



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.:** 110013334006201500087-01  
**ACCIÓN:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** WILLAM EDUARDO MORALES  
**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 veintitrés (23) de enero de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Bogotá, que accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

**SENTIDO DE LA DECISIÓN**

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia. Se condenará en costas en esta instancia.

**1. ANTECEDENTES**

**WILLAM EDUARDO MORALES**, 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:

*PRIMERA. Que se declare la nulidad parcial de la resolución 44586 del 22 de julio de 2014, contentiva en su artículo tercero de la decisión de imponer al demandante una multa en los siguientes términos:*

*ARTICULO TERCERO: DECLARAR que WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS en su calidad de*

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

*Secretario General de EAB para la época de los hechos, identificado con cédula de ciudadanía No.*

*11.405.666, contravino lo establecido en el artículo 26 de la ley 1340 de 2009, al incumplir una instrucción impartida por esta Superintendencia y obstruir con ello la actuación administrativa que adelantaba esta Entidad en los términos descritos en la parte motiva de la presente resolución.*

*En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS por valor de CIENTO DIEZ Y SIETE MILLONES CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$117.040.000,00) equivalente a ciento noventa salarios mínimos legales mensuales legales vigentes (190SMMLV).*

*SEGUNDA: Que se declare la Nulidad parcial de la resolución 61661 del 14 de octubre de 2014, en cuanto en su artículo cuarto confirma en contra del actor, la decisión de imposición de la multa impuesta en la resolución 44586 del 22 de julio de 2014. La decisión cuya nulidad se solicita reza:*

*"ARTICULO CUARTO.- MODIFICAR el ARTÍCULO TERCERO de la resolución 44587 del 22 de julio de*

*2014, en los siguientes términos:*

*"ARTICULO TERCERO: DECLARAR que WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS en su calidad de*

*Secretario General de la EAE para la época de los hechos, identificado con la cédula de ciudadanía*

*No. 11.405.666, contravino lo establecido en el artículo 26 de la ley 1340 de 2009, al incumplir una instrucción impartida por esta Superintendencia y obstruir con ello la actuación administrativa que adelantaba esta Entidad en los términos descritos en la parte motiva de la presente resolución.*

*En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS por valor de OCHENTA MILLONES OCHENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$80.080.000,00), equivalente a ciento treinta salarios mínimos mensuales legales vigentes (130 SMMLV)".*

*TERCERA: Que se restablezca el derecho del demandante y se condene a la demandada a pagar las sumas que por concepto del valor de la referida multa y sus intereses tuviese que pagar mi representado hasta que se produzca la sentencia, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley y la indexación de la suma correspondiente.*

*CUARTA: Que se restablezca el derecho del demandante y se condene a la demandada a pagar las sumas por el daño moral causado.*

*QUINTA: Que a las sumas que resultaren probadas a cargo de la entidad demandada y por las cuales ésta sea condenada, se les apliquen los artículos 187, 192 y 193 de la ley 1437 de 2011 en cuanto a ajuste de valor por indexación e intereses moratorios..*

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

**1.1. HECHOS**

Los hechos fundamento de las anteriores pretensiones son los siguientes:

4.1 El día 30 de octubre de 2012 se presentaron a las instalaciones de la Empresa de Acueducto de Bogotá (EAB), algunos funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), con el objeto de realizar una visita administrativa.

4.2 Según el acta de visita levantada por los funcionarios de la SIC, la diligencia fue atendida por el dr Hugo Alejandro Sánchez, Gerente Jurídico de la EAB para ese momento. Señala en el acta sobre ese asunto: "Estando presentes en dicho lugar (los funcionarios de la SIC), fuimos atendidos por el señor HUGO ALEJANDRO SANCHEZ (...)".

4.3 En la visita administrativa desarrollada por la SIC el 30 de octubre de 2012 a las instalaciones de la EAB se solicitó información extensa relacionada con los hechos materia de investigación. En la visita en principio se solicitaron diversos grupos de documentos, y después de iniciada se adicionaron otros. En el acta se dejó constancia de la entrega allí misma de un conjunto de documentos agrupados en 7 ítems –contentivos de más de cuarenta documentos- así como de la solicitud, para el 15 de noviembre, de un número adicional de documentos agrupados en 8 ítems.

4.4 El día de la visita quedó pendiente la entrega de los relativos a las cuentas de correos electrónicos de diversos funcionarios, que no fueron entregados por dudas de carácter jurídico que el Gerente Jurídico de EAB expuso y que quedaron consignadas en el acta de visita aludida.

4.5 El 14 de noviembre de 2012 la EAB remitió a la SIC la información concerniente a los correos electrónicos que quedó pendiente, así como otros documentos cuya entrega se había previsto en el acta de visita para una fecha posterior a esta.

4.6 El 15 de noviembre la EAB remitió a la SIC una certificación suscrita por el ingeniero WILLIAM GARZON Gerente de Tecnología de EAB, sobre la inalterabilidad de las cuentas de correo electrónico cuya información se entregó.

4.7 En la página 4 del Acta de Visita referida, se hace alusión acerca de que, trabajos de depuración que se realizaban sobre diversas cuentas de correo electrónico, se detienen en virtud de manifestaciones del gerente jurídico de la empresa sobre la imposibilidad de que se entregue la información en ellas contenida.

4.8 En la comunicación del 26 de noviembre de 2012, radicada en la SIC bajo el Número 12-202541-00001-0000, el mencionado Gerente Jurídico deja claras las razones de su decisión de que no se entreguen los correos electrónicos, así:

"Durante la recopilación de la información solicitada, de los correos electrónicos, en desarrollo de la visita administrativa, surtido el trámite técnico, finalizado para algunos de los funcionarios, y en desarrollo o incluso no iniciado para otros, en atención a las particulares circunstancias que se

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLIAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

presentaron durante la realización de la misma que generaron dudas frente a los funcionarios, el área jurídica de la EAAB - ESP estudió el tema, y en atención a lo ocurrido, encontró inconformidades referidas al procedimiento utilizado en la diligencia y con el convencimiento de evitar la violación de los derechos de algunos funcionarios, así como la realización de un procedimiento atípico, optó por sugerir que la entrega de los correos se hiciera con posterioridad, mientras estudiaba las dudas surgidas”

4.9 Durante la realización de la visita, mi representado, el señor WILLIAM MORALES ROJAS, Secretario General de EAB, no estuvo presente, ni impartió instrucciones, ni órdenes en relación con la atención de esa diligencia.

4.10 A pesar de habersele demostrado a la SIC durante la investigación administrativa realizada, que mi representado no estuvo presente en la visita, que no tomó determinaciones, ni impartió instrucciones acerca de su atención, la SIC mediante resolución 44586 del 22 de julio de 2014, artículo tercero, decidió imponerle una multa por CIENTO DIECISIETE MILLONES CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 117.040.000.00), argumentando para el efecto que el demandante había incumplido una instrucción de esa entidad. Instrucción que, sin duda, nunca recibió, precisamente, porque no estuvo presente en la diligencia, lo que indica, entre otras, que el acto administrativo está falsamente motivado.

4.11 En efecto, como causa de la sanción que le fue impuesta se expresa en la resolución

44586 de 2014, que el demandante había impartido la instrucción de no entregar los correos electrónicos de unos funcionarios, y por tanto, había incumplido una instrucción de la SIC y como consecuencia de ello obstruyó una investigación. Como evidencia de ello transcribo a continuación los argumentos precisos en cuanto atañe al punto aludido:

“...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” (La línea de resaltado no pertenece al texto citado)

...

“De acuerdo con lo expuesto, este Despacho concluye que (...); WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS (...) incumplieron de manera injustificada las órdenes e instrucciones impartidas en la práctica de la visita administrativa realizada el 30 de octubre de 2012, en las instalaciones de la EAB, pues no le permitieron a la delegatura acceder a la información que esta consideraba útil para el desarrollo de la actuación administrativa adelantada.”

