualmente exige el proceso sancionador y sometido al arbitrio del funcionario administrativo, lo que es incompatible con el ordenamiento jurídico.

- 1.6. La cadena de irregularidades cometidas a lo largo de la actuación, generan por consiguiente la inconstitucionalidad de la resolución demandada, por lo que resulta imperativa su revocatoria.

2. AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Además de la afectación al debido proceso y entrando a examinar el fondo de la imputación, se observa que no se presentó transgresión alguna del ordenamiento jurídico por las siguientes razones:

2.1. Ausencia del representante legal

Tal como consta en el acta dejada en la fecha de la visita, los funcionarios de la entidad advirtieron sobre la necesidad que la diligencia fuera atendida por un Representante Legal de la compañía, frente a lo cual el señor **JUAN CARLOS VALDERRAMA WALTEROS** (trabajador de **PROCABLES**), informó que en ese momento no se encontraba ningún representante legal. Esta circunstancia fue corroborada por los mismos funcionarios y por los documentos incorporados a la actuación administrativa en la comunicación que pretendió dar explicaciones.

Al respecto vale la pena señalar que la resolución impugnada expone un entendimiento erróneo de la forma como se ejerce la representación legal, llevando a la conclusión equivocada que la empresa tiene el deber de disponer de una persona con facultades de representación legal en el domicilio social. La regulación legal contenida en el Código de Comercio sobre la representación legal no sugiere que ese sea el correcto entendimiento. Lo que si aparece claro es que la resolución confunde el concepto de domicilio social (que corresponde a la ciudad o municipio donde una sociedad comercial tienen el asiento principal de

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

*sus negocios y por ende es allí donde cumple sus derechos y obligaciones), con el concepto de **dirección del establecimiento de comercio**, entendida como el lugar, dentro del domicilio, en donde la empresa funciona, vale decir, donde tiene ubicado físicamente su establecimiento de comercio.*

Ni las disposiciones comerciales, ni las procesales, imponen la obligación de mantener en todo momento un representante legal en la dirección en que se ubica el establecimiento de comercio, la obligación consiste en mantener un representante legal en el lugar de su domicilio, que como se ha mencionado es algo bien distinto.

*Ahora bien, exigir la autorización del representante legal para que se diera atención por parte de un funcionario de **PROCABLES**, que fue la opción alterna propuesta por los funcionarios para avanzar con la diligencia, equivalía a constituir un **apoderado** que tuviera capacidad suficiente ante la entidad, no para atender la visita, sino para responder el interrogatorio que en ese momento se proponían recaudar los funcionarios. Como se explicó en ese mismo momento a los funcionarios, ello resultaba materialmente imposible porque sencillamente uno de los representantes legales se encontraba en un avión y el otro en la ciudad de Barranquilla.*

*Como es lógico de allí no se desprende violación o infracción alguna al ordenamiento jurídico, además, en la medida que **PROCABLES** no fue informado sobre la necesidad de mantener en su dirección a un representante legal en la fecha fijada para la visita, tampoco es factible hablar de la desatención de una instrucción y menos de la intensión de obstaculizar la práctica de una prueba.*

2.2. Confidencialidad de la información

La resolución considera que en ejercicio de las competencias que la constitución y la ley le confieren a la entidad, no le es oponible el derecho a la reserva de la información confidencial, razón por la que desestima esa explicación.

*Aunque se trata de un punto marginal dentro de la controversia, es importante hacer varias precisiones. En primer lugar, ni en la visita ni en la posterior comunicación que se encaminó a dar las explicaciones, **PROCABLES** pretendió excusarse frente a la entidad en la confidencialidad de los documentos, es más, en la visita realizada el día 15 de octubre del mismo año se suministró en su totalidad. Lo que se revela de esos mismos documentos, y así se le comunicó a los funcionarios, es que la información que se solicitó exhibir en ese momento tenía un carácter reservado al interior de la compañía, por lo que no era accesible para ninguno de los empleados y que estaba confiada únicamente a los representante legales, razón por la cual en ese momento, ni quien atendía la visita, ni ningún otro funcionario estaba en capacidad de suministrarla porque no la tenían.*

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

Esta dificultad, fue interpretada equivocadamente por la entidad como renuencia a exhibir la información, cuando en realidad se trató de la imposibilidad física de aportarla en ese momento.

