



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
TRASLADO DE LA CONTESTACION Y LAS EXCEPCIONES  
ART 175 C.P.A.C.A**

**SGC**

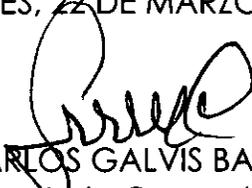
HORA: 8:00 a.m.

JUEVES, 21 DE MARZO DE 2019

M.PONENTE: JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL  
RADICACION: 13001-23-33-000-2018-00284-00  
MEDIO DE CONTROL: N. Y R. DEL DERECHO  
DEMANDADO: MARTINEZ CABALLERO SAS  
DEMANDANTE: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En la fecha se corre traslado por el término legal de tres (03) días a las partes de la Contestación de la demanda presentada por LUIS BELTRAN, en calidad de apoderado(a) judicial de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, visible a folios 125-146 del Cuaderno Principal No. 1.

EMPIEZA EL TRASLADO: VIERNES, 22 DE MARZO DE 2019, A LAS 8:00 A.M.

  
JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
Secretario General

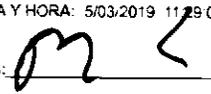
VENCE EL TRASLADO: MIERCOLES, 27 DE MARZO DE 2019, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
Secretario General

**Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso  
E-Mail: [stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
Teléfono: 6642718**

Bogotá D.C.

60

FIRMA: 

Señores  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR**  
Honorable Magistrado: **Dr. José Rafael Guerrero Leal**  
CENTRO AVENIDA VENEZUELA EDIFICIO NACIONAL PRIMER PISO  
CARTAGENA-BOLIVAR-COLOMBIA

**Asunto:** Radicación: 18-298240-4-0  
Trámite: 182  
Evento: 362  
Actuación: 343  
Folios: 26

**Referencia:** *Acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra las Resoluciones No. 66641 del 5 de octubre de 2016 y 9355 del 3 de marzo de 2017 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.*  
**Demandante:** *Martínez Caballero SAS*  
**Demandado:** *Superintendencia de Industria y Comercio.*  
**Radicado:** 13001233300020180028400

**LUIS CARLOS BELTRAN ROJAS**, mayor de edad, vecino de ésta ciudad, identificado con la Cedula de Ciudadanía número 80.821.457 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 178.377 del Consejo Superior de la Judicatura, respetuosamente manifiesto al Honorable Magistrado que, conforme al poder debidamente conferido el cual se anexa con el presente escrito, en cumplimiento con los requisitos establecidos en el artículo 175 del C.P.A.C.A., mediante el presente escrito procedo a contestar la demanda de la referencia, en los siguientes términos:

## II. AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEMANDADA

Se trata de la Superintendencia de Industria y Comercio, Entidad pública de carácter técnico del nivel nacional, adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que conforme el artículo 71 de la Ley 1151 de 2007 posee personería jurídica y autonomía administrativa y presupuestal. Representada legalmente por el Superintendente Andrés Barreto González y domiciliada en la Carrera 13 No. 27-00 de la ciudad de Bogotá D.C.

Esta Entidad es competente, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, para "...velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

Así mismo, conforme al numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011<sup>1</sup>, el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "...vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que

<sup>1</sup> Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.”.

De tal manera, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que “...la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas”. En consecuencia, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, prevé que esta Superintendencia es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido señala que “...conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia”.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con los numerales 11 y 12 del artículo 3 del mismo Decreto, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes a personas jurídicas y naturales por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección a la competencia; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

## II. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN

En cuanto a la oportunidad en la presentación de la contestación de la demanda, la misma se ajusta al término legal dispuesto para tal efecto, teniendo en cuenta lo señalado en los artículos 199 de la ley 1437 de 2011, que instituye:

*“El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código.*

(...)

*En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación. Deberá remitirse de manera inmediata y a través del servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio, sin perjuicio de las copias que deban quedar en el expediente a su disposición de conformidad con lo establecido en este inciso.*

*En los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción en donde sea demandada una entidad pública, deberá notificarse también a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los mismos términos y para los mismos efectos previstos en este artículo. En este evento se aplicará también lo dispuesto en el inciso anterior. (...)* (Se resalta).

Por su parte, el artículo 172 *Ibidem* señala claramente que:

*“(...) Artículo 172. Traslado de la demanda. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvencción (...)*” (Se resalta).



En consecuencia se tiene que el auto admisorio de la demanda de fecha 30 de agosto de 2018 fue notificado a esta Entidad el día 21 de noviembre de 2018 conforme al artículo 199<sup>2</sup> de la Ley 1437 de 2011, es decir, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197<sup>3</sup> ibídem.

De esta forma, el vencimiento del término común de los 25 días conforme al inciso 4<sup>4</sup> del Artículo 199 ibídem, sin perjuicio de la fecha en que se efectuó la notificación de la Agencia Nacional de Defensa jurídica del Estado - ANDJE, fue hasta el 18 de enero de 2018.

Así las cosas, el término de traslado de la demanda por el término de 30 días conforme al artículo 172<sup>5</sup> ibídem inició a contar a partir<sup>6</sup> del 21 de enero de 2019 y finaliza el día 1 de febrero de 2019, plazo dentro del cual se presenta, en forma oportuna, el presente escrito de contestación a la demanda.

#### IV. MANIFESTACIONES FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Muy respetuosamente me permito solicitarle Honorable Magistrado, se sirva negar todas las pretensiones de la demanda y condenas solicitadas por la actora en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto carecen de asidero jurídico y por consiguiente de sustento legal para que prosperen, lo anterior, por las razones que se presentaran a continuación.

#### V. MANIFESTACIONES FRENTE A LOS HECHOS

**Frente al fundamento fáctico No. 1:** Es cierto.

**Frente al fundamento fáctico No. 2:** Es cierto.

**Frente al fundamento fáctico No. 3:** Es parcialmente cierto. Aclarando que en dicha visita se logró determinar que **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** no colaboró con los requerimientos hechos durante la referida visita, en el sentido de no permitir la inspección de los computadores asignados a **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO, CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ** y **HEBER VILLA ESCOBAR**, con el fin de recolectar información relacionada con los procesos de contratación estatal en que ha participado dicha empresa.

Particularmente, como se evidenció en el acta de la mencionada visita administrativa<sup>3</sup>, la actuación de los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio fue obstruida por **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO**, Representante Legal Suplente de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, al negarse reiterada e injustificadamente a que los computadores fueran inspeccionados, aduciendo que en el momento no contaba con asistencia técnica ni jurídica.

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

<sup>2</sup> "(...) El auto admisorio de la demanda (...) contra las entidades públicas (...) se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones (...) y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este código."

<sup>3</sup> "(...) Las entidades públicas de todos los niveles (...) deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales. Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico."