ARTICULO TERCERO: DECLARAR que WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS, en su calidad de Secretario General de la EAB, para la época de los hechos, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.405.666, contravino lo establecido en el artículo 26 de la ley 1340 de 2009, al incumplir una instrucción impartida por esta Superintendencia y obstruir con ello la actuación administrativa que adelantaba esta Entidad en los términos descritos en la parte motiva de la presente Resolución. (La línea de resaltado no pertenece al texto citado)

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS

por valor de CIENTO DIECISIETE MILLONES CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 117.040.000.00), equivalente a ciento noventa salarios mínimos mensuales legales vigentes (190 SMMLV)...”

4.12 Más aún, como sustentación de la sanción se infiere por la SIC, sin prueba de ello, que el supuesto incumplimiento de la instrucción tuvo motivos contrarios a la Buena Fe. En el numeral “14.8 Monto de la Multa a Imponer” de la resolución 44586 de 2014 se expresa: “considerando lo anterior, bien puede esta Entidad inferir que... y (iii) WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS 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 posible existencia de una infracción de las normas sobre libre competencia por parte de la EAB. (...)”

4.13 Mediante el mismo acto administrativo se multó al gerente General de la empresa para ese entonces, Dr. DIEGO BRAVO BORDA, quien tampoco tuvo nada que ver con la atención de la visita.

4.14 Contra la multa que se le impuso mediante la resolución 44586 aludida, mi representado, por intermedio de apoderado, interpuso recurso de reposición.

4.15 Mediante la resolución 61661 del 14 de octubre de 2014, que resuelve el recurso de reposición mencionado en el punto anterior, la SIC acepta que mi representado no estuvo en la visita, que no fue el responsable de atenderla, que no impartió orden alguna en relación con la no entrega de correos electrónicos, y a pesar de ello mantiene la multa considerando que tuvo una “intervención conceptual”, con lo cual, en primer lugar, modifica el cargo que le fue endilgado inicialmente, y por el cual se le multó.

4.16 En la misma providencia que resuelve el recurso, la SIC decide que al Dr DIEGO BRAVO BORDA se le revoca la multa por no haber participado en la diligencia de visita aludida, en los siguientes términos: “(...) este Despacho encuentra que no está demostrado que DIEGO BRAVO BORDA tuvo conocimiento de la diligencia adelantada, ni que adoptó ninguna decisión respecto a la negativa de permitir la revisión y extracción de correos electrónicos institucionales. Por este motivo, este Despacho modificará su decisión de sancionarlo y en su lugar ordenará archivar la presente investigación en su contra por los hechos acaecidos con ocasión de la visita administrativa del 30 de octubre de 2012.”

4.17 A pesar de que el demandante se encuentra en la misma situación que el Dr. DIEGO BRAVO, esto es, que no estuvo en la diligencia, ni tomó decisión alguna relativa a la entrega de documentos, se le da un tratamiento diferente por parte de la Superintendencia, toda vez que mientras al Dr BRAVO se le exonera de responsabilidad, al demandante se le impone una multa.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

4.18 Adicionalmente, durante la investigación administrativa que dio origen a la multa aludida, y en violación del artículo 9 de la ley 1437 de 2011<sup>1</sup>, se negó la práctica de las pruebas solicitadas por mi representado mediante comunicación del 20 de noviembre de 2012 y radicada en la SIC 26 del mismo mes y año con el número 12-202526-00001-0000, entre otros, dirigidas a demostrar que los correos que se hubiesen podido obtener el día de la visita fueron los mismos que se enviaron pocos días después por la EAB. Tales pruebas consistían en el testimonio del ingeniero José William Garzón Solís, en su calidad de Gerente de Tecnología de EAB, y un dictamen pericial.

La SIC negó la práctica de dichas pruebas mediante resolución 4906 de 2013, argumentando “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.”

Estas pruebas si eran pertinentes toda vez que aportaban a la demostración de que no existió mala fe en las actuaciones de los funcionarios de la EAB que atendieron la visita, lo cual es particularmente relevante en el caso de mi representado, si se tiene en cuenta que en la multa se indica – a pesar de que no estuvo en la diligencia, ni impartió instrucción de no entregar documentos-, que su conducta estuvo motivada “por la posible finalidad de mantener fuera de la inspección de esta superintendencia documentos potencialmente útiles para verificar posible existencia de una infracción de las normas sobre libre competencia por parte de la EAB. (...)”

4.19 De igual modo se violó el debido proceso, toda vez que en la Resolución No. 4906 de 2013, mediante la cual la SIC, entre otras, se rechazó la práctica de las referidas pruebas solicitadas por mi representado, y concedió el término de cinco (5) días hábiles para interponer recurso, cuando debió concederse por diez (10) días hábiles.

Mediante resolución No. 59493 de 2013, en los considerandos octavo en adelante, la SIC advertida del yerro anterior, decidió tratarlo como un error formal, y en cambio de declarar la nulidad de lo actuado, decidió conceder un término restante de cinco días, considerando que era un simple error formal (artículo 45 de la ley 1437 de 2011)<sup>2</sup>, cuando debió dar aplicación al artículo 41 de la ley 1437 de 2011, que prescribe: Artículo 41. Corrección de irregularidades en la actuación administrativa. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla.

<sup>1</sup> 1 Artículo 9°. Prohibiciones. A las autoridades les queda especialmente prohibido: 14. No practicar oportunamente las pruebas decretadas o denegar sin justa causa las solicitadas

<sup>2</sup> 2 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

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

4.20 Sin perjuicio de que la multa no era procedente, su monto es desproporcionado porque (i) el monto de la sanción impuesta al demandante (\$80.080.000,00) es superior a la impuesta al dr HUGO ALEJANDRO SANCHEZ (\$52.360.000,00), Gerente Jurídico de la EAB para la época de los hechos y a quien la SIC identifica como responsable de la orden de no entregar los correos electrónicos el día de la visita aludida, que fue el motivo de la sanción (ii) no fue sustentada en un ejercicio que evidenciara algún análisis de proporcionalidad y (iii) es excesiva considerando los ingresos de mi representado.

4.21 Al desatender el principio de proporcionalidad, la Superintendencia se excedió en el ejercicio de su poder.

4.22 El monto de la multa en sí misma causa un deterioro injustificado al patrimonio del señor WILLIAM MORALES, así como los intereses y demás gastos en que debe incurrir como consecuencia de ello.

4.23 Los actos administrativos demandados y las decisiones contenidas en ellos están afectados de falta de competencia, toda vez que la SIC no tiene competencia para sancionar por la no entrega de correos electrónicos, toda vez que la inviolabilidad de la correspondencia está amparados por el artículo 15 de la Constitucional Nacional.

4.24 La Superintendencia de Industria y Comercio impuso la multa por una conducta no tipificada en la ley como sancionable.

La sanción impuesta tuvo como fundamento el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que señala:

“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

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 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."

Para que procediese la aplicación de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, se requería que mi representado hubiese realizado alguna de las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, consagradas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, Ley 256 de 1996. Revisadas las normas relativas a los temas de infracción a la competencia (Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Ley 256 de 1996), se nota sin esfuerzo alguno, que ninguna establece como práctica restrictiva de la competencia el que un empleado de una compañía, y en general cualquier persona natural, no entregue al momento de una visita unos correos electrónicos, o una información solicitada por la SIC. Las hipótesis descritas en esos tipos legales corresponden a conductas muy distintas.

4.25 La SIC apreció indebidamente los hechos, toda vez que no tomó nota que de los diferentes documentos y testimonios se aprecia claramente que quien adoptó la decisión de no entregar los correos electrónicos, conducta que dio origen a la sanción, fue el Gerente Jurídico de la empresa, y que el Secretario General ni adoptó la decisión, ni dio la instrucción de que se adoptara.

Se probó dentro de la actuación administrativa (i) que el Gerente jurídico de la Empresa era autónomo en la toma de decisión, por corresponder a su ámbito de competencia, (ii) que la dependencia que él dirigía no dependía funcional ni jerárquicamente del Secretario General (mi representado) (iii) que el Gerente jurídico admitió que sus decisiones estaban basadas en sus propios criterios y (iv) que el Secretario General le solicitó al Gerente Jurídico que estudiara juiciosamente el tema de la entrega de los correos y decidiera pero no le dio ninguna orden ni concepto jurídico, como equivocadamente lo concluyó la entidad demandada.