2.3. Realización de la visita, Suministro de información y recepción de testimonios.

*Para despejar cualquier manto de duda, sobre la transparencia y seriedad con que **PROCABLES** ha asumido la investigación adelantada por esa entidad, es necesario considerar que la visita se realizó nuevamente el día 15 de octubre de 2008 y en ella se incorporaron los documentos solicitados y se recibió el testimonio del representante legal. Es más, se remitieron todos los documentos adicionales que con posterioridad y mediante oficio requirió la entidad.*

*Lo anterior lleva a la conclusión que **PROCABLES** no obstaculizó la práctica de la visita administrativa y contrario a lo que expresa la resolución, entregó la información requerida sin desatender ninguna instrucción impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio.*

3. INDEBIDA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN SOBRE SANCIONES

El considerando UNDECIMO de la resolución expresa que la Superintendencia se encuentra facultada para imponer sanciones hasta por el equivalente a dos mil (2000) salario mínimos legales mensuales apoyándose para ello en el artículo 4 numeral 15 del Decreto 2153 de 1992.

Basta leer esa disposición para concluir que dicha sanción solo es aplicable por "violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere" ese decreto, lo que no concuerda con la censura endilgada por la entidad que consiste en la supuesta obstrucción de la visita practicada.

Otro principio fundamental del régimen sancionatorio, consiste en la imposibilidad del ente sancionador de hacer analogías o imponer sanciones que no se encuentren expresamente dispuestas en la ley, razón por la cual tampoco resulta procedente imponer una sanción en esos términos.

4. PROPORCIONALIDAD DE LA SANCION

Sin perjuicio de las razones ya señaladas, que se encaminan a demostrar las falencias del acto administrativo atacado, debe mencionarse que la entidad desbordó el criterio de proporcionalidad de la sanción. Al respecto el Consejo de Estado, ha señalado que la proporcionalidad de la sanción no surge de una consideración caprichosa o arbitraria de la entidad, sino de unos criterios bien definidos que deben ser examinados al momento de la graduación de la sanción.

La Superintendencia tasó la sanción en el 20% del tope máximo (200 SMLMVS) a que se refiere el artículo 4 numeral 15 del Decreto 2153 de 1992, es decir en 40

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

*SMLMV. En primer lugar no advirtió que ese tope estaba dispuesto para otro tipo de violaciones y en segundo lugar no hizo referencia a que los fines de la prueba se lograron en la segunda visita realizada el día 15 de octubre de 2008, para cuya realización **PROCABLES** prestó toda su colaboración. Sin duda, no se valoró la conducta subsiguiente para efectos de graduar la sanción.*

(...)"

CUARTO: Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, en la presente decisión se abordarán todas las cuestiones que fueron planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, en los siguientes términos:

Los argumentos expuestos por el recurrente se desarrollan bajo cuatro premisas, tendientes a demostrar *i)* violación al debido proceso; *ii)* ausencia de violación del ordenamiento jurídico; *iii)* indebida aplicación de la disposición sobre sanciones y *iv)* falta de proporcionalidad de la sanción. Este Despacho procede a analizar las explicaciones planteadas en el orden en que fueron presentadas.

4.1 Sobre la supuesta violación al debido proceso

Bajo esta primera proposición, el recurrente reprocha el procedimiento adelantado por esta Superintendencia dentro de la actuación que conllevó a la imposición de una sanción a la sociedad PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I., por la supuesta inobservancia de las instrucciones impartidas por esta Entidad con ocasión de la visita administrativa practicada el 18 de septiembre de 2008.

El fundamento de dicha censura es la supuesta falta de oportunidad "[p]ara controvertir la decisión, aportar pruebas y en general para ejercer en forma suficiente su derecho de defensa" pues, según el recurrente, esta Superintendencia no realizó ninguna formulación de cargos contra la Sociedad sancionada y la comunicación remitida a la empresa PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I. como un requerimiento de información no constituye un acto de formulación de cargos. Así mismo, cuestiona que el término otorgado para ejercer el derecho de defensa fue tan solo de un (1) día y que no se notificó de acuerdo con lo establecido en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto, es preciso señalar que en la actuación administrativa adelantada se garantizó efectivamente el debido proceso, por cuanto se surtió el procedimiento respectivo, conforme lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, respetando en todo momento los principios establecidos en la Constitución Política.

