

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

**RAMA JURISDICCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

**MAGISTRADO PONENTE:
FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada en contra de la sentencia de primera instancia proferida el dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

SENTIDO DE LA DECISIÓN

La Sala revocará la sentencia de primera instancia y denegará a las pretensiones de la demanda. Se condenará en costas en esta instancia.

1. ANTECEDENTES

JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA, mediante apoderado judicial, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio en adelante SIC en la cual solicitó lo siguiente:

PRETENSIONES

1ª.- Que se declaren nulas las Resoluciones Nos. 44586 de 22 de julio y 61661 de 14 de octubre de 2014, proferidas dentro del radicado No. 12-202481, seguido en contra de mi representado, a través de las cuales la SIC lo multó a pagar VEINTE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

CUATRO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$20.944.000.00 M/CTE), a causa de haber sido expedidas de forma manifiestamente ilegal.

2ª.- Que, a título de restablecimiento del derecho, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO se abstenga de cobrar, por vía de jurisdicción coactiva, la multa de VEINTE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$20.944.000.00 M/CTE) a cuyo pago condenó a JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA, dentro de la actuación administrativa con radicado No. 12-202481.

3ª.- Que, a título de restablecimiento del derecho, la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO disponga la devolución, a favor de mi cliente, de cualquier suma que JUAN JOSÉ GÓMEZ haya pagado o embargado por concepto de la multa que le fue impuesta en el referido trámite de no acatamiento de instrucciones u obstrucción de investigaciones.

4ª.- Que tales sumas se devuelvan debidamente indexadas, en concordancia con el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

5ª.- Que se condene en costas procesales y adicionalmente se ordene el pago de agencias en derecho por el 20% por de las sumas embargadas o pagadas por mi representado por concepto de multa de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

1.1. HECHOS

Los hechos fundamento de las anteriores pretensiones son los siguientes:

1. El día 30 de octubre de 2012, cuatro personas¹ que se identificaron como funcionarios de la SIC se presentaron en las instalaciones de la EAB – ESP para realizar una visita administrativa.

2. Iniciada la visita, dichas personas solicitaron documentación e información de la EAB – ESP (Organigrama con indicación de funciones, contratos suscritos por la EAB – ESP que tuvieran por objeto la venta de agua en bloque, Acuerdos aprobados por la Junta Directiva de la EAB – ESP desde marzo de 2010, ingresos totales de la EAB – ESP e ingresos derivados de la venta de agua en bloque durante los años 2010 y 2011, entre otros documentos). La mayor parte de la información solicitada fue entregada al concluir la visita y para el acopio del resto de la misma, - en atención a su magnitud y complejidad -, la SIC otorgó plazo a la EAB – ESP hasta el viernes 15 de noviembre de 2012.

3. Además de lo anterior, ordenaron en la misma visita la “entrega de correos electrónicos institucionales con fines de inspección y registro”, de los siguientes 8 funcionarios de la EAB – ESP:

¹ Según el Acta de Visita Administrativa, corresponden a las siguientes personas: *MARÍA CLAUDIA MARTÍNEZ, KRISTY LORENA VIVAS, HERNANDO MURILLO DUARTE y JOSÉ GARCÍA GUZMÁN.*

- PROCESO No.: 110013334004201500139-02
- ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
- DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
- DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
- ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

- a. JUAN CARLOS CASAS VARGAS (Ex –Gerente Corporativo de Servicio al Cliente, Gerente Corporativo de Planeación y Control).
- b. FRANCISCO JAVIER CANAL ALBÁN (Gerente Corporativo de Servicio al Cliente).
- c. MARTHA LUCÍA GARZÓN GORDILLO (Profesional Especializado Nivel 020 de la Dirección de Apoyo Comercial).
- d. PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES (Asesora de la Gerencia General).
- e. LUIS EDUARDO MARÍN GÓMEZ (Director de Apoyo Comercial).
- f. LUIS EDUARDO SILVA PACHÓN (División de Operación y Mantenimiento de Red Matriz del Acueducto).
- g. GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ (Jefe de la División de Planeación y Control de Red Matriz del Acueducto).
- h. MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA (Director de la Red Matriz del Acueducto).

4. Ante la orden de la SIC, mi poderdante, en su calidad de contratista de la EAB – ESP, y por solicitud del Gerente Jurídico, les solicité a los funcionarios que la indicaran sí la visita era en ejercicio de funciones administrativas o judiciales, sí existía una orden judicial para efectos de registrar la correspondencia de los funcionarios y sí la visita se desarrollaba en el marco de alguna investigación administrativa o indagación preliminar, frente a lo cual los funcionarios no dieron ninguna respuesta, negaron que para ese momento existiera alguna actuación en contra de la EAB – ESP y se limitaron a manifestar que la visita era de carácter “sorpresivo”².

No obstante con posterioridad, se pudo establecer que la SIC para el momento de la visita sí tenía abierta una investigación en contra de la EAB – ESP, y que en efecto, los funcionarios de la SIC comisionados para realizar la visita, negaron la existencia de la misma.

5. Frente a esa situación, la EAB – ESP, por instrucción del Secretario General, tomó la determinación de no autorizar la entrega de los correos electrónicos solicitados en razón a que no existía claridad sobre la competencia de los funcionarios de la SIC para registrar o inspeccionar la correspondencia de los funcionarios de la EAB – ESP y más aún cuando aquellos negaron que existiera una actuación en fase preliminar o investigativa en contra de la EAB – ESP y se limitaron a manifestar que la visita era “sorpresiva”.

6. Mi poderdante elaboró una comunicación para la firma del Gerente Jurídico y del Gerente de Planeamiento de la EAB – ESP, que remitieron al Superintendente de Industria y Comercio el 6 de noviembre de 2012 en la que expresaron su preocupación sobre la actuación desplegada en desarrollo de la visita administrativa mencionada, y en la que le solicitaron respetuosamente un pronunciamiento por parte de esa Entidad sobre las competencias de la SIC para el registro e inspección de correspondencia. **Dicho funcionario NO dio respuesta a la comunicación.**

² Ver constancia dejada en el Acta del 30 de Octubre de 2012 que se anexa como prueba que indica: “(...) No obstante lo anterior, tal como se lo expresé al ingeniero Murillo [funcionario de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO] en la primera entrevista que tuve con él manifesté que la empresa de acueducto ponderando los derechos fundamentales comprometidos y la actuación administrativa desplegada por la superintendencia sugirió entregar el día de mañana la información contenida en los correos institucionales que resultaran pertinentes para la actuación. Sin embargo, el ingeniero Murillo me manifestó que esta actuación era de carácter sorpresiva, cualidad que a juicio de la entidad resulta extraña en una actuación administrativa en la cual no se ha ordenado la apertura de una indagación preliminar o de una investigación formal”.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

7. En igual sentido, mi poderdante elaboró otra comunicación que le fue remitida en la misma fecha al Superintendente Delegado para la Protección a la Competencia, con el fin de obtener una respuesta por parte de ese Despacho frente a las inquietudes que sobre las facultades legales de la SJC se generaron en desarrollo de la visita administrativa. **El Superintendente Delegado para la Competencia tampoco dio respuesta al oficio mencionado.**

8. El 10 de noviembre de 2012, el Superintendente de Industria y Comercio concedió una entrevista en la emisión del medio día al noticiero RCN en la que expresamente manifestó lo siguiente:

*"La Superintendencia envió unos funcionarios a recopilar unas pruebas a la Empresa de Acueducto de Bogotá, en esa diligencia de recolección de pruebas, la Empresa de Acueducto, según el informe de nuestros funcionarios, **obstruyó la práctica de dicha prueba**"³.*

9. El día 13 de noviembre, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia le remitió a mi representado, a la EAB – ESP y a 7 funcionarios una comunicación, en la que se informaba de la existencia de una actuación administrativa con radicado 12-202481, en la que les solicitó lo siguiente:

"Rinda sus explicaciones sobre el por qué colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó, toleró el no cumplimiento de la instrucción impartida por el Despacho durante la visita administrativa realizada el 30 de octubre de 2012 (...) Podrá rendir las explicaciones y solicitar y aportar las pruebas que estime pertinentes respecto a la situación aquí narrada dentro de un plazo de diez (10) días hábiles que vencen el lunes (26) de noviembre de 2012".

En la misma comunicación expresó lo siguiente:

"Sobre el asunto se considera importante poner de presente las siguientes normas en relación con la obligación de las personas naturales y jurídicas de atender las instrucciones impartidas por esta Superintendencia en virtud de sus facultades como autoridad única en materia de competencia:

La Ley 1340 de 2009, en su artículo 26 establece:

"Artículo 26. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES. El numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

"Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección a la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio".

³ Ver video que se aporta como prueba a la presente demanda.

- PROCESO No.: 110013334004201500139-02
- ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
- DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
- DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
- ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Asimismo, el numeral 12 del artículo 3 del decreto 4886 de 2011 señala como una de las funciones del Superintendente de Industria y Comercio la siguiente:

"Imponer cualquier (sic) persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley".

10. Los días 14 y 15 de noviembre de 2012, mediante comunicaciones 15100-2012-7249 y 15100-2012-7309, - que fueron igualmente elaboradas por mi representado -, la EAB - ESP, pese a las dudas sobre la competencia legal de la SIC para registrar o inspeccionar correspondencia, remitió toda la información solicitada incluyendo los correos electrónicos de los 8 funcionarios solicitados en la visita administrativa, así como también remitió una certificación expedida por el Gerente de Tecnología de la EAB - ESP para esa época, en la que se garantizaba la inalterabilidad de los correos electrónicos remitidos.
11. Mediante oficio radicado en la SIC el 26 de noviembre de 2012, mi representado, en respuesta a la comunicación remitida por el Superintendente Delegada para la Protección de la Competencia presentó las explicaciones solicitadas, aportó y solicitó la práctica de pruebas, entre las cuales se encontraba el testimonio del Gerente de Tecnología para que explicara técnicamente y bajo la gravedad de juramento que los correos remitidos el 14 y 15 de noviembre correspondían a los mismos que se requirieron el 30 de octubre y que por lo tanto no habían sido alterados ni borrados. Así mismo, solicitó mi poderdante un dictamen pericial para que se hicieran las pruebas técnicas correspondientes con el fin de corroborar que los correos electrónicos remitidos 9 días hábiles después de la visita no habían sido ni adulterados ni borrados.
12. El 18 de febrero de 2013, el Superintendente Delegado para la Competencia, expidió la Resolución 4906 a través de la cual negó la práctica de las dos pruebas referidas en el hecho anterior y concedió 5 días hábiles para interponer recurso de reposición, pese a que la ley⁴ establece 10 días para el ejercicio de ese derecho.
13. Frente a lo anterior, mi poderdante advirtió el error procesal, así como la violación al debido proceso y al derecho de defensa, y el día 11 de marzo de 2013, mediante memorial dejó constancia sobre dicha irregularidad, y dado el reducido término concedido presentó un sucinto y limitado escrito de reposición en el que no pudo exponer todos sus argumentos contra la decisión señalada en el numeral anterior.
14. La SIC, mediante Resolución 27215 del 10 de mayo negó el recurso de reposición y guardó silencio sobre el defecto procesal advertido por mi representado.
15. Cinco meses después, la SIC mediante Resolución 59493 del 10 de octubre de 2013, decidió que la reducción del término para interponer recursos de reposición correspondía a un simple "error formal" y para corregir el mismo concedió los 5 días faltantes para

⁴ Artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, que resulta aplicable porque no existe norma especial en materia de protección de la competencia. *"Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez".*

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

que mi poderdante "*complementara*" su recurso, **pese a que el mismo, había sido ya decidido 5 meses antes.**

16. El 6 de noviembre de 2013, mi poderdante fue citado a interrogatorio bajo la gravedad de juramento por parte de la SIC⁵, en dicha diligencia dejó constancia nuevamente sobre la irregular actuación en torno al término para la interposición del recurso de reposición y solicitó la nulidad de las decisiones a través de las cuales e había generado dicho vicio procesal.

17. El 22 de julio de 2014 la SIC expidió la Resolución 44586 a través de la cual consideró que no se había acatado la orden de entregar los correos electrónicos y en consecuencia decidió imponerle a mi poderdante una multa por \$30.800.000, a 7 funcionarios de la EAB – ESP también los multó, a la EAB – ESP, la sancionó con la suma de \$1.848.000.000 y a la Representante Judicial de la EAB – ESP, quien también atendió la visita administrativa, la absolvió de toda responsabilidad.

18. Contra la decisión señalada anteriormente, por conducto de abogado, mi representado interpuso recurso de reposición, el cual fue fallado desfavorablemente mediante Resolución 61661 del 14 de octubre de 2014 en la que se disminuyó el monto de la multa a la suma \$20.944.000, también lo hizo con las multas de 6 funcionarios, absolvió de responsabilidad al Gerente General de la EAB – ESP y finalmente fijó la sanción pecuniaria de la EAB – ESP en la multa de \$1.232.000.000.

19. El día sábado 1 de noviembre de 2014 se recibió en la dirección de mi representado el aviso de notificación, en el cual se indicó que la "*notificación que por ese medio se hace se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar del destino*", que debe entenderse para esa fecha el día martes 4 de noviembre que fue el día siguiente hábil al de la recepción del aviso.

20. La Resolución 61661 del 14 de octubre de 2014 con la cual culminó la vía gubernativa quedó ejecutoriada el 6 de noviembre de 2014.

20. A través de la suscrita apoderada, mi poderdante presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación el día lunes 2 de marzo y esa entidad programó audiencia de conciliación extrajudicial para el día 10 de abril de 2015.

21. El día 10 de abril de 2015, ante la Procuraduría 83 Judicial I para Asuntos Administrativos se llevó a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho, la cual resultó fallida en razón a que la SIC manifestó su interés de NO CONCILIAR.

22. El 6 de abril de 2015, la SIC me informó que había embargado una cuenta de la cual soy titular en el Banco DAVIVIENDA, por la suma de TREINTA Y DOS MILLONES TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$32.035.659).

1.2. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

⁵ La suscrita apoderada ve con profunda preocupación que pese a tratarse de procesos dentro del derecho administrativo sancionador, la SIC ordene interrogatorios bajo la gravedad de juramento en contra de los mismos investigados, lo cual evidentemente, ante la naturaleza de dichos procesos y el monto de las sanciones debían ser interrogatorios o versiones libres de apremio o juramento como sucede por ejemplo en materia penal, disciplinaria o fiscal.

- PROCESO No.: 110013334004201500139-02
- ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
- DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
- DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
- ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante considera que con la actuación de la demandada se violaron las siguientes disposiciones:

Constitucionales:

- Artículos 15 y 29 de la Constitución Política.

Legales y Reglamentarios:

- Artículos 25, 26 y 52 de la Ley 1340 de 2009.
- Numerales 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011.
- Numeral 8° del artículo 5° de la Ley 1437 de 2011.
- Artículo 10° de la Ley 1437 de 2011.
- Artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

Sobre el concepto de la violación de los tres cargos formulados se hace su desarrollo al resolver el caso concreto en la presente providencia.

1.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de primera se accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

El *a quo* frente a los cargos de vulneración al debido proceso encontró probado que la administración aplicó al caso concreto un procedimiento no previsto por la ley, desconociendo de esa forma el procedimiento administrativo especial previsto por la ley, configurándose de esa forma la acreditación de la causal de nulidad de expedición irregular del acto administrativo demandado.

Encontró el *a quo* que a la conducta investigada se le aplicó el trámite incidental previsto en el artículo 51 de ley 1437 del 2011, desconociendo de esa manera el artículo 47.

El artículo 51 dispone:

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Artículo 51. De la renuencia a suministrar información. Las personas particulares, sean estas naturales o jurídicas, que 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, serán sancionadas con multa a favor del Tesoro Nacional o de la respectiva entidad territorial, según corresponda, hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos. La autoridad podrá imponer multas sucesivas al renuente, en los términos del artículo 90 de este Código.

La sanción a la que se refiere el anterior inciso se aplicará sin perjuicio de la obligación de suministrar o permitir el acceso a la información o a los documentos requeridos.

Dicha sanción se impondrá mediante resolución motivada, previo traslado de la solicitud de explicaciones a la persona a sancionar, quien tendrá un término de diez (10) días para presentarlas.

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

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

Por su parte, el artículo 47 dispone:

Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer.

Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

- PROCESO No.: 110013334004201500139-02
- ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
- DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
- DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
- ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Parágrafo. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

Para el a quo, el trámite del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado en contra del investigado debió someterse a las reglas especiales, que para el caso sometido a examen es el previsto en el artículo 155 del Decreto 19 del 2012, que dispone:

ARTÍCULO 155. Procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas. El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, quedará así: **"ARTÍCULO 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto**, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Quando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo aplicará el Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 1. Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio."

De la comparación del trámite administrativo realizado por el juzgador, encuentra probada la causal de nulidad por expedición irregular del acto administrativo demandado, valorando de oficio, normas no invocadas en la demanda ni en el concepto de la violación.

2. SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada, dentro del término legal, interpuso y sustentó el recurso de apelación en contra de la sentencia en mención⁶ el cual fue concedido con auto de 14 de marzo de 2018.⁷, fallida la audiencia de conciliación.

2.1. LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, sustentó el recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos:

1º. El artículo 51 de la ley 1437 del 2011 consagra un incidente en el trámite del proceso administrativo sancionatorio, con alcances y fines distintos a los señalados por la ley, para la investigación de infracciones al régimen a la libre competencia económica.

⁶ Folio 542 a 552 del cuaderno principal.

⁷ Folio 200 del cuaderno principal.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

14

2°. Que el artículo 152 del Decreto Ley 12 de 1995 no es aplicable al caso concreto.

3°. Que el trámite señalado por el legislador para la decisión, es el previsto en leyes especiales y al mismo se sometió la SIC, garantizado el debido proceso y el derecho a la igualdad del investigado.

Invoca la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A Sección Primera del 29 de junio del 2017 proferida en el expediente 25000234100020150032600, en la que se valoró el mismo, cargo, el cual fue negado.

2.2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de 16 de agosto de 2019 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte actora.⁸

Con auto de 5 de septiembre de 2019 se declaró innecesaria la audiencia de alegaciones y fallo y se corrió traslado por el término de diez (10) días a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.⁹

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

De la Superintendencia de Industria y Comercio.

En escrito radicado el 28 de septiembre de 2019 (fls. 5 a 14 a 10), cuaderno de apelación la entidad demandada, solicitó que se revoque la sentencia del Juzgado Administrativo del Circuito de Bogotá encontrando conforme a derecho la sanción impuesta en contra del investigado.

⁸ Folio 2 del cuaderno de segunda instancia

⁹ Folio 4 del cuaderno de segunda instancia

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Del actor

Igualmente presentó alegatos de conclusión, en los cuales solicita se niegue el recurso de apelación.

Del Ministerio Público

En silencio.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. COMPETENCIA

Al tenor del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011¹⁰, es el Tribunal el competente para resolver el recurso de alzada propuesto.

Sin embargo, se recuerda que el trámite del recurso de apelación limita el pronunciamiento de la segunda instancia exclusivamente a lo que es materia de impugnación, tal como lo dispone el artículo 328 del Código General del Proceso¹¹, por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011¹² Es así como las razones aducidas por el recurrente en la

¹⁰ **Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.** Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

¹¹ **Artículo 328. Competencia del superior.**

El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

¹² **Artículo 306. Aspectos no regulados.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

- PROCESO No.: 110013334004201500139-02
- ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
- DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
- DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
- ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

sustentación de la apelación delimitan la competencia funcional del juez de segunda instancia.

3.2. EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Incurrió la Superintendencia de Industria y Comercio en violación al derecho al debido proceso por la expedición irregular de los actos administrativos demandados, por haberlo sometido a un trámite distinto al señalado en la ley?
2. ¿Incurrió la Superintendencia de Industria y Comercio en violación al derecho al debido proceso en la expedición de los actos administrativos demandados, por atipicidad del comportamiento?

La Sala de Decisión ya ha tenido oportunidad de valorar los actos administrativos demandados, en los siguientes términos

3. ¿Se incurrió en una violación al debido proceso de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá SA ESP dentro de la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio al no valorar los hechos, las normas y las pruebas allegadas al proceso?
4. ¿Los actos administrativos demandados fueron proferidos con violación de las normas en que debían fundarse?

3.3. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

No. El procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por la entidad demandada es el previsto por la ley, razón por la cual corresponderá revocar la

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

sentencia de primera instancia, y denegar las súplicas de la demanda, por las razones que se expresan a continuación.

3.4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

La controversia objeto del presente proceso gira en torno a verificar, lo siguiente:

1. ¿Cuál es el trámite señalado por la ley para la investigación de la conducta imputada al demandante?
2. ¿Se encuentran probados los cargos formulados por la parte demandada contra el acto administrativo sancionatorio?

Para el efecto, la Sala hará unas consideraciones generales sobre la facultad sancionadora de la Superintendencia de industria y Comercio, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2153 de 1992 y luego estudiará el caso concreto.

3.5. POSICIÓN DE LA SALA

3.5.1. De la Facultad Sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2153 de 1992, por medio del cual le asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras funciones, la de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de derechos del consumidor y le atribuyó la competencia para proferir sanciones por violación a este régimen.

Al respecto, la citada norma deponía lo siguiente:

"Artículo 2. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

4. *Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor a que se refiere este decreto y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes;*

5. *Imponer, previas explicaciones, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes por violación de las normas sobre protección al consumidor, así como por la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia*

(...)"

Con el extracto legal citado, es claro, que desde el año 1992 se estableció un régimen de infracciones a los derechos de los consumidores y se determinó cuál era la entidad competente para imponer las sanciones correspondientes, cuando quiera que resultare probada la comisión de alguna de estas infracciones, previo agotamiento del procedimiento aplicable.

3.5.2. Del caso en concreto:

1º. Justicia rogada – inexistencia de concepto de la violación en relación con el cargo de nulidad del acto demandado por expedición irregular

No obstante que el demandante ha invocado como violado el artículo 29 de la Constitución Política, es lo cierto que la carga procesal señalada por la ley para invocar las normas violadas y el concepto de la violación, es legítima y corresponde a la naturaleza rogada del medio de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho que se ejerce ante la jurisdicción contencioso administrativa. El sistema de justicia rogada viene del decreto 01 de 1984 y se mantiene en la ley 1437 del 2011, con la salvedad anotada por parte de la Corte Constitucional, al considerar que el juez tiene el deber de amparar el debido proceso, como derecho fundamental.

Sin embargo, es lo cierto que en el caso sometido a examen, los actos administrativos demandados se han anulado con fundamento en la interpretación del artículo 47 y 51 de la ley 1437 de 2011, al señalar que dichas disposiciones no pueden ser el

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

fundamento procesal de los actos administrativos demandados, en tanto que la norma aplicable es especial.

La Sala encuentra que el trámite adelantado por la SIC como consecuencia del comportamiento asumido por el demandante, en la diligencia del 30 de octubre del 2012, en donde obstaculizó el acceso a la información, se adelantó en debida forma.