4.26 La Superintendencia de Industria y Comercio aplicó en su decisión la responsabilidad objetiva (dejando de lado que esta quedó proscrita del ordenamiento jurídico) porque no hizo una debida valoración del acervo probatorio recaudado, ya que entre otras, (i) no tuvo en cuenta que en la decisión del Gerente Jurídico sobre la entrega de los correos estaba motivada en razones jurídicas valederas, (ii) que los funcionarios de la SIC le dieron la razón al acceder a devolver los correos electrónicos que habían recibido, (iii) así como el hecho de que finalmente la información sí se entregó (iv) no valoró el testimonio del actor rendido ante la SIC, ni las demás pruebas que demuestran que no tuvo responsabilidad en la decisión de la no entrega de los correos.

4.27 Ni en la Resolución 44586 de 2014, y ni en la 61661 del mismo año, se aprecia que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiese hecho un análisis específico de la conducta de mi poderdante a efecto de asignarle una concreta responsabilidad en los hechos; a lo sumo se dice que tuvo una participación conceptual, sin indicar qué es eso, y desconociendo que esa supuesta conducta no está tipificada como violatoria de las normas de promoción a la competencia.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

4.28 Los actos administrativos citados incurren en las causales de nulidad de violación del orden jurídico superior, falta de competencia, expedición irregular, violación del derecho de audiencia y contradicción, falsa motivación y desviación de poder causando un perjuicio irreparable y de gran magnitud a WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS, el cual asciende en principio al valor de la multa ciento treinta salarios mínimos mensuales legales vigentes (130 SMMLV) que es el monto de la multa impuesta, suma que eventualmente ascenderá si se llegasen a causar intereses por esa suma, y otros gastos, amén del daño moral que se le genera no solo por el impacto de la multa impuesta sino por lo injusto de la misma, pues se le está sancionando por una falta que nunca cometió.

4.29 Contra los actos administrativos cuya nulidad se solicita, en particular contra la resolución 44586 de 2014, se presentó y resolvió recurso de reposición, que era el único procedente.

4.30 El día 27 de enero de 2014, ante convocatoria efectuada por el demandante, se celebró ante la Procuraduría General de la Nación, Procuraduría Décima Judicial II para Asuntos Administrativos, la diligencia de audiencia previa de conciliación, la cual fue declarada fallida, según consta en la certificación y actas pertinentes expedidas por dicha autoridad y que se anexan.

4.31 El 4 de febrero de 2015, mediante fallo de tutela, el Juez Noveno, Sección Segunda, del Circuito Judicial de Bogotá, tuteló los derechos de defensa, debido proceso y contradicción a favor de WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS, y ordenó a la SIC decretar la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones 44586 de 2014 y 61661 de 2014, por el término de cuatro meses para que se presente la respectiva demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

**1.2. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

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 8º del artículo 5º de la Ley 1437 de 2011.
- Artículo 10º de la Ley 1437 de 2011.
- Artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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:

Encuentra probado el a quo, que la infracción por la cual fue sancionado el demandante, no se cometió por dos razones que no han sido desvirtuadas en el proceso: (1) el actor no estuvo en la diligencia del 30 de octubre del 2012, la misma que fue atendida por otra persona, quien dio la orden de no suministrar la información; y, (2) no ha recibido instrucción alguna de la SIC para que suministre información.

Concluye entonces que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado y dispuso su nulidad y restablecimiento del derecho.

### **2. SEGUNDA INSTANCIA**

La parte demandada, dentro del término legal, interpuso y sustentó el recurso de apelación en contra de la sentencia en mención<sup>3</sup> el cual fue concedido con auto de 14 de marzo de 2018.<sup>4</sup>, 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:

1°. El actor incumplió una instrucción de la SIC.

<sup>3</sup>Folio 542 a 552 del cuaderno principal.

<sup>4</sup>Folio 200 del cuaderno principal.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

2º. El actor tiene rango superior al Director Jurídico

3º. El actor dio la instrucción acerca de no suministrar la información requerida.

**2.2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

Con auto de 1 de agosto de 2019 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte actora.<sup>5</sup>

Con auto de 3 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.<sup>6</sup>

**2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**De la Superintendencia de Industria y Comercio.**

En escrito radicado el 17 de septiembre de 2019 (fls 19 a 21, 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, al considerar que la infracción sí se cometió y se infiere del incumplimiento del artículo 51 de la ley 1437 del 2011.

**Del actor**

Igualmente presentó alegatos de conclusión, en los cuales solicita se confirme la sentencia apelada, indicando que la infracción no fue cometida por el actor.

<sup>5</sup> Folio 2 del cuaderno de segunda instancia  
<sup>6</sup> Folio 4 del cuaderno de segunda instancia

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

## Del Ministerio Público

En silencio.

### 3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

#### 3.1. COMPETENCIA

Al tenor del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011<sup>7</sup>, 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 Proceso<sup>8</sup>, por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011<sup>9</sup>. Es así como las razones aducidas por el recurrente en la 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:

<sup>7</sup> **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.

<sup>8</sup> **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.

<sup>9</sup> **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.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

¿Si el actor cometió la conducta investigada?

### 3.3. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

No. Se encuentra probado en el proceso que el hecho investigado no fue cometido por el demandante, sin que la parte demandada hubiese demostrado lo contrario.

### 3.4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

La controversia objeto del presente proceso gira en torno a verificar, lo siguiente: Si el actor incurrió en el comportamiento previsto en el artículo 26 de la ley 1340 de 1999. 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:*

*(...)*

**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*

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

*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.

#### **5.1.1. Del caso en concreto:**

##### **1º. Precedente:**

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:

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

(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 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:

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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

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

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

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley” (Destacado 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 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; entendiendo la “interceptación” como la facultad de apoderarse de una

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 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

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

cuentas, misivas tuyas, 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 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 10º de la Ley 527 de 1999 y 4º 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 del 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.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES 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 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 negocial**, 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.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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)

(...)

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.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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

**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 desestimaré 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 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

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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.

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 :

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

“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 comentario.”.

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 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

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 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 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,

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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.

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,

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 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.

(...)

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

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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

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

PROCESO No.: 110013334006201500087-31  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS, MAURICIO JIMÉNEZ ALDANA, GINO 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

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 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.

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

PROCESO No.: 110013334006201500087-J1  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 endiligada 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 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

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 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) 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 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) 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 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.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES 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; (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

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 155 de 1959 y e) numeral 4 de! artículo 50 de! 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, WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS. Dicha orden fue

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 URUEÑA, Asesor de la Gerencia Jurídica de la EAB, en caso de que la Información solicitada fuera recolectada, se podrían afectar derechos fundamentales.

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 SMMLV), 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 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.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 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

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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-;

(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 posterioridad 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.).

En concordancia con lo anterior, se aprecia que, precisamente, la consecuencia jurídica a la que hacía referencia la Superintendencia de

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

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 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:

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

## **CARGO PROBADO – FALSA MOTIVACIÓN – PARTICIPACIÓN DEL ACTOR EN LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN**

### **Posición del demandante:**

**5.1 PRIMER CARGO. FALSA MOTIVACION POR DAR POR PROBADO SIN ESTARLO, QUE WILLIAM EDUARDO MORALES TUVO RESPONSABILIDAD EN LA ORDEN DE NO ENTREGAR LOS CORREOS ELECTRONICOS SOLICITADOS EL DIA DE LA VISITA DE LA SIC A EAB, Y CONCLUIR CON ELLO QUE INCUMPLIO UNA INSTRUCCIÓN DE LA SIC. VIOLACION DE LOS ARTICULOS 42 Y 49 DE LA LEY 1437 DE 2011.**

El artículo 138 de la ley 1437 de 2011 autoriza que “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.”