En efecto, la Superintendente de Industria y Comercio (E) formuló a la empresa PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I. solicitud de explicaciones, en la que se relacionó el hecho que le dio origen, las facultades legales ejercidas, la norma presuntamente vulnerada y las sanciones administrativas que eran procedentes, se le brindó la oportunidad de presentar descargos, aportar y solicitar pruebas y realizar los actos que considerara necesarios para su defensa.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

Pese a lo manifestado por el recurrente, con el fin de garantizar el derecho de defensa y debido proceso, el 29 de septiembre de 2008 esta Superintendencia requirió a la empresa PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I. para que presentara las explicaciones y aportara las pruebas correspondientes, le otorgó un plazo de tres (3) días para ello, por lo cual envió el documento vía fax el mismo 29 de septiembre, y le advirtió que dicha solicitud de explicaciones se realizaba con el fin de evaluar la procedencia de la imposición de la sanción administrativa prevista en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992.

La solicitud de explicaciones remitida a la empresa PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I. fue debidamente comunicada, en los términos previstos en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo².

En ejercicio de su derecho de defensa, la sociedad PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I. presentó dentro del plazo otorgado las explicaciones solicitadas sin aportar ni solicitar la práctica de pruebas ni solicitar la prórroga del término señalado (es de anotar que si bien se refirió a la práctica de unos testimonios, no concretó su solicitud, siendo por ende imposible acceder a ella).

De lo expuesto se tiene que el plazo para presentar explicaciones no constituyó violación del debido proceso y del derecho de defensa, toda vez que está acreditado en el expediente que la empresa PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I., dentro del mismo, ejerció su derecho de defensa.

Ahora, una vez evaluadas las explicaciones presentadas, la Superintendencia mediante resolución motivada se pronunció sobre las mismas y adoptó la decisión correspondiente, la cual fue notificada según las formalidades de ley e indicó el recurso que era legalmente procedente.

En la presente actuación se siguió un procedimiento breve y sumario, de conformidad con lo establecido en la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo (artículos 28, 14, 34 y 35, entre otros), comoquiera que no existe un trámite especial³.

Resulta pertinente señalar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en sentencia del 23 de noviembre de 2000⁴, consideró que el procedimiento aplicado por esta Superintendencia ante la inobservancia de las instrucciones garantiza el derecho al debido proceso. El Consejo de Estado, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia precitada, refirió:

² "Artículo 28. **Deber de comunicar.** Cuando de la actuación administrativa iniciada de oficio se desprenda que hay particulares que pueden resultar afectados en forma directa, a éstos se les comunicará la existencia de la actuación y el objeto de la misma. En estas actuaciones se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 14, 34 y 35." (Negrilla fuera de texto) Nótese que la notificación solo está prevista como medio para dar publicidad a los actos que ponen fin a la actuación administrativa.

³ Decreto 2153 de 1992, artículo 54. "**Procedimientos.**- Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente Decreto, las actuaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo."

⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 23 de noviembre de 2000. Expediente No. 99-0799.

"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

"A juicio del Tribunal, de acuerdo con lo anotado la Resolución de sanción y su confirmatoria tuvieron como fundamento la inobservancia de las instrucciones que impartió la Superintendencia en desarrollo de su función para determinar la existencia de una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas; y que conforme al artículo 54 del Decreto 2153 de 1992 el trámite aplicable en este caso, en ausencia de uno especial, es el regulado en el C.C.A. (artículo 28 en concordancia con los artículos 14, 34 y 35).

Sostiene que al acudir a tales normas se tiene que el procedimiento a seguir es breve y sumario, es decir, que luego de solicitadas las explicaciones por la presunta infracción de las instrucciones impartidas se concede un término razonable para que el investigado las presente, las que son evaluadas por la autoridad administrativa, la que decide si impone o no la respectiva sanción, decisión que debe ser motivada, al menos en forma sumaria.

Estima que el aspecto anotado se cumplió a cabalidad, además de que el procedimiento aplicado se asimila en su esencia al previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, que se remite a las disposiciones del C.C.A., en lo no previsto en ellas.⁵

De lo expuesto se concluye que los argumentos planteados por el recurrente no demuestran la supuesta violación al debido proceso alegada en su escrito.