La Sentencia de primera instancia se sustenta en el desarrollo de los artículos 47 y 51 de la ley 1437 del 2011, que no son invocados por la parte demandante en las normas violadas y en el concepto de la violación, siendo razón suficiente para revocar la sentencia impugnada. Sin embargo, en tanto que la tesis adoptada por el a quo resulta errada, la Sala considera importante hacer las siguientes precisiones: (1) El capítulo III del Libro Primero de la ley 1437 del 2011 no es aplicable al caso concreto, por así señalarlo el artículo 47, en tanto que el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado en contra de los investigados tiene regulación especial; (2) El artículo 51 de la ley 1437 del 2011 consagra el trámite incidental originado en la renuencia de las personas naturales o jurídicas que se rehúsen a presentar informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, consagrando la sanción a imponer el procedimiento breve que debe aplicarse en el dicho evento; (3) el artículo 51 de la ley 1437 del 2011 valorado por el a quo además de no ser invocado en la demanda, se encuentra valorado indebidamente, pues desconoce el carácter supletorio, frente a la existencia de norma especial; (3) los actos administrativos demandados se fundamentan en el artículo 26 de la ley 1340 del 2009 y el procedimiento aplicado fue el previsto en el Decreto 4886 del 2011.

En consecuencia, en tanto que el a quo declaró de oficio el cargo de expedición irregular del acto administrativo demandado, por las razones anteriores, corresponderá a la Sala revocarlo, y en su lugar disponer la absolución de la autoridad demandada.

2º. Respuesta a los cargos formulados en la demanda:

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

La Sala reitera lo dicho en la sentencia de primera instancia proferida por ésta Corporación, en la que fueron valorados los mismos actos administrativos demandados, en la siguiente providencia:

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
 SECCIÓN PRIMERA
 SUBSECCIÓN "A"

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
 Ref: Exp. N° 250002341000201500326-00
 DEMANDANTE: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 SENTENCIA
 SISTEMA ORAL

(...)

La Sala procederá a estudiar:

- (i) si los correos electrónicos institucionales pueden ser incorporados a una actuación administrativa, sin que medie orden judicial;
- (ii) si en la etapa de averiguación preliminar se puede oponer la reserva sumarial frente a los investigados;
- (iii) si la visita practicada por la Superintendencia de Industria y Comercio a las instalaciones de la E.A.A.B S.A. E.S.P. debía ser atendida por su representante legal;
- (iv) si se vulneró el derecho al debido proceso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio porque dicha entidad tuvo como única prueba para imponer la sanción de que se trata lo consignado en el Acta de Visita Administrativa de 30 de octubre de 2012; y
- (v) si se vulneró el principio de proporcionalidad de la sanción y se configuró una desviación de poder.

(...)

Los cargos contra los actos demandados y el análisis de la Sala

La Sala, en ejercicio de las facultades de interpretación de la demanda de que goza el juez, agrupará los argumentos en tres cargos, a saber, falsa motivación de los actos

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URLEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

acusados; violación del derecho al debido proceso y; dosimetría de la sanción y desviación de poder.

Cargo primero. Falsa motivación de los actos acusados

(...)

Análisis de la Sala

La parte demandante plantea los siguientes argumentos: (i) los correos institucionales no pueden ser incorporados a ninguna actuación administrativa si no media una orden judicial, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Constitución Política, por cuanto hacerlo implica la producción de una prueba ilícita que debe ser excluida de forma inmediata; (ii) no es aceptable oponer la reserva sumarial a los investigados en la etapa de averiguación preliminar y, en consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio estaba en la obligación de informar a los investigados y a la E.A.A.B S.A. E.S.P. sobre el objeto de la visita; (iii) no se podía sancionar a la E.A.A.B. S.A. E.S.P. pues la demandada nunca estableció la calidad en la que actuó en la referida visita, toda vez que nunca concurrió representante legal alguno a la diligencia y la circunstancia de que se presentara al finalizar de la misma no subsana tal irregularidad.

Los argumentos referidos se analizarán a continuación.

(i) Los correos institucionales no pueden ser incorporados a ninguna actuación administrativa si no media una orden judicial.

El artículo 15 de la Constitución Política dispone:

“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

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

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

Esta norma fue objeto de interpretación por parte de la Corte Constitucional, que precisó la naturaleza de la correspondencia como medio de comunicación privada y definió los términos “interceptar” y “registro” :

“Uno de los medios de comunicación privada que cobra especial importancia en la actualidad con el surgimiento de la informática es el correo electrónico, sobre el cual, dada la complejidad de la realidad actual exige una aproximación a la intimidad que tenga en cuenta los diversos aspectos que la contempla, entre los cuales se halla el derecho a controlar la información acerca de uno mismo. Por tratarse entonces de un dispositivo que tiene un ámbito privado, es que la regla constitucional prevista en el artículo 15 Superior, referida a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, tiene total aplicabilidad cuando se trata de correos electrónicos, pues se trata de una forma de comunicación entre personas determinadas, siendo solamente posible su interceptación o registro, (i) mediante orden de autoridad judicial, (ii) en los eventos permitidos en la ley y (iii) con observancia estricta de las formalidades que la misma establezca.

(...)
 La Corte Constitucional ha distinguido entre el concepto de “interceptar” y el de “registrar”, indicando que interceptar una comunicación consiste en apoderarse de ella antes de que llegue a la persona a quien se destina, detenerla en su camino, interrumpirla u obstruirla, en fin, impedir que llegue a donde fue enviada; **registrarla, por su parte, implica examinarla con cierto cuidado para enterarse de cuanto contiene.**”.

Así las cosas, el correo electrónico en cuanto constituye un medio de comunicación privada ostenta la garantía

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

dispuesta en el artículo 15 de la Constitución Política, esto es, que sólo puede ser inspeccionado o registrado: i) por autoridad judicial, ii) en los eventos permitidos en la ley, y iii) con observancia estricta de las formalidades que la misma establezca; entendiéndose la "interceptación" como la facultad de apoderarse de una comunicación antes de que llegue a su destinatario; y el "registro", como el examen de la comunicación ya surtida para verificar su contenido.

Ahora bien, pese a que las comunicaciones privadas se pueden efectuar mediante correo electrónico, no todo tipo de correspondencia por medios electrónicos ostenta naturaleza personal, tal es el caso de los correos institucionales y, propiamente, la correspondencia comercial. En efecto, el Código de Comercio en su artículo 51 establece:

"Harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios" (subrayado fuera del texto).

Por otra parte, el artículo 54 del Estatuto Mercantil dispone:

<OBLIGATORIEDAD DE CONSERVAR LA CORRESPONDENCIA COMERCIAL>. El comerciante deberá dejar copia fiel de la correspondencia que dirija en relación con los negocios, por cualquier medio que asegure la exactitud y duración de la copia. Asimismo, conservará la correspondencia que reciba en relación con sus actividades comerciales, con anotación de la fecha de contestación o de no haberse dado respuesta.

En este orden de ideas y en interpretación de los artículos citados, la H. Corte Suprema de Justicia estableció las diferencias entre la correspondencia privada y la correspondencia comercial, así :

"A fin de evitar, por ende, cualquiera de esas indebidas injerencias, las partes del proceso y el funcionario encargado de la controversia, deberán sujetar sus actuaciones a la normatividad legal pertinente y circunscribir la probanza a lo estrictamente necesario, según los hechos que sustentan la misma. En

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

consecuencia, unas y otro deberán velar porque la documentación cuya presentación se persiga, y que en efecto se exhiba, en tratándose de los papeles del comerciante, sea en verdad la correspondencia y los comprobantes relacionados con sus negocios.

(...)Dado lo anterior, es razonable deducir que la correspondencia allí contenida atañe, de manera general, a las actividades ordinarias de la compañía y, por ende, no es correspondencia "privada" de los funcionarios, sino "institucional", objeto, claro está, de la exhibición de documentos decretada por el Tribunal de Arbitramento, más aún si una de las restricciones adoptada hacía referencia a que se tratara de correspondencia "cruzada" entre los funcionarios de la compañía y no la de éstos con terceros.

(...)

De lo anterior se desprende, que si en tales direcciones de correo "empresariales" existían comunicaciones privadas de los trabajadores a quienes se había confiado su uso, tal estado de cosas tuvo por causa que ellos optaron por transmitir a través de esas cuentas, misivas suyas, ajenas a la sociedad y/o al trabajo que hacían.

Siendo esto así, como en efecto lo es, propio es pensar, en aras de garantizar el equilibrio y la proporcionalidad a la que atrás se hizo referencia, que en el caso auscultado, el hecho del intercambio que los aludidos empleados pudieron haber realizado de mensajes personales a través de direcciones de correo electrónico que no pueden considerarse particulares, por ser de la empresa y tener por fin primordial servir de herramienta laboral para sus propósitos sociales, no les permite a ellos, como terceros, alterar los resultados de la prueba, en tanto que la misma versó sobre la correspondencia de la compañía tocante con sus negocios y con los hechos debatidos en el correspondiente proceso arbitral, sin perjuicio, claro está, de que, precisamente por razón de ese objetivo, en el desarrollo de la diligencia y en la verificación final de los documentos que han de mantenerse como parte de la misma, se les puedan

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

restituir a los funcionarios, en lo posible sin examen por parte de los sujetos procesales, los documentos que, en realidad, tengan el carácter de personales o privados.

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

7.6. Cuestión diferente ocurriría, se itera, si los mensajes de datos captados en la inspección judicial hubieran sido extraídos de direcciones de correo electrónico cuyos titulares exclusivos fueran los empleados, completamente independientes de la empresa donde laboran o del trabajo que para ella realizan.

Cabe agregar, que si los mensajes de datos que intentan acreditarse hubieran sido transmitidos a través del correo electrónico personal de los accionantes, al margen de si su contenido concierne al trabajo por ellos realizado, para acceder legítimamente a tales documentos, la prueba de exhibición tendría que dirigirse contra dichas personas, quienes respecto del correspondiente proceso, ostentarían la calidad de terceros, situación ésta que igualmente contempla el artículo 283 del Código de Procedimiento Civil". (Destacado por la Sala).

Así las cosas, es necesario 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 el artículo 15 de la Constitución Política, esto es, que sólo puede ser intervenido y registrado mediante orden judicial; mientras que el segundo implica la correspondencia y los comprobantes relacionados con los

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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.

Igualmente, de la sentencia citada se desprende que 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 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 por 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, como es jurídicamente posible diferenciar la correspondencia comercial de la personal en la medida en que aquella tiene por objeto 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 Constitución Política:

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

Al respecto, la 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 presentación de

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 del texto).

Entonces, **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 o aquellas que ejerzan funciones de inspección, vigilancia e intervención del Estado, puesto que la misma constituye un medio de comunicación 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 este orden de ideas, se tiene que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene funciones de inspección, vigilancia y control en materia de protección de la competencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1340 de 24 de julio de 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia” y en el numeral 2, del artículo 1 del Decreto 4886 de 23 de diciembre 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”:

“

LEY 1340 DE 2009

(Julio 24)

(...)

Artículo 6°. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

(...)

DECRETO 4886 DE 2011

(diciembre 23)

(...)

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:
 (...)

2. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales.”.

Así mismo, la SIC cuenta con potestades de inspección, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, el cual consagra las siguientes funciones:

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

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

En consecuencia, se tiene que la expresión “papeles de comercio” a los que se refiere la norma incluye la correspondencia comercial, la cual puede obrar en formato electrónico, respecto de la cual es deber del comerciante conservar copia, de conformidad con el artículo 57 del Código de Comercio, por lo que es potestativo de la SIC solicitar la misma, sin que ello implique la afectación del derecho fundamental a la

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

intimidación del comerciante, puesto que la misma norma constitucional faculta a esta entidad como órgano de vigilancia, inspección y control para solicitar la exhibición de tales documentos.

En virtud de lo anterior, **la revisión de los correos electrónicos institucionales por parte de la SIC en el proceso administrativo sancionatorio, no vulneró los derechos fundamentales del demandante, pues la entidad demandada actuó en ejercicio de sus funciones y, en consecuencia, las pruebas así recaudadas no adolecen de vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad que impidan su valoración, motivo por el cual la Sala desestimará el argumento propuesto en la demanda.**

(ii) la oponibilidad de la reserva sumarial frente a los investigados en la etapa de averiguación preliminar.

En síntesis, sostiene la demandante que no era dable oponer la reserva sumarial frente a la E.A.A.B S.A. E.S.P. ni frente a sus funcionarios en la averiguación preliminar y, por tal razón, la Superintendencia de Industria y Comercio debió informar sobre el objeto de la visita para obtener la información y los documentos necesarios, sin que ello implique una violación a dicha reserva.

Para resolver lo argumentado por la demandante la Sala considera pertinente citar el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012:

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

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

para la Protección de la Competencia considere precedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO 1. Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URL EÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio.” (Destacado por la Sala).

La norma citada establece el procedimiento que se debe adelantar por la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, para lo cual, en primer lugar, se contempla la posibilidad de adelantar una averiguación preliminar, en caso de considerarla admisible y prioritaria, con el fin de establecer la necesidad de dar inicio a la investigación propiamente tal.

Sobre el inciso primero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, en el sentido de señalar que la averiguación preliminar no es una etapa obligatoria y no está sujeta a ninguna formalidad por cuanto su único propósito es el de permitirle al ente de control disponer de la información necesaria para establecer si se debe o no abrir una investigación administrativa :

“Según se puede leer en la norma, la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de ella en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C. C. A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento.”.

Lo manifestado por el Consejo de Estado en el sentido de que la etapa de averiguación preliminar no está sujeta a ninguna formalidad, no excluye la circunstancia de que el

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

oficio mediante el cual se autoriza una visita de estas características deba prever el objeto de la misma, de manera que no constituya una pesquisa generalizada e indiscriminada. En el presente caso, si bien no obra copia del oficio por el cual se autorizó la visita, del acta de la misma se infiere que esta contaba con un objeto definido previamente (la venta de agua en bloque) y que los funcionarios encargados de realizarla estaban comisionados y se identificaron como pertenecientes a la Superintendencia aludida, lo cual permite afirmar que la visita se desarrolló con arreglo a unos parámetros predeterminados.

Ahora bien, en lo referente al tema de la reserva en la etapa de averiguación preliminar, la Sala acoge las conclusiones señaladas por esta Corporación en las sentencias de 18 de noviembre de 2010 y 9 de junio de 2017, en las que se conoció sobre unos recursos de insistencia en los que se analizó el contenido del artículo 13 de la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959 "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas." ; previsión, entre otras, en que la Superintendencia de Industria y Comercio fundamentó la Resolución No. 44586 de 22 de julio de 2012, acto sancionatorio acusado:

* Sentencia de 18 de noviembre de 2010 :

"(...)

Atendiendo a lo anterior, la Sala encuentra que las actuaciones preliminares a la investigación, por infracción a las normas de protección a la competencia, también ostentan el carácter de reservado, pues el artículo 13 de la citada disposición no hace distinción entre la investigación previa y la investigación formalmente adelantada. (...)".

* Sentencia de 9 de junio de 2017 :

"(...)

Como se observa de la norma en cita, la investigación que tiene por finalidad el recaudo de todas las pruebas indispensables para el trámite del proceso es de carácter reservado; por lo tanto, estima la Sala que la negativa de la Superintendencia de Industria y Comercio en suministrar las copias solicitadas se adecúa a la

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

legalidad pues la información que se solicita forma parte de una investigación que no ha culminado. (...)” (Destacado por la Sala).

Con base en las sentencias sobre recurso de insistencia transcritas en los párrafos anteriores se concluye que las referidas actuaciones adelantadas en la etapa de averiguación preliminar tienen carácter reservado, situación que confirma lo ya expuesto en el sentido de que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene la obligación de informar el motivo de la visita administrativa, debido al carácter reservado de dicha actuación que se adelantó durante la etapa de averiguación preliminar, con el fin de recopilar información acerca de una presunta conducta anticompetitiva relacionada con la venta de agua en bloque.

Concluye la Sala que como la averiguación preliminar no es una etapa obligatoria no está sometida a ninguna formalidad y en la medida en que tiene carácter reservado por mandato de la ley, debe desestimarse el argumento de que no se le permitió a la demandante el conocimiento de las pruebas recaudadas durante dicha etapa.

Por las razones expuestas, no prospera el argumento formulado por la parte actora.

(iii) La demandada nunca estableció la calidad con la que actuó la E.A.A.B S.A. E.S.P., toda vez que nunca concurrió representante legal alguno a la diligencia.

La Sala considera que no era necesaria la presencia del representante legal de la E.A.A.B. S.A. E.S.P. en la visita administrativa practicada por la Superintendencia de Industria y Comercio el 30 de octubre de 2012 en las instalaciones de la misma, por las razones que se exponen a continuación.

a) **El numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, el cual sirvió de fundamento para practicar la visita por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y fue indicado en el acta de visita, no establece como necesaria la presencia del representante legal de la empresa al momento de realizar la inspección correspondiente.**

b) Conforme a lo expuesto en párrafos anteriores, la etapa de averiguación preliminar no está sujeta a ninguna formalidad por cuanto su único propósito es recaudar la

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

información necesaria para establecer si se debe o no abrir una investigación administrativa.

Resulta pertinente advertir que la ausencia del representante legal en la diligencia no ocasiona la vulneración del derecho de defensa de la demandante, por cuanto aún no se ha abierto de manera formal una investigación administrativa, momento a partir del cual podrá el investigado ejercer el derecho mencionado, conforme a lo establecido por el inciso 2 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, del cual se desprende que una vez notificado personalmente el investigado de la apertura de la investigación, este tendrá un término de 20 días para solicitar y aportar las pruebas que pretenda hacer valer.

Finalmente, con respecto al argumento de la sociedad demandante que reprocha la desvinculación del trámite administrativo de la señora Rodríguez Espitia, quien tenía la capacidad suficiente para actuar en la diligencia bajo la condición de Directora de Representación Judicial y Actuación Administrativa, la Sala estima que no le asiste razón a la demandante por cuanto la E.A.A.B S.A. E.S.P., como persona jurídica, y la señora Rodríguez Espitia, como persona natural, responden de manera independientemente, de conformidad con lo previsto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 24 de julio de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia", previsiones que regulan el monto de las multas, en las que se basó la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer la sanción respectiva :

"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.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URLEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
2. La dimensión del mercado afectado.
3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.
4. El grado de participación del implicado.
5. La conducta procesal de los investigados.
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.
7. El Patrimonio del infractor.

Parágrafo. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.

Artículo 26. Monto de las Multas a Personas Naturales. El numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

"Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada.

Parágrafo. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella.”.

Por las razones expuestas, no prospera el cargo formulado.

Cargo segundo. Violación del derecho al debido proceso

(...)

Análisis de la Sala

En síntesis, sostiene la sociedad demandante que no se puede tener como única prueba para sancionar lo consignado en el Acta de Visita Administrativa de 30 de octubre de 2012.

Al respecto, la Sala analiza el contenido de la Resolución No. 44586 de 22 de julio de 2014, acto sancionatorio acusado, de la cual se extrae :

“(...)

SÉPTIMO; Que considerando lo establecido en el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, el numeral 23 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 3 y el numeral 12 del artículo 9 del mismo decreto, la DELEGATURA inició un trámite de inobservancia de instrucciones por los hechos ocurridos en la visita del 30 de octubre de 2012, específicamente, por la no obtención de la información que era de interés para la SIC. El proceso fue iniciado a través de las siguientes comunicaciones en las que se solicitaba a las personas jurídicas y naturales que a continuación se mencionan dar explicaciones sobre su conducta renuente en el curso de la visita:

- EAB, mediante comunicación radicada con No, 12-202481 del 09 de noviembre de 2012.
(...)

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En tales comunicaciones, la DELEGATURA le solicitó a los arriba mencionados que en ejercicio de su derecho de defensa, presentaran las explicaciones que estimaran pertinentes y aportaran o solicitaran las pruebas que pretendieran hacer valer dentro de la actuación de inobservancia de instrucciones iniciada en un plazo que vencía el 26 de noviembre de 2012.

OCTAVO: Que una vez vencido el término concedido, no se recibió ningún pronunciamiento por parte de la EAB ni de DIEGO BRAVO BORDA. Por otro lado, se recibieron los siguientes pronunciamientos:
(...)

NOVENO: Que la Delegatura profirió la Resolución No. 4906 del 18 de febrero de 2013, mediante la cual se ordenó la acumulación de unos procesos y decretaron pruebas en la actuación administrativa adelantada por la presunta inobservancia de instrucciones en la que habría incurrido la EAB y los funcionarios referenciados en el considerando SÉPTIMO de esta Resolución, al no suministrar la información requerida por esta Entidad.

En este acto administrativo, se ordenó:

"ARTÍCULO PRIMERO: ACUMULAR los expedientes 12-202510, 12-202526, 12-202541, 12-202555, 12-202566, 12-202575, 12-202591, 12-202697 y 12-202602, en el radicado 12-202481 por ser éste último el más antiguo.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECRETAR como pruebas a favor de las siguientes personas: (i) WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS, (ii) HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, (iii) MAURICIO JIMÉNEZ ALDASNA, (iv) GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, (v) JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA, (vi) PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES, (vii) DENNY HEVESY RODRÍGUEZ ESPITIA y (viii) JUAN CARLOS CASAS VARGAS, en el presente trámite, las siguientes:

2.1. Documentales

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Tener como prueba, con el valor legal que le corresponda, los documentos aportados mediante escritos 12-202526-1, 12-202541-1, 12-202541-2, 12-202555-1, 12-202555-2, 12-202566-1, 12-202566-2, 12-202575-1, 12-202575-2, 12-202591-1, 12-202591-2, 12-202597-1, 12-202597-2 y 12-202602-1 con fecha del 26 de noviembre de 2012, los cuales obran en el expediente 12-202481.

ARTÍCULO TERCERO: DECRETAR como pruebas de oficio las siguientes:

3.1. Documentales

Tener como prueba los documentos que hacen parte del expediente No. 12-192840.

3.2. Traslado de documentos

Teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil se ordena el traslado de los documentos que se listan a continuación y que hacen parte del expediente radicado bajo el No. 12- 185822.

ARTÍCULO CUARTO: RECHAZAR la práctica de la prueba pericial solicitada por parte de HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS, MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA, GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA, PAULA MARÍA MIRANDA MORALES, DENNY HEVESY RODRÍGUEZ ESPITIA, y JUAN CARLOS CASAS VARGAS; teniendo en cuenta que el propósito de esta actuación administrativa se encamina en determinar si los investigados, al no hacer entrega de la información requerida en el momento de visita administrativa, infringieron lo previsto en los Artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 (...).

ARTÍCULO QUINTO: RECHAZAR el testimonio del señor JOSÉ WILLIAM GARZÓN SOLIS, Gerente de Tecnología de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO BOGOTÁ S.A. E.S.P. solicitada por parte de HUGO ALEJANDRO

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS, MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA, GÍNO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA, PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES, DENNY HEVESY RODRÍGUEZ ESPITIA, y JUAN CARLOS CASAS VARGAS; teniendo en cuenta que el propósito de esta actuación administrativa se encamina en determinar si los investigados, al no hacer entrega de la información requerida en el momento de la visita administrativa, infringieron lo previsto en los Artículo (sic) 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. De ahí que lo que se pretende probar a través de la prueba pericial no guarda relación con el propósito perseguido con esta actuación administrativa, lo que la hace impertinente a la luz de lo previsto en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil (C.P.C.)".
(...)