Por su parte el inciso segundo del artículo 137 establece como causales de nulidad de los actos administrativos “cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”

Sobre Falsa Motivación señala el Consejo de Estado en sentencia del 16 de septiembre de 2010 (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION CUARTA, Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, Radicación número: 25000-23-27-000-2005-00279-01(16772)):

“ (...)es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad. (...)”

En Sentencia 16660 del 15 de marzo de 2012, la sección cuarta del Consejo de Estado indica sobre el tema:

“En efecto, la falsa motivación, como lo ha reiterado la Sala, se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión. Todo lo anterior implica que quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación, debe, como mínimo, señalar cuál es el hecho o hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos.” [

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLIAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

El ARTICULO TERCERO de la resolución 44586 de 2014 que se impugna, dispone: DECLARAR que WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS en su calidad de Secretario general de EAB para la época de los hechos, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.405.666, contravino lo establecido en el artículo 26 de la ley 1340 de 2009, al incumplir una instrucción impartida por esta Superintendencia y obstruir con ello la actuación administrativa que adelantaba esta entidad en los términos descrito en la parte motiva de esta resolución.

En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS por valor de CIENTO DIEZ Y SIETE MILLONES CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$117.040.000,00), equivalente a ciento noventa salarios mínimos mensuales (190 SMMLV).

En la resolución 61661 del 14 de octubre de 2014,

"ARTICULO CUARTO.- MODIFICAR el ARTÍCULO TERCERO de la resolución 44587 del 22 de julio de 2014, en los siguientes términos:

"ARTICULO TERCERO: DECLARAR que WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS en su calidad de Secretario General de la EAB para la época de los hechos, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.405.666, contravino lo establecido en el artículo 26 de la ley 1340 de 2009, **al incumplir una instrucción impartida por esta Superintendencia y obstruir con ello la actuación administrativa que adelantaba esta Entidad en los términos descritos en la parte motiva de la presente resolución.**

En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS por valor de OCHENTA MILLONES OCHENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$80.080.000,00), equivalente a ciento treinta salarios mínimos mensuales legales vigentes (130 SMMLV)".

Este último acto administrativo sin embargo agrega como motivo de la decisión el argumento de que pese a que WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS no impartió una orden, tuvo una "intervención conceptual", y que ello afectó trascendentalmente la decisión adoptada en atención al cargo que ocupaba en la empresa. Dice el acto:

"Frente a los argumentos expuestos por WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS respecto a su no participación en la diligencia, y la simple conceptualización sobre la posible vulneración de derechos constitucionales con la permisión de acceder a correos electrónicos de funcionarios de la EAB, así como lo mencionado en la diligencia de interrogatorio de HUGO ALEJANDRO SANCHEZ HERNANDEZ, considera este Despacho que pese a que su intervención fue conceptual, y no tratarse de una orden, su actuación afectó trascendentalmente la decisión adoptada por la EAB en atención de la posición jerárquica ocupada por él en la Empresa."

Del contenido de la decisión y de sus considerandos se advierte que la multa fue impuesta teniendo como motivos el que la administración asume como cierto, sin que exista prueba de ello, que WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS fue responsable de la no entrega de una información de correo electrónicos de algunos funcionarios o de algún modo desacató dicha instrucción de la SIC.

En primer lugar debe decirse, que no hay una sola evidencia acerca de que WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS haya desacatado la instrucción de la SIC. De hecho él no estuvo en la diligencia, como lo acredita el acta que se levantó en prueba de ella, luego no recibió ninguna instrucción por parte de los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio. Es claro que nadie puede desacatar una orden sin haberla recibido. En consecuencia no recibió instrucciones e información de la SIC sobre el objeto, alcance y demás detalles de la visita y, por ello, estaba en imposibilidad de desacatarla.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En segundo lugar es preciso advertir, que la SIC tiene claro que la decisión de la no entrega de los correos electrónicos fue del Gerente Jurídico, según lo expresa en la resolución 61661 de 2014 (página 31):

“Por otra Parte, está plenamente demostrado en el acervo probatorio que la decisión de no permitir la extracción de los correos electrónicos institucionales provino, inicialmente, por parte de HUGO ALEJANDRO SANCHEZ HERNANDEZ. El hecho de que se inspirara en un concepto entregado por un asesor y el secretario general de la Entidad, no excluye su responsabilidad sobre la ejecución y toma de la decisión que configuró la inobservancia de instrucciones. Pese a lo anterior, la remisión posterior de los “back ups” de los correos institucionales solicitados, si bien no eliminan la responsabilidad por inobservar las instrucciones de la SIC, será tenida en cuenta para efectos de disminuir la sanción impuesta a HUGO ALEJANDRO SANCHEZ HERNANDEZ”.

En tercer lugar se debe señalar, que la SIC asume que WILLIAM MORALES ROJAS tuvo responsabilidad en la atención en la diligencia de visita, porque según esa entidad, tuvo una “intervención conceptual” de la cual no precisa sus alcances. En la resolución 61661 del 14 de octubre de 2014, la SIC al resolver el recurso de reposición que se interpuso contra la resolución 44586 del mismo año, expresa:

“Frente a los argumentos expuestos por WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS respecto a su no participación en la diligencia, y la simple conceptualización sobre la posible vulneración de derechos constitucionales con la permisión de acceder a correos electrónicos de funcionarios de la EAB, así como lo mencionado en la diligencia de interrogatorio de HUGO ALEJANDRO SANCHEZ HENANDEZ, considera este Despacho que pese a que su intervención fue conceptual, y no tratarse de una orden, su actuación afectó trascendentalmente la decisión adoptada por la EAB en atención de la posición jerárquica ocupada por él en la Empresa. “

Lo primero que debe advertirse es que la expresión intervención conceptual, en la que se funda la sanción, es bastante etérea y no permite establecer cómo puede ello corresponder al desacato de una orden específica de entrega de unos correos electrónicos impartida a otros funcionarios. El sólo hecho de basar la sanción en esta indeterminación es causal suficiente para dar por sentado que no hay un hecho real en que se fundamente la sanción.

Si se admitió por la SIC que la participación de WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS no fue una orden, entonces cabe preguntarse, cómo dicha intervención “afectó trascendentalmente la decisión adoptada por la EAB en atención a la posición jerárquica ocupada por él en la empresa”?

Por otra parte, consta en el expediente adelantado por la SIC:

a. Que correspondía al Gerente Jurídico no solo atender la visita, sino adoptar de manera autónoma las decisiones concernientes a la misma.

Preguntado sobre las funciones de la Gerencia Jurídica, HUGO ALEJANDRO SANCHEZ HERNANDEZ (Gerente Jurídico para el día de la visita) en su declaración rendida a la SIC, minuto 3:54, respondió:

“La Gerencia Jurídica se encarga de verificar la legalidad de todas las actuaciones a cargo de las diferentes Gerencias Misionales, apoyar al Gerente General, al secretario General, a las diferentes autoridades de la empresa en verificar y garantizar que las actuaciones que se hagan estén conforme a la ley (...).”

Esta declaración no contiene un hecho novedoso. Corresponde a la ratificación de la responsabilidad de cualquier oficina jurídica. Las oficinas jurídicas de las entidades públicas, son las encargadas de verificar que las actuaciones de la empresa y sus funcionarios se encuadren en los precisos linderos legales que enmarcan las funciones públicas.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

b. Consta en el expediente que el Gerente jurídico recibió a los funcionarios que fueron a practicar la visita mencionada, que él hizo una evaluación de la solicitud de la SIC, y que decidió proponerle que la entrega de los correos electrónicos se postergara, pues consideraba necesario hacer una evaluación preliminar de los temas jurídicos involucrados, uno de los cuales era, según se aprecia a lo largo de su declaración, la posible violación del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia de los funcionarios de EAB. De igual modo consta, que la SIC no accedió a dicha solicitud, y que ante ello el Gerente Jurídico decide que no se entregan los correos electrónicos.