<sup>4</sup> "(...) En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación (...)"

<sup>5</sup> "(...) De la demanda se correrá traslado al demandado (...) por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvención."

<sup>6</sup> Incluidos los días de la suspensión de términos por vacancia judicial.

**CABALLERO S.A.S.**, dicha compañía se mantuvo en una negativa injustificada a permitir la inspección y recaudo de información electrónica contenida en los referidos computadores.

**Frente al fundamento fáctico No. 4:** Falso. Pues tal y como se logró acreditar en el expediente administrativo No. 15-45564 no se entregó a los funcionarios de la SIC toda la información solicitada.

**Frente al fundamento fáctico No. 5:** Es parcialmente cierto. Cierto es que se hayan rendido explicaciones a dentro del precitado acto administrativo, falso que con dichas explicaciones se haya logrado acreditar el cumplimiento de las instrucciones ordenadas por mi prohijada.

**Frente al fundamento fáctico No. 6:** Es falso.

**Frente al fundamento fáctico No. 7:** Es cierto.

**Frente al fundamento fáctico No. 8:** Es cierto. Tal y como se encuentre acreditado en el expediente administrativo.

**Frente al fundamento fáctico No. 9:** Es cierto. Tal y como se encuentre acreditado en el expediente administrativo.

**Frente al fundamento fáctico No. 10:** Es cierto. Tal y como se encuentre acreditado en el expediente administrativo.

**Frente al fundamento fáctico No. 11:** Es cierto.

**Frente al fundamento fáctico No. 12:** Es cierto.

**Frente al fundamento fáctico No. 13:** Es cierto.

**Frente al fundamento fáctico No. 14:** No es un hecho objeto de litigio. Corresponde al trámite de Cobro Coactivo y el acuerdo de pago que surgió del mismo.

**Frente al fundamento fáctico No. 15:** No es un hecho objeto de litigio. Corresponde al trámite de Cobro Coactivo y el acuerdo de pago que surgió del mismo.

**Frente al fundamento fáctico No. 16:** No es un hecho objeto de litigio. Corresponde al trámite de Cobro Coactivo y el acuerdo de pago que surgió del mismo.

**Frente al fundamento fáctico No. 16:** No es un hecho objeto de litigio. Corresponde al cumplimiento del requisito de conciliación prejudicial que se debe surtir ante la Procuraduría para Asunto Administrativos.

## VI. RAZONES DE LA DEFENSA

### 6.1 EN CUANTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Examinadas las razones presentadas por el apoderado de Martínez Caballero SAS presentamos muy atentamente a su Honorable Despacho nuestra solicitud de negar las pretensiones y condenas solicitadas en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio debido a que carecen de soportes fácticos y jurídicos para que prosperen, tal como lo demuestran las pruebas recaudadas en el proceso sancionatorio por incumplimiento de instrucciones y por los argumentos que procedo a enunciar.

### 6.2. CONSIDERACIONES

Antes de profundizar en las particularidades del presente caso, considero importantísimo llamar la atención respecto al hecho indiscutible de que las actuaciones adelantadas por esta Superintendencia han estado siempre encaminadas en velar por la protección del derecho a la libre competencia en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la

misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

Las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de "consumidores" en algún punto de la cadena de valor, a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena.

La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad encargada de proteger en Colombia la libre competencia económica, y por esta vía, tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia.

Es así como, protegiendo la competencia y rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per capita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia<sup>7</sup>.

De acuerdo con la OCDE<sup>8</sup>:

*"Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).*

*Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.*

*Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.*

*Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios<sup>9</sup>.*

La Superintendencia de Industria y Comercio, según lo dispone el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, es la Autoridad Nacional de Competencia:

**"AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá**

<sup>7</sup> Consejo Privado de Competitividad: "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor? No. 4, 2008.

<sup>8</sup> OCDE corresponde a la sigla en inglés para Organisation for Economic Cooperation and Development (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico).

<sup>9</sup> OCDE: "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia" Octubre de 2014, págs. 2 y 3.





**Industria y Comercio**  
**SUPERINTENDENCIA**

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.

PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.”  
(1) (Subraya fuera del texto)

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, facultó a esta Entidad para imponer sanciones:

“(…) Artículo 25. Monto de las Multas a Personas Jurídicas. El numeral 15 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

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

Igualmente, de conformidad con los numerales 1 al 4 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, a través del cual se modificó la estructura de la Entidad, en materia de protección a la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene, entre otras, las siguientes facultades:

- Asesorar al Gobierno Nacional y participar en la formulación de las políticas en todas aquellas materias que tengan que ver con la promoción y protección de la competencia.
- Velar por la observancia de las disposiciones de protección de la competencia en los mercados nacionales.
- Conocer de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la libre competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a las que sean significativas.
- Imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, **así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.**

### 6.3. ANTECEDENTES.

1. Mediante oficio radicado con No. 15-100048-13 del 25 de mayo de 2015, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó practicar una visita administrativa de inspección a las instalaciones de MARTINEZ CABALLERO S.A.S., con el fin de recopilar información relacionada con los procesos de contratación pública adelantados por dicha empresa, visita llevada a cabo el 28 de mayo de 2015.
2. En el marco de la visita administrativa los funcionarios de la Delegatura fueron atendidos por CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO, en su calidad de representante legal suplente de la compañía, a quien se le explicó el procedimiento de inspección que se adelantaría y la normatividad legal aplicable a ese tipo de actuaciones. Acto seguido, se solicitaron varios documentos de la compañía y los computadores del personal de dicha compañía, relacionados con los procesos de selección contractual estatal en que ha participado.
3. En atención del requerimiento de la Delegatura sobre la inspección de los computadores, CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO, en su calidad de representante legal suplente de la compañía se negó a la práctica de dicha prueba, argumentando que se trataba de un procedimiento invasivo y que no se sujetaba a las normas de seguridad informática. Así mismo, manifestó que requería asesoría tecnológica y jurídica para permitir llevar a cabo la inspección.

4. Mediante comunicación No. 15-145564-0 del 24 de junio de 2015, la Delegatura para la Protección de la Competencia inició el trámite de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información y solicitó a MARTÍNEZ CABALLERO que, en ejercicio de su derecho de defensa, rindiera las explicaciones que estimara pertinentes y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer.
5. Mediante radicado No. 15-145564-1 del 15 de julio de 2015, MARTÍNEZ CAVALLERO dio respuesta a la solicitud de explicaciones y solicitó las pruebas que consideró pertinentes.
6. Mediante Resolución No. 81637 del 15 de octubre de 2015, la Delegatura para la Protección de la Competencia ordenó la práctica de unas pruebas solicitadas por la investigada y decretó de oficio otras, que consideró pertinentes y conducentes para el trámite en cuestión.
7. Una vez adelantada la etapa probatoria, Mediante Resolución No. 66641 del 5 de octubre de 2016, el Superintendente de Industria y Comercio sancionó a MARTÍNEZ CABALLERO por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, por obstruir una visita administrativa adelantada en sus instalaciones el 28 de mayo de 2015 por valor de MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$1.034.182.500).
8. Una vez notificada la Resolución sancionatoria y estando dentro del término legal, los sancionados interpusieron recurso de reposición el cual fue resuelto mediante Resolución No. 9355 del de 3 marzo de 2017, la cual resolvió confirmar la Resolución 66641 en todas sus partes.