DÉCIMO TERCERO: Que mediante Resolución No. 59493 del 10 de octubre 2013, se modificó la resolución que abrió a pruebas el presente trámite administrativo, se otorgaron unas oportunidades procesales y se reprogramó un interrogatorio, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO PRIMERO: REPROGRAMAR, la práctica del siguiente interrogatorio, decretado en la Resolución No. 4906 del 18 de febrero de 2013 (...)"
(...)

DÉCIMO CUARTO: Que conforme a lo establecido en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y teniendo en cuenta la información que obra en el Expediente, esta Superintendencia procederá a establecer si: (i) la EAB, (ii) DIEGO BRAVO BORDA, en su calidad de Representante Legal de la EAB, (iii) WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS, en su calidad de Secretario General de la EAB, (iv) HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, en su calidad de Gerente Jurídico de la EAB, (v) MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA, en su calidad

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

de Director Red Matriz Acueducto de la EAB, (vi) GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, en su calidad de Jefe de División, Planeación y Control de Red Matriz de la EAB, (vii) JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA, en su calidad de Asesor de la Gerencia Jurídica de la EAB, (viii) PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES, en su calidad de Asesora Gerencia General de la EAB, (ix) DENNY HEVESY RODRÍGUEZ ESPITIA, en su calidad de Directora de la Representación Judicial y Actuación Administrativa de la EAB, y (x) JUAN CARLOS CASAS VARGAS, en su calidad de Gerente Corporativo de Planeamiento y Control de la EAB, incumplieron las instrucciones impartidas por esta Entidad y de esta forma obstruyeron la actuación administrativa que la Superintendencia de Industria y Comercio adelantaba, al impedir el acceso a la información contenida en los archivos electrónicos solicitados en el desarrollo de la visita administrativa realizada el 30 de octubre del 2012, dentro de la actuación administrativa 12-185822. (...).

De los apartes transcritos se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó explicaciones a la E.A.A.B S.A. E.S.P. debido a la inobservancia de las instrucciones emitidas en la visita de 30 de octubre de 2012 y, en ese sentido, se aprecia que dicha empresa pudo aportar y solicitar las pruebas que pretendiera hacer valer, concediéndole para ello un término que vencía el 26 de noviembre de 2012; sin embargo, la E.A.A.B. S.A. E.S.P. no allegó ningún escrito de explicaciones al respecto, tampoco aportó ni solicitó la práctica de prueba alguna que desvirtuara la actuación administrativa iniciada en su contra aspecto que, se advierte, no cuestiona la demandante en esta instancia.

Por lo tanto, se observa que la demandada se limitó a emitir un pronunciamiento sólo con respecto a las pruebas aportadas en los escritos radicados por los demás investigados, los cuales fueron tenidos en cuenta, además de las pruebas decretadas de oficio y de lo consignado en el Acta de Visita Administrativa de 30 de octubre de 2012, al momento de resolver el fondo de la investigación administrativa.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Resulta pertinente señalar, en tal sentido, que las pruebas tenidas en cuenta por la entidad demandada al momento de resolver el fondo del asunto, conforme se observa en la Resolución No. 4906 de 18 de febrero de 2013 "Por la cual se ordena la acumulación de unos procesos y se abre a pruebas el presente trámite administrativo", fueron: (i) los documentos aportados con fecha de 26 de noviembre de 2012; como pruebas de oficio: (i) los documentos que hacen parte del expediente No. 12-202481, (ii) el Certificado de Ingresos y Retenciones, o en su defecto, el Certificado de Honorarios Sufragados en calidad de contratista o asesor de la E.A.A.B S.A. E.S.P. de los funcionarios investigados, (iii) el Balance General de la E.A.A.B S.A. E.S.P., correspondiente al año 2012, certificado por el contador y revisor fiscal, (iv) P y G de la E.A.A.B S.A. E.S.P., correspondiente al año 2012, certificado por el contador y revisor fiscal, (v) la última Declaración de Renta y Complementarios, en caso de estar obligados a declarar, de los funcionarios investigados, (vi) los interrogatorios de los señores Diego Bravo Borda, en calidad de representante legal de la empresa, Hugo Alejandro Sánchez Hernández, William Eduardo Morales Rojas, Mauricio Jiménez Aldana, Gino Alexander González Rodríguez, Juan José Gómez Urueña, Juan Carlos Casas Vargas y de las señoras Paola María Miranda Morales y Denny Rodríguez Espitia

Ahora bien, en este cargo de la demanda en el que se está analizando el aspecto probatorio, resulta pertinente señalar que la prueba testimonial decretada en esta instancia judicial en la audiencia inicial celebrada el día 4 de noviembre de 2016, la cual fue practicada el 9 de noviembre de 2016, no desvirtúa la conducta endilgada a la demandante, consistente en no acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones impartidas en la visita practicada el 30 de octubre de 2012, lo que obstruyó la investigación; pues con el testimonio del señor José William Garzón Solís, Gerente de Tecnología de la empresa para la fecha de los hechos, se pretende probar que los correos remitidos el 14 y 15 de noviembre de 2012 con destino a la entidad demandada, correspondían a los mismos requeridos el día de la visita y, por tal razón, no fueron alterados ni borrados, aspecto que, en criterio de la Sala, nunca fue objeto de cuestionamiento por la parte demandada así como la circunstancia de que se allegaran los correos con posterioridad a la visita sirvió como atenuante de la multa

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

impuesta, según se observa en el contenido del acto sancionatorio.

En consecuencia, la Sala no encuentra vulnerado el derecho al debido proceso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y, por ello, no prospera el cargo formulado.

Cargo tercero. Dosimetría de la sanción y desviación de poder

(...)

Análisis de la Sala

Con el propósito de apreciar la validez de los argumentos expuestos por la demandante, resulta del caso examinar la forma como la Superintendencia de Industria y Comercio motivó la sanción de multa impuesta en la Resolución No. 44586 de 22 de julio de 2014–acto sancionatorio acusado- :

“(...)

14.8. Monto de la multa a Imponer

(...)

Este tipo de conductas revisten especial gravedad, pues la negativa o la obstrucción a que la Entidad acceda a información que requiere analizar para determinar si hubo o no una violación al régimen de competencia podría convertirse en el mecanismo para evitar el ejercicio de las funciones de esta Autoridad, lo cual podría derivar a su vez en un aliciente para el desconocimiento de este tipo de disposiciones.

Pues bien, EAB y los funcionarios que atendieron la visita con la dilatación para realizar la entrega de la información requerida, obstruyeron la actuación administrativa adelantada por esta Superintendencia al no permitirle a esta Entidad tener acceso a la información requerida en el momento oportuno. Esta circunstancia se encuentra completamente evidenciada en los hechos arriba señalados.

En este punto, es importante recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, es posible deducir

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

indicios de la conducta procesal de las partes, y que "la actuación de las partes en el proceso civil, al igual que en el laboral y en el administrativo, no puede basarse en artimañas, reticencias y engaños encaminados a ocultarla verdad (...)" (Negrilla fuera del texto original).

Considerando lo anterior, bien puede esta Entidad inferir que (i) la EAB; (ii) DIEGO BRAVO BORDA; (iii) WÍLLIAM EDUARDO MORALES ROJAS; (iv) HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ; (v) MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA; (vi) GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ; (vii) JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA, (viii) PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES; y (ix) JUAN CARLOS CASAS VARGAS no quisieron entregar la información solicitada por la SIC con la posible finalidad de mantener fuera de la inspección de esta Superintendencia documentos potencialmente útiles para verificar la posible existencia de una infracción de las normas sobre libre competencia por parte de la EAB. Así, el Despacho tendrá en cuenta esta circunstancia a la hora de tasar una sanción por la conducta de la empresa investigada, comoquiera que refleja un comportamiento contrario a la buena fe procesal.

Más aún, debe tenerse en cuenta que la información que se recolectaba versaba sobre una eventual investigación formal en el mercado de provisión de agua en bloque, el cual es especialmente sensible al tratarse de un servicio esencial para la subsistencia y dignidad de los ciudadanos.

De acuerdo con lo expuesto, este Despacho concluye que (i) la EAB; (ii) DIEGO BRAVO BORDA; (iii) WILIAM EDUARDO MORALES ROJAS; (iv) HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ; (v) MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA; (vi) GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ; (vii) JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA; (viii) PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES; y (ix) JUAN CARLOS CASAS VARGAS incumplieron de manera injustificada las órdenes e instrucciones impartidas en el (sic) la práctica de la visita administrativa realizada el día 30 de octubre de 2012, en las instalaciones de la EAB, pues no le permitieron a la Delegatura acceder a información que esta consideraba útil para el desarrollo de la actuación administrativa adelantada.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

DÉCIMO QUINTO: Que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer a personas jurídicas sanciones pecuniarias hasta por cien mil (100,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluida la omisión de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones que se impartan por parte de esta Entidad.

(...)

Así, con el fin de determinar el monto de la sanción a imponer a (i) la EAB; (ii) DIEGO BRAVO BORDA; (iii) WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS; (iv) HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ; (v) MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA; (vi) GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ; (vii) JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA; (viii) PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES; y (ix) JUAN CARLOS CASAS VARGAS, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

Inicialmente, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

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

En el caso concreto, es importante señalar que la actuación de (i) la EAB; (ii) DIEGO BRAVO BORDA;

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

(iii) WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS; (iv) HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ; (v) MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA; (vi) GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ; (vii) JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA; (viii) PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES; y (ix) JUAN CARLOS CASAS VARGAS, al impedir a la Delegatura acceder a Información para el desarrollo de la actuación administrativa adelantada, afectó el adecuado desarrollo de las facultades de esta Superintendencia como autoridad de protección de la competencia.

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

Así, impedir la revisión y recolección de los referidos correos electrónicos institucionales limitó el actuar de la SIC para poder determinar la posible existencia de unos supuestos de hecho que eventualmente pudieran constituir una infracción de las normas sobre libre competencia, y obtener información que permitiera identificar los presuntos responsables de los hechos que constituirían la infracción.

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

Es importante tener en cuenta que la EAB, para la época en que se realizó la visita administrativa, tenía antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia. Específicamente, mediante Resolución No. 53992 del 14 de septiembre de 2012, confirmada en todas su (sic) partes por la Resolución No. 67650 del 6 de noviembre de 2012, la EAB había sido sancionada por contravenir lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

155 de 1959 y e) numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

No obstante lo anterior, esta Entidad tendrá en cuenta que en el caso concreto, la inobservancia y obstrucción radicó exclusivamente en la negativa al acceso a la cuenta de correo electrónico institucional.

15.1. Dosificación de la sanción

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

En el presente caso se ha establecido que la conducta de (i) la EAB; (ii) DIEGO BRAVO BORDA; (iii) WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS; (iv) HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ; (v) MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA; (vi) GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ; (vii) JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA; (viii) PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES; y (ix) JUAN CARLOS CASAS VARGAS se configuró como un incumplimiento del deber de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia en desarrollo de sus funciones legales.

Para efectos de dosificación de la sanción, este Despacho tendrá en cuenta que la instrucción de no entregar los correos electrónicos de los funcionarios fue dada por el Secretario General de la EAB, WÍLLIAM EDUARDO MORALES ROJAS. Dicha orden fue transmitida a los funcionarios de la SIC por el Gerente Jurídico de la empresa, HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, quien también solicitó que fueran devueltos los correos electrónicos que ya habían sido recolectados, teniendo en cuenta que, tanto en su criterio como en el de JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑÁ, Asesor de la Gerencia Jurídica de la EAB, en caso de que la Información solicitada fuera recolectada, se podrían afectar derechos fundamentales.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Lo anterior implica que se deberá tomar una fracción sobre la multa máxima a aplicar a los investigados, para lo cual esta Entidad valorará, además de lo ya dicho sobre la gravedad de la conducta y la sensibilidad de mercado, los certificados de ingresos y retenciones año gravable 2012, y las declaraciones de renta de los años 2011 o 2012, según sea el caso, para los eventos de las personas naturales. Para la EAB, de acuerdo con lo señalado en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, se tendrá en cuenta el patrimonio registrado en los ESTADOS FINANCIEROS de la empresa del año 2012, el cual corresponde a \$6.102.273.866.000.oo. Adicionalmente, este Despacho considerará el hecho de que el mercado de suministro de agua en bloque es un mercado sensible, en el cual la EAB ostenta posición de dominio, y que la conducta analizada en la presente resolución, como ya se ha indicado, obstaculizó el correcto ejercicio de la función de velar por la protección de la competencia en el mercado y garantizar la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica de esta Entidad.

De acuerdo con lo anterior, después de realizar un análisis de los criterios agravantes y atenuantes de dosificación previamente mencionados, así como el hecho de que la EAB es reincidente en la comisión de prácticas comerciales restrictivas, este Despacho decidió imponer a:

La EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP una multa de MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.848.000.000.oo), equivalente a tres mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (3.000 \$MMLV), y que corresponde al 3% de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y al 0,03% del patrimonio de la EAB. (...)"

De la resolución transcrita, se observa que la multa impuesta a la E.A.A.B. S.A. E.S.P. por la Superintendencia de Industria y Comercio, en la suma de (\$1.848'000.000.oo), equivalente a tres mil (3000) salarios

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

mínimos legales mensuales vigentes, se tasó analizando, en concreto, la gravedad de la falta, en la medida en que al impedirse la revisión y recolección de los correos electrónicos institucionales se afectó el adecuado desarrollo de las facultades de la demandada como autoridad de protección de la competencia, que tiene la función de velar por la protección de la competencia en el mercado y de garantizar la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Se agrega a lo anterior, que la sanción de multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio fue reducida a la suma de (\$1.232'000.000.00), equivalente a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta que la E.A.A.B. S.A. E.S.P. colaboró al allegar con posterioridad los correos electrónicos institucionales solicitados- Resolución No. 61661 de 14 de octubre de 2014, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto sancionatorio- .

Sobre el particular, se advierte que los criterios que la Superintendencia de Industria y Comercio debió tener en cuenta para imponer la sanción de que se trata se encuentran previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009:

“(...)

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
2. La dimensión del mercado afectado.
3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.
4. El grado de participación del implicado.
5. La conducta procesal de los investigados.
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.
7. El Patrimonio del infractor.

Parágrafo. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.” (Destacado por la Sala).

De la norma transcrita se deriva que para imponer una sanción de multa a las personas jurídicas deben tenerse en cuenta siete criterios, a saber: (i) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (ii) la dimensión del mercado afectado; (iii) el beneficio obtenido por el infractor de la conducta; (iv) el grado de participación del implicado; (v) la conducta procesal de los investigados; (vi) la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción; y (vii) el patrimonio del infractor; lo que no implica que necesariamente deban concurrir los siete elementos de que se trata en un caso determinado.

En el asunto objeto de análisis se puede apreciar que la Superintendencia de Industria y Comercio valoró los criterios enlistados en los numerales 1, 2, 3, 4, 5 y 7, pues tuvo en cuenta varios aspectos, algunos de ellos ya mencionados, como:

(i) los efectos que la conducta pudo generar en el mercado y los beneficios que pudo obtener el infractor; para esto, la Superintendencia de Industria y Comercio analizó que impedir la revisión y recolección de los correos electrónicos institucionales afectó el adecuado desarrollo de las facultades de la demandada como autoridad de protección de la competencia, que tiene la función de velar por la protección de la competencia en el mercado y garantizar la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica - impacto que la conducta tiene sobre el mercado-;

(ii) la circunstancia de que el mercado de suministro de agua en bloque es un mercado sensible en el cual la E.A.A.B. S.A. E.S.P. ostenta posición de dominio - dimensión del mercado afectado y el beneficio obtenido por el infractor-;

(iii) la instrucción consistente en no entregar los correos fue impartida por el Secretario General de la empresa, la cual fue transmitida a los funcionarios por el Gerente Jurídico -grado de participación del implicado y la conducta procesal de los investigados-;

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

(iv) la capacidad económica del investigado, para lo cual observó el patrimonio registrado en los estados financieros de la empresa para el año 2012 -patrimonio del infractor-;

Además, al momento de resolver el recurso de reposición contra el acto sancionatorio, analizó como atenuante la colaboración de la empresa consistente en allegar con posterioridad los correos electrónicos institucionales solicitados, lo que condujo a la reducción de la multa.

La Sala considera pertinente señalar que haber allegado con posteridad a la visita administrativa practicada el 30 de octubre de 2012 los correos electrónicos institucionales no desvirtúa la conducta en la que incurrió la demandante consistente en no acatar en debida forma la instrucción impartida por la demandada en el desarrollo de la visita, que configuró una obstrucción del correcto ejercicio de las funciones de esta Entidad, razón por la cual se hacía merecedora de la sanción de multa impuesta.

También se debe indicar que el monto de la multa impuesta fue proporcionado, pues se ajustó a lo previsto en el inciso primero del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que correspondió a la gravedad de una conducta claramente obstruccionista de la actuación de la demandada y no superó los 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes.

Por otro lado, frente al argumento de la demandante acerca de que la multa impuesta no se ajustó al objetivo correccional, pues lo ideal era recurrir al carácter conminatorio, la Sala recuerda la definición que prevé el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua sobre el verbo "conminar" ("3. tr. Der. Dicho de la autoridad: Requerir a alguien el cumplimiento de un mandato, bajo pena o sanción determinadas.") para señalar que, contrario a lo sostenido por la demandante, la Superintendencia de Industria y Comercio requirió a los funcionarios de la EAAB S.A. ESP con el fin de que estos cumplieran las instrucciones impartidas en la visita administrativa del 30 de octubre de 2012, al advertirles que su incumplimiento podría acarrear consecuencias jurídicas, tal y como se constata del acta que se levantó respecto de la misma: "El Despacho advierte a los funcionarios de la EAAB, relacionados en esta acta, de las consecuencias jurídicas que puede acarrear el incumplimiento de instrucciones por parte de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO." (Fl. 134 c.1.).

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En concordancia con lo anterior, se aprecia que, precisamente, la consecuencia jurídica a la que hacía referencia la Superintendencia de Industria y Comercio en la visita practicada es la imposición de la multa prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la cual solo contempla este tipo de sanción –multa-, en caso de que no se acataran en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones y de obstruir la investigación; por ende, se concluye que la demandada actuó conforme a lo previsto en la ley.

Finalmente, en lo relacionado con el cuestionamiento de la demandante sobre la desviación de poder, se debe señalar que sobre dicha causal de nulidad, el H. Consejo de Estado ha sostenido, en tesis reiterada, que quien la alega debe probarla a satisfacción; así puede verse, por ejemplo, en la sentencia de 26 de febrero de 1992 con ponencia del Consejero Joaquín Barreto Ruíz:

“(...) La desviación de poder se produce cuando la atribución de que está investido un funcionario se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes; consistente en que la autoridad administrativa, con la competencia suficiente para expedir un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, la ejerce no en vista del fin para el cuál se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto.

Como lo tiene establecido el Consejo de Estado, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción; y ello no ha ocurrido en el caso sub- examine...”. Subrayado fuera de texto

En sentencia más reciente de 11 de septiembre de 2006, dicha Corporación precisó lo siguiente:

“(...) A la parte que alega la desviación de poder le corresponde probar de manera clara, fehaciente y determinante la existencia de móviles distintos de la Administración, aportando las pruebas que lleven certeza de que los motivos que tuvo la autoridad administrativa para expedir el acto, tuvieron un fin distinto al bien jurídico tutelado por la ley. (...)” subrayado fuera de texto.

De la línea jurisprudencial mencionada, la Sala advierte que constituye un criterio uniforme de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

quien alega la desviación de poder debe acreditar de manera clara y fehaciente la concurrencia de fines distintos al cumplimiento de la legalidad en cada caso; esto fue lo que en el presente caso se omitió, pues con las pruebas allegadas por la E.A.A.B S.A. E.S.P. no se cumplió con el deber de probar de manera clara tales aspectos.

Por las razones expuestas, el cargo no prospera; y, en consecuencia, se negarán las suplicas de la demanda.

Tomando en consideración los elementos de prueba y los argumentos del demandante en la formulación de los cargos, la Sala procede valorarlos en la siguiente forma:

PRIMER CARGO:

Posición de la parte demandante:

- a) Las resoluciones SIC 44586 y 61661 del 14 de julio y el 14 de octubre de 2014 fueron expedidas con infracción de las normas en que debían fundarse.

Según los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 tenemos que la SIC puede imponer multas a las **personas jurídicas** "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, mientras que a las **personas naturales** tan solo puede imponerles multas cuando la persona natural "colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen".

Para mayor claridad me permito citar textualmente y comparar los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 en los cuales se faculta a la SIC para imponer multas a personas naturales y a personas jurídicas:

<p>Facultad sancionatoria de la SIC frente a personas naturales de acuerdo con la Ley 1340 de 2009.</p>	<p>Facultad sancionatoria de la SIC frente a personas jurídicas de acuerdo con la Ley 1340 de 2009.</p>
<p><u>Artículo 26. Monto de las Multas a Personas Naturales.</u> El numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 quedará así: <i>"Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere <u>conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o</u></i></p>	<p><u>Artículo 25. Monto de las Multas a Personas Jurídicas.</u> El numeral 15 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 quedará así: <i>Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, <u>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</u></i></p>

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

<p><u>modifiquen</u>, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.</p>	<p><u>integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías</u>, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.</p>
---	---

Tal como se colige de la lectura de las normas transcritas, tanto las personas naturales como jurídicas pueden ser sancionadas por conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, **sin embargo, tan solo las personas jurídicas pueden ser sancionadas por la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta la SIC y por la obstrucción de las investigaciones que dicha autoridad adelante.**

La conclusión anterior guarda perfecta consonancia con los numerales 11 y 12 del artículo 3º del Decreto 4886 de 2011, que establece las funciones a cargo del Superintendente de Industria y Comercio en relación con la facultad sancionatoria de la SIC respecto de personas naturales y personas jurídicas, disposiciones que igualmente me permito citar:

<p>Facultad sancionatoria de la SIC frente a personas naturales de acuerdo con el Decreto 4886 de 2011.</p>	<p>Facultad sancionatoria de la SIC frente a personas jurídicas de acuerdo con el Decreto 4886 de 2011.</p>
<p>Artículo 3. (...) Numeral 12: <u>Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.</u></p>	<p>Artículo 3. (...) Numeral 11: <u>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.</u></p>

De lo anterior se confirma una diferenciación establecida por el Legislador respecto de los supuestos de hecho que configuran la responsabilidad patrimonial de las personas naturales y de las personas jurídicas en el régimen normativo de protección a la competencia, pues si bien la Ley 1340 de 2009 establece que tanto las personas jurídicas como las personas naturales pueden ser multadas por la SIC por la violación de normas sobre protección de la competencia y competencia desleal, a partir de la expedición de dicha norma, tan solo las personas jurídicas pueden ser sancionadas por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan y por la obstrucción de las investigaciones.

Nótese que en las normas transcritas no cabe duda que el Legislador diferenció claramente la tipicidad de las conductas por las que pueden ser sancionadas las personas naturales y las personas jurídicas, pues de manera expresa señaló que dentro de las conductas violatorias de las normas sobre protección a la competencia y competencia desleal para el caso de las personas jurídicas se encontraban **incluidas** la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan y la obstrucción de las investigaciones, mientras que para las

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

personas naturales ni el Legislador, ni la autoridad reglamentaria incluyó dichas conductas dentro de las conductas violatorias de normas sobre protección a la competencia y competencia desleal.