Señala HUGO ALEJANDRO SANCHEZ HERNANDEZ (Gerente Jurídico para el día de la visita) en la declaración rendida a la SIC, en el Minuto: 6:06: “Yo inicié, los recibí en la mañana, y al final de la tarde volví a participar de la diligencia, cuando fui llamado por algunos funcionarios que tenían dudas frente algunos procedimientos en relación con la entrega de alguna información”

(...)

En el minuto 11: 40 dice: “En concreto frente a los correos electrónicos, se recibió la instrucción por parte de la secretaria general y el concepto, insisto nuevamente, preliminar jurídico q nos los planteó el dr. Tadeo Henao y otros asesores de la gerencia en el sentido de que posiblemente se podrían estar violando derechos fundamentales y presumiendo el desarrollo de la buena fe en el desarrollo de la diligencia, consideramos o recomendamos que posiblemente sería mejor estudiar mejor el tema y entregar con posterioridad esa información, como efectivamente se hizo. (...)”

En la página 4 del Acta se hace alusión acerca de que, trabajos de depuración que se realizaban sobre diversas cuentas de correo electrónico, se detienen en virtud de manifestaciones del gerente jurídico de la empresa sobre la imposibilidad de que se entregue la información en ellas contenida.

En la comunicación del 26 de noviembre de 2012, radicada en la SIC bajo el Número 12-202541-00001-0000, el mencionado Gerente Jurídico manifestó:

“Durante la recopilación de la información solicitada, de los correos electrónicos, en desarrollo de la visita administrativa, surtido el trámite técnico, finalizado para algunos de los funcionarios, y en desarrollo o incluso no iniciado para otros, en atención a las particulares circunstancias que se presentaron durante la realización de la misma que generaron dudas frente a los funcionarios, el área jurídica de la EAAB - ESP estudió el tema, y en atención a lo ocurrido, encontró inconformidades referidas al procedimiento utilizado en la diligencia y con el convencimiento de evitar la violación de los derechos de algunos funcionarios, así como la realización de un procedimiento atípico, optó por sugerir que la entrega de los correos se hiciera con posterioridad, mientras estudiaba las dudas surgidas”

Consta en el acta de visita que el dr JUAN JOSE GOMEZ, abogado del área jurídica, dio los argumentos jurídicos por los cuales no se permitía a los funcionarios de EAB la entrega de la información.

“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 del correo del señor Gino González alrededor de las 4:30 p.m. y manifiesta que: “El motivo de la no permisión en la inspección de los correos de los funcionarios de la empresa obedece a que dicha actuación afecta el derecho a la intimidad de los funcionarios así como también derechos de la empresa de acueducto de Bogotá como persona jurídica dada la inexistencia de autorización o de orden judicial o la falta de competencia de los funcionarios de la superintendencia al no estar revestidos de funciones de policía judicial, 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 en la primera entrevista que tuve con él le manifesté que la empresa de acueducto ponderando los derechos fundamentales y la actuación administrativa desplegada por

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

la superintendencia sugirió entregar el día de mañana la información contenida en los correos institucionales que resultaran pertinentes para la actuación (...)."

Los testimonios ante la SIC de otros funcionarios de la EAB dan cuenta de que quien lideró y adoptó las decisiones fue la gerencia Jurídica:

En el testimonio rendido por JUAN CARLOS CASAS ante la SIC, en el Minuto 7:27 del video grabado se escucha: "(...) la oficina mía está en el séptimo piso, entonces fui con el dr Julio César a mi oficina, yo llamé a jurídica y les dije mira tengo la visita de, no sabía que había una visita de la Superintendencia durante todo el día, yo estuve por fuera en el día también; entonces le dije mira tengo una visita de la Superintendencia, ellos tienen, solicitan el acceso a mi computador, estoy aquí en mi oficina, y pues con el mayor gusto entrego lo que ellos necesiten pero necesito es que ustedes (jurídica) me cuenten en que estoy, porque no sé exactamente, (ilegible) un funcionario no más, y efectivamente del área jurídica me dijeron " Juan espérate, nosotros vamos a subir para que hagamos este trabajo conjuntamente con la parte de las Superintendencia" y así fue"

Pregunta ¿y qué pasó después?

"Entonces comprendo que ahí se hicieron una serie de conversaciones frente a las competencias frente al acceso a los computadores, y que pues la empresa con el mayor gusto entregaba la información y la suministraba tal como se requiriera pero que en ese momento había que hacer el procedimiento de back up de los computadores. Sé que esa diligencia duró como hasta las 9 o nueve y media de la noche, mientras ustedes formalizaban las actas respectivas, de acuerdo a, yo diría como a las conversaciones o a los testimonios de cada uno de las personas que participaron dentro de esta visita. Hasta ahí como que yo estoy enterado del asunto."

Minuto 11:50 Pregunta la funcionaria investigadora: "¿Pero entonces, Usted como persona, como funcionario de la empresa de acueducto y alcantarillado, estaba dispuesto a entregar las correos electrónicos que considerara pertinentes la Superintendencia?"

Respuesta del señor Casas: "Si, yo no tengo inconveniente en que revisen mis correos y esa fue mi respuesta al dr Julio César, "con mucho gusto mi computador está disponible", pero si tenía que preguntar que necesitan a la jurídica, porque pues es la información, pero finalmente no, yo no tenía ningún inconveniente"

Pregunta. ¿Estuvo usted de acuerdo en no entregar la información de los correos electrónicos a los funcionarios de la Superintendencia durante la visita?

Respuesta. "Yo te diría que respetaría la posición de la empresa, porque finalmente hay una dirección, una directriz al respecto, respeto el procedimiento que la empresa le sugirió a la superintendencia, lo respeto, sí."

14.52: Pregunta ¿Porque no estuvo de acuerdo en que se revisara su correo ese día su correo institucional y si decidió enviar la información e 14 y 15 de noviembre de 2012?

Respuesta: "Vuelvo y te ratifico: yo en ningún momento estuve en oposición a entregar mi información, porque pues finalmente vi que para mí es un proceso natural, el tema es: ¿quieren ver la información? Pues mírenla, pero respete la instrucción y el procedimiento que la empresa decidió llevar con la superintendencia de industria y lo hago con un respeto corporativo pero creo que en ningún momento manifesté mi objeción a que intervinieran mi computador..."

En el mismo sentido se puede apreciar el testimonio de MAURICIO JIMENEZ ALDANA ante la SIC, quien declara, según se escucha en el Minuto 10:17: "La visita la atendió el Gerente Jurídico de la Empresa, el doctor Hugo Alejandro Sánchez (...)" . Preguntado acerca de por qué no se entregaron

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

los correos el día de la visita, y sí unos días después, manifestó en el minuto 48:45: "fue una decisión institucional de la empresa soportada en aspectos jurídicos por los funcionarios competentes para establecer las políticas jurídicas de la empresa (...)" A la pregunta de que funcionarios estuvieron presentes el día de la diligencia, relaciona distintas personas, y dentro de ellas no refiere la presencia del Secretario General (Minuto 49: 40).

También es pertinente al efecto, ver el testimonio de Gino González, funcionario que también estuvo presente en la visita de la SIC, quien en su declaración ante esta manifestó en el Minuto 5:16 "Hubo una visita administrativa el día 30 de octubre de 2011, en la cual fue atendida por la gerencia jurídica de la empresa; la gerencia jurídica de la empresa después de revisar la carta el oficio que envió la superintendencia y de los funcionarios que se desempeñan como el despacho, que fueron designados por el despacho para adelantar la visita administrativa, nos llamó para que lo acompañáramos en dicha visita; en las horas de la mañana la superintendencia requirió una serie de documentos al finalizar la mañana la Superintendencia le solicitó a la Gerencia Jurídica, y esta a su vez le solicitó a la gerencia de tecnología la entrega de la información de los correos (ilegi ble), los correos institucionales, y antes de acabar la mañana la gerencia jurídica en coordinación con los funcionarios del despacho de la superintendencia acordaron inicialmente que se entregarían unas cintas o unos cds encriptados (...)"