### 6.3. FRENTE A LOS CARGOS: INEXISTENCIA DE VIOLACION AL DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA.

En el presente cargo el apoderado de la parte demandante alega que el trámite administrativo adelantado por parte de la SIC, se encuentra previsto en el Decreto 4886 de 2011 en el artículo 9, numeral 4, que estableció en cabeza del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia la función de **"(...) Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial. (...)"** Negrilla fuera de texto original.

Así mismo, el Decreto 4886 de 2011 en el artículo 9, numeral 12, estableció otra función, diferente, en materia de prácticas restrictivas de la competencia, pero en el mismo funcionario, consistente en **"(...) Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia. (...)"** Negrilla fuera de texto original.

Así las cosas, frente al presunto incumplimiento de las instrucciones y la obstrucción de la actuación administrativa, la Delegatura para la Protección de la Competencia inició el procedimiento establecido solicitado las explicaciones del caso, tal como lo establece el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, para determinar si se incumplieron instrucciones o se obstruyó la actuación, para lo cual se emitió el oficio No. 15-145564 del 24 de junio de 2015, mediante el cual se elevaron los cargos y se otorgó a MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S. un término de (10) diez días para presentar sus descargos o explicaciones y aportar o solicitar las pruebas que considerara pertinentes, en virtud del ejercicio de del derecho de defensa.

Una vez presentados los argumentos de defensa por parte de MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S. y la solicitud de pruebas que estimó pertinentes, la Delegatura para la Protección de la Competencia profirió la Resolución No. 81637 del 15 de octubre de 2015, en la cual decretó algunas de las pruebas solicitadas otras de oficio y negó el decreto de otras pruebas solicitadas por la investigada.

Frente a la anterior decisión la investigada presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto por la Delegatura para la Protección de la Competencia mediante Resolución No. 103656 del 31 de diciembre de 2015.

(...) El Decreto 2153 de 1992, como antes se anotó, faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para "Imponer las sanciones pertinentes...por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia" (artículo 2º, núm. 2º). En esta normativa no se prevé ningún procedimiento especial en materia sancionatoria, quedando sometida la tramitación de las actuaciones que adelante la SIC a los principios y procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, por autorización del Decreto 2153 de 1992<sup>14</sup>.

b.- El "Libro Primero" del Código Contencioso Administrativo prevé unas reglas mínimas para tramitar las actuaciones administrativas que deben ser aplicadas como garantía del debido proceso de los administrados. Estas reglas son las siguientes: i) Comunicar al sujeto investigado la iniciación de la respectiva actuación, señalándole el objeto de la misma (art. 28 del C.C.A.); ii) Dar la oportunidad al administrado para expresar sus opiniones y solicitar o allegar las pruebas que pretendiera hacer valer (artículos 34 y 35 ibidem); y iii) Una vez dada esa oportunidad y con base en las pruebas e informes disponibles, adoptar la decisión correspondiente, la cual debe ser motivada, por afectar los intereses del particular investigado (art. 35 ibidem); en la respectiva decisión es preciso señalar la normativa jurídica que consagra tanto la conducta objeto de reproche como la sanción que se impone por incurrir en ella; iv) Notificar la decisión respectiva, en la forma y términos consagrados en los artículos 44 y s.s. del C.C.A., indicando en el momento de la diligencia de notificación los recursos que legalmente proceden contra aquella, las autoridades ante quienes deben interponerse, y los plazos para hacerlo; y v) Dar respuesta a los recursos de vía gubernativa que formule el administrado, en caso de que éstos procedieran. (...) El estudio de los antecedentes administrativos de los actos sancionatorios acusados, permite a la Sala concluir que fueron expedidos por la SIC siguiendo las reglas del debido proceso antes señaladas. (...) Por lo anterior, es claro para la Sala que no tiene mérito alguno la acusación de violación del debido proceso administrativo. (...). Negrilla y subrayado fuera de texto.

Bajo tal marco, resulta imperioso que ese Despacho deniegue en su totalidad las pretensiones de la demanda que ocupa la atención dentro del presente proceso; no obstante lo anterior, continuaremos con algunas consideraciones importantes para descartar los cargos de violación propuestos por el apoderado de la demandante.

- **Las visitas administrativas**

Lo que se pretende con las visitas no anunciadas es recaudar todo el material probatorio que pueda servir para determinar una infracción a las normas de competencia y evitar que la prueba se distraiga antes de que la autoridad de competencia la tenga en su poder.

Dada la naturaleza y el carácter de reservada que tiene la etapa en la cual se realizó la visita, esto es, una averiguación preliminar, resultaba imposible realizar un requerimiento exacto y preciso de la información que necesitaba la Entidad para continuar con el trámite, pues lo que se persigue con las visitas en esta etapa es la recolección de la información (desconocida en ese momento) que permita colegir razonablemente una práctica anticompetitiva. Efectivamente, a la hora de investigar una práctica restrictiva de la competencia, la SIC no se puede limitar a investigar sólo una serie de documentos. En la mayoría de los casos, las pruebas que se encuentran en estos asuntos se encuentran dispersas en los documentos físicos y electrónicos de las empresas.

Las prácticas restrictivas de la competencia tienden a ser secretas, por lo que es extraño que sólo en un grupo de documentos se pueda obtener las pruebas necesarias para el caso. Así, cualquier archivo de los computadores tiene la potencialidad de tener una relación necesaria con el objeto del proceso. Lo que se solicitaba, pues, era información pertinente con el objeto de la investigación, es decir, la presunta comisión de conductas restrictivas de la competencia.

---

<sup>14</sup> "Artículo 54. Procedimiento. 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."



Las solicitudes de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan y la obstrucción de las investigaciones deben tramitarse por un procedimiento incidental, tan así que el propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- demarcó un trámite para los casos en que una persona fuese renuente a suministrar información a autoridades competentes y otro general sancionatorio para aquellos no regulados en normas especiales.