4.2 Sobre la supuesta ausencia de violación del ordenamiento jurídico

En este aparte, el recurrente desarrolla tres argumentos, que se analizan a continuación:

4.2.1 Sobre la ausencia del representante legal

Este punto del recurso está sustentado con base en una afirmación incompleta, dado que en se cita el contenido del acta de visita donde consta que los funcionarios de esta Superintendencia le advirtieron al señor JUAN CARLOS VALDERRAMA WALTEROS, Gerente Administrativo y Financiero de la sociedad PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I. que fue quien atendió dicha visita, sobre la necesidad de que la diligencia fuera atendida por algunos de los representantes legales de la empresa. No obstante, se omite el párrafo siguiente que da cuenta del hecho de que se dio la oportunidad a PROCABLES para que el señor VALDERRAMA WALTEROS se hiciera cargo, así: *"mediando una comunicación de los representantes Legales ausentes en donde se faculte expresamente al mismo para atender la presente diligencia"*⁶.

⁵ Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo del 2002. Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893). M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ Acta de no atención de visita suscrita el 18 de septiembre de 2008 por JOSÉ ALFREDO JARAMILO y HERNÁN VELANDIA, como funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio y JUAN CARLOS VALDERRAMA WALTEROS, Gerente Administrativo y Financiero de la sociedad PROCABLES S.A.



"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

Dado que el recurrente omitió en su argumento el hecho puesto de presente por esta Superintendencia, esto es, la opción dada a la Empresa para que hiciera posible la diligencia a través del señor VALDERRAMA WALTEROS, asume, y así lo alega, que esta Entidad en "[l]a resolución impugnada expone un entendimiento erróneo de la forma como se ejerce la representación legal, llevando a la conclusión equivocada que la empresa tiene el deber de disponer de una persona con facultades de representación legal en el domicilio social. (...) la resolución confunde el concepto de domicilio social (...), con el concepto de dirección del establecimiento de comercio (...)".

No es cierto que a esa conclusión haya llegado la Superintendencia, ni que haya confundido los conceptos de domicilio social y dirección del establecimiento de comercio. Lo que esta Superintendencia señaló, en relación con la ausencia del representante legal, es que "**[l]a presencia del representante legal de la compañía no es un requisito indispensable para llevar a cabo la visita administrativa** dispuesta por la SIC, comoquiera que la misma se puede desarrollar con un empleado o persona autorizada para tal efecto, lo cual fue informado por los funcionarios de esta entidad al Gerente Administrativo y Financiero de la sociedad PROCABLES S.A., empleado que atendió inicialmente la diligencia.

(...)

Ahora bien, el hecho que el representante legal en el presente caso sea la persona que tiene bajo su custodia y conservación la documentación de la compañía y que resida en la ciudad de Barranquilla, tampoco constituye una fuerza mayor, comoquiera que la dirección comercial y de notificación judicial de la sociedad está en Bogotá. Esta circunstancia lejos de constituir una fuerza mayor, constituye una **situación que implica para la empresa el deber de disponer de una persona con facultades de representación legal en el domicilio social.**" (Negrilla fuera de texto)

El propio recurrente coincide con lo manifestado por esta Superintendencia. En efecto, en su recurso señala que "[l]a obligación consiste en mantener un representante legal en el lugar de su domicilio", el cual, según consta en el certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad PROCABLES S.A. expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, es la ciudad de Bogotá D.C. Sin embargo, como también lo señaló el recurrente, "[u]no de los representantes legales se encontraba en un avión y el otro en la ciudad de Barranquilla", es decir, se acepta el incumplimiento de tal obligación.

Ahora bien, la persona que en las explicaciones afirma que es el Gerente y del cual se adjunta copia del pasaporte y pasabordos no figura en el Certificado de Existencia y Representación Legal en calidad de tal.

Para esta Superintendencia es claro que no es obligación del representante legal estar presente en todo momento en la dirección comercial y de notificación judicial de la sociedad; pese a ello, es indiscutible que al conocer sobre una visita de las entidades de control y vigilancia, el representante legal debe hacer las gestiones necesarias para permitir su realización, lo cual, en este caso, no ocurrió.



"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

Sin perjuicio de lo señalado y de conformidad con lo expresado en el recurso, se observa que el reparo concreto que tuvo el representante legal de PROCABLES S.A. para que no se realizara la diligencia con el señor VALDERRAMA WALTEROS, funcionario de la misma Empresa, fue el de que dicho funcionario supuestamente respondiera "[e]l interrogatorio que en ese momento se proponían recaudar los funcionarios [de la Superintendencia]", lo cual es totalmente especulativo e ilegal comoquiera que comporta una clara obstrucción a la práctica de pruebas por parte de esta entidad, facultad contenida en numeral 12 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992⁷ (actualmente prevista en el numeral 39 del artículo 1 del Decreto 3523 de 2009).