En la misma declaración, manifestó, según consta en el minuto 16:29 de la grabación: "(...) después vino una instrucción de la gerencia Jurídica, que según ellos venía emanada de la secretaria general en la cual le indicaron a la Superintendencia, que no se entregarían los correos electrónicos de los funcionarios." A continuación se le pregunta "¿osea que no dependía de usted o?" a lo que él responde: ""Ellos citaron, la Gerencia Jurídica, citaron normas jurídicas que en mi calidad de ingeniero no estaba en ese momento en capacidad de interpretar las normas jurídicas que aquellos le estaban indicando a la misma Superintendencia. Realmente lo que quiero recalcar es que el área jurídica de la empresa en representación de su gerente jurídico, sus abogados, sus asesores, fueron los que le indicaron a la Superintendencia, no a Gino González, no a mi como funcionario, fue un dialogo entre el área jurídica de la empresa y la superintendencia de Industria y Comercio."

Al minuto 19:37 Gino González, preguntado acerca de si estuvo de acuerdo con la entrega del back up de sus correos electrónicos manifestó: "Realmente es una posición del área jurídica de la empresa en la cual ellos argumentan los fundamentos jurídicos y vuelvo y reitero, a esta, aquí a este despacho que la, que el día 30 de octubre fue el área jurídica la que le indicó a la misma Superintendencia la no entrega y fue la misma área jurídica que a nivel institucional entregó el día 14 y 15 los back up de los correos."

Al minuto 28:55 le pregunta el funcionario de la SIC: "responda si o no, la razón por la cual usted no entregó la información fue por las instrucciones impartidas por la secretaria general de la EAB?" a lo que él responde: "vuelvo e insisto, tal y como consta en el acta de la Superintendencia, yo si entregué los correos, es la, el área jurídica de la empresa la que no permitió y la que le indicó directamente al despacho de la Superintendencia que no entregaría los correos."

c. Existe prueba de que WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS (i) no impartió una orden al Gerente Jurídico, (ii) no le dio una asesoría a este, sino que le manifestó sus inquietudes (iii) que tales inquietudes no podían ser consideradas como un concepto jurídico, y mucho menos con carácter obligatorio.

Consta en las pruebas recopiladas por la SIC que en una conversación telefónica WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS compartió con el gerente Jurídico unas inquietudes sobre la posibilidad de que se violaran derechos fundamentales en lo que concernía a la entrega de los correos electrónicos de algunos funcionarios y que MORALES ROJAS le solicitó que estudiara bien el caso y le solicitó al Gerente Jurídico que decidiera conforme a su competencia.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

En la declaración rendida ante la SIC por MORALES ROJAS, en el Minuto 4: 46 del Video consta: "Como secretario general tengo que señalar que el día de la diligencia no estuve presente en dicha diligencia (...) yo fui informado telefónicamente; claro es para nosotros que la instrucción de la Gerencia General ha sido que las diligencias de esta naturaleza, de cualquier órgano de control, corresponde atenderlas al Gerente Jurídico y pues él se hará acompañar de las áreas pertinentes que requieran investigar. Dentro de lo que tengo claro también es que no había ninguna orden de inspección de mis correos electrónicos (...); recuerdo que recibí una llamada cuando ya estaba cerca a mi casa por parte del Gerente Jurídico que me comentó que estaban haciendo la visita y que se había solicitado como una especie de allanamiento a los equipos y se pretendía obtener los correos electrónicos; le contesté que él era el jurídico, que él estaba a cargo de la diligencia, que era un juicio de valor jurídico, que analizará si el procedimiento era el debido, porque de no serlo, me preocupaba que se violaran los derechos fundamentales de los funcionarios a los que se iba analizar el correo electrónico, y que si se estaba investigando un caso específico, pues en un principio entendería que debería analizarse el tema y no todos los correos, pero que de todas maneras revisara el procedimiento, y si era del caso, pues solicitará a la Superintendencia, que se suspendiera el procedimiento y se solicitará a la Superintendencia aclarar el procedimiento para no tener inconvenientes, teniendo en cuenta que por principio universal la correspondencia es privada y desde luego está sujeta a reserva y adicionalmente pues que lo común es que solo sea interceptada o verificada con orden judicial, luego de la diligencia, durante el transcurso de unos veinte minutos aproximadamente recibí llamada de otro subalternos que estaban angustiados porque desconocían el procedimiento y me informaban que les estaban violando su correspondencia, insistí con el jurídico que analizará y tomara él la determinación en consideración a que yo pues no estaba en la diligencia y no estaba al tanto de lo que estaba sucediendo; estuve analizando el acta de diligencia y observé que en ella en efecto el Gerente Jurídico y el asesor profesional de la Gerencia Jurídica hizo una petición a la Superintendencia en el sentido de que se suspendiera la orden de tomar los correos electrónicos mientras se resolvía de fondo y posteriormente desde luego si me enteré que se enviaron todos los correos que requirió la Superintendencia (...)"

La funcionaria que toma la declaración pregunta a MORALES ROJAS: En el acta de la visita administrativa, quedó por escrito que el señor Hugo Alejandro Sánchez estaba transmitiendo una instrucción suya de no hacer entrega de los correos electrónicos institucionales, es esto cierto o no?

En respuesta a ello responde: "No es cierto, le reitero lo que dije anteriormente, ante las dudas del procedimiento le pedí a Hugo (se refiere al Gerente Jurídico) que lo analizara y le dije, de no ser procedente así manifiéstelo a la Superintendencia y adicionalmente puede solicitar la suspensión de la diligencia, a efecto de que se aclare el procedimiento; pero no tengo ni la facultad, ni podría haberlo hecho a distancia, y lo que le dije claramente es que no podía estar en la diligencia, yo ya estaba afuera, y que analizara el procedimiento, que si consideraba que se violaban derechos fundamentales, sobre todo el derecho a la privacidad de la correspondencia que es un principio universal, pues que lo solicitará y pidiera que se concretara exactamente cuál era la información requerida para entregar con precisión, la que estaba requiriendo la Superintendencia."

Sin valorar la declaración rendida por el señor WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS, ni considerar otros hechos y circunstancias, la SIC concluye que la decisión tomada por el Gerente Jurídico estuvo "inspirada" (último párrafo página 31 de la resolución 61661) en un "concepto entregado por un asesor y el secretario general", y que por ello debe responder el demandante.

Existen pruebas acerca de que el Gerente Jurídico, dado su conocimiento, experiencia y sus funciones, debía evaluar las circunstancias en que se desarrollaba la visita, y determinar de manera autónoma qué decisiones adoptar en la situación que se le presentaba, por lo cual en modo alguno estaba obligado a tomar una decisión con base en un supuesto concepto de WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS que, por demás no existió, porque lo único que hizo fue solicitarle al Gerente Jurídico que estudiara el caso ya que estaba atendiendo la diligencia y lo resolviera por ser el funcionario competente.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

A parte del reconocimiento efectuado por el Gerente Jurídico en su declaración ante la SIC, acerca de su responsabilidad en la atención de la visita, y en general de que su función estaba dirigida a asegurar que los actos de la EAB se ajustaran a la ley, en la certificación que se expide por parte de EAB acerca de las funciones de la Gerencia Jurídica, y que fue allegada oportunamente a la SIC se señala que le corresponde al Gerente Jurídico de EAB atender las visitas de los entes de control, dirigir los temas jurídicos de la empresa en actuaciones judiciales y administrativas. De igual modo, consta que es el Gerente Jurídico quien asesora al Secretario General de EAB, y no al revés. Por tanto, en la citada empresa, quién más que "inspirar" las decisiones jurídicas, las debe determinar con carácter obligatorio, no es el Secretario General, sino el Gerente Jurídico. Se indica en la certificación de las funciones de la Gerencia Jurídica:

"PROPOSITO PRINCIPAL: Dirigir las actividades jurídicas y legales de la Empresa con el fin de garantizar la unidad de criterio jurídico al interior de la misma, para el cumplimiento de la misión institucional.