En efecto, la Ley 1437 de 2011 confirmó en su artículo 51 que el trámite para sancionar aquellos eventos en los cuales un administrado es renuente a suministrar información o a otorgar acceso a los archivos que solicite una autoridad competente en el marco de un procedimiento administrativo, es absolutamente diferente al procedimiento administrativo sancionatorio señalado en el artículo 47 ibídem.

Frente a este trámite, el tratadista Enrique José Arboleda, Miembro de la Comisión redactora del proyecto de Ley que posteriormente se convertiría en el CPACA, señaló que:

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

*El procedimiento de carácter incidental está descrito en los incisos tercero y cuarto, y consiste en que al investigado se le solicitan explicaciones sobre su conducta renuente y éste deberá entregarlas en un plazo de diez días; con base en tales explicaciones se procederá a tomar la decisión, que podrá ser la de sancionar o la de no sancionar, si las explicaciones son suficientes. (...)*

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

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

Es claro que para el caso de los incumplimientos de instrucciones, la Ley especial de competencia establece: (i) que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es el encargado de instruir el trámite; (ii) que el trámite que se debe seguir para eventos de renuencia a suministrar información, no otorgar acceso a archivos y en general desatender instrucciones de la Autoridad, es el de “solicitud de explicaciones”; (iii) que quien impone la sanción es el Superintendente de Industria y Comercio; (iv) que el monto a imponer como sanción es de hasta CIENTO MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV); y (v) que el término de caducidad de la facultad sancionatoria es de 5 años.

En efecto, hay pronunciamiento de la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo que ha avalado las reglas aplicables en el procedimiento de solicitud de explicaciones por parte de esta Entidad, posición que pese a ser en vigencia del Decreto 01 de 1984 –CCA-, no es óbice para hacer una comparación que llevará a concluir a su Honorable Despacho que la actuación de ésta Entidad fue respetuosa del debido procedimiento administrativo. Revisemos las consideraciones que descartan de plano los argumentos con que pretende el demandante soportar su demanda. Dice la Sentencia<sup>13</sup> de 20 de noviembre de 2014 del Consejo de Estado al respecto que:

---

000-1999-0799-01(6893). Actor: GILLETTE DE COLOMBIA S.A. Y OTROS. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

<sup>13</sup> Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Exp. 25000 23 24 000 2008 00137 01 M.P. GUILLERMO VARGAS AYALA. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:  
www.ic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018009910165  
Dirección: Cra. 13 # 27 - 80 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 Y 10, Bogotá D.C.- Colombia  
Teléfono: (571) 5870080 - e-mail: [contactenos@ic.gov.co](mailto:contactenos@ic.gov.co)

 Nuestro aporte es fundamental,  
al usar menos papel contribuimos con el medio ambiente

El progreso  
es de todos

Mincomercio



## Industria y Comercio SUPERINTENDENCIA

134

**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 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<sup>11</sup>. (Negrilla fuera del texto original).*

Ahora, frente al procedimiento aplicable a las actuaciones administrativas relacionadas con la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan por esta Entidad y la obstrucción de las investigaciones, se debe señalar que no le asiste razón al accionante ante semejante consideración, tergiversa y da a entender que la Superintendencia de Industria y Comercio violó el debido proceso. En efecto, el Decreto 4886 de 2011 en el artículo 9, numeral 4, estableció en cabeza del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia la función de "(...) **Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial. (...)**" (Negrilla fuera de texto original).

Así mismo, el Decreto 4886 de 2011 en el artículo 9, numeral 12, estableció otra función, diferente, en materia de prácticas restrictivas de la competencia, pero en el mismo funcionario, consistente en "(...) **Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia. (...)**" (Negrilla fuera de texto original).

Nótese que el legislador estableció en el Superintendente Delegado dos funciones diferentes en materia de protección a la competencia, es decir, por una parte, instruir los tramites de solicitud de explicaciones por la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, entre otras, y, por otra parte, instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre la protección de la competencia. Así, el primero de los trámites se regiría por el sistema de solicitud de explicaciones que se complementa con disposiciones del artículo 51 del CPACA (anteriormente CCA), norma que más se asemeja a este tipo de procedimientos, mientras que el segundo tendría el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Ahora, frente al procedimiento para la solicitud de explicaciones el Consejo de Estado ha afirmado lo siguiente:

*"(...) Ahora, en opinión de la Sala, tampoco se violó el debido proceso, a que se contrae la segunda censura, pues, del contenido de los actos acusados y de los documentos allegados al expediente **se advierte, como se precisó anteriormente, que la conducta sancionada no fue la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, sino la inobservancia de las instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio impartidas en desarrollo de su función tendiente a establecer si se estaban cumpliendo o no por parte de los actores dichas normas. Y bajo ese entendido no son aplicables las normas procedimentales que echan de menos los demandantes. (...)**"<sup>12</sup>. (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

<sup>11</sup> 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

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dos (2002). Radicación número: 25000-23-24-



Una vez culminada la etapa probatoria, el Superintendente de Industria y Comercio profirió la Resolución Sancionatoria No. 66641 del 5 de octubre de 2016, indicando de forma clara los hechos probados, la normatividad vulnerada y los fundamentos jurídicos para la imposición de la sanción.

Así las cosas, el procedimiento adelantado por esta Superintendencia garantizó plenamente el derecho al debido proceso y a la defensa que le asistía a la sociedad investigada, quien conoció de la imputación que se le realizó, presentó sus descargos, solicitó y aportó pruebas, y con base en las mismas, adoptó la decisión correspondiente, la cual fue motivada, y en la que se señaló la normativa jurídica que consagra tanto la conducta objeto de reproche como la sanción que se impone por incurrir en ella. La Resolución final se notificó en debida forma, y se le explicó al administrado qué recursos procedían contra aquella y cuáles eran los plazos para hacerlo.

Aunado a lo anterior, resulta necesario señalar que 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 SIC 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:

*“Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.”* (Negrilla fuera del texto original)

Respecto a la anterior normativa se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-228 de 2010, en los siguientes términos:

*“(...) 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 (...)”*.

Es importante señalar que la inobservancia por parte de una persona jurídica o natural de las instrucciones que imparte la SIC, tendientes a establecer si se están cumpliendo las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, resulta ser tan censurable como las propias conductas que atentan contra esas normas<sup>10</sup>.

En este mismo sentido lo ha considerado el Consejo de Estado:

*“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*

<sup>10</sup> Resolución SIC No. 023322 de 2007.

Es por lo anterior que la parte actora se equivoca cuando afirma que "la SIC debió limitarse de manera puntual y discriminada a aquellos asientos y papeles que tenían relación necesaria con el objeto de la averiguación preliminar, por lo cual la SIC ha debido individualizar dichos archivos y señalarlos expresamente". Lo anterior no implica, sin embargo, que esta Superintendencia no deba seguir la regulación vigente para estudiar los casos en cuestión, ya que, entre otras cosas, está obligada a guardar custodia de todos los documentos recaudados, y, por la naturaleza especial de los asuntos analizados por esta entidad, no se requiere que sus funcionarios determinen en la misma visita cuáles de todos los archivos que se pueden encontrar en computadores puedan ser relevantes y conducentes en la investigación en cuestión.