En criterio del recurrente, como "[P]ROCABLES no fue informado sobre la necesidad de mantener en su dirección a un representante legal en la fecha fijada para la visita, tampoco es factible hablar de la desatención de una instrucción y menos de la intención de obstaculizar la práctica de una prueba". Al respecto, es preciso aclarar que no existe deber legal de avisar anticipadamente sobre la práctica de una visita durante la etapa de averiguación preliminar. Como se indicó en la Resolución ahora recurrida, "[t]ratándose del ejercicio de facultades de inspección y vigilancia, muchas veces, la espontaneidad en la realización de las visitas administrativas, adquiere especial relevancia, en la medida que permite a la autoridad observar directamente la operación de la entidad objeto de la visita y reduce el riesgo de alteración de la evidencia". En tal virtud, anunciar con antelación la práctica de una visita puede afectar el fin perseguido.

4.2.2 Sobre la confidencialidad de la información

Se aclara en el recurso que "[P]ROCABLES [no] pretendió excusarse frente a la entidad en la confidencialidad de los documentos", sino que "[l]a información que se solicitó exhibir en ese momento tenía un carácter reservado al interior de la compañía" lo cual, a su juicio, explica que no era accesible para ninguno de los empleados y, por ello, no era posible suministrarla "[p]orque no la tenían".

Sobre el particular, se deben precisar dos aspectos. El primero, que una supuesta "imposibilidad física" para exhibir documentos reservados no es excusa para evitar la práctica de una visita administrativa, con la cual no solo se persigue el aporte de información confidencial sino, en general, el conocimiento directo de la empresa, de sus actividades y negocios. Cabe precisar que esta Superintendencia no desconoce la existencia de la reserva al interior de las compañías, pero no puede aceptar que con base en tal reserva se impida la práctica de la diligencia; además, no se probó que la ausencia del representante legal hiciera imposible el acceso a la información.

Segundo, como se indicó en la Resolución ahora recurrida, la ausencia del representante legal por los motivos indicados en las explicaciones no constituye una "fuerza mayor", dado que no corresponde a un acontecimiento inevitable, fatal e ineludible para la Empresa, de suerte que ante la situación presentada era deber del representante legal llevar a cabo las gestiones necesarias para dar cumplimiento a las instrucciones de la Superintendencia,

⁷ Decreto 2153 de 1992, artículo 2: "**Funciones.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...) 12. Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones".

“Por la cual se resuelve un recurso”

Radicación No. 08098094

esto es, atender la visita administrativa, sin que pueda esgrimirse como excusa el no acceso a la información por parte del empleado a cargo.

4.2.3 Sobre la realización de la visita, el suministro de información y la recepción de testimonios

El recurrente afirma que dado que la visita administrativa se realizó “nuevamente” el 15 de octubre de 2008, que se entregaron los documentos solicitados y se tomó el testimonio del representante legal, PROCABLES no obstaculizó la práctica de la visita y entregó la información requerida “[s]in desatender ninguna instrucción impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio”.

La conclusión del recurrente se aleja de la realidad, en la medida en que el día 18 de septiembre de 2008, fecha en la que se practicó la diligencia objeto de obstrucción, no fue posible llevar a cabo la visita, ni recaudar prueba alguna. Por consiguiente la atención posterior de una nueva visita no exime de responsabilidad a la sociedad por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia en la primera, en la cual no hubo acceso a la información y se impidió la inmediatez de la prueba que buscó fallidamente practicarse.

Así, el hecho de haber aportado la información con posterioridad a la oportunidad procesal en que esta debía ser entregada, no desvirtúa la legalidad de la multa.

4.3 Sobre la supuesta indebida aplicación de la disposición sobre sanciones

Inicialmente, se pone de presente que la sanción impuesta a la sociedad PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I. tiene como fundamento “[l]a inobservancia de instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio [en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control atribuidas en el decreto 2153 de 1992] con ocasión de la visita practicada el 18 de septiembre de 2008, al impedir el recaudo de pruebas que permitieran la verificación de hechos relacionados con la posible violación de normas sobre prácticas comerciales restrictivas”⁸.