"III DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES:

1. Asegurar una eficiente representación judicial y administrativa en todos los procesos judiciales y administrativos de la Empresa, con el fin de proteger el patrimonio de la entidad.
2. Asistir y orientar en aspectos jurídicos a la Gerencia General, a la Secretaría General y demás áreas de la Empresa con el fin de mejorar las decisiones en forma eficiente y segura.
3. ...

"V. RANGO O CAMPO DE APLICACIÓN.

- Clientes Internos
- Entidades y entes de control
- Contratación Estatal
- Procesos judiciales y legales."

Debe tenerse en cuenta que el dr HUGO ALEJANDRO SANCHEZ HERNANDEZ, gerente jurídico de EAB, tenía para el momento de la visita amplia experiencia y sobradas calidades académicas para proceder de la mejor manera en el asunto, tal y como lo atestigua su hoja de vida que reposa en los archivos de EAB. Dentro de los hechos que reflejan su amplia experiencia y sus altas calidades académicas se puede mencionar que en ella se hace referencia a más de 15 años de experiencias profesional, como directivo o asesor legal de diversas entidades, dos maestrías, una en Derecho Administrativo, y otra en Ciencias Administrativas, además de Docente de la Universidad del Rosario.

Como parte de las pruebas allegadas en el recurso de reposición se informó también a la SIC que el Gerente Jurídico no era subalterno del Secretario General, como se demostraba con el correspondiente organigrama de la empresa.

Por otra parte, en las entidades públicas el régimen de responsabilidades de los funcionarios deriva de las competencias que les correspondan. Los servidores públicos responden por sus acciones y omisiones, en el contexto de las funciones que le han sido asignadas. Además de que ello representa

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLIAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

una forma de exigir a cada funcionario el cumplimiento de sus deberes, significa también una garantía de no ser llamados a responder por asuntos cuya competencia no se les ha asignado. EAB es una entidad del sector público y quienes allí laboran lo hacen en el entendimiento de que en su actuar deben estar sujetos al ámbito propio de sus responsabilidades, y ello es una exigencia que imponen las leyes 734 de 2002 y ley 610 de 2000, así como la Constitución Política:

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

ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento,

(...)

El Secretario General no tenía la competencia para impartir una instrucción al Gerente Jurídico, ni para darle un consejo de obligatorio cumplimiento, ni la responsabilidad de "inspirar" en él algún tipo de respuesta; por el contrario, era el Gerente Jurídico, dadas sus responsabilidades como funcionario público, y el Manual de funciones de la empresa, quien estaba obligado a asesorar a las demás áreas de la entidad sobre la forma en que se debía atender la visita, toda vez que correspondía a un tema de su órbita de competencia. En tal consideración, la SIC no podía atribuirle al señor WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS responsabilidad en la adopción de una decisión que no estaba dentro del ámbito propio de su competencia, y mucho menos derivarla del pretexto etéreo alusivo a que "inspiró" en el Gerente Jurídico la adopción de la decisión.

Por desconocer los testimonios rendidos ante la SIC, especialmente el de WILLIAM MORALES ROJAS, y las demás pruebas que demostraban que el Gerente Jurídico había actuado de manera autónoma, y no existir pruebas, ni motivos que justificaran derivar responsabilidad en cabeza de WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS en los hechos motivos de sanción, se incurrió en falsa motivación en cuanto atañe a los actos demandados.

Con lo anterior se infringieron además los artículos 42 y 49 de la ley 1437 de 2011, que señalan:

Artículo 49. Contenido de la decisión. El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos.

El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener: (...) 2. El análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción. (...)

Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.

El artículo 42 y el 49 de transgreden adicionalmente, en cuanto no hay en los actos demandados un análisis de todas las pruebas y hechos con base en los cuales impone la sanción, en razón de que no solo no se analizan los testimonios rendidos ante la SIC por todos los funcionarios, incluido WILLIAM MORALES ROJAS, sino que además no hace una valoración de pruebas dirigida a establecer en que prueba se fundamenta para concluir que hubo de parte de aquel una "intervención conceptual", en qué consistió y cuál fue su alcance, y sobre todo, porque legalmente ello implica que se le puede asignar responsabilidad por el hecho en la decisión del Gerente Jurídico de no entrega de los correos electrónicos.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

5.2 SEGUNDO CARGO. FALSA MOTIVACION POR DAR POR PROBADO SIN ESTARLO, QUE LA NO ENTREGA DE LOS CORREOS ELECTRONICOS TUVO COMO FUNDAMENTO LA INTENCION DE OCULTAR INFORMACION A LA SIC. VIOLACION DE LOS ARTICULOS 42 y 49 de la ley 1437 de 2011, y 248 Y 250 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

Señala la SIC en el numeral "14.8 Monto de la Multa a Imponer" de la resolución 44586 de 2014: "considerando lo anterior, bien puede esta Entidad inferir que ... y (iii) WILLIAM EDUARDO MORALES ROJAS 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 posible existencia de una infracción de las normas sobre libre competencia por parte de la EAB. (...)"

De igual modo la SIC expresa en la misma resolución: "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 ya 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 pudiera constituir una infracción de las normas sobre libre competencia, y obtener información que permitiera identificar los presuntos responsables de los hechos que constituirán la infracción."

Conforme se aprecia de la lectura anterior, el hecho de la obstrucción no solo se presenta como una consecuencia teórica del presunto no cumplimiento de instrucciones de la SIC, sino que es argumentada como una intención imaginada en cuanto ello es una "posible finalidad", que viola la presunción de Buena Fe.

No es cierto que la no entrega de correos electrónicos tuviese la "posible finalidad de mantener fuera de la inspección de esta superintendencia documentos potencialmente útiles para verificar posible existencia de una infracción de las normas sobre libre competencia por parte de la EAB". No solo no existe prueba alguna que apoye esa conclusión, sino que por el contrario existen hechos que apuntan a inferir válidamente que la solicitud de no entrega de los correos en la diligencia, estuvo motivada en las dudas del Gerente Jurídico, tal como se evidencia de la propia acta de visita.

Como quiera que esa supuesta intencionalidad de ocultar datos, no la deriva la Superintendencia de una prueba que directamente lo acredite, sino que la colige del hecho de la no entrega de los correos electrónicos el día de la visita, podría concluirse, porque nada dice a Superintendencia al respecto, que esa entidad acudió a la prueba indiciaria para llegar a tal conclusión; sin embargo, aún en esa eventualidad, se viola nuevamente el debido proceso, y se incurre en falsa motivación, por desconocimiento del régimen de la prueba indiciaria, que es el siguiente:

#### ARTÍCULO 248.

Requisitos de los indicios. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso.

#### ARTÍCULO 250.

Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que se obren en el proceso.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Sobre el tema vale la pena tener en cuenta lo dicho por el Consejo de Estado<sup>103</sup> en sentencia de junio 30 de 2011.

“Respecto de la prueba indiciaria Hernando Devis Echandía, haciendo referencia a Gianturco, señaló que: “entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógico crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos”. El C.P.C. dispone que, para que un hecho pueda considerarse como indicio debe estar debidamente probado en el proceso (artículo 248). De este modo, y siguiendo al tratadista mencionado, para la existencia jurídica del indicio es necesario plena prueba del hecho indicador y que, el hecho probado tenga alguna significación probatoria respecto al hecho que se investiga por existir alguna conexión lógica entre ellos. El análisis para la configuración de un indicio, esto es, el paso entre el hecho indicador y el hecho indicado es una operación que debe realizar el juez en cada caso concreto, de acuerdo con las reglas de la experiencia y siempre que no obre prueba en contrario que lo desvirtúe.”