Con respecto a los señalamientos referentes a la visita administrativa que se llevó a cabo sin previo aviso, es importante resaltar, antes que nada, los siguientes puntos:

- a) La SIC tiene la facultad legal para realizar visitas de inspección, practicar pruebas y recaudar la información conducente, verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas correspondientes.
- b) En el caso objeto de estudio, se consideró que era necesario realizar copia de los archivos de uno de los computadores de la empresa; esto le permitiría estudiar sus documentos con un mayor tiempo, y usarlos como prueba en el marco del proceso que adelantaba por violación a las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, no se permitió la realización de esta copia, a pesar de que la SIC brindaría custodia a la información recaudada.
- c) Es importante tener en cuenta que es un deber de la sociedad actora garantizar que la SIC tenga acceso a toda la información contenida en sus computadores.

Por otro lado, es de recalcar que el objeto y alcance de la consulta consiste en encontrar evidencia relacionada con prácticas restrictivas de la competencia, sin que la autoridad sepa de antemano qué documentos tendrán carácter de prueba. En el acta de inspección se deja constancia de qué información se recauda, para que no se lleve información distinta a la necesaria para realizar la averiguación correspondiente.

Sostiene el demandante que no puede confundirse por parte de esta Entidad que, respecto de los elementos materiales probatorios que se pueden recaudar en curso de una actuación, existe un género "documentos" y las múltiples especies del mismo como "correspondencia" tienen sus propias formalidades legales para ser recaudadas como pruebas; so pena de ser objeto de aplicación de la regla constitucional de exclusión por ilicitud.

Pues bien, Señor Juez, para desestimar el presente cargo, con que el demandante pretende soportar su escrito, se deberá resolver el problema jurídico que gira entorno a la siguiente pregunta *¿es competente la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar la inspección o registro de computadores?* Para ello deberán interpretarse (i) las funciones de inspección de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Con lo anterior, no solo se resolverá el cargo propuesto, sino que por demás se concluirá que no hay lugar a la aplicación de la regla constitucional de exclusión por ilicitud de la prueba en el presente caso. Pues bien, lo primero que debe anotarse aquí es que para establecer la existencia de una infracción de las disposiciones legales y para adoptar las medidas que correspondan en materia de protección a la competencia la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para efectuar el decreto y práctica de diversas pruebas documentales, **visitas de inspección y solicitudes a las personas naturales o jurídicas para el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio**. Así mismo, la Entidad puede adelantar interrogatorios bajo juramento con observancia de las formalidades previstas en el Código de Procedimiento Civil a cualquier persona cuyo conocimiento pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos y cualquier otra que se requiera para recaudar toda la información necesaria.

En efecto, el artículo 15 de la Constitución establece la potestad especial en cabeza de autoridades que ejerzan funciones de inspección, vigilancia e intervención del Estado para que puedan exigir la entrega de documentos privados, entre ellos deben entenderse comprendidos los archivos de los correos electrónicos institucionales, sin que para ello, se requiera autorización judicial alguna. Revisemos:

**“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.** Negrilla y resaltado fuera de texto original.

Es claro concluir que la propia Constitución otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio, como Entidad que ejerce funciones de inspección, vigilancia y control, facultades para solicitar el registro y exigir la entrega de computadores y correos electrónicos.

Más aún, desde el punto de vista legal, el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 establece funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio para que realice **visitas de inspección** y recaude toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y así mismo la facultad para solicitar a las personas naturales el suministro de papeles de comercio que requiera para el ejercicio de sus funciones, así:

**(...) 63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.** Negrilla y resaltado fuera de texto original.

Incluso, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 dispone que el carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades administrativas -entiéndase la SIC- que los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Veamos:

**“ARTÍCULO 27. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo.”** Negrilla y resaltado fuera de texto.

Es así, que bajo las precedentes consideraciones, bien puede precisarse que (i) la Superintendencia de Industria y Comercio como única autoridad nacional de competencia con funciones de inspección, vigilancia y control es competente y se encontraba facultada constitucional y legalmente para solicitar el registro de un computador de la sociedad Constructora FG S.A. y (ii) la información que pretendía ser recolectada por la Superintendencia durante la visita administrativa fue y era sólo la pertinente en el objeto de la investigación administrativa -fase de indagación preliminar (reservada)- para determinar la presunta comisión de conductas que se configuren dentro de prácticas restrictivas de la competencia.

Los anteriores argumentos serían suficientes para desestimar la alegación del demandante frente al supuesto uso de pruebas ilícitas. Sin embargo, existe un argumento aún más poderoso para rechazar completamente el alegato que frente a este aspecto se presenta. En efecto, en reciente sentencia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca reafirma la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para recolectar información de computadores y correos electrónicos institucionales en el curso de visitas administrativas de inspección, sin necesidad de autorización judicial.





# Industria y Comercio SUPERINTENDENCIA

138

Dice la Sentencia, ésta si aplicable, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, lo siguiente<sup>15</sup>:

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

Así, para resolver este cargo, se debe referir que el artículo 15 de la Constitución dispone:

"(...)

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

Para efectos tributarios 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."

(...)

Así las cosas, es pertinente diferenciar los conceptos de "correo personal" y "correo comercial", en el entendido de que el primero implica una dirección de correo electrónico particular, y que por su naturaleza cuenta con la protección del artículo 15 de la Carta, esto es que sólo puede ser intervenido y registrado mediante orden judicial. Por su parte el correo comercial implica la correspondencia y los comprobantes relacionados con los negocios, pertenecientes a los comerciantes en ejercicio de sus actividades de comercio, teniendo incluso el deber establecido en el artículo 54 del Código de Comercio antes transcrito, esto es de la conservación de copias de este tipo de comunicaciones.

Existen eventos en los cuales en una misma cuenta de correo electrónico coexisten mensajes tanto particulares como comerciales, situación que se presenta en los denominados "correos electrónicos institucionales", esto es, cuentas corporativas de las empresas manejadas por los empleados de éstas, evento en el cual la H. Corte Suprema de Justicia en el la providencia citada precisó que el hecho del intercambio de mensajes personales a través de direcciones de correo electrónico que no pueden considerarse particulares, no altera la naturaleza comercial de este tipo de correos, ni impiden su inspección, dado que estas cuentas de correo siguen siendo de la empresa y tienen como fin primordial servir de herramienta laboral para sus propósitos sociales; luego, en estos casos depende de la autoridad que haga las labores de inspección el correcto tratamiento de los mensajes personales que reposen en los correos electrónicos comerciales, tomando las medidas pertinentes para excluir este tipo de información de la que sea recaudada en el ejercicio de sus funciones.