Con el propósito de demostrar el error de las resoluciones por medio de las cuales sancionaron ilegalmente a mi poderdante, en torno a la causal que se desarrolla en el presente acápite, me permitiré transcribir los argumentos que la SIC expresó en el mencionado acto administrativo:

“Facultad para imponer sanciones por la inobservancia de instrucciones y obstrucción a investigaciones de esta Entidad.

*El numeral 15 del artículo 4º 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 o 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 3º del Decreto 4886 de 2011, que subrogó el numeral 13 del artículo 3º 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”.*

Respecto a la anterior normativa se pronunció la Corte Constitucional en 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 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 a la competencia y prácticas comerciales restrictivas resulta ser tan censurable como las propias conductas que atentan contra esas normas (se cita la Resolución SIC No. 023322 de 2007). 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 2º del artículo 2º y del análisis coordinado y armónico de este con el numeral 1º, ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que **el legislador considera igualmente censurable que se***

PROCESO No.: 110013334004201500139-J2
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.

*Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, 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 protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. (Negrilla fuera del texto original). (Se citó la **Sentencia del 17 de mayo de 2002**, Recurso de apelación contra la sentencia del 23 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicación número: 25000-28-24-000-1999-0799-01 (6893) Consejero Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO).*

Lo anterior es más claro si la inobservancia consiste en la falta de entrega de información solicitada en la práctica de una visita administrativa como ocurrió en el caso que nos ocupa, toda vez que como consta en el acta de visita, los funcionarios delegados por la SIC para efectuar la señalada visita solicitaron la inspección de los correos electrónicos institucionales relacionados con la venta de agua en bloque de algunos de los funcionarios que atendieron la visita, así como también a los funcionarios cuyos correos electrónicos eran solicitados, habiendo sido dicho acceso negado por parte de la EAB y sus funcionarios. Tal conducta constituye la obstrucción de una investigación toda vez que esto le impide a la SIC tener acceso a datos cuyo análisis se requiere dentro de un trámite administrativo de protección de la competencia.

Así pues en el ejercicio de las facultades anteriormente referidas, esta Entidad podrá sancionar a cualquier persona que obstruya una actuación o investigación administrativa y se abstenga de acatar las instrucciones que imparta la SIC en el desarrollo de sus funciones”.

Frente a los equivocados argumentos de la SIC: me permito expresar lo siguiente:

En primer lugar debo enfatizar que en las resoluciones sancionatorias fue mutilado el epígrafe del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 que se titula **“MULTAS A PERSONAS JURÍDICAS”**¹³, y en consecuencia se aplicó el texto de dicha norma a personas naturales, pese a que el rótulo de la misma hace referencia a las personas jurídicas.

La SIC, al pretender justificar la procedencia de la sanción en contra de personas naturales por la inobservancia de instrucciones y por la obstrucción de investigaciones, cercenó el título del artículo 25

¹³ Es importante señalar que el epígrafe **“PERSONAS JURÍDICAS”** del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 que mutiló la SIC, fue introducido en el trámite legislativo y aprobado por el Congreso de la República, por lo que el mismo hace parte de la norma tal como se puede comprobar en el Diario Oficial 47420 del 24 de julio de 2009 que da cuenta del texto de la mencionada ley. Al analizar el trámite dado al interior del Congreso de la República que trajo como resultado la promulgación de la Ley 1340 de 2009 se observa que en la exposición de motivos nada se dijo sobre la diferenciación de conductas previstas en los artículos 25 y 26 y en especial sobre la necesidad de incluir tan solo en el artículo 25 la inobservancia de instrucciones y órdenes o la obstrucción de investigaciones. Solo se advierte que a partir del primer debate en la Cámara de Representantes se concibió la descripción típica de esas dos normas en la forma en que fue finalmente aprobada y promulgada. Ver Gacetas de Congreso de la República Nos. 325 de 2007, 169 de 2008, 340 de 2008, 505 de 2008, 865 de 2008, 502 de 2009, 507 de 2009 y 564 de 2009.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

de la Ley 1340 de 2009 que modificó el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 que de manera clara se titula **“Monto de las multas a personas jurídicas”**, lo cual, como se demostrará, lejos de obedecer a una interpretación razonable, correspondió a una interpretación ilegal y claramente perjudicial e injusta para los derechos de quien represento¹⁴.

Por lo anterior, en las resoluciones objeto de la presente demanda la SIC desbordó su facultad sancionatoria al haberla ejercido por fuera del marco de referencia previsto en la ley, el cual le imposibilita cercenar, seccionar o mutilar las disposiciones que le atribuyen esa potestad, como en efecto lo hizo al suprimir el rótulo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 que establece que dicha norma está referida a personas jurídicas y aplicar el texto de dicha norma a personas naturales.

Debe advertirse que el Superintendente de Industria y Comercio además de mutilar el epígrafe del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, aplicó ilegalmente y excedió la función¹⁵ prevista en el numeral 11 del artículo 3º del Decreto 4886 de 2011, que lo faculta para imponer sanciones **por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan tan solo a las personas jurídicas** y desatendió lo previsto en el numeral 12 del artículo 3º del mismo Decreto, que no contempla esas conductas respecto de las personas naturales.

Además de extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, la SIC violó el principio de legalidad de las sanciones y las faltas¹⁶, pues aplicó analógicamente¹⁷ una norma de naturaleza sancionatoria que conforme a la ley y a la jurisprudencia son de interpretación restrictiva¹⁸.

Contrario a lo decidido por la SIC, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en Sentencia del 29 de Agosto de 2007, con radicado: 850012331000030901, Número Interno: 15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, señala lo siguiente:

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-282ª de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ Lo cual eventualmente puede configurar responsabilidades disciplinarias y penales de acuerdo con lo previsto en los artículos 23, 27 y 35 del Código Disciplinario Único y artículo 428 del Código Penal.

¹⁶ *“Los principios de legalidad y de tipicidad están en estrecha relación, pues éste último es un modo especial de realización del primero. Así las cosas, en función de concretar los elementos necesarios para ejercitar la potestad sancionadora en el marco de las exigencias constitucionales, en la tarea legislativa tendiente a la descripción normativa de dichos elementos; es en donde opera el principio de tipicidad. Como exigencias de éste, se tiene que en el plano teórico, la tipicidad se desenvuelve mediante la previsión explícita de los hechos constitutivos de la infracción y de sus consecuencias represivas en la norma legal; pero, en el terreno de la práctica, la anterior exigencia, conlleva así mismo la imposibilidad de calificar una conducta como infracción o sancionarla si las acciones u omisiones cometidas por un sujeto, no guardan perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales. Así las cosas, decir que la conducta de un sujeto es típica, implica que existe una perfecta adecuación de las circunstancias objetivas y personales determinantes de la ilicitud y de la imputabilidad, debiendo rechazarse cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva. La ausencia de tipicidad puede darse, no solo porque una conducta no está de ninguna manera prevista como falta en la Ley sino además porque, por ejemplo, el comportamiento del sujeto pasivo del procedimiento, se asemeja en mayor o menor medida a un tipo punitivo (falta disciplinaria) preestablecido, mas no se identifique claramente con él, supuesto en el cual la sanción se hace improcedente”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 16 de Febrero de 2012, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁷ *“En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva - **nulla poena sine culpa** -, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in idem y de la **analogía in malam partem**, entre otras”*. Corte Constitucional, Sentencia T-145 de 1993.

¹⁸ *“La Sala enfatiza que **el régimen sancionatorio es de interpretación restrictiva, en él se tipifican en forma exacta y precisa los hechos sancionables, sin que sea posible edificar sanciones sobre la base de hacer extensiva la “sanción por libros de contabilidad” prevista sólo respecto de dichos libros en el artículo 654 del Estatuto Tributario, para cobijar con ella irregularidades cometidas en otros libros de comercio que no tienen el carácter de libros de contabilidad, como ocurrió en este caso con el cuestionado libro de actas, motivo que determina la ilegalidad de los actos demandados. De conformidad con lo anterior, los efectos derivados de las irregularidades que se presentan respecto de los libros de actas y los demás libros de comercio o la rebeldía de exhibirlos, no constituyen hechos sancionables a la luz del art. 654 del Estatuto Tributario, que se insiste, exclusivamente circunscribe la sanción a las irregularidades allí previstas, relacionadas únicamente con los libros de contabilidad”***. ¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Radicado No. 9333, Sentencia del 30 de abril de 1999, C.P. Delio Gómez Leyva.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

“Las normas que imponen sanciones o establecen prohibiciones, al igual que ocurre con las que consagran nulidades, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, por consiguiente, en relación con ellas no cabe su interpretación extensiva o su aplicación por vía de analogía, es decir que esa clase de disposiciones no puede aplicarse a casos, situaciones o hipótesis diferentes de aquellos que se encuentren expresamente regulados por las mismas”¹⁹ (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Con lo expuesto, queda suficientemente claro que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 11 del artículo 3º del Decreto 4886 sobre las cuales se fundó la sanción impuesta a mi representado fueron infringidas, en razón a que dichas disposiciones establecen las conductas y sanciones de las personas jurídicas y mi representado es una persona natural.

Adicionalmente, en las resoluciones objeto de la presente demanda, se citó acomodadamente un aparte de la Sentencia C-228 de 2010²⁰ referido a la posibilidad de concretar tipos sancionatorios por parte de una autoridad administrativa, sin embargo, llama la atención que no se hubiera resaltado ni tenido en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en esa misma sentencia que me permito transcribir:

“Esta posibilidad, por supuesto, está supeditada a que la normatividad correspondiente ofrezca claros criterios orientadores, que impidan que la autoridad administrativa ejerza sus competencias de forma arbitraria. (...) En esos eventos la acción de la administración y el cumplimiento de las políticas públicas que animan la ley y las regulaciones administrativas que las materializan dependen de que las disposiciones legales establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales ha de actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho.”

Seguido al apartado de la Sentencia C-228 de 2010 que fue citado en las resoluciones sancionatorias, se encuentra la siguiente expresión hecha por la Corte Constitucional en esa misma decisión, y a la que curiosamente la SIC tampoco se refirió en los actos administrativos demandados:

“Para el caso analizado, se tiene que el Legislador ha dispuesto que la Superintendencia de Industria y Comercio puede imponer las multas descritas en la misma norma a las PERSONAS JURÍDICAS, cuando se esté ante el incumplimiento de las órdenes e instrucciones que imparta esa autoridad administrativa, o cuando se omita el deber de informar una operación de integración empresarial.

(...)

Como se observa, es el Legislador el que define los aspectos esenciales del ilícito, pues indica tanto las conductas reprochables, la naturaleza de la sanción y los parámetros para definir el quantum de la misma”²¹.

Tal como se aprecia con suficiente claridad, la posición de la suscrita apoderada encuentra fundamento no solamente en la lectura literal de la norma, sino en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que mediante la sentencia citada señaló expresamente que de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la SIC, ante el incumplimiento de las órdenes e instrucciones que imparta esa autoridad administrativa, tan solo puede imponer multas a las personas jurídicas.

De lo anterior queda absolutamente claro que las resoluciones decidieron en total contravía de lo dispuesto en la sentencia C-228 de 2010, por lo que la referencia fraccionada que de esa sentencia

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de Agosto de 2007, Radicado: 850012331000030901, Número Interno: 15324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ Ibíd.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

se hizo en los actos administrativos, lejos de constituir un argumento jurídico válido y serio, correspondió a un sofisma tendiente a dar apariencia de apoyo jurisprudencial a esa ilegal sanción.

También fue falaz y amañada la referencia que se hizo en las resoluciones de la sentencia del 17 de mayo de 2002 dictada por el Consejo de Estado dentro del radicado No. 25000-23-24-000-1999-0799-01 (6893), pues dicha decisión se expidió cuando se encontraba vigente el numeral 2º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992²², norma que en relación con “la inobservancia de las instrucciones” no diferenciaba entre personas naturales y jurídicas, como en efecto si lo hacen los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Así entonces para el momento en que se dictó la sentencia del 17 de mayo de 2002, los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992²³ no habían sido modificados por los mencionados artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, en los cuales se fijó que la inobservancia de instrucciones era una conducta sancionable tan solo de las personas jurídicas.

Con base en las normas citadas, que insisto, no se encontraban vigentes para el 30 de octubre de 2012, el Consejo de Estado en la sentencia del 17 de mayo de 2002 concluyó lo siguiente:

*“Es cierto que los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 al establecer el monto de la multa a imponer no hicieron referencia expresa a la conducta consistente en inobservar las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, estima la Sala que dicha conducta está insita en la de violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas **por lo siguiente:***

*El artículo 2º, numeral 1º, del Decreto 2153 de 1992 le señala a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de “Velar por la inobservancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales”, razón por la cual en el numeral 2º, ibídem, la dota de la facultad sancionatoria así: “imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, **así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.***

²² “Artículo 2º del Decreto 2153 de 1992. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: 1. (...) 2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia”.

²³ Artículo 4º del Decreto 2153 de 1992. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: (...)

15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

Así mismo, imponer las sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos sectores mientras la ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.

16. Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional. Así mismo, imponer la sanción señalada en este numeral a los administradores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren prácticas contrarias a la libre competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos eventos hasta tanto la Ley regule las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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

De acuerdo con lo anterior, la SIC al citar la sentencia del 17 de mayo de 2002, omitió que los numerales 1º y 2º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 y los numerales 15 y 16 del artículo 4º del mismo estatuto **fueron derogados y modificados** por la Ley 1340 de 2009²⁴ y por los Decretos 3523 de 2009²⁵, 1687 de 2010²⁶ y 4886 de 2011²⁷ normas todas estas que de manera expresa limitaron la facultad para imponer multas por inobservancia de instrucciones u obstrucción de investigaciones tan solo frente a personas jurídicas.

Me permito transcribir las normas pertinentes de los decretos citados con el fin de demostrar que las normas que sirvieron de fundamento para la sentencia del 17 de mayo de 2002 no se encontraban vigentes al momento de la visita administrativa que dio origen a los actos administrativos demandados, veamos:

El Decreto 3523 de 2009 estableció lo siguiente:

“La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

15. Imponer previas explicaciones, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que de acuerdo con la ley sean pertinentes por violación de las normas sobre protección al consumidor, por incumplimiento de aquellos reglamentos técnicos cuya vigilancia se le haya asignado expresamente, así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones”.

Para el momento de la expedición del Decreto 3523 de 2009 ya había sido promulgada la Ley 1340 de 2009, que incluyó la inobservancia de instrucciones tan solo en el artículo que regula la responsabilidad de la personas jurídicas.

Adicionalmente, el mismo Decreto 3523 de 2009, en su artículo 19 derogó el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992.

Por su parte, el Decreto 1687 de 2011 estableció lo siguiente:

“Artículo 3º. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Superintendente de Industria y Comercio:

13. 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, 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

²⁴ Promulgada el 24 de julio de 2009 y que diferenció entre personas jurídicas y personas naturales.

²⁵ Publicado el 15 de septiembre de 2009 y que en el artículo 19 prescribió lo siguiente: ***“Artículo 19. El presente decreto rige a partir de la fecha de publicación y deroga el Decreto 2153 de 1992 y demás disposiciones que le sean contrarias, con excepción de los artículos 1º, 4º numeral 15 incisos 1º y 16²⁵, 11 numerales 5 y 6, 24 y 44 a 54 de dicho decreto.***

²⁶ Publicado el 14 de mayo de 2010, que en desarrollo de la Ley 1340 de 2009 continuó haciendo énfasis en la diferencia entre personas jurídicas y personas naturales.

²⁷ Publicado el 23 de diciembre de 2011, que de manera clara limitó la facultad de la SIC para imponer sanciones por inobservancia de instrucciones tan solo frente a personas jurídicas.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

14. Imponer las multas que procedan de acuerdo con la ley, contra administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y cualquier **persona natural** que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere **conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a las que se refieren la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 o las normas que los modifiquen o adicionen.**

Artículo 8°. El presente decreto rige a partir de la fecha de publicación y **modifica los artículos 1°, 2°, 3°, 8°, 9°, 10 y 17 del Decreto 3523 de 2009**".

Por su parte, el Decreto 4886 de 2011, norma que junto con la Ley 1340 de 2009 eran las disposiciones que se encontraban vigentes al momento de la realización de la visita de la SIC a la EAB el 30 de octubre de 2012, dispuso lo siguiente:

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

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

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

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

12. Imponer a cualquier **persona natural** que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.

De lo dicho hasta acá tenemos que la argumentación planteada en la sentencia del 17 de mayo de 2002 citada en la resoluciones sancionatorias se apoyó en normas que estaban derogadas para el 30 de octubre de 2012 – fecha en la que se llevó a cabo la visita administrativa -, por lo que no resulta razonable que la SIC hubiera insistido infundadamente en considerar que de la lectura armónica del numeral 2° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 con los numerales 15 y 16 del artículo 4° del mismo Decreto, resultaba válido sancionar a mi poderdante por inobservancia de instrucciones o por obstrucción de investigaciones, pues quedó suficientemente claro y explicado que el artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 fue derogado por el Decreto 3523 de 2009 y los numerales 15 y 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 fueron modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, pues tal como se ha insistido estas dos últimas disposiciones tan solo incluyeron la inobservancia de instrucciones como conducta sancionable, para personas jurídicas y no para las personas naturales.

Aunado a lo anterior, como muestra evidente de la infracción de las normas que sirvieron de fundamento a las resoluciones SIC mencionadas, encontramos que al revisar decisiones adoptadas por la misma SIC en torno a la inobservancia de instrucciones, expedidas en vigencia de la Ley 1340

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

de 2009; dicha entidad tan solo sancionó a las personas jurídicas y no a las personas naturales, con lo cual queda demostrado que con los actos administrativos demandados además de infringirse las normas en que debían fundarse se contradijo la doctrina probable de esa entidad²⁸, y se incumplió el deber legal de aplicación uniforme de las normas previsto en el artículo 10º de la Ley 1437 de 2011²⁹. Me permito citar 6 decisiones, así:

Situación fáctica:	Decisión tomada por la SIC:
<p>"Posteriormente, ORLANDO BARRIOS GIRALDO procedió a interrumpir la revisión de su computador y a suspender la visita administrativa que se encontraban realizando los funcionarios de la Superintendencia, manifestando que, de acuerdo con su asesor jurídico, la visita resultaba arbitraria debido a su carácter inesperado y al hecho que la información solicitada no se había requerido previamente. (...)</p> <p>Por otra parte la conducta realizada por ORLANDO BARRIOS GIRALDO en la obstrucción de la investigación fue total, al igual que en la entrega de computadores que fueron efectivamente alterados para ocultar información a la Autoridad de Competencia, por consiguiente su grado de participación en la conducta obstructiva fue total".</p>	<p>Actuación decidida mediante Resolución 58756 del 29 de septiembre de 2014, Radicación 12-81042, Sancionada: COBASEC LTDA, monto de la sanción: \$1.330.560.000.000</p> <p><u>NO SANCIONÓ A NINGUNA PERSONA NATURAL.</u></p>
<p>"Se le preguntó al señor JUAN CARLOS CAMACHO si la compañía manejaba algún tipo de correo institucional para todo lo relacionado con los procesos de selección pública en los que la compañía participaba, ante esta pregunta el señor JUAN CARLOS CAMACHO respondió que toda la información referida era manejada desde un solo correo electrónico, siendo este utilizado directamente por el representante legal de la empresa, el señor WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN.</p> <p>A continuación el Despacho procedió a solicitar al señor WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN autorización para acceder al correo electrónico de la constructora a fin de buscar información relacionada con los procesos de licitación en los que ha participado la misma.</p> <p>Sin embargo, el señor WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN manifestó que no es posible acceder al correo electrónico, toda vez que allí tiene información de carácter personal y</p>	<p>Actuación decidida mediante Resolución 30419 del 5 de mayo de 2014, Radicación 13-191521, Sancionada: CONSTRUCTORA YACAMÁN VIVERO S.A., monto de la sanción: \$84.703.000.000.</p> <p><u>NO SANCIONÓ A NINGUNA PERSONA NATURAL.</u></p>

²⁸ "Artículo 24. Doctrina Probable y Legítima Confianza. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable".

²⁹ "Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos".

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

<p>que se le estaría vulnerando su derecho a la intimidad”</p>	
<p>“Se procede a revisar el computador de contabilidad en presencia de la contadora de la empresa, al manifestarle por parte de los funcionarios que se realizarían copias de algunos archivos en una carpeta aparte que serían los que llevaría este despacho (...) el señor RÍOS manifestó que él no se encontraba autorizado para permitir dicha extracción de información y que debía solicitar autorización nuevamente y que necesitaba nuevamente un tiempo.</p> <p>Frente a la renuencia reiterada por las razones expuestas por el señor FERNANDO RÍOS, el Despacho hace especial énfasis en las consecuencias que acarrearía una inobservancia de instrucciones o la obstrucción de las investigaciones que la Superintendencia adelanta, dando lectura del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.</p> <p>No obstante lo anterior, el señor FERNANDO RÍOS, confirma su decisión de no permitir la extracción de la información e impedir el acceso a los equipos de cómputo a lo que añadió: No se hace entrega de lo faltante de la información inicial y adicional que se solicitó porque no estoy autorizado para entregar dicha información, para ello requiero del permiso expreso del Gerente de la empresa, sin lo cual me es imposible acatar la solicitud”.</p>	<p>Actuación decidida mediante Resolución 18727 del 26 de marzo de 2014, Radicación 13-145766, Sancionada: CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A., monto de la sanción: \$166.320.000.</p> <p><u>NO SANCIONÓ A NINGUNA PERSONA NATURAL.</u></p>
<p>“Que en desarrollo de la visita administrativa y conforme a las funciones conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio por los numerales 38 y 39 del artículo 1º del Decreto 1687 de 2010 vigente para la época de los hechos, los delegados de la Entidad solicitaron la inspección de los computadores del señor HÉCTOR JULIO GÓMEZ y del área de contabilidad y de licitaciones de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA.</p> <p>Ante la solicitud, el señor GÓMEZ inicialmente indicó que no tenía computador, para con posterioridad señalar que no permitía el acceso a la información contenida en los computadores y correos electrónicos, hasta tanto el abogado GUSTAVO ENRIQUE GÓNZALEZ ROMERO acudiera a la diligencia.(...) Tal como lo indica el acta de visita, el señor HECTOR JULIO GÓMEZ se mantuvo en la negativa a otorgar acceso a los equipos de cómputo, por lo que los delegados de la Superintendencia le reiteraron las</p>	<p>Actuación decidida mediante Resolución 14372 del 15 de marzo de 2012, Radicación 11-1329, Sancionada: CONSTRUCTORA ARKGO LTDA, monto de la sanción: \$2.040.120.000.</p> <p><u>NO SANCIONÓ A NINGUNA PERSONA NATURAL.</u></p>

PROCESO No.: 110013334004201500139-32
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

<i>facultades legales que permiten la realización de este tipo de visitas".</i>	
<i>"Tal como lo indica el acta de visita, la doctora PAOLA ANDREA OTERO indicó que no permitía el acceso a los documentos y equipos solicitados, por lo que los delegados de la Superintendencia le reiteraron las facultades legales que permiten la realización de este tipo de visitas, y procedieron a dar lectura al artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, ante el incumplimiento de órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia. Tal y como consta en el acta de visita, la doctora Otero señaló que era decisión de los socios no aportar la información solicitada".</i>	Actuación decidida mediante Resolución 14371 del 15 de marzo de 2012, Radicación 11-1329, Sancionada: CONSTRUCTORA INCA LTDA, monto de la sanción: \$ 906.720.000. <u>NO SANCIONÓ A NINGUNA PERSONA NATURAL.</u>
<i>"Que en desarrollo de la visita administrativa, y conforme a las funciones conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio por los numerales 38 y 39 del artículo 1º del Decreto 1687 de 2010, se solicitó la inspección de los computadores de los señores Gisella Bellini, Gerente de Suministros (e); Ricardo Cera, Gerente de ventas fertilizantes, Tomás Torres, Gerente de Mercadeo; y César Cervera, Gerente de Planeación Comercial. Que la señora Laura Tarchópulos Arango, en su calidad de abogada de la Gerencia Jurídica de MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. y representante legal, señaló que no permitía el acceso a la información contenida en los computadores y correos electrónicos, manifestación de la que se dejó constancia en el acta levantada en la visita administrativa.</i>	Actuación decidida mediante Resolución 65997 del 23 de noviembre de 2011, Radicación 10-131424, Sancionada: MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A., monto de la sanción: \$1.405.950.000. <u>NO SANCIONÓ A NINGUNA PERSONA NATURAL.</u>

Es indiscutible que la SIC en actuaciones precedentes y concurrentes frente a casos de inobservancia de instrucciones, con idénticas características, adelantadas en vigencia de la Ley 1340 de 2009, únicamente sancionó a las personas jurídicas y no a las personas naturales.