De igual modo es pertinente traer a colación lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de agosto de 2010 acerca de la prueba indiciaria (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente: Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ, 10.08.2010, Casación No. 32.912 JESÚS AMADO SARRIA AGREDC, Aprobado Acta No. 256):

“Son múltiples y pacíficas las sentencias de esta Corte en las que se ha referido a los requisitos y valoración de la prueba indiciaria, entendida ésta como aquel medio cognoscitivo de proyecciones sustanciales que se identifica en el plano de lo general con la estructura del silogismo deductivo en el cual es dable identificar: (i) La premisa menor o hecho indicador, (ii) La premisa mayor o inferencia lógica en la que tienen operancia los ejercicios de verificabilidad de la sana crítica que se apoyan en leyes de la lógica, la ciencia y postulados de la reflexión y el raciocinio, y (iii) La conclusión o hecho indicado<sup>1</sup>

De igual manera se ha sostenido que los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado.

A su vez, los últimos pueden ser calificados de graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y de leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece<sup>2</sup>

También se resalta que en materia de prueba indiciaria, además de la acreditación del hecho indicante, de la debida inferencia racional fundada en las reglas de la sana crítica y del establecimiento del hecho desconocido indicado, cuando son varias las ccnstrucciones de ese orden, “es de singular importancia verificar en el proceso de valoración conjunta su articulación<sup>3</sup>, de forma tal que los hechos indicadores sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con cada uno de aquellos han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacia varias hipótesis de solución” <sup>4</sup>

<sup>103</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil once (2011)

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

La falsa motivación se da por una errónea interpretación de los hechos, porque si bien es cierto que del hecho de la no entrega de la información podría eventualmente inferirse como hipótesis la intención de obstruir una investigación, lo cierto es que, también puede inferirse válidamente las siguientes hipótesis, aunque con mayor probabilidad de ocurrencia, dada la experiencia y lo que está probado en la actuación:

- (i) que la no entrega de información inmediata tuvo institucionalmente en EAB obedeció a la necesidad de aclarar previamente aspectos jurídicos relevantes por parte del Gerente Jurídico de la empresa.
- (ii) personalmente para cada funcionario, el entender que la entrega de la información era una responsabilidad institucional y que debían sujetarse a ella

Mírese que, en efecto, en el expediente de la investigación no hay un solo hecho del cual se pueda inferir válidamente que la no entrega de información por parte de EAB haya concretado una obstrucción la investigación, ni que tal haya sido la intención que la precedió, y en cambio hay múltiples hechos que indican que la razón de la no entrega de dichos correos partía de inquietudes jurídicas que tenían los funcionarios que atendían la visita, especialmente el Gerente Jurídico y sus asesores, y que en general la conducta de la EAB estaba dirigida a permitir la investigación. Tales hechos indicadores son:

- a) que la Gerencia Jurídica presentó a los funcionarios de la SIC que realizaron la visita, argumentos jurídicos debidamente sustentados sobre las inquietudes que generaba la entrega de información atinente a sus correos electrónicos;
- b) que la información de correos electrónicos solicitada por la SIC se entregó pocos días después de ser solicitada por la SIC, junto con una certificación de inalterabilidad de los correos suscrita por la gerencia de informática de EAB;
- c) que el actor, junto con otros funcionarios, presentó una solicitud de pruebas dirigida a demostrar que los correos electrónicos entregados a la SIC eran los mismos que se hubiesen entregado el día de la visita,
- d) que la EAB entregó el día de la visita y días después según se acordó, muchos otros documentos que le fueron solicitados por la SIC,
- e) que para la época de imposición de la sanción, la investigación sobre prácticas restrictivas a la

competencia, y de la cual la solicitud de los correos electrónicos era una parte, no había terminado por lo que mal se puede asumir sin prejuizar, que hay algún tipo de actividad o de información que se pretende ocultar.

- f) que el Secretario General no impartió ninguna decisión sobre la no entrega de correos; y que a lo

sumo compartió con el Gerente Jurídico inquietudes que tenía sobre el que eventualmente estuviesen implicados derechos fundamentales en la entrega de los correos de los funcionarios.

En consecuencia, la SIC fundamentó su decisión, en una apreciación errónea de las pruebas y en consecuencia de la realidad, porque dio al hecho de la entrega de los correos, el alcance de probar de manera indirecta, que existía la intención de obstruir una investigación a través del ocultamiento de información, cuando quiera que aquel hecho no servía para probar de manera directa, ni como indicio, tal conclusión.

Sin duda, violó las normas que regulan el régimen de la prueba indiciaria y, además, por no explicitar en su decisión que estaba aplicando la prueba indiciaria, de paso, violó el artículo 209 constitucional, así como los artículos 42 y 49 de la ley 1437 de 2011, que obligan a la administración a dar a conocer las razones de su decisión (principio de publicidad) pues su ocultamiento, como en efecto ocurrió, restringe al demandante su derecho de contradicción y defensa al acudir ante esta jurisdicción, pues lo pone en dificultad para atacar las razones de la decisión, conducta que es violatoria del artículo 29 constitucional, por desconocer el debido proceso administrativo que obliga a la Superintendencia a motivar claramente su decisión.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

### Posición de la demandada:

El a quo consideró, por inferencia lógica y no de manera directa, que la intervención del Secretario General impidió el acceso a la información, declarando probada la falta.

### Posición de la Sala:

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 Constitucional<sup>11</sup> 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

<sup>11</sup> Sentencia C 412 de 2015.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

**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 reprehensible, así como la sanción que acarrea.

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.<sup>12</sup>

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 Constitucional<sup>13</sup> ha señalado lo siguiente:

<sup>12</sup> Sentencia C-393 de 2006

<sup>13</sup> Sentencia C 442 de 2011

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

*“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 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 Constitucional<sup>14</sup> 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”<sup>15</sup>, lo que la Corporación pretende resaltar es la necesidad de que la remisión goce de tal*

<sup>14</sup> Sentencia C-605 de 2006

<sup>15</sup> Sentencia C-559 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

*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 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 examina si el actor cometió el comportamiento descrito en el artículo 26 de la ley 1340 de 1992.

La Superintendencia, ni en el recurso de apelación, ni en los alegatos de conclusión en segunda instancia, se refiere al reproche dirigido contra el funcionario sancionado. Por el contrario, insiste en que siendo Gerente General tenía la disposición o el dominio para impedir la entrega.

Sin embargo, ese hecho no se ha probado.

Correspondía a la SIC determinar la responsabilidad individual de cada funcionario, pues ésta no se transmite, ni se delega, ni se hereda. Para hacerlo debe existir prueba de la materialidad del hecho y de quien lo cometió, de manera que solo individualizada la responsabilidad, es posible valorar su comportamiento subjetivo.

En nuestro caso, la SIC aceptó que el acto no participó en la diligencia del 30 de octubre del 2012. La SIC no ha probado en el expediente que el actor interfirió u obstaculizó la diligencia. Por el contrario, está acreditado que como Secretario General de la Empresa nunca impidió que se acceda a sus correos, a su computador, y lo que hizo fue indicar

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

que es el Asesor Jurídico, que atendió la diligencia, conforme al manual de funciones, el encargado de adoptar las decisiones que correspondan, en derecho.

Para sancionar a una persona ausente, le correspondía a la SIC, llamar directamente al funcionario o exigir su presencia en la misma. Pero no se hizo. Tampoco se elaboró instrucción alguna que deba ser cumplida por el demandante, lo que de suyo permite confirmar la sentencia de primera instancia al declarar que el hecho no fue cometido por el demandante, siendo suficiente para anular el acto administrativo demandado.

Lo anterior es suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

### CONCLUSIÓN:

En consideración de lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

#### 4. COSTAS PROCESALES <sup>16</sup>

<sup>16</sup> **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.

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.

PROCESO No.: 110013334006201500087-01  
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES 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 366<sup>17</sup> *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.- CONFIRMASE** la sentencia de primera instancia, por las razones señaladas en la presente providencia.

**SEGUNDO.- CONDÉNASE** en costas a la parte vencida en el proceso.

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

#### <sup>17</sup> 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.

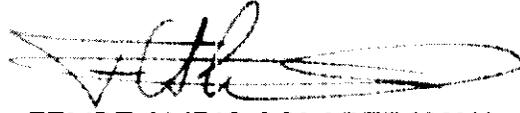
5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá 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.: 110013334006201500087-01  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: WILLAM EDUARDO MORALES URUEÑA  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

**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