Como se observa en los considerandos primero, segundo, tercero y séptimo de la Resolución No. 18926 de 2010, las facultades invocadas para expedir dicha providencia fueron las contenidas en el Decreto 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos, particularmente las establecidas en el artículo 2, numerales 2, 10 y 11, y en el artículo 4, numeral 15.

La procedencia de la imposición de sanciones por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por esta entidad estaba expresamente señalada, como función de esta Superintendencia, en el numeral 2 artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 (hoy numeral 4 del artículo 1 del Decreto 3523 de 2009), norma que, se reitera, fue invocada como fundamento para imponer la sanción que se impugna.

En efecto, en el Decreto 2153 de 1992, “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, se establecía el ámbito de

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 18926 del 13 de abril de 2010

“Por la cual se resuelve un recurso”

Radicación No. 08098094

competencia de esta Entidad y en el numeral 2 del artículo 2 (hoy numeral 4 del artículo 1 del Decreto 3523 de 2009) señalaba de manera expresa como función de la Superintendencia “[i]mponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, **así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia**”. (Resaltado fuera de texto)

Sobre la posibilidad de imponer sanciones por la inobservancia de las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, es importante señalar que el Consejo de Estado, al conocer de la demanda presentada contra el Decreto 2153 de 1992 manifestó:

*“En relación con los numerales 2 y 5 del artículo 2, el gobierno estaba habilitado para, a través de normas con categoría de ley como las citadas, establecer que la Superintendencia puede imponer las sanciones pertinentes por la inobservancia de las instrucciones que imparta en materia de prácticas comerciales restrictivas, promoción de la competencia y protección al consumidor”.*⁹

Ahora bien, de la interpretación armónica y sistemática del Decreto 2153 de 1993, se establece que la aplicación de las sanciones previstas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 procede, igualmente, por la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia en materia de prácticas comerciales restrictivas, toda vez que la sanción a imponer por la violación e inobservancia de las instrucciones a que se refiere el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 debe obedecer a la estructura de las sanciones que el mismo decreto contiene en el numeral 15 del artículo 4, las cuales se deben interpretar de manera congruente y armónica con las contravenciones contenidas en el número 2 del artículo 2 del señalado decreto.

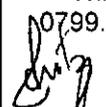
En razón a que este tema ha sido ya objeto de pronunciamientos, tanto por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca como por el Consejo de Estado, se transcribirá a continuación algunos apartes, en los cuales se concluye que la sanción prevista en el numeral 15 del artículo 4 se aplica indistintamente cuando se violan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas, como cuando se establece la inobservancia de las instrucciones que en esa materia imparta la Superintendencia.

Sobre el particular, sostuvo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁰, que:

“En relación con el segundo aspecto referido a la sanción que debe imponer la Superintendencia, precisa la sala, que la sanción impuesta es la pertinente, toda vez que su facultad sancionatoria se dirige a castigar tanto la violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas como la inobservancia de las instrucciones impartidas en desarrollo de su función de velar por el cumplimiento de las mismas, como se desprende del contenido del numeral 2º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, ya citado.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 7 de diciembre de 1993. Referencia: Expediente No. 2335. Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 23 de noviembre de 2000. Expediente No. 99-

0799.


"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

En este caso las sanciones pertinentes por esta contravención son precisamente las establecidas en los numerales 15 y 16 del artículo 4º ibídem. En efecto dentro de una interpretación integral de la norma, se tiene que las sanciones establecidas en estas disposiciones son las aplicables en el caso, pues corresponden a la infracción contenida en el numeral 2º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992.

Atendiendo el espíritu de la ley, se concluye que las sanciones contenidas en esta norma deben obedecer a la estructura de las infracciones que señala el mismo decreto.

Como fácilmente puede observarse, el numeral segundo del artículo 2º del decreto 2153 de 1992, al prever como función de la Superintendencia, la de 'imponer las sanciones pertinentes tanto por la violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia', configura en la misma norma los dos eventos, asimilándolos para efectos de la sanción; siendo lógico interpretar, tal como lo hace la Superintendencia, que se incurre en la misma sanción, a quien se le comprueba la falta, como a quien impide con su conducta desobediente y sin fundamento, el ejercicio de las funciones inherentes a tal organismo, no permitiendo la investigación y por ende la comprobación de prácticas comerciales restrictivas.' (Subraya fuera de texto)

En el mismo sentido, afirmó el Consejo de Estado¹¹:

"En opinión de la Sala por la forma como 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 promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.