De acuerdo con lo anterior, en la actuación seguida contra mi representado, la SIC aplicó de manera desigual la ley, sin que existiera ningún motivo válido que sustentara dicho tratamiento.

De la doctrina probable de la SIC se colige que esa autoridad, a partir de la expedición de la Ley 1340 de 2009, en actuaciones sancionatorias que han tenido por objeto la inobservancia de instrucciones, no sancionó de manera conjunta a la persona jurídica y a las personas naturales que atendieron la visita, pues dicha determinación carece de soporte legal, tanto más en cuanto que en la actuación adelantada contra mi representado, así como en los demás casos citados, la instrucción estaba referida a obtener información de las personas jurídicas y no de las personas naturales.

Vale la pena igualmente advertir que en los precedentes citados en los que tan solo se sancionó a la persona jurídica, la información solicitada por la SIC no fue remitida ni siquiera con posterioridad, circunstancia única que diferencia esas actuaciones de aquella seguida en contra de mi cliente, en la que los correos electrónicos solicitados por la SIC fueron remitidos nueve (9) días hábiles después

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

por la EAB-ESP y fueron incorporados en la investigación correspondiente, sin que se causara ninguna obstrucción o entorpecimiento a la misma.

Es tan irracional e incongruente la aplicación desigual de las normas a la que injustificadamente sometió la SIC a mi representado, que de acuerdo con las resoluciones mencionadas, los administrados considerarán que cuando se nieguen de manera definitiva a remitir la información solicitada, la SIC tan solo sanciona a las personas jurídicas, mientras que cuando remiten la información y acatan la orden con posterioridad, la SIC sanciona e impone cuantiosas multas tanto a las personas jurídicas como a las personas naturales.

Frente a ese trato desigual y ante la inexistencia de motivación que justificara el mismo, se concluye que la SIC se extralimitó en la actuación que adelantó en contra de mi poderdante y por esa vía profirió dos actos administrativos con infracción de las normas en que debían fundarse, con desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, en contravía de su doctrina probable y con violación del deber de aplicación uniforme de la ley, causales todas configurativas de la declaratoria de nulidad de dichos actos.

Por último en torno a esta causal, me permito manifestar que lo irracional de la interpretación, lleva a formularse los siguientes interrogantes:

1. ¿Por qué el Legislador diferenció y reguló la responsabilidad administrativa de las personas naturales y de las personas jurídicas de manera separada en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009?
2. ¿Por qué en el artículo 26 que regula la responsabilidad de las personas naturales no prescribió puntualmente que además de la violación de normas de protección a la competencia los particulares también respondían por el no acatamiento de instrucciones y por la obstrucción de las investigaciones?
4. ¿Si la información solicitada era de titularidad de la EAB – ESP por qué motivo sin contar con fundamento legal se debía sancionar a mi representado?

Todas las anteriores preguntas al revisar los actos administrativos demandados llevan a concluir que a través de los mismos se configuró una evidente desviación de poder por parte del Superintendente de Industria y Comercio que de manera prematura expresó públicamente a través de los medios de comunicación su intención de sancionar a la EAB – ESP y a 8 funcionarios de esa entidad.

Posición de la demandada:

Se opuso a los argumentos de la parte demandada explicando que el actor fue sancionado conforme al artículo 26 de la ley 1340, siendo éste un comportamiento ajeno por el cual se sanciona a la empresa

Posición de la Sala:

¿La Superintendencia de Industria y Comercio hizo la adecuación típica de la conducta infractora atribuida al investigado?

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Para resolver el cargo señalado se procederá a analizar el principio de tipicidad en materia sancionatoria y los tipos en blanco en nuestro ordenamiento jurídico, así:

Sobre la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio, la Corte Constitucional³⁰ ha señalado lo siguiente:

“El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley que den determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

El principio de tipicidad como desarrollo del de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión. Conviene precisar que si bien es cierto que en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los reglamentos, -con el fin de complementar el tipo allí descrito-, también lo es que la remisión se encuentra limitada al núcleo esencial de lo que se ha estipulado en la ley. De allí que la tipificación para la descripción de la conducta y la sanción, corresponde por mandato constitucional al legislador, mientras que la aplicación de la misma para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito, corresponde a la administración.

De la jurisprudencia transcrita se tiene que para la imposición de una sanción administrativa; la sanción, la falta o conducta reprochable debe estar tipificada en una norma previamente expedida a los hechos que se cuestionan y esta norma debe tener el rango de una ley ya que es función del legislador describir el acto, hecho u omisión que es reprobable, así como la sanción que acarrea.

³⁰ Sentencia C 412 de 2015.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Si bien se permite que la norma haga referencia a un reglamento, será la ley la que deba describir los elementos de la conducta antijurídica.

Pese a lo anterior, la Sala reconoce que el legislador no está obligado a detallar todos y cada uno de los elementos del tipo, por medio de los cuales se puede ejecutar la infracción reprochada. Los tipos en blanco o los llamados conceptos jurídicos indeterminados, se ajustan al principio de tipicidad y son admisibles constitucionalmente, cuando pueden ser completados y precisados por el intérprete autorizado, logrando éste realizar a satisfacción el respectivo proceso de adecuación típica de la infracción.³¹

Jurisprudencialmente, los tipos en blanco se han definido *“como aquel en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal”*.

Los tipos en blanco permiten hacer una remisión normativa sea tanto a disposiciones con rango de ley o normas de inferior jerarquía. En el primer caso se denominará remisión propia y, en el segundo, remisión impropia.

Sobre la remisión normativa, la Corte Constitucional³² ha señalado lo siguiente:

“Los tipos penales en blanco responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional colombiana ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, siempre que la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente. Distintas cuestiones surgen respecto de los tipos penales en blanco y el principio de legalidad en materia penal. La primera de ellas es si la normatividad a la cual se acude por remisión debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco. Al respecto, esta Corporación ha expresado que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado. También se ha indagado si se ajusta al principio de legalidad

³¹ Sentencia C-393 de 2006

³² Sentencia C 442 de 2011

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

cuando la remisión opera respecto de disposiciones que no tengan la entidad de ley en sentido formal. Frente a este interrogante la Corte ha distinguido entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal este adquiere unidad normativa pues "... la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo. La norma complementaria se adosa al tipo penal básico para integrar el "tipo penal", momento a partir del cual éste tiene vigencia y poder vinculante completo. Ambas forman una unidad normativa que tiene plena vigencia"

Como ejemplo de la remisión impropia, tenemos que una norma también puede ser completada con lo dispuesto en un acto administrativo. Sobre el particular, la Corte Constitucional³³ ha señalado:

"Ahora bien, la remisión o reenvío del tipo penal en blanco a normas de rango administrativo tiene sus propias reglas. Estas reglas están diseñadas para conservar las garantías derivadas del principio de legalidad en el marco de una metodología que renuncia a dar aplicación estricta al mismo. Para la Corte, la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales. En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, debe ser previa a la configuración de la conducta. La norma de complemento debe ser, en tercer término, de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales.

La claridad, precisión e identificación de la normativa destino de la remisión permiten al usuario de la regulación penal conocer el alcance exacto del tipo integrado. Al decir la Corte que "esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente"³⁴, lo que la Corporación pretende resaltar es la necesidad de que la remisión goce de tal nivel de claridad, que el intérprete comprenda su alcance sin ambages, anfibologías o equívocos. Ello porque, sólo a partir de la certeza de la remisión se garantiza plenamente el principio constitucional dependiente del debido proceso que impone la prohibición de que alguien sea condenado por motivo no establecido en la ley." (Subrayas de la Sala).

Para que una remisión de un tipo penal en blanco a normas de rango administrativo cumpla con el principio de legalidad, se requiere: *i) que la remisión sea precisa; ii) debe ser previa a la configuración de la conducta; iii) la norma debe ser de conocimiento*

³³ Sentencia C-605 de 2006

³⁴ Sentencia C-559 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

público y, iv) la norma debe preservar los principios y valores constitucionales. Solo cuando se cumpla con lo anterior, la disposición de rango administrativo concretará el alcance de la conducta proscrita.

En el caso sometido a examen, se acusa que la Resolución Sancionatoria impuso una sanción pecuniaria prevista para las empresas.

La parte demandante parte de un supuesto errado en tanto que la sanción aplicada al actor se deriva del contenido del artículo 26 reservado a las personas y del artículo 25 como se indica en la demanda, siendo ésta una norma especial, como se vió que imponen aplicarla de preferencia a las reglas previstas de manera general en la ley 1437 del 2011.

En consecuencia, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO:

Posición de la parte demandante:

- **SEGUNDA CAUSAL:**

- b) **Las resoluciones SIC 44586 y 61661 del 14 de julio y el 14 de octubre de 2014 fueron expedidas con insuficiente y falsa motivación y con desviación de las atribuciones de quien las profirió.**

Con el propósito de explicar de manera detallada esta causal, me permitiré desarrollar tres acápites a saber: i) Consideraciones sobre el registro o inspección de correspondencia por parte de una autoridad administrativa, ii) Referencia sobre las particulares circunstancias que se generaron en desarrollo de la visita administrativa y iii) Argumentos sobre la prohibición de responsabilidad objetiva en materia de derecho administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia.

- i) **Consideraciones sobre el registro o inspección de correspondencia por parte de una autoridad administrativa.**

Para la suscrita apoderada, el hecho de que la SIC pueda solicitar informaciones y decretar y practicar pruebas no le confiere la potestad de inspeccionar o registrar la correspondencia de los investigados, sin que medie orden judicial.

De acuerdo con nuestra forma de Estado, no le estaba permitido a la SIC ligar, de forma deliberada, *el carácter reservado de algunos documentos privados con la inviolabilidad de las comunicaciones*, para por esa vía exceder sus atribuciones legales y reglamentarias como

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

autoridad administrativa. Lo contrario, como se pretendió en la referida visita administrativa, constituye una violación el derecho fundamental a la *intimidad*, puesto que en los casos en que esta entidad realiza las actividades señaladas en los numerales 62 y 63 del artículo 1º del Decreto 4866 de 2011³⁵, actúa como *autoridad administrativa* y no como autoridad judicial.

En mi respetuosa opinión, - e incluso de una Sala de Tutela del Tribunal Superior de Bogotá³⁶ -, no cabe duda de que en las Resoluciones SIC se pretermitió el *principio constitucional de inviolabilidad de la correspondencia* consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política³⁷.

Esa disposición ha sido objeto de distintos pronunciamientos por la Corte Constitucional, que de manera reiterada ha señalado que la misma debe interpretarse de tal forma que se entienda que única y exclusivamente los jueces de la República –de cualquier especialidad jurisdiccional- están legítimamente instituidos para ordenar el registro o la interceptación de la correspondencia y demás formas de comunicación privada. Esto implica que ninguna autoridad administrativa puede registrar o interceptar correspondencia o comunicaciones privadas, so pena de vulnerar la inviolabilidad de las comunicaciones.

Veamos:

“Además, ha sostenido la Corte, las reservas legal y judicial para efectos del registro e interceptación de la correspondencia y las comunicaciones privadas, constituyen verdaderas excepciones a la regla general de su absoluta inviolabilidad que, como tales, son de interpretación restrictiva, lo cual indica que no pueden extenderse a ningún otro caso en ellas no previsto, y más cuando la disposición constitucional se vale del adverbio ‘solo’ para indicar que en ningún evento podrá procederse a interceptar o registrar las formas de comunicación señaladas, sin que medie orden judicial”³⁸
(Negrillas y subrayas fuera del texto).

Por lo anterior, contrario a lo sostenido en la Resolución 44586 de 22 de julio de 2014, no tiene relevancia la cuestión sobre si la correspondencia que los funcionarios comisionados por la SIC solicitaron para el cumplimiento de sus funciones en materia de protección de la competencia y prácticas restrictivas de la competencia era *privada* o *institucional*. Lo que sí es importante para el análisis de la presente demanda es que, sin importar del tipo de correspondencia de que se trate, ninguna autoridad administrativa en Colombia puede interceptar ni registrar o inspeccionar correspondencia ni otras formas de comunicación privada; por lo menos, no sin violar el derecho fundamental a la intimidad.

³⁵ Artículo 1º, numerales 62 y 63, Decreto 4.866 de 2011: “La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de República. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...) 62. Realizar visitas de inspección decretar y practicar 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”.

³⁶ “La potestad de intervenir comunicación o correspondencia, sea física o electrónica, con fines de registro o interceptación, únicamente puede ejercerse en las condiciones que el propio texto constitucional establece y en ejercicio de función jurisdiccional, lo que implica que no cabe cuando de actuaciones netamente administrativas se trata, y como quedó expuesto, la función de control sobre actos o conductas restrictivas a la libre competencia es de naturaleza eminentemente administrativa, no jurisdiccional.

En tales condiciones, mal podía la SIC, intervenir, registrar e interceptar las comunicaciones contenidas en correos electrónicos de los funcionarios de la EAAB, como lo hiciera en la diligencia” Sentencia del 15 de abril de 2013, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras.

³⁷ 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.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-696 de 5 de diciembre de 1.996, M.P. Fabio Morón Díaz.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

La SIC en las resoluciones sancionatorias consideró equivocadamente que respecto de las pruebas que puede recaudar en el curso de una actuación, existe un género “documentos” y que una de las especies del mismo es la “correspondencia”, con lo cual olvidó las formalidades legales para que esta última pueda ser una prueba; so pena de ser objeto de aplicación de la regla constitucional de exclusión por ilicitud.

Por esa razón, el argumento consignado en la Resolución SIC 61661 del 14 de octubre 2014, relacionado con que la correspondencia como forma de comunicación privada hace parte de *documentos privados* que la SIC, en ejercicio de sus atribuciones como autoridad de protección y promoción de la competencia, puede solicitar de personas naturales y jurídicas, es abiertamente falaz.

De un lado, el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio enredó convenientemente en las decisiones objeto de la presente solicitud, la facultad de inspeccionar documentación privada de particulares y se arrogó una supuesta competencia para inspeccionar o registrar *correspondencia como forma de comunicación privada*. En efecto, de acuerdo con lo que hemos mencionado, si bien es cierto que a la SIC puede inspeccionar documentos privados que solicite en ejercicio de su función administrativa, es completamente claro que dicha potestad es sustancialmente diferente a la de registrar o inspeccionar correos electrónicos como forma de correspondencia.

Resulta francamente irrazonable la comparación que se hizo en los actos administrativos objeto de esta solicitud, entre las funciones de policía administrativa que realiza la SIC, para la protección y promoción de la libre competencia, con las funciones de policía judicial de órganos como el CTI, a fin de justificar que, en ejercicio de sus atribuciones legales, la SIC puede solicitar de los investigados cualquier clase de documentos, que para ello no requiere de autorización judicial y que, como autoridad administrativa, puede “proteger” el derecho a la intimidad determinando qué documentos son “*íntimos y privados*” y cuáles se relacionan con el objeto de sus pesquisas.

Indiscutiblemente, tanto las facultades de policía administrativa como de policía judicial, en punto de recolección de informaciones y de recaudo de pruebas, están sometidas al *imperio de la ley*. Ello, dentro de una concepción amplia del principio de legalidad, propio del Estado social de Derecho, en el que ninguna autoridad puede comportarse de manera caprichosa o antojadiza en el ejercicio de sus deberes, abusando del cargo o extralimitándose en sus funciones³⁹.

Por eso, con el propósito de prevenir tales desmanes, tanto la Constitución como la ley han establecido mecanismos de defensa que permiten, en todo momento, que los derechos fundamentales de los implicados en tales actuaciones sean garantizados y materializados. Por supuesto, tratándose del derecho a la intimidad, es clarísimo que el artículo 15 de la Constitución Política – contraria a la lectura interesada y comprometida de la SIC - implica una *protección transversal de dicho derecho*, aplicable a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, recuérdese incluso que de acuerdo con el numeral 16 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, “*Son faltas gravísimas: (...) 16. **Atentar con cualquier propósito, contra la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, u obtener información o recaudar prueba con desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales y legales***” y por su parte el Código Penal en el artículo 192 establece que “*el que ilícitamente sustraiga, oculte, extravié, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años*” (Negrillas y subrayas fuera del texto).

Nótese el talante arbitrario adoptado por la SIC en los actos administrativos acusados, donde, estableciendo una *aparente* similitud entre la inviolabilidad de las comunicaciones y la posibilidad de solicitar documentos privados en una investigación administrativa, quiso sustraerse de tener que respetar dicha prerrogativa fundamental, escudándose en que, como autoridad administrativa, se le

³⁹ Artículo 6º, Constitución Política: “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones*”.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUJEA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

han atribuido competencias legales y reglamentarias para acceder y pedir *cualquier clase de documentos privados, reservados o no, sean formas de comunicación privada o no.*

Frente a lo anterior, se pregunta la suscrita apoderada: ¿Cómo un organismo con funciones de policía judicial, como el CTI de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, está obligado a obtener autorización judicial para *registrar comunicaciones privadas*, so pena de la nulidad de lo actuado en el proceso penal y de la ilicitud de las pruebas o elementos materiales probatorios recaudados; mientras que la SIC, organismo con función de policía administrativa, según la tesis de las Resoluciones acusadas, está *exenta* de obtener dicha autorización cuando *ordena el acceso a comunicaciones privadas*?

Así entonces no cabe duda de que la solicitud de los correos electrónicos de varios funcionarios de la EAB - ESP en desarrollo de la visita del 30 de octubre de 2012, sin que mediara orden judicial, significaba la obtención de una prueba que viola abiertamente la garantía constitucional de la intimidad y en consecuencia no puede resultar legal sancionar a quien advierte una extralimitación de funciones como en efecto lo hizo mi poderdante.

Ante semejante riesgo fruto de la volubilidad, que contraría el ordenamiento jurídico, y que podía incluso significar falta disciplinaria *gravísima* para quienes así procedieran, sancionable con destitución e inhabilidad general en el ejercicio de funciones públicas⁴⁰, observa la suscrita apoderada que al imponer una sanción de multa tan elevada como la que se le impuso a mi cliente, por haber formulado observaciones frente a una solicitud ilícita y con violación de las garantías constitucionales de inspeccionar correos electrónicos de los que eran titulares funcionarios de la EAB - ESP, se configuró en las resoluciones mencionadas una desviación de poder al no tener aquellos una finalidad acorde con el ordenamiento jurídico.

ii) Referencia sobre las particulares circunstancias que se generaron en desarrollo de la visita administrativa.

ii.i) Falta de claridad en la práctica de la visita administrativa realizada por la SIC a la EAB - ESP.

La SIC no tuvo en cuenta para efectos de analizar la conducta de mi representado que en la visita administrativa no le suministraron la información sobre la naturaleza de la misma.

Adviértase que los funcionarios delegados no explicaron si la actuación obedecía al ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas y como quiera que solicitaron el registro de la correspondencia relativa a las cuentas de correo institucional de algunos funcionarios de la EAB - ESP, se consideró que la afectación del derecho fundamental a la intimidad que se limita al permitirse la inspección de cualquier forma de correspondencia requería la autorización de un juez, lo que generó confusión para mi representado y los restantes intervinientes en la visita.

De acuerdo con lo anterior, y en gracia de discusión el registro de correspondencia por parte de autoridades administrativas es un tema que puede generar amplio debate y frente al cual se pueden plantear interpretaciones diversas, lo cual se debe tener en cuenta para efectos de valorar la claridad en la información suministrada en las visitas administrativas así como la eventual responsabilidad de los investigados, pues a quienes no se les informa de manera clara y detallada las circunstancias en las que se desarrolla una determinada visita y tampoco se explica la naturaleza de la actuación y la

⁴⁰ Artículo 48, numeral 16, Código Disciplinario Único: "*Son faltas gravísimas: (...) 16. Atentar, con cualquier propósito, contra la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación, u obtener información o recaudar prueba con desconocimiento de los derechos y garantías constitucionales y legales*" (El énfasis es mío).

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

correspondencia de la misma con las funciones desplegadas, pueden acoger una interpretación distinta basada en pronunciamientos judiciales⁴¹ y en la lectura de normas que regulan dicha materia⁴². La SIC no tuvo en cuenta que de la lectura del acta suscrita se desprende que mi representado actuó con la consciencia de estar respetando el ordenamiento jurídico y de evitar una lesión a derechos de terceros como consecuencia de una actuación sobre la cual no existía claridad sobre su naturaleza y alcances, omisión que generó una falsa motivación de las resoluciones mencionadas.

No valoró la SIC que en el acta se encuentra expresa constancia que los funcionarios comisionados tan solo se limitaron a manifestar que la visita era una actuación sorpresiva e incluso negaron, sin ninguna justificación legal, la existencia de una averiguación preliminar o investigación en contra de la EAB – ESP para el momento en que se realizó la mencionada visita.

De la lectura de la misma acta se advierte que mi representado preguntó por la naturaleza de la visita y los funcionarios delegados tan solo se limitaron a expresar que la misma era de carácter "sorpresivo" y negaron que para ese momento hubiera una averiguación preliminar o una investigación en contra de la EAB – ESP.