De conformidad con lo anterior, al diferenciarse la correspondencia comercial de la personal en cuanto a que ésta tiene por naturaleza las comunicaciones propias del ejercicio de las actividades negociales del comerciante, en el tratamiento de estos mensajes de datos es válidamente aplicable el inciso final del artículo 15 de la Carta, el cual dispone:

"Para efectos tributarios 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." (Subrayado fuera de texto).

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia en la Jurisprudencia ya mencionada sobre el particular precisó:

"Por tanto, propio es colegir que uno de los eventos en que es posible afectar la aludida reserva, corresponde a los procesos judiciales, en general, como quiera que la norma no restringe su alcance a que sean de una especial naturaleza, en los cuales, como se señaló, puede forzarse la

<sup>15</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera, Subsección "A" en Descongestión, Rad. No. 2500023410002014-00680-00, Sentencia de primera instancia de 23 de abril de 2015.



# Industria y Comercio

## SUPERINTENDENCIA

presentación de los libros de contabilidad "y demás documentos privados" -dentro de los cuales se encuentra la correspondencia-, claro está, con plena sujeción a las disposiciones imperantes sobre la materia." (Negrilla fuera de texto).

Luego, la correspondencia comercial, la cual puede encontrarse en formato electrónico, se encuentra sujeta a la regla según la cual puede exigirse por autoridades tributarias, judiciales, aquellas que ejerzan funciones de inspección, vigilancia e intervención del Estado, puesto que la misma constituye comunicaciones del comerciante en ejercicio de su actividad comercial, mas no mensajes de datos personales de su titular, cuya inspección si requeriría exclusivamente de orden judicial en los términos de Ley para poder acceder a los mismos.

En ese orden de ideas, se tiene que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene funciones de inspección, vigilancia y control en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, de conformidad con el numeral 10º del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 que preceptúa:

Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

10. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959, disposiciones complementarias y en particular aquellas a que se refiere el presente Decreto, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica. Con sujeción al artículo 2o, numeral 1o., del presente Decreto." (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, la SIC cuenta con potestades de inspección, de conformidad con el Decreto 4886 de 2011 "por medio de la cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones", que en su artículo 1º preceptúa como funciones de esta entidad entre otras las siguientes:

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

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."

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

Nótese como dichas consideraciones, aparte de terminar de resolver el problema jurídico planteado inicialmente, al concluir que la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para registrar computadores y correos electrónicos no vulnera ningún derecho del sancionado, pues se actuó en ejercicio de sus funciones y así mismo no hay lugar a vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad para la valoración de pruebas recaudadas de esta forma, también señala que los "papeles de comercio" a los que se refiere la norma incluye la correspondencia comercial, la cual puede obrar en formato electrónico, lo que desvirtúa la argumentación dada por el demandante al respecto.

### • Valoración Probatoria

Frente a la violación al debido proceso por parte de la SIC al negarse a evaluar el contenido del disco duro aportado al expediente 2015-100048 del 31 de julio de 2015, tal y como quedó expuesto en la Resolución

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:  
www.sic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 018000918165  
Dirección: Cm. 13 # 27 - 80 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 y 18, Bogotá D.C.- Colombia  
Teléfono: (571) 5870000 - e-mail: contactenos@sic.gov.co



Nuestro aporte es fundamental,  
al usar menos papel contribuimos con el medio ambiente

El progreso  
es de todos

Mincomercio

sancionatoria, la convocante debe tener presente que no es facultativo del administrativo el momento oportuno para allegar la información solicitada por las autoridades administrativas de inspección, vigilancia y control, sino que son estas las que tienen la facultad de determinar el momento para allegarla; así que este no era el momento para realizar la entrega de la información solicitada en la práctica de la visita administrativa.

Así las cosas, las inconformidades en el presente cargo se contraen en alegar una indebida valoración probatoria, afirmando que se le dio un alcance errado a las pruebas que sirvieron de sustento a la Resolución Sancionatoria, que no se valoró en su conjunto el material probatorio y que se dejaron de valorar algunos elementos probatorios que daban cuenta de la inexistencia de la conducta anticompetitiva por parte de la demandante. Por lo anterior, es necesario hacer unas consideraciones preliminares sobre la forma como debe efectuarse la valoración probatoria en las actuaciones administrativas a la luz de las normas procesales aplicables, recordando que en Colombia, el juez, o para el caso que nos ocupó, la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a los criterios de la sana crítica y las reglas de la experiencia.

Al respecto, el artículo 176 del Código General del Proceso; que reproduce con idéntico contenido, la regla prevista en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, indica lo siguiente:

**"Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.**

(...)" (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

Frente al denominado principio de unidad de prueba o apreciación en conjunto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

**"(...) Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado "unidad de la prueba", en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad (...)"<sup>16</sup> (Resaltado y subrayado fuera del texto original).**

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado lo siguiente en relación con la forma como debe hacerse la valoración probatoria:

**"(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un **amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción. (...)**"<sup>17</sup> (Resaltado y subrayado fuera del texto original).**

De la misma manera, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia T - 274 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. 26 de junio de 2015. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Radicación 20001-23-31-000-2003-01951- 01(35752).



**Industria y Comercio**  
**SUPERINTENDENCIA**

"4. (...) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, **el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (...). Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero "... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso"** (G.J. t. CCVIII, pág. 151J."<sup>18</sup> (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

También reiteró la Corte Suprema de Justicia, que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto estriba en que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias de lo que se debate:

**"(...) 3.1. La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, supone la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse" (Casación Civil., Sentencia del 6 de junio de 1995)<sup>19</sup> (Resaltado y subrayado fuera del texto original)**

De lo anterior, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé, como principio esencial del análisis probatorio, la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de la sana crítica y las reglas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección del régimen de la libre competencia en Colombia.

Respecto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

**"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.**

**El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento." (Resaltado fuera del texto original).**

Así las cosas, debe resaltarse que las conclusiones de esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con la responsabilidad de Martínez Caballero SAS fueron el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio, utilizando las reglas de la experiencia y aplicando la sana crítica en la apreciación de las pruebas.

Así las cosas, no es cierto que se hubiese violentado el derecho al debido proceso, ni mucho menos que los actos estuviesen falsamente motivados por la razón exclusiva de serle desfavorables a la demandante. En ese orden de ideas y recordando que las pruebas son el eje fundamental dentro de una determinada actuación judicial o administrativa, para demostrar los supuestos de hecho que en su momento se endilga a una determinada persona natural o jurídica se procedió a desvirtuar lo mencionado por la demandante, indicando claramente las pruebas que se allegaron al expediente y los hechos que con ellas se probaron, tal y como se expuso en el acápite anterior sin exceder los presupuestos establecidos en la Ley para adoptar una decisión.