*"Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, 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 al 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*

¹¹ Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo del 2002. Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893). M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

“Por la cual se resuelve un recurso”

Radicación No. 08098094

por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.” (Subraya fuera de texto)

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio en aplicación de las reglas de interpretación establecidas en nuestro ordenamiento civil, de acuerdo con las cuales el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, y además señalan que de las interpretaciones deberá preferirse la que implique un significado, se debe interpretar que el numeral 15 del artículo 4 otorga las facultades, tantas veces referidas, al Superintendente para imponer la sanción de que trata la Resolución No. 18926 de 2010. Una conclusión distinta a la planteada traería como consecuencia una sanción simbólica mas no pecuniaria, lo cual es un sinsentido para la Superintendencia, toda vez que implicaría que la sanción se viera desprovista de todas las características que le son propias, tales como el efecto desestimulante y ejemplarizante.

4.4 Sobre la proporcionalidad de la sanción

Afirma el recurrente que la entidad “[d]esbordó el criterio de proporcionalidad de la sanción”, que se tasó en el 20% del tope máximo establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 sin tener en cuenta que ese tope estaba previsto para otro tipo de violaciones ni hacer referencia a que los fines de la prueba se lograron en la segunda visita realizada el 15 de octubre de 2008, en la que PROCABLES prestó toda su colaboración. Sin embargo, la multa impuesta no correspondió al 20% sino al 2% de ese valor.

El concepto de proporcionalidad está contenido en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, cuyo tenor literal dispone:

*“ART. 36.- En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y **proporcional** a los hechos que le sirven de causa” (Negrillas fuera de texto)*

Este Despacho, en la parte motiva de la Resolución No. 18926 de 2010, expuso de manera clara y razonada los fundamentos de hecho y de derecho de las decisiones adoptadas en la misma, de suerte que la decisión obedece, en efecto, al juicio de proporcionalidad efectuado con base en las pruebas y razones aducidas en dicho acto, en especial, por la responsabilidad que el sancionado debe asumir por obstaculizar la actuación de esta Entidad, en detrimento de los principios de economía, celeridad y eficacia que orientan toda actuación administrativa¹².

En tal virtud, la decisión adoptada por esta entidad mediante la Resolución No. 18926 de 2010 se adecua al juicio de proporcionalidad efectuado con base en las pruebas y razones aducidas en dicho acto administrativo, en el que, contrario a lo afirmado por el recurrente, sí se tuvo en consideración “la disposición a suministrar la información y que en la segunda oportunidad se permitió adelantar la visita y recaudar la información solicitada”. De allí que,

¹² Código Contencioso Administrativo, artículo 3



"Por la cual se resuelve un recurso"

Radicación No. 08098094

como se indicó en precedencia, la multa impuesta haya correspondido solo al 2% del valor máximo previsto en la ley.

De acuerdo con lo manifestado, se concluye que no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

En consecuencia, esta Superintendencia,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer personería jurídica al doctor MANOLO ROJAS RIAÑO, como apoderado especial de la sociedad PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I., en los términos del poder otorgado.

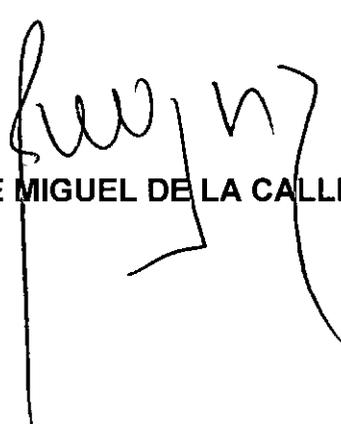
ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar en todas sus partes la Resolución No. 18926 proferida el 13 de abril de 2010, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar el contenido del presente acto al doctor MANOLO ROJAS RIAÑO, apoderado especial de la sociedad PRODUCTORA DE CABLES PROCABLES S.A. C.I., entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra la presente resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los **28 OCT 2010**

El Superintendente de Industria y Comercio


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

NOTIFICACIONES
PRODUCTORA DE CABLES – PROCABLES S.A. C.I.
NIT No. 860.034.944-4
Apoderado especial
MANOLO ROJAS RIAÑO
CC 79.592.257
Av 15 124-67 Oficina 510
Bogotá, D.C.