Del texto del acta suscrita el día de la visita administrativa tenemos lo siguiente:

"El señor Juan José Gómez, en su calidad de Asesor de la Gerencia Jurídica de la EAAB, quien se hizo presente durante el proceso de inspección al correo del señor Gino González

⁴¹ Ver entre otras: Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz en la que se señaló: "El inciso tercero del artículo 15 de la Constitución consagra como regla general la inviolabilidad de la correspondencia y demás comunicaciones privadas, pero permite su interceptación o registro única y exclusivamente cuando medie "orden judicial" en "los casos y con las formalidades que establezca la ley. Son pues tres los requisitos que establece la Constitución para permitir el registro y la interceptación de correspondencia, a saber: a) Que exista orden judicial; b) Que exista una ley en la que se contemplen los casos en los cuales procede tal medida y c) Que exista un procedimiento fijado en la ley para llevar a cabo dicha actuación". En igual sentido, Corte Constitucional, Sentencia T-696 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz, en la que se expresó: "Además, ha sostenido la Corte, las reservas legal y judicial para efectos del registro e interceptación de la correspondencia y las comunicaciones privadas, constituyen verdaderas excepciones a la regla general de su absoluta inviolabilidad que, como tales, son de interpretación restrictiva, lo cual indica que no pueden extenderse a ningún otro caso en ellas no previsto, y más cuando la disposición constitucional se vale del adverbio "solo", para indicar que en ningún evento podrá procederse a interceptar o registrar las formas de comunicación señaladas, sin que medie orden judicial". El Consejo de Estado en igual sentido mediante Sentencia del 14 de agosto de 2009, Radicación: 88001-23-31-000-2009-00029-01(AC), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve expresó: De conformidad con las consideraciones expuestas, el derecho a la intimidad y particularmente a la inviolabilidad de la correspondencia y otras formas de comunicación no es absoluto, como quiera que el mismo es susceptible de limitación (i) mediante orden de autoridad judicial, (ii) en los eventos permitidos en la ley y (iii) con observancia estricta de las formalidades que la misma establezca. El procedimiento legalmente previsto para interceptar o registrar la correspondencia, está previsto en la Ley 906 de 2004, motivo por el cual a continuación se transcriben los artículos pertinentes para identificar las condiciones bajo las cuales válidamente puede limitarse el derecho fundamental invocado (...). De las normas transcritas se observa, que es la Fiscalía General de la Nación quien ordena la interceptación y registro de comunicaciones, y que los funcionarios de la Policía Judicial dependen para realizar los operativos pertinentes de una autorización previa, que posteriormente junto con lo actuado será objeto de control por parte del juez de control de garantías.

El procedimiento descrito para limitar el derecho a la intimidad cuando se trata del registro e interceptación de correspondencia, busca materializar el carácter inviolable del derecho a la intimidad y la proscripción de toda injerencia arbitraria en la vida privada y familiar de las personas, consagrados en el inciso 3° del artículo 15 constitucional y en instrumentos de carácter internacional como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17.1) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, art. 11.2), ratificados por el Estado Colombiano mediante Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 respectivamente".

⁴² El inciso tercero del artículo 15 de la Constitución Política establece: 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. En igual sentido, el artículo 14 de la Ley 906 de 2004 prescribe: Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada. No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley. De la misma manera deberá procederse o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

*alrededor de las 4:30 p.m., y manifiesta que: (...) La actuación a juicio de la empresa puede resultar atentatoria de derechos fundamentales, no obstante lo anterior, tal como se lo expresé al ingeniero Murillo, - uno de los funcionarios delegados por la SIC -, en la primera entrevista que tuve con él, le manifesté que la Empresa de Acueducto, ponderando los derechos fundamentales comprometidos y la actuación administrativa desplegada por la Superintendencia sugirió entregar el día de mañana la información contenida en los correos institucionales que resultaran pertinentes para la actuación. **Sin embargo, el ingeniero Murillo me manifestó que esta actuación era de carácter sorpresiva, cualidad que a juicio de la entidad resulta extraña en una actuación administrativa en la cual no se ha ordenado la apertura de una indagación preliminar o una investigación formal**".*

El aparte transcrito evidencia que los funcionarios delegados negaron la existencia de la averiguación preliminar que para ese momento ya se adelantaba, y esa situación provocó que mi representado, y las demás personas naturales, pusieran en duda la competencia y facultad de los funcionarios que acudieron en representación de la SIC.

La suscrita apoderada advierte que en las resoluciones acusadas, tan solo se hizo referencia a este punto de manera superficial, y se evadió acomodadamente dicha situación indicando que la SIC no tiene la carga de notificar previamente la programación de visitas administrativas llevadas a cabo dentro de una averiguación preliminar y que esta etapa obedece a un trámite previo a la investigación que no se encuentra sujeto a formalidades⁴³.

Si bien lo anterior es cierto, dicha facultad expresada por la SIC no exime a sus funcionarios del deber de informar sobre la naturaleza de la actuación e incluso sobre la existencia de una averiguación preliminar, situación que hubiera aclarado suficientemente las facultades y competencias para la realización de la visita.

La SIC no tuvo en cuenta que es distinta la situación de un administrado a quien se le solicitan correos electrónicos en desarrollo de una visita administrativa y se le informa que la misma se hace en virtud de una indagación preliminar a la de aquel a quien se le piden los correos y tan solo se le dice que la actuación se trata de una visita sorpresiva que se desarrolla por fuera de una indagación preliminar y de una investigación formal.

El error de la SIC realmente obedece a que esa entidad no se pronunció sobre dicha situación en las resoluciones objeto de la presente solicitud, lo que demuestra claramente que la misma no fue objeto de análisis al momento de la decisión, y en consecuencia son falsos los motivos de los referidos actos administrativos.

En torno a este punto, es imprescindible resaltar que la naturaleza reservada que tiene una indagación preliminar de acuerdo con lo previsto en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, y la falta de exigencia legal de la notificación de la programación de las visitas administrativas que desarrolle la SIC en el marco de esa misma etapa, no libraba a los funcionarios que adelantaron la visita del deber de informar a mi representado que la misma se practicaba en desarrollo de una indagación preliminar, lo cual era necesario para comprender los alcances y naturaleza de la inspección.

Vale decir que la naturaleza reservada de una etapa investigativa no faculta a negar la existencia de la misma, si bien de acuerdo con el Decreto 019 de 2012, la queja u otro tipo de elementos pueden ser reservados incluso para el investigado, dicha situación no les permitía a los funcionarios

⁴³ En la resolución recurrida se desarrolló un acápite titulado "de la solicitud de conocer la queja anticipadamente a la visita" del cual no disintimos, pero si consideramos que en el mismo nada se dijo sobre el hecho de que los funcionarios hubieran negado la existencia de una indagación preliminar y que la visita se desarrollaba en el marco de la misma, información que era necesaria para dispersar las dudas que se provocaron al manifestar que la visita era simplemente una actuación "sorpresiva".

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

comisionados de la SIC a faltar a la verdad, en el sentido de expresar cosas contrarias a la realidad, como en efecto sucedió.

De la lectura del acta suscrita en desarrollo de la visita tan solo se advierte que los funcionarios de la SIC llamaron la atención sobre las consecuencias jurídicas del incumplimiento de inobservar las instrucciones emitidas por esa Superintendencia, pero en ningún momento quedó registro, - dado que ello no sucedió -, que los funcionarios delegados hubieran manifestado qué tipo de actuación correspondía a la visita, pues se insiste en que lo único que manifestaron fue que la misma era de carácter sorpresivo. Si bien la interpretación de la SIC acerca de considerar que correos electrónicos institucionales corresponden a papeles o documentos del comerciante⁴⁴ y en tal virtud, los mismos pueden ser registrados en una actuación administrativa, dicha información no fue suministrada y se omitió por parte de los funcionarios delegados, la explicación sobre ese tema, y esa es la razón por la cual en el acta se aprecia que mi representado y los demás funcionarios de la EAB - ESP realizaron varias manifestaciones tendientes a expresar su conciencia de estar actuando conforme al ordenamiento jurídico⁴⁵.

En segundo lugar, merece especial atención otra circunstancia que tampoco fue analizada por la SIC en las mencionadas resoluciones y que también se presentó en desarrollo de la visita, que está relacionada con las expresas facultades delegadas mediante el Oficio 1004 suscrito por el Coordinador del Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia en el que se consignó lo siguiente:

*“Dentro de las funciones y facultades legalmente conferidas a esta Superintendencia, solicito les preste la colaboración necesaria para que cumplan con su labor, **en los términos de los numerales 62 y 63 del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011**”.*

Revisados los numerales 62 y 63 del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011 tenemos que textualmente señalan lo siguiente:

“Artículo 1º. La Superintendencia ejercerá las siguientes funciones: (...)

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

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

Llamó poderosamente la atención de mi representado y de las demás personas naturales que en el desarrollo de la visita administrativa, los funcionarios hubieran tomado declaración bajo juramento del funcionario GINO ALEXANDER GÓNZALEZ, pese a que la función de la SIC en esa materia se

⁴⁴Dicha posición se fundamenta en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rad. No. 05001-22-03-000-2007-00230-01, del 4 de septiembre de 2.007, M.P. Arturo Solarte Rodríguez, que valga precisar que en la decisión aquí impugnada, se omitió deliberadamente mencionar que, en ese caso, el alto Tribunal conoció de una acción de tutela interpuesta por quienes, como partes en un proceso arbitral civil conducido por un *tribunal arbitral* –que ejerce función jurisdiccional de manera transitoria, de acuerdo con el canon 116 Constitucional y el artículo 1º de la Ley 1.563 de 2.012-, consideraban que éste no podía ordenar la inspección judicial con exhibición de documentos de la correspondencia cruzada de distintos funcionarios de las empresas demandadas. Quedan aún dudas que esta providencia de tutela puede emplearse para sustentar que, en ejercicio de sus competencias legales, a los funcionarios comisionados no podía negárseles el acceso a las referidas cuentas institucionales de correo electrónico, porque la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta entidad no ejercía el 30 de octubre de 2.012, en virtud del Rad. No. 12-185822, en manera alguna, funciones de autoridad judicial.

⁴⁵Se lee en el Acta lo siguiente: *“El Despacho advierte a los funcionarios de la EAAB, relacionados en esta acta, de las consecuencias jurídicas que puede acarrear el incumplimiento de instrucciones por parte de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. **Ante esto los funcionarios firmantes de la presente acta manifiestan: “que en cumplimiento del ordenamiento jurídico estamos dispuestos a aportar toda la información necesaria para la presente actuación administrativa, salvo aquella que pudiera vulnerar el derecho a la intimidad, el buen nombre, el habeas data y la privacidad de los funcionarios involucrados en la misma”.***

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

encuentra prevista en el numeral 64⁴⁶ del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011, disposición que no fue consignada en el Oficio de delegación que presentaron los funcionarios de esa Superintendencia.

Se consideró por parte de mi representado que si la facultad para recepcionar interrogatorios bajo la gravedad de juramento no se encontraba expresamente delegada en el Oficio 1004 mencionado, los funcionarios delegados de la SIC no tenían competencia para recepcionar el testimonio del ingeniero GINO GONZÁLEZ y sin embargo dicha diligencia se llevó a cabo. Con lo anterior, apareció una nueva duda para mi representado que lo llevó a considerar que la visita administrativa se estaba llevando a cabo por fuera del ámbito de competencias y con desconocimiento incluso de la misma delegación.

Aunado a lo anterior, nótese que la decisión de los funcionarios de la SIC frente a la solicitud, que hizo el ingeniero MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA consistente en que la depuración de los correos electrónicos se llevara a cabo en las instalaciones de la EAB – ESP, igualmente dejó dudas sobre la necesidad de extraer los mismos inmediatamente y ese mismo día, así como también sobre la facultad de la SIC de extraerlos y con posterioridad proceder a hacer la depuración, pues de acuerdo a la misma acta se tiene que hacía las 4:30 p.m., esto es, media hora antes de finalización de la jornada laboral de los funcionarios de la EAB – ESP, se encontraban finalizando la depuración de la cuenta de correo electrónico de uno de los funcionarios, y para esa hora habían recolectado tan solo los correos de dos funcionarios más y faltaban entonces por recopilar y depurar en caso de que los funcionarios así lo solicitaran, las cuentas de correo institucional de cinco funcionarios más. Para claridad, me permito transcribir los apartes del acta de visita, así:

*“No obstante, por solicitud expresa del ingeniero Mauricio Jiménez, con el fin de garantizar su derecho a la intimidad, **se acordó hacer la depuración de correos en las instalaciones de la empresa visitada. El Despacho aceptó la sugerencia del ingeniero Mauricio Jiménez, de tal manera que inicialmente se hizo un back up del año 2012 de los correos de la cuenta de correo electrónico institucional del ingeniero Mauricio Jiménez y luego se hizo una revisión en orden cronológico de alrededor de 120 correos uno a uno, allí se seleccionaron los asociados al tema de Coopjardín los cuales se grabaron en un archivo independiente, posteriormente se hizo una búsqueda de palabras clave tales como presión, jardín, Coopjardín, caudal, restricción y se seleccionaron los correos asociados al tema que determinó la Superintendencia**”.*

De acuerdo con lo anterior, si los dueños de las cuentas de correo electrónico podían sugerir a los funcionarios de la SIC que la depuración se llevara a cabo en las mismas instalaciones de la EAB – ESP y en desarrollo de la visita administrativa, se advierte que la inalterabilidad y la protección a la intimidad ofrecida por el procedimiento de extracción de la SIC no satisfizo la necesidad de los titulares de la cuenta de correo, y ante la aceptación de la SIC de dicha sugerencia, la competencia para extraer e inspeccionar los correos electrónicos se hizo aún más dudosa.

Quiero expresar que todas las situaciones que fueron expuestas en este apartado no corresponden a un argumento que hasta ahora se manifieste como consecuencia de la decisión de sancionar a mi representado, por el contrario, las mismas se hicieron mediante comunicaciones del 6 de noviembre de 2012, esto es, incluso antes de que se le exigiera a los investigados las explicaciones por la inobservancia de la instrucción, dirigidas al Superintendente de Industria y Comercio⁴⁷ y al

⁴⁶ “Numeral 64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones”.

⁴⁷ Oficio 15100-2012-7187 de la Gerencia Jurídica de la EAB – ESP, radicado en la SIC con el No. 12-202212-00000-0000. Vale la pena precisar que el oficio fue elaborado por mi representado y el mismo fue revisado por la doctora Denny Rodríguez Espitia, directora de Representación Judicial y Actuación Administrativa de la EAB – ESP a quien el Superintendente archivó la investigación. Dicho oficio fue allegado como prueba en el escrito de explicaciones suscrito por mi representado y ante dicha prueba documental la resolución impugnada guardó silencio.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia⁴⁸, funcionarios que jamás dieron respuesta a las mismas⁴⁹ y que no las valoraron en las resoluciones objeto de la presente solicitud, generándose con ello un vicio por insuficiencia en la motivación⁵⁰.

⁴⁸ Oficio 15100-2012-7187 de la Gerencia Jurídica de la EAB - ESP, radicado en la SIC con el No. 12-202212-00001-0000. Vale la pena precisar que el oficio fue elaborado por mi representado y el mismo fue revisado por la doctora Denny Rodríguez Espitia, directora de Representación Judicial y Actuación Administrativa de la EAB - ESP a quien el Superintendente archivó la investigación. Dicho oficio fue allegado como prueba en el escrito de explicaciones suscrito por mi representado y ante dicha prueba documental la resolución impugnada guardó silencio.

⁴⁹ "Con preocupación me permito poner en su conocimiento el desarrollo de la visita administrativa señalada en el asunto, con el fin de que se tomen las medidas correspondientes, por cuanto a juicio de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ (EAAB - ESP) en la realización de aquella, pudieron ser excedidas las facultades previstas en las leyes que regulan las actuaciones administrativas y jurisdiccionales que le han sido asignadas a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO en relación con la protección a la competencia.

(...)

Frente a lo anterior, procedí a solicitar información en relación con el motivo o la causa que daba origen a la mencionada visita administrativa, frente a lo cual, las personas comisionadas por la SIC me respondieron que se trataba de una actuación reservada, precisando adicionalmente que no estaba abierta en contra de la EAAB - ESP una investigación ni siquiera de carácter preliminar.

Tal como se aprecia, las actuaciones desplegadas por las personas comisionadas, - al pasar por alto normas y principios básicos constitucionales y de la función administrativa -, pueden eventualmente afectar el trámite procesal que con base en la información recopilada adelante la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de la EAAB - ESP, así como también puede generar que el mal entendimiento e interpretación de las normas que otorgan facultades administrativas y jurisdiccionales por parte de las personas comisionadas genere futuras declaraciones de nulidad y/o reconocimiento y tutela de derechos fundamentales por parte de los jueces de la República por desconocimiento de derechos de rango constitucional decantados de tiempo atrás y con sólida jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional.

Estimamos necesario expresar que la posición de la EAAB - ESP encuentra respaldo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que se ha señalado que:

Para garantizar plenamente el derecho al debido proceso de quien se ve sometido a la actividad investigativa de la Superintendencia, es indispensable que exista una plena claridad, desde el inicio mismo de la actuación, sobre la naturaleza de la función que se está ejerciendo en cada caso, puesto que de ello dependerá el tipo de recursos con los que cuenta el ciudadano para ejercer su derecho a la defensa.

La Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para adelantar respecto de una misma conducta constitutiva de competencia desleal, investigaciones tanto administrativas como jurisdiccionales, pero **está obligada a informar al interesado o persona contra quien se dirija la misma qué tipo de facultad está ejerciendo, con el fin de garantizar plenamente el derecho al debido proceso.**(...) **La Superintendencia no puede iniciar una investigación sin determinar con entera claridad la naturaleza de la función que ejerce y mucho menos confundir las dos atribuciones (...)** **Un acto de esa naturaleza sería contrario al principio constitucional del debido proceso.** (...)

En desarrollo de la mencionada actuación, las personas comisionadas solicitaron hacer un back up de la totalidad de los correos electrónicos institucionales de 8 funcionarios de la EAAB - ESP señalando que tenían dicha facultad en virtud de lo dispuesto en los numerales 62 y 63 del artículo 1° del Decreto 4886 de 2011.

Si bien los numerales 62 y 63 del artículo 1° del mencionado Decreto permite realizar visitas de inspección, recaudar información, datos, informes, libros y papeles de comercio; a juicio de la EAAB - ESP, la revisión de los correos electrónicos de los funcionarios constituía una medida, que dada la invasión en la esfera privada de las personas requería de una orden de autoridad judicial, - jueces o autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales -, y no simplemente administrativas, o la expresa autorización por parte de la ley, requisitos que no se verificaron en la realización de la visita administrativa en la cual las personas comisionadas consideraron equivocadamente que ostentaban facultades jurisdiccionales.

Sobre este punto, la Corte Constitucional señaló que:

Es claro que el artículo 116 enfatiza el carácter excepcional de estas atribuciones, por lo mismo, cuando se trata de interpretar normas que atribuyen funciones pero son ambiguas en cuanto a su carácter habrá de darse preferencia a una interpretación según la cual las funciones son, como norma general, administrativas, salvo aquellas que el legislador haya determinado con precisión y especificidad que son jurisdiccionales.

Del mismo modo, estimamos necesario hacerle saber que los funcionarios comisionados llevaron a cabo la práctica de una declaración bajo la gravedad de juramento, facultad que se encuentra prevista en el numeral 64 del artículo 1° del mencionado Decreto, y que según el documento presentado por los funcionarios comisionados no les había sido conferida, pues en el mismo texto del oficio se señaló expresamente lo siguiente: "dentro de las funciones y facultades legalmente conferidas a esta Superintendencia, solicito les preste colaboración necesaria para que cumplan con su labor, en los términos de los numerales 62 y 63 del artículo 1° del Decreto 4886 de 2011 y no en los términos del numeral 64 como equivocadamente consideraron los funcionarios comisionados".

⁵⁰ "La motivación del acto debe comprender todos los elementos y circunstancias que le dieron origen y sobre los cuales habrá de resolver la administración. Cualquier omisión en la parte motiva de la providencia administrativa de alguno de estos elementos hace de ésta un acto insuficientemente motivado, por lo tanto susceptible de ser sometido a control gubernativo o jurisdiccional". Santofimio Gamboa J.O. "Tratado de Derecho Administrativo" Tomo II, Ed. U. Externado, 2009, Págs. 399 - 400. En igual sentido BERROCAL GUERRERO, Luis Guillermo. "Manual del acto administrativo", Ed. del Profesional Ltda., Bogotá: 2009, p. 500: "Este vicio se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica v/o jurídica, de allí que sé en las siguientes situaciones: (...) Por apreciación errónea de los hechos, de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo o no corresponden a los supuestos descritos en las normas que se invocan".

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

ii.ii) La orden de entrega de los correos electrónicos fue cumplida y la misma no produjo ninguna obstrucción a la actuación de la SIC:

En las resoluciones mencionadas la SIC no tuvo en cuenta que como consecuencia de la remisión de **los correos electrónicos institucionales 9 días hábiles después de la visita, entre los días 15 y 18 de febrero de 2013 esa entidad realizó diligencias de descifrado, depuración y selección de la información contenida en los mismos, con el fin de que la misma hiciera parte de la investigación 12-185822 que se sigue en contra de la EAB – ESP.**

En el acta de la diligencia de depuración del correo electrónico del ingeniero MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA se consignó lo siguiente:

*“Cabe mencionar que en el CD conterido en el sobre sellado del folio 393 del Cuaderno No. 4 del expediente **se hallaban los correos electrónicos que fueron seleccionados por los funcionarios de la SIC en la visita llevada a cabo en la EAAB el día 30 de octubre de 2012**”*

De lo anterior se colige que la SIC omitió valorar que los correos electrónicos de la cuenta de MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA, remitidos a los 9 días hábiles siguientes a la fecha de la visita correspondían a los mismos que los funcionarios de la SIC luego de la depuración realizada ese mismo día de la visita habían seleccionado. Por lo anterior, la afirmación consignada en la resolución 44586 consistente en que la SIC no podía determinar si la información enviada guarda correspondencia con aquella que se quería recaudar in situ, es falsa.

Ahora, nótese que en las resoluciones mencionadas la SIC tampoco se refirió a que la EAB – ESP remitió dos archivos de correos electrónicos por cada funcionario, en uno se encontraban los correos electrónicos extraídos del computador personal de cada funcionario y en el otro se remitieron los correos electrónicos extraídos de las cintas que contienen información de todos los aplicativos de la EAB- ESP, incluyendo el correo electrónico, el cual no puede ser objeto de manipulación por parte de los titulares de las cuentas de correo.

La SIC no valoró que mi poderdante y los demás investigados, conscientes de garantizar la fidelidad e inalterabilidad de la información remitieron a la SIC, 9 días hábiles después de la visita no solamente la información extraída de los computadores de cada uno de los funcionarios sino aquella a la cual no se tiene acceso por parte de los titulares, de modo que si algún correo era eliminado en el computador personal, las cintas de propiedad de la EAB – ESP conservaban el mismo y por esa razón se remitieron entonces dos archivos por cada cuenta de correo.

Ahora, de la lectura de las actas de descifrado, depuración y selección de los correos electrónicos de los otros funcionarios se tiene que en las mismas se consignó lo siguiente:

*“Cabe mencionar que los dos discos compactos, que obran en el expediente a folios 396 del Cuaderno 4 y 498 del Cuaderno 5, allegados a la Delegatura para la Protección de la Competencia se pudo verificar que eran **copias exactas**, es decir, los dos (2) tenían la misma información, por tanto solo se examinó uno de ellos”.*

Dentro de las pruebas documentales que tampoco fueron tema de análisis en las resoluciones mencionadas, encontramos la certificación expedida por el Gerente de Tecnología de la EAB-ESP en la cual se señaló lo siguiente:

“De acuerdo a la solicitud realizada via Lotus, nos permitimos remitir los Back Up's de los correos electrónicos de los siguientes usuarios: Juan Carlos Casas, Francisco Canal, Martha

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Lucía Garzón, Paola Miranda, Luis Eduardo Marin, Luis Eduardo Silva, Gino González y Mauricio Jiménez.