La anterior panorámica devela que la Superintendencia de Industria y Comercio, contrario a lo afirmado por la demandante, adelantó una labor ponderativa no solo de los argumentos presentados por los

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 26 de agosto de 2004. M.P. Jaime Alberto Arubla Paucar. Expediente 7779

investigados, sino de aquellas que consideró conducentes y pertinentes, y de cuyo análisis indicó los motivos por los que le daba credibilidad.

En consonancia con lo anterior, en múltiples pronunciamientos, entre ellos, el de 29 de junio de 2011, exp. 2011-01252-00, la Corte Suprema de Justicia ha pregonado que:

*“El campo en donde fluye la independencia del juez con mayor vigor, es en cuanto a la valoración de las pruebas. Ello por cuanto el administrador de justicia es quien puede apreciar y valorar, de la manera más certera, el material probatorio que obra dentro de un proceso, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica; por lo tanto, a juicio de la Corte, la regla general de que la figura de la vía de hecho solamente puede tener una aplicación en situaciones extremas debe ser manejada con un criterio restrictivo (...) de forma que sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa en el caso concreto, que de manera manifiesta el operador jurídico ejecuta un juicio irrazonable o arbitrario sobre la valoración probatoria por fuera de las reglas básicas de realización, práctica y apreciación, las cuales se reflejan en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo, ha dicho esta Corte, debe ser de tal entidad que debe ser ostensible, flagrante, manifiesto y el mismo debe poseer una incidencia directa en la decisión” (reiterada en sentencia de 12 de septiembre de 2012, exp. 13001-22-13-000-2012-00249-01).*

Ahondando en el tema, el hecho de que la misma Superintendencia inicie las investigaciones respectivas y decida sobre el fondo del asunto, esto es, acuse y juzgue, no determina que por esto, pueda anticiparse una decisión contraria a derecho, injusta, viciada de prevenciones y sesgos. Pues no se debe olvidar que los funcionarios de esta Entidad cumplen una función pública, por lo cual deben actuar con la rectitud y sujeción a los principios que la misma impone (legalidad, moralidad, publicidad, eficiencia, art. 209 constitucional).

Adicionalmente, la decisión que se impuso a la demandante resulta absolutamente congruente con los cargos formulados y pudo ser recurrida en vía gubernativa por la sancionada. Y, además, existe siempre la garantía de que la decisión administrativa sea revisada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como sucede en el presente caso.

Como puede concluirse de las actuaciones propias del presente proceso, así como en el desarrollo del presente escrito, la Superintendencia de Industria y Comercio dio cabal cumplimiento a lo aquí señalado, así como a la normatividad concordante y complementaria, siempre respetando la imparcialidad y legalidad que debe imprimirse a cada actuación.

Adicionalmente cabe advertir que, de los documentos obrantes en el expediente y contenido de la actuación administrativa que hoy se demanda, se concluye en forma clara y precisa que la Superintendencia de Industria y Comercio se ajustó plenamente a derecho, así como al trámite administrativo previsto, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa que le asistía a los investigados, asunto que de igual forma desvirtúa las supuestas violaciones.

En conclusión, es evidente que la Superintendencia de Industria y Comercio garantizó el debido proceso y, adicionalmente, la resolución de apertura de la investigación respetó el principio de congruencia en relación con la sanción. En primer lugar, los agentes considerados en la infracción son los mismos; en segundo lugar, la conducta y su objeto es el mismo: fijación directa e indirecta de precios; la concertación de estrategias de comercialización; políticas de mercadeo; estrategias financieras y de crédito; y la restricción del abastecimiento y distribución de los cuadernos para escritura en Colombia; en tercer lugar, el objeto anticompetitivo que tiene la conducta para afectar al mercado y la sociedad es igualmente reprochable; y en cuarto lugar, las decisiones adoptadas en la Resolución Sancionatoria, incluida la responsabilidad de la demandante, se soportaron íntegramente en las pruebas legal y oportunamente incorporadas al expediente, las cuales fueron en todo momento de su conocimiento, quien las pudo controvertir como a bien tuvo, cosa que incluso hizo.

#### **6.5. FRENTE A LOS CARGOS: INEXISTENCIA DE VULNERACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.**

Asegura el demandante que la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, no es congruente con decisiones tomadas en casos similares, y para tal fin, rememoró casos en los cuales la Autoridad de Competencia impuso sanciones a empresas que injustificadamente no atendieron las



órdenes o instrucciones y obstruyeron una investigación, al impedir la inspección de algunos computadores en el curso de una visita administrativa<sup>3</sup>

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

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

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

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

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"*<sup>19</sup>.

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

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

Pues bien, es oportuno indicar que al momento de tasar la sanción a imponer al demandante se tuvo en cuenta, tanto sus ingresos operacionales, como la parte de su patrimonio afectado, a fin de no trasgredir el principio de proporcionalidad y salvaguardar por esta vía que la multa no fuera confiscatoria y garantizar la capacidad de pago de la infractora. De esta manera, se obtiene el propósito de no caer, por un lado, en una multa confiscatoria o prohibida por la Constitución Política y por el otro lado, imponer multas irrisorias que se alejen de los propósitos de represión y disuasión que constituyen el núcleo esencial de los regímenes sancionatorios de la libre competencia económica, donde se procura que la multa impuesta no sea tan alta que excluya a un agente del mercado, ni tan baja que se convierta en un incentivo perverso que lleve al infractor a considerar que "*violar la ley paga*"<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003.

<sup>20</sup> Catherine Craycraft: "*Antitrust sanctions and a firm's ability to pay*" en: 12 Rev. Industrial Organization [1997]

Señor ciudadano, para hacer seguimiento a su solicitud, la entidad le ofrece los siguientes canales:

www.ic.gov.co - Teléfono en Bogotá: 5920400 - Línea gratuita a nivel nacional: 01800918165

Dirección: Cra. 13 # 27 - 00 pisos 1, 3, 4, 5, 6, 7 Y 16, Bogotá D.C. - Colombia

Teléfono: (571) 5870000 - e-mail: [contactenos@ic.gov.co](mailto:contactenos@ic.gov.co)



Nuestro aporte es fundamental,  
al usar menos papel contribuimos con el medio ambiente

El progreso  
es de todos

Mincomercio

En ejercicio de su facultad sancionadora el Estado debe respetar el principio de legalidad, el cual se manifiesta a través de: (i) el principio de reserva de ley; y (ii) el principio de tipicidad<sup>21</sup>. Según el primero, el legislador es el único habilitado para establecer cuáles son las conductas que dan lugar a que el Estado ejerza su poder punitivo, y determinar cuáles son los procedimientos y sanciones para imponerlas. Por su parte, el principio de tipicidad le impone al legislador la carga de establecer los elementos fundamentales del tipo, tales como la descripción de la conducta sancionable, la cuantía a imponer, la autoridad competente, etc.<sup>22</sup>.