Los Back Ups que se remiten fueron extraídos de las cintas que contienen la información de todos los aplicativos de la Empresa, incluido el Correo Lotus Notes, los cuales son extraídos mensualmente y reposan en un sitio seguro para evitar vulnerabilidades y de esta manera garantizar la traza de toda la data de la información de la Empresa, por lo anterior, la Gerencia de Tecnología garantiza la trazabilidad y la inalterabilidad de los correos de los funcionarios mencionados.

Si al hecho de que la certificación mencionada no se le hizo la más mínima mención en la resolución impugnada se le suma que a mi representado se le negó la práctica de la declaración testimonial del Gerente de Tecnología y la realización de un dictamen pericial para determinar la inalterabilidad de los correos electrónicos, es evidente que el argumento de considerar que al no haber entregado los correos el mismo día de la visita no se pudo determinar la inalterabilidad de los mismos, es falsa.

Como se observa, la SIC al omitir el análisis de las pruebas y situaciones descritas en este apartado, además de violar lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 5º de la Ley 1437 de 2011⁵¹, configuró la causal de nulidad por falsa motivación.

ii.iii) La inobservancia de instrucciones y la obstrucción de investigaciones no son faltas sancionables bajo el régimen de responsabilidad objetiva:

De la lectura de las resoluciones objeto de la presente demanda se advierte que la SIC consideró equivocadamente que la inobservancia de instrucciones y la obstrucción de investigaciones como faltas administrativas están edificadas bajo un esquema de responsabilidad objetiva.

Es evidente que si el numeral 12 del artículo 9º del Decreto 4886 de 2011 establece a cargo del Superintendente Delegado para la Competencia 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, esas conductas permiten que el investigado exponga los argumentos de defensa que justifiquen su actuación y que por esa vía demuestren la inexistencia de su presunto incumplimiento.

De entrada entonces concluimos que el régimen de responsabilidad por inobservancia de instrucciones no es objetivo, pues la ley permite al particular que exprese los motivos de su actuación y por esa vía explique las causas de su comportamiento.

Dicha situación tiene una doble vía, en el sentido del deber que le asiste a la SIC dar respuesta de manera concreta y precisa sobre los argumentos o explicaciones expresadas por el sujeto investigado, así como también valorar y decidir con base en las pruebas que fueron aportadas y recaudadas dentro de la actuación.

En otras palabras, la inobservancia de instrucciones o la obstrucción de investigaciones no opera de plano⁵², y es equivocado considerar que la actuación se limita a revisar si el investigado acató o no la

⁵¹ "Artículo 5º. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a: (...) Numeral 8º. A formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que éstas le informen cual ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente".

⁵² Sobre el punto ver: Corte Constitucional, Sentencia C-1088 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño en la cual se expresó: "La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones, sobre la potestad sancionadora de la administración, y ha estimado que la imposición de sanciones administrativas "de plano", desconoce el derecho de defensa del sancionado. Ha dicho la Corte al respecto: "En el presente caso, la vulneración del artículo 29 de la Constitución, depende del alcance del derecho al debido proceso en las actuaciones administrativas, en particular de la posibilidad de imponer sanciones de plano. El Constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP 29). Las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las

PROCESO No.: 110013334004201500139-J2
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

instrucción en los términos fijados por esa entidad sin entrar a analizar los motivos o las circunstancias que rodearon el presunto incumplimiento, así como también constituye un error afirmar, como en efecto se hizo en las resoluciones mencionadas, que el acatamiento de la instrucción en un término posterior a la misma no debe ser analizado por la SIC, pues así la información solicitada se allegue posteriormente esa situación no desvirtúa la configuración de la falta y la obstrucción la investigación.

Los argumentos mencionados por la SIC desconocen la posición de esa misma entidad en casos similares, que para claridad del honorable Despacho me permito citar dos resoluciones dictadas por esa misma entidad en el trámite de investigaciones por inobservancia de la actuación en las que precisamente se dice todo lo contrario:

“El otro aspecto que debe ser tenido en cuenta es que la Empresa allegó la totalidad de la información solicitada en un plazo razonable, sin que se ocasionaran traumatismos para el trámite de averiguación preliminar que aquí se adelantaba (...) RESUELVE: ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el cierre de la actuación que por presunto incumplimiento de instrucciones cursaba en contra de la empresa FRIGOURABÁ LTDA”⁵³.

“El otro aspecto que debe ser tenido en cuenta es que la Empresa allegó la totalidad de la información solicitada en un plazo prudencial, sin que se ocasionaran traumatismos para el trámite de la averiguación preliminar que aquí se adelantaba (...) 7.4. Conclusión. Luego del análisis de los hechos que dieron lugar a la apertura de la presente actuación por presunto incumplimiento de instrucciones, se concluye que estos no prestan mérito para sancionar a PROYECTING ALBERTO MUÑOZ & CIA LTDA. En conclusión se ordena el archivo de dicho trámite”⁵⁴.

De nuevo observamos una aplicación desigual de la ley por parte de la SIC frente a mi representado, lo cual es un indicio más de la configuración de una desviación de poder por parte de esa entidad al momento de expedir los actos mencionados, que precisamente de acuerdo con la doctrina nacional, dicho vicio se evidencia con la **disparidad de tratamiento** que consiste en que “ante situaciones fácticas iguales, adopta la administración medidas contradictorias”, lo cual puede tener causa en “las presiones del funcionario administrativo que después de una manifestación pública adopta una decisión en el sentido de la presión ejercida, etc.”⁵⁵, como en efecto sucedió dado que el Superintendente de Industria y Comercio de manera previa a la actuación salió a los medios de comunicación a manifestar que funcionarios de la EAB – ESP habían obstruido la práctica de una prueba y como consecuencia de ello se impondrían las sanciones correspondientes.

Amén de lo anterior, curiosamente, la SIC tampoco tuvo en cuenta que en la Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza

actuaciones administrativas sancionatorias. En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva - nulla poena sine culpa -, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del non bis in idem y de la analogía in malam partem, entre otras. “De otra parte, la legislación preconstitucional contencioso administrativa recoge en sus principios orientadores la imparcialidad, publicidad y contradicción de todas las actuaciones administrativas (D. 001 de 1984, art. 3º). La potestad sancionatoria de la administración debe ceñirse a los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien o de un derecho: revocación de un acto favorable, imposición de una multa, pérdida de un derecho o de una legítima expectativa, modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto, etc. En tales casos, la pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja debe ser consecuencia de una conducta ilegal y culposa cuya sanción sea impuesta al término de un procedimiento en el que esté garantizada la participación del sujeto y el ejercicio efectivo de su derecho de defensa. (Negritas del texto)

⁵³ Resolución 37136 del 15 de julio de 2011, dictada dentro del radicado 07-27171.

⁵⁴ Resolución SIC 37135 del 15 de julio de 2011, dictada dentro del radicado 09-141786.

⁵⁵ Santofimio Gamboa J.O. “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo II, Ed. U. Externado, 2009, Pág. 414.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Martelo, del 17 de mayo de 2002, que citó para reforzar la imposición de la sanción en contra de mi representado se indicó lo siguiente:

"Finalmente, es preciso resaltar que *está claramente demostrado que los actores no suministraron la información requerida por la Superintendencia de Industria y Comercio como ellos mismos lo admiten en la demanda y en el recurso*"⁵⁶.

Con lo anterior se demuestra que la SIC impuso una sanción por inobservancia de instrucciones sin analizar los razonables motivos que generaron que el acatamiento de la instrucción se llevara a cabo con posterioridad, y sin verificar que la tardanza no produjo traumatismos para el trámite de la investigación, configurándose con ello una falsa motivación del acto administrativo.

Vale la pena también señalar que en la comunicación a través de la cual la SIC le solicitó a mi representado explicaciones tan solo se hizo referencia a la *inobservancia de instrucciones* y sin embargo en las resoluciones además se sancionó a mi representado por *obstrucción de la investigación*, conducta frente a la cual no se le concedió la oportunidad de presentar explicaciones, pues de manera sorpresiva se consignó en la resolución 44586 pese a que la misma no fue objeto de debate en el trámite de la actuación administrativa⁵⁷.

Todo lo anterior constituye la prueba de una actuación realizada con desviación de poder por parte del Superintendente de Industria y Comercio, quien de manera prematura, el 10 de noviembre de 2012 salió a los medios de comunicación a divulgar sobre las sanciones que impondría a la EAB – ESP y a 7 funcionarios, razón por la cual dentro de la actuación ningún argumento de defensa ni ninguna prueba de descargo fue tomada en cuenta y por ese mismo motivo, el tratamiento desigual frente a casos similares, la ilegal aplicación de la Ley 1340 de 2009 y la violación de todos los principios que rigen el derecho administrativo sancionador.

Posición de la parte demandada

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia del 17 de mayo de 2002.

⁵⁷ La doctrina y la jurisprudencia foránea, en donde ha tenido un mayor desarrollo teórico el derecho administrativo sancionador encuentra que en virtud de la proscripción de la responsabilidad objetiva es requisito indispensable analizar la culpabilidad del investigado con el fin de no imponer sanciones que resultan injustas y carentes de soporte legal y constitucional. Así por ejemplo en la sentencia STS de 23 de enero de 1998 (Ar 501) se señaló lo siguiente: *"Puede hablarse de una decidida línea jurisprudencial que rechaza en el ámbito sancionatorio de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o culpa, en línea con la interpretación de la STS 76/1990, de 26 de abril, al señalar que el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición de exceso o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por consiguiente, tampoco en el ilícito administrativo puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa"*. En torno a la interpretación de las normas que regulan el registro de la correspondencia como forma de comunicación, es importante citar la Sentencia STS del 2 de Junio de 1982 (Ar. 4183; Botella) en la que se señaló lo siguiente: *"En ningún caso puede ponerse en tela de juicio la conducta irreprochable en este punto del señor M, en un momento legislativo en el que podían haber dudas fundadas sobre la cuestión. Y como resulta inevitable, de ello ha de entenderse no cometida la infracción"*. La doctrina considera que: *"La jurisprudencia nos ofrece abundantes testimonios suficientes de exoneración de culpabilidad por causa de error de prohibición, que opera no sólo en supuestos de ignorancia absoluta (desconocimiento de la norma), sino también en el grado más atenuado de error excusable de interpretación. La sentencia preconstitucional de 23 de abril de 1976 (Ar 2386, Suárez Manteola) revocó una sanción teniendo en cuenta que los autores habían obrado considerando tener perfecto para derecho para ello, de donde se deduce que es notorio que lo realizado no fue con ánimo de menoscabar el orden público sino simplemente de defender lo que creían suyo y en estas condiciones no puede apreciarse sea constitutivo de falta alguna. Véase como ejemplo las SSTS de 5 de mayo y 5 de junio de 1998 (Ar 5099 y 5722) de antecedentes fácticos similares. El Tribunal admite la exculpación por error razonado que no se puede imputar a la entidad actora la existencia de culpa o negligencia pues obraba con la creencia de buena fe, existiendo en el presente caso indicios aparentes suficientes para inducir al error a cualquier persona prudente"* Nieto A., "Derecho Administrativo Sancionador", Ed. Tecnos, 2012. Págs. 355, 361 y 362.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En el acto administrativo demandado claramente se hace una distinción entre la sanción impuesta a la empresa, originada en prácticas prohibidas contenidas en el artículo 25 de la ley 1437 del 2011 en tanto que la sanción impuesta al actor se deriva de su comportamiento originado el 30 de octubre del 2012 cuando se incurrió en el comportamiento objeto de sanción.

Posición de la Sala:

Tal como ha quedado probado a lo largo de la presente providencia, los argumentos señalados por la parte demandante no prosperan en tanto que la autoridad de inspección, vigilancia y control tenía el derecho de acceder, revisar y valorar los correos comerciales de la empresa, que tienen la naturaleza de documentos del comercio, razón por la cual, el reproche realizado al actor, en tanto que se probó su comportamiento, no podría ser distinto que determinar la existencia de hecho y e imponer la sanción correspondiente.

Señala el actor que se ha impuesto una sanción de carácter objetivo. Sin embargo es lo cierto que la circunstancia de que la prueba no haya sido alterada hasta la fecha de entrega y que por ello no se produjo daño, es un hecho absolutamente ajeno a la prohibición. En este caso, la información no se entregó oponiendo la prohibición de un funcionario de la empresa, desconociendo con ello el carácter legal de la visita y el poder de la autoridad para acceder a la totalidad de la información del comerciante, en el que obviamente se encuentran los correos institucionales o empresariales.

Al resolver el recurso de alzada, en la demanda que contra el mismo acto formuló uno de los sancionados, el Tribunal Administrativo valora la calificación objetiva de la conducta, advirtiendo con ello que no se sanciona por responsabilidad objetiva.

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Bogotá, DC, catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
 Expediente: No. 11001-33-34-002-2015-00141-01
Actor: JUAN CARLOS CASAS VARGAS
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - APELACIÓN SENTENCIA

(...)

De dicho acto administrativo se tiene que la responsabilidad del demandante en este caso concreto se determinó por el no cumplimiento injustificado de las instrucciones impartidas por la SIC en la visita administrativa llevada a cabo el 30 de octubre de 2012 relacionada con la no entrega de los correos electrónicos institucionales solicitados, hecho que fue acreditado en el expediente administrativo luego de valorar las explicaciones dadas por el actor y las pruebas aportadas al proceso con respeto del debido proceso y del derecho de defensa y contradicción como ampliamente se explicó y que dio lugar a la imposición de una sanción de multa por la infracción al ordenamiento jurídico por lo que en modo alguno se aplicó una responsabilidad objetiva.

Igualmente cabe manifestar que cuando el citado acto administrativo hizo referencia a la responsabilidad objetiva no fue para aceptar que aquella se haya aplicado al caso concreto sino para explicarle al actor que esa figura jurídica no está proscrita de modo absoluto en el ordenamiento jurídico siempre que se cumplieran con determinados requisitos como lo ha expuesto la Corte Constitucional, es decir fue un aspecto meramente informativo, mas no el fundamento de la decisión.

7) En ese orden no son de recibo los argumentos expuestos por el demandante consistente en que se vulneraron los principios de presunción de inocencia, buena fe, no aplicación de responsabilidad objetiva e *in dubio pro administrado*.

Por lo anterior el cargo no prospera.

TERCER CARGO:

Posición de la parte demandante:

- TERCERA CAUSAL:

- c) Las resoluciones SIC 44586 y 61661 del 14 de julio y el 14 de octubre de 2014 fueron expedidas de forma irregular por desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En desarrollo de esta causal expondré dos defectos procesales que se presentaron durante la actuación y que provocaron la violación de los derechos de audiencia y defensa de mi representado. El primero de ellos por la reducción del término previsto en la ley para la interposición de un recurso de reposición y el segundo por el adelantamiento de una investigación por la realización de una supuesta práctica restrictiva a la competencia por fuera del procedimiento previsto en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.

- **Defecto procesal por la reducción y fraccionamiento del término para interponer recurso de reposición en contra de la Resolución 4906 del 18 de febrero de 2013.**

El Superintendente Delegado para la Competencia profirió la Resolución No. 4906 del 18 de febrero de 2013⁵⁸ y en los artículos 4º y 5º de la misma ordenó rechazar la práctica de una prueba pericial y de una declaración testimonial que tenían por objeto reiterar la inalterabilidad de los correos electrónicos remitidos por la EAB – ESP durante los días 14 y 15 de noviembre de 2012.

No obstante la trascendencia, pertinencia y utilidad de esas pruebas para efectos de demostrar si efectivamente se había producido o no una **obstrucción** con la actuación de mi representado, la Delegatura para la Competencia se limitó a manifestar que el propósito de la investigación se encaminaba a determinar si los investigados habían infringido o no lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 al no hacer entrega de la información requerida en el momento de la visita administrativa, evidenciando con ello que desde la aparición del Superintendente de Industria y Comercio en los medios de comunicación, la decisión sancionatoria en contra de mi representado y de los demás investigados ya estaba tomada⁵⁹.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009⁶⁰, el auto que niegue pruebas es susceptible del recurso de reposición.

Dado que el artículo 52 de la Ley 1340 de 2009⁶¹ que fija el procedimiento para investigaciones por prácticas restrictivas a la competencia, establece que en lo no previsto en el mismo se deberá aplicar lo señalado en el Código Contencioso Administrativo, resulta indispensable acudir a este cuerpo normativo que en su artículo 76 fija como oportunidad para la interposición del recurso de reposición el término de **DIEZ (10) DÍAS**.

Pues bien, el Superintendente Delegado para la Competencia en el artículo 9º de la Resolución No. 4906 del 18 de febrero de 2013 resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO NOVENO: *Contra la presente resolución, por ser un acto de trámite, no proceden recursos, excepto para lo señalado en el artículo cuarto y quinto, respecto del cual procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia dentro de los **CINCO (5) DÍAS** hábiles siguientes a su notificación, en los términos del artículo 20 de la Ley 1437 de 2011”.*

⁵⁸ Folios 402 a 406 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵⁹ Ese querer se vio exteriorizado en la mencionada resolución en la que en un claro prejuicio se señaló lo siguiente: De acuerdo con lo anterior, esta Superintendencia considera que el hecho de garantizar que los correos electrónicos allegados por parte de la EAB los días 14 y 15 de noviembre de 2012, corresponden a los mismos correos que pudo haber recolectado la Superintendencia de Industria y Comercio el día de la visita administrativa, no prueba que se haya acatado la instrucción emitida por esta Delegatura (...) Por lo anterior, la Superintendencia considera que haber allegado los correos electrónicos solicitados con posterioridad a su solicitud con el fin de evitar una multa, no conlleva a probar que la inobservancia de las instrucciones, durante la visita administrativa del 30 de octubre de 2012, no se hayan cometido” (Subrayas y negrillas fuera de texto original)

⁶⁰ “Artículo 20. Actos de Trámite. Para efectos de lo establecido en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo todos los actos que se expidan en el curso de las actuaciones administrativas de protección de la competencia son de trámite, **con excepción del acto que niegue pruebas**”.

⁶¹ “(...) En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo”.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Así entonces, el Superintendente Delegado para la Competencia, redujo el término para la interposición del recurso de reposición en contra de la Resolución No. 4906 del 18 de febrero de 2013, al no haberle concedido a mi representado **diez (10) días de acuerdo con lo establecido en la norma, sino únicamente cinco (5) días, sin ningún fundamento legal en el que se soportara dicha decisión.**

Mediante memorial del 11 de marzo de 2013 y dentro de los reducidos 5 días que le concedió el Superintendente Delegado para la Competencia, mi cliente advirtió sobre la irregularidad que se configuraba con la reducción del término para interponer el recurso de reposición mencionado, y en dicha comunicación se señaló que esa limitación procesal afectaba los derechos a la defensa y al debido proceso. Como muestra del talante de los funcionarios de la SIC en la presente actuación, dicha comunicación no fue atendida ni respondida, pese a reposar en el expediente.

Así mismo, como consecuencia de la reducción del plazo legal para la interposición del recurso mi representado presentó un escueto recurso de reposición⁶² en contra de la Resolución No. 4906 del 18 de febrero de 2013, explicando sucintamente la pertinencia, importancia y utilidad de las pruebas que habían sido rechazadas.

El Superintendente Delegado para la Competencia Desleal, mediante Resolución No. 27125 del 10 de mayo de 2013⁶³ resolvió el recurso interpuesto, decidió no reponer los artículos 4º y 5º de la Resolución 4906 del 18 de febrero de 2013 y no se pronunció sobre el vicio procesal alegado por mi representado.

Cinco meses después, esto es, el 10 de octubre de 2013, mediante Resolución No. 59493, y en firme la Resolución a través de la cual negó el recurso de reposición que interpuso mi cliente, el Superintendente Delegado para la Competencia ordenó lo siguiente:

“SÉPTIMO: Que en razón al término concedido para la presentación de los recursos de reposición por parte de JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA,(...), la Delegatura advirtió la comisión de un verro en el citado ARTÍCULO NOVENO de la Resolución No. 4906 de 2013, en razón a que se concedió equivocadamente un plazo de (5) días, cuando lo que correspondía en derecho era otorgar un término de diez (10) días en los términos del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

OCTAVO: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011: “Artículo 45. Corrección de errores formales. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda”.

NOVENO: Que expuesto lo anterior, y habiéndose advertido un error formal de digitación en cuanto al plazo legal otorgado para impugnar las pruebas negadas por la Delegatura mediante la Resolución No. 4906 del 18 de febrero de 2013, es procedente modificar su ARTÍCULO NOVENO, en aplicación de los principios del debido proceso, responsabilidad y economía que deben orientar las actuaciones administrativas, contemplados en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

(...)

RESUELVE:

(...)

⁶² Comunicación 15100-2013-1845, recibida en la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Radicado 12-202481-00019000.

⁶³ Folios 439 a 437 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el ARTÍCULO NOVENO de la parte resolutive de la Resolución No. 4906 del 18 de febrero de 2013, en el sentido de indicar que de conformidad con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, procede el recurso de reposición contra los numerales CUARTO y QUINTO de la Resolución No. 4906 del 18 de febrero de 2013, el cual deberá ser interpuesto ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación en los términos del artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

ARTÍCULO TERCERO: CONCEDER un plazo adicional de cinco (5) días a JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA (...), para que, si lo desean, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo, interpongan recurso de reposición en contra de los numerales CUARTO y QUINTO de la Resolución No. 4906 del 18 de febrero de 2013, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución”.

Lo anterior indudablemente obedece a una manifestación más del proceder arbitrario de la SIC, y con ello se demuestra aún más la desviación del poder en la actuación y la negación del derecho de defensa conforme con la Constitución Política y a la ley, pues no es acorde con el real ejercicio de dicho derecho, que un funcionario se considere competente para fraccionar un término legal y para determinar en qué momento se le permite al investigado hacer uso del mismo, incluso cuando el ejercicio de la defensa resulte inane **dado que el plazo “adicional” de 5 días se concedió 5 meses después de haber decidido el recurso y frente a una decisión que ya se encontraba en firme.**

Tal como se aprecia, pese a la advertencia hecha mediante memorial del 11 de marzo de 2013, solo hasta después de siete meses, la Delegatura para la Competencia declaró haber advertido “oficiosamente” el yerro relacionado con la reducción del término que le fue concedido a mi cliente para la interposición del recurso de reposición y en dicha decisión la SIC consideró cándidamente que el defecto procesal correspondía a un error formal de digitación que podía ser subsanado concediendo cinco (5) días más a los investigados.

Con lo anterior se generó una segunda falla procesal, consistente en considerar que el primer vicio procedimental correspondía a un error de digitación y que por lo tanto el mismo podía ser subsanado a través del otorgamiento de cinco (5) días “adicionales” para completar los diez (10) establecidos en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

Así como se lo advirtió mi cliente a la SIC, la reducción de un término procesal no puede calificarse como un error de digitación o un error “formal”, pues nótese que no tenía ninguna finalidad conceder 5 días más para complementar un recurso que ya había sido decidido 5 meses atrás mediante un auto que se encontraba en firme.

Por lo anterior, la forma de corregir el yerro mencionado, tal como lo solicitó mi cliente en la diligencia de interrogatorio, no era conceder, después de cinco meses de haber decidido los recursos, los cinco (5) días faltantes para completar el término legal, pues cualquier complementación que mi poderdante hiciera durante esos cinco días era vana e inútil para el ejercicio del derecho de defensa debido a que precisamente la decisión ya estaba tomada y en firme.

En razón a que la Superintendencia Delegada para la Competencia ordenó de oficio escuchar a mi cliente en interrogatorio – ¡¡¡y bajo la gravedad de juramento!!! –, concurrió el 6 de noviembre de 2013 al llamado hecho por ese Despacho, y en dicha diligencia advirtió nuevamente sobre los dos vicios procesales que afectaban la actuación, a saber: i) Haber reducido el término para la interposición del recurso de diez (10) a cinco (5) días y ii) Considerar que el yerro anterior obedecía a un error de digitación y pretender subsanar el mismo concediendo cinco (5) días más después de 5 meses de

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

haber decidido el recurso de manera negativa y estando en firme dicha decisión. Me permito transcribir lo dicho por mi representado en la diligencia de interrogatorio:

*“Yo si quisiera dejar constancia y quisiera solicitar con todo respeto que en caso de que se considere que esas observaciones que yo dejo aquí hechas constituyen un vicio procedimental de parte de la actuación o de toda pues obviamente que de esa manera el Superintendente Delegado para la Competencia o el Superintendente de Industria y Comercio ordene la nulidad de la actuación. Seguramente no desconozco que también la declaratoria de nulidad también procede de manera oficiosa, razón por la cual si el Superintendente encuentra que lo aquí dicho, pese a no tener o a no cumplir con los requisitos de las solicitudes de nulidad, resulta improcedente a petición de parte pues si quisiera que oficiosamente ordenara o la nulidad o restableciera la actuación en el sentido de adecuarla a unas normas que yo considero que aquí resultan pertinentes. (...) El otro tema que me llama la atención es aquel relacionado con los términos que se han concedido en la investigación (...) como ciudadano investigado solicito con todo respeto y dentro de las oportunidades procesales correspondientes que se haga conforme a derecho, conforme está establecido en la ley el procedimiento. A mí por lo menos si me llama la atención que el Despacho se hubiera dado cuenta del error de los cinco días que concedió para el recurso de reposición solamente después de que yo hubiera presentado la petición, pero digamos que bueno, puede que se hayan dado cuenta ustedes y no como consecuencia de la petición que yo formulé, sin embargo, pues obviamente la forma, a mi juicio y con todo respeto se lo hago saber al Superintendente Delegado para la Competencia, considero que la forma de resolver ese error no era dictando la Resolución del 10 de octubre de 2013 y concediendo cinco días de más al considerar que en la resolución a través de la cual se había concedido el término para interponer los recursos se había presentado un error de transcripción, porque es que el artículo 45, que citan en la resolución, del Código Contencioso Administrativo, pues efectivamente habla de los errores de transcripción, pero estoy seguro que cuando el Legislador habló de los errores de transcripción no se estaba refiriendo a términos procesales. Es decir si a mí me colocan en la resolución Juan Manuel Gómez Uruña en lugar de Juan José Gómez Uruña, pues ese error se puede corregir con posterioridad y nadie discute nada, yo no vendría a decir que yo no era Juan Manuel sino que era Juan José y declarar la nulidad por eso, efectivamente digamos que hay situaciones en las cuales la celeridad que debe orientar las actuaciones administrativas efectivamente a través de ese tipo de mecanismos se pueden solucionar ese tipo de errores, pero un error a través del cual se limita porque se da un término inferior para interponer un recurso, pues obviamente eso jamás corresponde un error de transcripción, eso es un error que afecta el debido proceso y afecta el derecho de defensa que son aplicables no solamente en las actuaciones judiciales sino también en las actuaciones administrativas. Ahí hay un tema adicional que pongo a consideración del Despacho, y es que si hay una resolución a través de la cual se decretaron unas pruebas y se negaron otras y en la cual se concedieron 5 días y no 10 para que se interpusieran esos recursos de reposición y se interponen los recursos de reposición y hay una decisión ya en firme, que se encuentra ejecutoriada que decidió los recursos de reposición, ningún sentido tiene que se concedan 5 días más para complementar el recurso o para interponer un nuevo recurso cuando ya hay una decisión en firme que decidió de esa manera, **entonces a mi juicio lo que era procedente era la declaratoria de nulidad de la resolución a través de la cual se concedieron 5 días y no 10 como lo establece el Código Contencioso Administrativo y eso pues obviamente no se trataba de un error de transcripción, sino que era un error que afectaba el debido proceso en el sentido de que el término procesal indicado por la ley había sido reducido a la mitad**⁶⁴.*

Se evidencia adicionalmente que la SIC pretendió mediante ese malabar jurídico que mi representado presentara un escrito complementario de su recurso para por esa vía mi cliente coadyuvara y asintiera en la subsanación del defecto procesal, sin embargo, era evidente que no tenía ningún sentido y

⁶⁴ Diligencia de interrogatorio del 5 de noviembre de 2013, Record: 1:16:30.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

mucho menos ninguna posibilidad de éxito procesal cualquier argumentación que mi poderdante presentara a la SIC para que se modificara la decisión de negar las pruebas que se encontraba en firme hacía 5 meses.

Sí el Legislador concedió a los particulares un término de 10 días para interponer un recurso de reposición, no le asiste ninguna facultad a la autoridad administrativa para reducir a la mitad dicho término y mucho menos, fraccionar o dividir el mismo a efectos de que el investigado presente el recurso dentro de cinco días y luego de que aquel sea resuelto, se le otorguen los días faltantes para efectos de complementar un recurso que ya fue decidido.

En verdad la decisión adoptada por el Superintendente Delegado para la Competencia para efectos de "corregir" el error procedimental en torno al término concedido para la interposición del recurso de reposición es equivocada y el análisis de la misma demuestra que lejos de garantizar el derecho de defensa que le asiste a mi cliente representa una burla a dicha garantía y al debido proceso, además de evidenciar en gran medida que la decisión de sancionar a mi representado ya estaba tomada y que para ello se haría todo lo necesario, incluso desconocer el ordenamiento jurídico y las garantías procesales que a aquel como ciudadano le asisten.

- **Defecto procesal por el adelantamiento de una investigación por una supuesta práctica restrictiva a la competencia por fuera del procedimiento previsto en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.**

En razón a que mi poderdante mediante sendos memoriales advirtió sobre la atipicidad de la conducta sancionada por la SIC frente a personas naturales, dicha entidad, en la Resolución 61661 del 14 de octubre de 2014, a través de la cual resolvió los recursos de reposición contra la primera decisión sancionatoria, acudió de manera sorpresiva a un último argumento que no fue sostenido durante los dos años que duró la investigación, y para intentar seguir sosteniendo como válida la mutilación del epígrafe del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, se lanzó a expresar lo siguiente:

"No comparte este Despacho las afirmaciones expuestas por los sancionados respecto a la atipicidad de la conducta de inobservancia de instrucciones y obstrucción de una investigación para personas naturales. Lo anterior atendiendo a la inclusión de esta práctica como una conducta contraria a las normas de protección de la competencia, que puede ser ejecutada o tolerada por personas naturales, como se verá a continuación.

El reproche que hace la SIC respecto a las personas naturales se predica de la colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia del desarrollo de conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia. Inicialmente, de una lectura desprevenida, se entendería que las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia serían: (i) prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; y (ii) el catálogo de conductas establecido en el Decreto 2153 de 1992. La anterior numeración debe complementarse con la adición de las conductas que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, suma al régimen de protección a la competencia.

Volviendo a mutilar el rótulo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 la SIC insistió en que:

El artículo 25 proscribía la violación de 'cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión de 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.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Este artículo incorporó una tercera categoría de conductas que son consideradas violatorias de las normas sobre protección de la competencia. En estos términos, teniendo en cuenta que es sancionable a la luz del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 cualquier persona que “colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección a la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas que lo complementen o modifiquen”, son reprochables para las personas naturales no solo incurrir en los verbos rectores de la norma frente a la prohibición legal contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el catálogo de conductas establecido en el Decreto 2153 de 1992, sino también respecto de las conductas incluidas por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es decir, la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta y la obstrucción de las investigaciones.

En otras palabras, según la Ley, (sic) tan sancionable es para una persona natural tolerar la realización de un cartel de precios o un abuso de posición de dominio, como tolerar el incumplimiento de instrucciones o la obstrucción de una investigación, en la medida en que ambas conductas tienen la categoría de prácticas restrictivas de la competencia.

Por estos motivos, no comparte este Despacho las afirmaciones de los sancionados respecto de la existencia de una analogía por parte de esta entidad para sancionar a las personas naturales por inobservancia de instrucciones, pues la Ley (sic) es muy clara al incorporar dentro de las conductas violatorias sobre protección de la competencia la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de 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. Así mismo, la Ley es clara en establecer que la persona que ejecute, colabore o tolere una conducta contraria a la libre competencia, será responsable de forma individual y sin perjuicio de la responsabilidad de la empresa, por la facilitación de dichas conductas, y responderá por las sanciones establecidas en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Ahora bien, la incapacidad que tiene una persona jurídica para actuar autónomamente llevó a que la ley sancionara también a aquellas personas naturales cuyas acciones de ejecución, colaboración, autorización, facilitación o tolerancia promovieron la consumación de la conducta violatoria del régimen de protección de la competencia imputada a la persona jurídica. Por lo anterior, tampoco es aceptable que los funcionarios de la EAB argumenten que no pueden ser objeto de sanción en cuanto la solicitud de información, y la diligencia estaba dirigida a la EAB y no a ellos⁶⁵.

A través de la forzada argumentación transcrita, la SIC terminó concluyendo en el acto administrativo que puso fin a la actuación que no acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta y la obstrucción de investigaciones corresponden a conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

Pese al esfuerzo que hizo la SIC en el aparte transcrito para disimular la mutilación del rótulo del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en su afán de sancionar a mi representado, olvidó que el artículo 155 del Decreto 019 de 2012 establece el procedimiento administrativo sancionatorio para investigar las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia así:

“El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, quedará así:

⁶⁵ Folio 27, Resolución 61661 del 14 de octubre de 2014.

PROCESO No.: 110013334004201500139-32
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

"Artículo 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Quando se ordene abrir una investigación, **se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer.** Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a **una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación.** La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, **el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.**

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo **no previsto** en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo".

Tal como se explicó en el primer acápite, según la ley, la inobservancia de instrucciones no es una práctica restrictiva a la competencia, no obstante, como desde siempre el deseo del Superintendente Delegado para la Competencia y del Superintendente de Industria y Comercio fue sancionar ilegalmente a las personas naturales, se interpretó absurdamente el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para terminar concluyendo que la inobservancia de instrucciones, por la no entrega de correos electrónicos de la EAB – ESP en el caso particular y especial de mi representado constituía una conducta violatoria de las normas de protección a la competencia.

De acuerdo con lo expuesto, la ilegal interpretación de la SIC lleva a preguntarse lo siguiente ¿Si supuestamente el no acatamiento de instrucciones y la obstrucción de investigaciones son conductas violatorias a la competencia, por qué en el artículo 25 el Legislador hizo referencia puntual a aquellas y no hizo lo mismo en el artículo 26 de la mencionada ley?

Para ilustrar al Honorable Despacho, me permito comparar el procedimiento establecido en la norma mencionada cuando se trate de investigar infracciones a las normas sobre protección a la competencia con el procedimiento adelantado por la SIC en la actuación seguida ilegalmente contra mi representado:

Procedimiento administrativo previsto en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012	Procedimiento administrativo adelantado por la SIC en la investigación por inobservancia de instrucciones que fue considerada en ese
--	--

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

para investigar prácticas restrictivas a la competencia.	"caso especial" una práctica restrictiva a la competencia.
<p>1. <u>Apertura de una investigación, que se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer</u></p>	<p>1. Se remitió un oficio en el que se pidió rendir explicaciones y solicitar pruebas y se concedió un término de 10 días.</p>
<p>2. <u>Citación a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación</u></p>	<p>2. La SIC no ordenó la realización de dicha audiencia dentro del trámite de la investigación.</p>
<p>3. <u>Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.</u></p>	<p>4. El Superintendente Delegado para la Competencia no rindió informe alguno dentro de la investigación y por obvias razones no se concedió oportunidad para presentar algún tipo de alegación.</p>

Tal como se evidencia, la actuación administrativa adelantada por la SIC se desarrolló por fuera del procedimiento administrativo previsto en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, pues omitió varias etapas del trámite a través de las cuales precisamente se pretende otorgar oportunidades procesales para el ejercicio del derecho a la defensa y contradicción dentro del trámite por violación de normas de protección a la competencia.

En verdad, con lo descrito en este apartado se hace manifiesto que las Resoluciones SIC 44586 y 61661 del 14 de julio y el 14 de octubre de 2014, son el fruto de una actuación arbitraria e ilegal y que por motivos que mi poderdante desconoce se interpretó de forma acomodada la ley y se adelantó una actuación totalmente irregular.

Esta causal se encuentra íntimamente ligada al defecto sustancial explicado en precedencia, pues como se advierte si la SIC cambió su precedente administrativo y de manera puntual con el propósito de sancionar a mi representado consideró tan solo al final de la actuación que la inobservancia de instrucciones era una práctica restrictiva a la competencia, lo mínimo que debió haber hecho para darle por lo menos una apariencia de legalidad a su antojo fue haber seguido el rito procesal que para ese tipo de conductas previó el Legislador.

Posición de la parte demandada:

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Señala la parte demandada que una son las reglas para la sancionar conductas a la libre competencia económica y otra la obstrucción para acceder a la información requerida por la autoridad demandada.

Aceptar el argumento del Juez llevaría a desconocer el ordenamiento jurídico y por esa razón solicita la revocación de la sentencia de primera instancia.

Posición de la Sala:

|

Con el propósito de clarificar el procedimiento administrativo sancionatorio aplicado al caso concreto encontramos lo siguiente:

El comportamiento investigado se deriva de la conducta descrita en el artículo 26 de la ley 1340 de 2009

El Decreto 019 de 2012 consagra el procedimiento aplicable por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas,

El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, quedará así:

La obstaculización para la obtención de información no constituye por sí misma una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas. La falta está prevista en el artículo 26 de la ley 1340 de 1999 y es autónoma e independiente del primer comportamiento, como ha quedado explicado.

Los yerros procesales en el traslado del recurso de reposición fueron corregidos oportunamente en sede administrativa. Sobre el particular, en la sentencia citada proferida por la Subsección B, en la que se negaron las pretensiones de otro de los sancionados por los mismos actos, la Corporación ha indicado lo siguiente:

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

25) El 30 de octubre de 2012 se practicó una visita administrativa en las instalaciones de la EAAB por parte de los funcionarios delegados por esta Superintendencia y en su desarrollo se solicitaron diferentes documentos relacionados con la estructura de la empresa, actas de juntas directivas, actas de reuniones sobre venta de agua en bloque, entre otros, adicionalmente se solicitó la inspección de los correos electrónicos institucionales relacionados igualmente con la venta de agua en bloque de varios funcionarios según consta en el acta de la visita administrativa, una vez solicitados los correos electrónicos se sugirió recolectarlos, almacenarlos de forma cifrada (para garantizar su inalterabilidad) y sellar la información para que misma fuese enviada posteriormente en presencia de los titulares de las cuentas de correos electrónicos en una diligencia programada por la SIC, en las instalaciones de la EAAB, esta diligencia tendría por objeto seleccionar los correos electrónicos relacionados con el tema de la actuación, y eliminar todos aquellos que no tuviesen ninguna relación con la misma, no obstante Mauricio Jiménez Aldana solicitó que la depuración se realizara en las instalaciones de la EAAB en aras de garantizar el derecho a la intimidad, solicitud que fue aceptada.

En atención a lo anterior se procedió a realizar un *back up* del año 2012 del correo electrónico de la cuenta institucional de Mauricio Jiménez Aldana, se realizó una revisión del correo electrónico institucional y se seleccionaron los correos asociados al tema de la actuación los cuales fueron grabados en un archivo independiente.

De manera simultánea se inició el mismo procedimiento con la cuenta de correo electrónico institucional de Gino Alexander González Rodríguez y Martha Luci Agarzón Gordillo, sin embargo ese procedimiento no pudo finalizarse en atención a que el gerente jurídico de la EAAB manifestó que atendiendo instrucciones impartidas por el Secretario General de la EAAB no se haría entrega de los correos electrónicos de los funcionarios de la EAAB, adicionalmente solicitó la devolución de los correos electrónicos que ya habían sido entregados en el desarrollo de la diligencia, es decir, despojó a la autoridad de aquellas pruebas que ya habían sido recaudadas.

Por lo anterior, los funcionarios de la SIC le advirtieron de las consecuencias jurídicas en que incurren las empresas y personas naturales por la inobservancia de instrucciones impartidas por parte de la SIC, frente a lo cual los funcionarios de la EAAB que participaron en la visita y que suscribieron el acta manifestaron lo siguiente: "(...) que en cumplimiento del ordenamiento jurídico estamos dispuestos a aportar toda la información necesaria para la presente actuación administrativa, salvo aquella que pudiera vulnerar el derecho a la intimidad el buen nombre, el habeas data y la privacidad de los funcionarios involucrados en la misma. (...)" (fl. 330).

26) Los funcionarios que atendieron la visita, entre ellos el demandante, no permitieron el acceso a los correos electrónicos institucionales solicitados al inicio de la visita aun cuando los funcionarios de SIC advirtieron de las normas aplicables y las posibles consecuencias jurídicas que podrían acarrear la inobservancia de instrucciones en desarrollo de una visita administrativa, en otras palabras, los funcionarios de la EAAB no acataron la orden impartida por los funcionarios de la SIC en el desarrollo de la visita administrativa practicada en las instalaciones de la EAAB, a pesar de la advertencia realizada en el transcurso de la misma.

Debe tenerse en cuenta el hecho de que la responsabilidad por inobservancia de instrucciones se configura cuando se verifica el supuesto de incumplimiento de una instrucción sin que exista una razón valedera para que el administrado hubiese desatendido la misma, de esta forma no se puede afirmar que no se haya tenido en cuenta el nivel de participación del actor ni los argumentos que presentó para excusar su proceder, simplemente debe resaltarse que estos no resultaron suficientes para dicho fin, **así es claro que incurrió en la responsabilidad del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009** frente al no cumplimiento de la instrucción impartida por la Superintendencia durante la visita administrativa realizada el 30 de octubre de 2012.

La Superintendencia fue muy clara cuando le solicitó al demandante que ejerciera su derecho de defensa y contradicción frente a lo siguiente: "(...) Rinda sus explicaciones sobre el por qué **colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró el no cumplimiento de la instrucción impartida por el Despacho durante la visita administrativa realizada el 30 de octubre de 2012 (...)**" (fl. 331).

Se le solicitó al actor que ejerciera su derecho de defensa rindiendo explicaciones y solicitara o aportara pruebas que considerara pertinentes con relación a los supuestos del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, de tal forma el reproche que se

PROCESO No.: 110013334004201500139-32
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

adelantó contra la demandante fue en esos precisos términos, es decir, por su comportamiento tendiente a colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas contrarias a la libre competencia, como fue el incumplimiento de una instrucción impartida por la SIC.

Tal como se puede observar, para la Sala, la autoridad demandada no solo obró conforme al procedimiento administrativo sancionatorio previsto en norma especial, y que no es el señalado para el artículo 25 de la ley 1340 de 1999, y menos aún, el trámite incidental previsto en el artículo 51 de la ley 1437 del 2011, por existir norma especial, sino el previsto en el Decreto 4886 de 2011, que en su artículo 1.4 dispone que le corresponde 4. Imponer con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, **así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.**

Claramente se distingue los comportamientos indicados en el artículo 25 de los comportamientos señalados en el artículo 26, en cuyo trámite, como se ve, no se han desconocido las reglas del artículo 151 del Decreto 19 de 2012 reservadas a las infracciones sobre protección de la competencia y de competencia desleal.

El yerro procesal, para la afectación del debido proceso, además, deberá ser de tal talante que afecte el derecho de defensa. En nuestro caso encontramos probado que contra la decisión que negó la práctica de pruebas en sede administrativa procede el recurso de reposición. El término de traslado del recurso de reposición es del diez (10) días, tal como lo consagra la ley⁶⁶.

Ese plazo para interponer el recurso y sustentarlo se surtió en dos plazos, pues a los primeros 5 días (El 18 de febrero de 2013, el Superintendente Delegado para la Competencia, expidió la Resolución 4906 a través de la cual negó la práctica de las dos pruebas referidas en el hecho anterior), se adicionaron los 5 días (Resolución 59493

⁶⁶ Artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, que resulta aplicable porque no existe norma especial en materia de protección de la competencia. "Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez".

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

SA

del 10 de octubre de 2013, esto es, el recurso de reposición podría ser interpuesto y sustentado en los diez días hábiles, que materialmente se prolongaron por cinco meses.

Ahora bien. Reitera la Sala la postura según la cual, la nulidad derivada de la negativa a practicar pruebas en sede administrativa, conlleva a determinar que las pruebas negadas, debieron ser solicitadas y practicadas en sede judicial, de manera que practicadas y valoradas por el juez, encuentre que la decisión debió ser diferente.

Este supuesto no se cumple en el proceso, encontrándose que se produjo un simple error procesal que fue corregido oportunamente por la autoridad demandada, antes de resolver el recurso de reposición, lo cual no anula el acto administrativo demandado.

Con fundamento en lo anterior, el cargo no prospera.

CONCLUSIÓN:

En consideración de lo expuesto, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y denegará a las pretensiones de la demanda, pues no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados en sede de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. COSTAS PROCESALES ⁶⁷

⁶⁷ **Artículo 365. Condena en costas.**

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso se impondrá condena en costas a la parte vencida en el proceso, las cuales deberán liquidarse por el *a quo* en los términos del artículo 366⁶⁸ *ibidem*.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A"**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia de primera instancia en tanto declaró la nulidad de los actos demandados por infracción de los artículos 47 y 51 de la ley 1437 del 2011 no invocados en la demanda. En consecuencia, se absuelve a la entidad

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

⁶⁸ Artículo 366. Liquidación.

Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.

2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.

PROCESO No.: 110013334004201500139-02
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: JUAN JOSE GÓMEZ URUEÑA
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

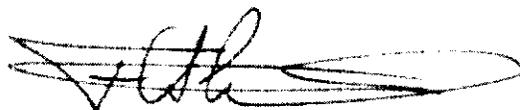
demandada por la violación de dichas disposiciones, por las razones señaladas en la presente providencia.

SEGUNDO.- DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda, por las razones señaladas en la presente providencia.

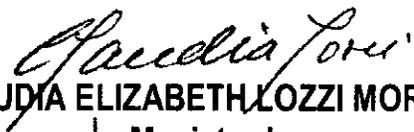
TERCERO.- CONDÉNASE en costas a la parte vencida en el proceso, en las dos instancias.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE
 Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta No.



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
 Magistrado



CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
 Magistrada



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
 Magistrado