Con base en el principio de legalidad, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional reconocen que el legislador es el encargado de establecer los lineamientos a partir de los cuales el Estado ejercerá la función administrativa sancionadora en cada caso<sup>23</sup>. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto de la libertad de configuración legislativa en materia de sanción administrativa, en virtud del cual: "[e]l legislador dispone de un amplio margen de configuración de las sanciones administrativas, habida cuenta de la gran diversidad de sectores de la administración y de las necesidades y particularidades en cada uno de ellos (...)"<sup>24</sup>.

Corolario de lo anterior, el legislador colombiano consideró que la cuantía de las multas debe fundarse en la necesidad de lograr que la sanción como represión al infractor no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que se pueden obtener con la violación de las normas de competencia, así como en la necesidad de alcanzar un efecto disuasivo para que con ellas se envíe un mensaje de corrección y auto regulación a los agentes del mercado con el propósito de evitar futuras infracciones al régimen de la libre competencia económica<sup>25</sup>.

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

*"(...) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no es desproporcionada (...)"<sup>26</sup>.*

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

Expuesto lo anterior, frente a la alegada incapacidad de pago de la multa impuesta a la sociedad Martínez Caballero SAS, y el efecto negativo que tuvo la sanción pecuniaria sobre su patrimonio, vale recordar que la misma ascendió a MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$1.034.182.500) equivalentes a mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicha sanción corresponde aproximadamente al 20.21% de su patrimonio líquido de 2014<sup>27</sup> y al 8.92% de sus ingresos operacionales globales de 2014<sup>28</sup>. A fin de dosificar la sanción, el criterio de principal aplicación en el presente caso fue el referente al patrimonio de la investigada, acompañado de

<sup>21</sup> "El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política que impone a las autoridades realizar las actuaciones según los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que es el pilar fundamental del derecho sancionador del Estado". Consejo de Estado, Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Radicado: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU -1010 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>23</sup> "Así, las cosas, todos los elementos que conforman la conducta reprochada no necesariamente deben haber sido previstos por el legislador, en atención a que el derecho administrativo admite una participación activa del reglamento en la definición del ilícito administrativo". *Ibid.*

<sup>24</sup> Corte Constitucional. Sentencia C - 616 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>25</sup> Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 583 del 16 de noviembre de 2007, pág. 5.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. M.P. Rafael Ostau de Lafont Planeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

<sup>27</sup> Folio 311 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>28</sup> Folio 311 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

los ingresos operaciones globales como criterio auxiliar y de verificación de la liquidez, y los demás que ya se mencionaron en la actuación administrativa. Así las cosas, se observa que la multa impuesta se ajusta tanto a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, así como a los lineamientos jurisprudenciales antes citados.

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

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

*Por lo demás, frente a la posible situación que enfrentaría MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S. con ocasión del pago de la multa impuesta de salir del mercado, debe tenerse en consideración que "El hecho de que una medida adoptada por una autoridad comunitaria traiga consigo la insolvencia o la liquidación de una empresa determinada no está prohibido como tal por el derecho comunitario. Aunque la liquidación de una empresa en su actual forma jurídica puede afectar negativamente los intereses financieros de los propietarios, inversionistas o accionistas, no quiere decir que los elementos personales, tangibles e intangibles, representados por la empresa, perderían también su valor"<sup>29</sup>.*

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

Ahora bien, frente a la indebida aplicación del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 en relación con los criterios de la graduación de la multa, se debe señalar que mi prohijada al momento de graduar la multa a imponer por la inobservancia de órdenes o instrucciones y obstrucción de las investigaciones se sujeta a los criterios establecidos en la norma referida; siendo el patrimonio del infractor uno más de los criterios a considerar. Así las cosas no es posible establecer objetivamente un paralelo entre diversas empresas sancionadas, dado que el impacto que la conducta tuvo sobre el mercado relevante, la dimensión del mercado afectado, el beneficio obtenido por el infractor, su grado de participación, la conducta procesal de los investigados y la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos, son diferentes en cada caso, razón por la cual, no resulta procedente establecer un criterio de igualdad entre las multas impuestas, sino de igualdad jurídica en relación con los criterios de graduación.

Al momento de tasar la sanción a imponer a Martínez Caballero SAS. se tuvo en cuenta, tanto sus ingresos operacionales, como la parte de su patrimonio afectado. A fin de no trasgredir el principio de proporcionalidad y salvaguardar por esta vía que la multa no fuera confiscatoria y garantizar la capacidad de pago de la infractora.

La multa impuesta a la convocante se ajustó plenamente a los criterios y a los montos contemplados en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la cual estableció multas 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.

Por último, manifiesto que me reservo el derecho de hacer las ampliaciones del caso dentro del término que para alegar de conclusión me conceda su Despacho.

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



Solicito se tengan como pruebas las siguientes:

1. Los documentos obrantes en el expediente administrativo N° 15-145564 de la Delegatura para la Protección de la Competencia.
2. Las que su despacho considere pertinentes decretar y practicar de oficio.

#### VIII. NOTIFICACIONES

##### a) La autoridad administrativa demandada:

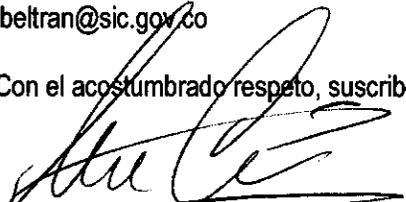
La **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** y su Representante Legal reciben notificaciones personales y comunicaciones procesales en la Carrera 13 No 27-00, Piso Décimo, de Bogotá D. C. y/o en el correo electrónico [notificacionesjud@sic.gov.co](mailto:notificacionesjud@sic.gov.co)

##### b) El Suscrito:

Las recibiré en la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio ubicada en la Carrera 13 No 27-00, Piso Décimo, de Bogotá D. C.

Así mismo, recibiré notificaciones personales y comunicaciones procesales en el correo electrónico [lbeltran@sic.gov.co](mailto:lbeltran@sic.gov.co)

Con el acostumbrado respeto, suscribe;

  
**LUIS CARLOS BELTRÁN ROJAS**  
C.C. No. 80.821.457 de Bogotá D.C.  
T.P. No. 178.377 del C.S.J

Elaboró: Luis Carlos Beltrán  
Revisó: Neyireth Briceño  
Aprobó: Neyireth Briceño