

**Radicación: 18-148510 – Caso “CONCRETO”**

**Resolución No. 51905 del 3 de octubre de 2019. Recurso de reposición**

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Recurso de reposición – Decisión sobre la solicitud de pruebas.**

*El artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 establece que, si al interponerse recurso de reposición o de apelación contra acto administrativo se hubieren solicitado pruebas, el funcionario que ha de resolverlo debe pronunciarse frente a ellas. En ese sentido y en aplicación del artículo 306 de la misma norma, y con el fin de verificar las solicitudes probatorias realizadas por los recurrentes, es necesario remitirse al régimen probatorio regulado por la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso (en adelante “CGP”)–.*

*[E]l artículo 165 del CGP es claro en señalar que “son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”, medios que para ser decretados, practicados y valorados dentro del proceso deben cumplir con los requisitos de (i) pertinencia, (ii) conducencia y (iii) utilidad. Por tal motivo, si la prueba solicitada no reúne estos requisitos la consecuencia legal será el rechazo de la misma, conforme lo dispone el artículo 168 del CGP.*

*De igual forma, el Consejo de Estado ha señalado la obligación del juez o director del proceso de analizar las solicitudes probatorias que hagan las partes, previo a tomar la decisión de decretar pruebas.*

*En virtud de lo anterior, no es posible establecer de manera irrefutable, como lo pretende el recurrente, que existe una obligación por parte de la autoridad, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, de decretar todas y cada una de las pruebas solicitadas por las partes en un proceso, con el único argumento de garantizar su derecho a la prueba y a la contradicción, máxime si se tiene en cuenta que en el proceso ya se surtió un periodo probatorio y de instrucción.*

*[S]i bien este Despacho reconoce y protege el derecho que tienen los investigados a presentar todos los medios de prueba que pretendan hacer valer dentro de una actuación administrativa, esto no exime de manera alguna a esta Autoridad de hacer un análisis riguroso y detallado sobre dichos medios, con el fin de poder determinar si los mismos son conducentes, pertinentes y útiles en su cometido. Esto, lejos de ser un capricho de la Entidad, se trata de un mandato legal, soportado en la posición de los diferentes tribunales nacionales, que busca garantizar el buen desarrollo de las actuaciones administrativas.*

**SANCIONES POR CONDUCTAS DE OBSTRUCCIÓN – Proporcionalidad de la multa**

*[S]obre la referencia hecha por el recurrente respecto a la desproporción de la sanción en el presente caso, al contrastarla con la sanción impuesta en otro proceso de igual naturaleza a través de la Resolución No. 34942 del 8 de agosto de 2019 de esta Superintendencia, debe decirse lo siguiente:*

*Para **CONCRETO**, en dicha ocasión esta Entidad impuso una multa por el incumplimiento de requerimientos y la obstrucción de una actuación administrativa por parte de una empresa, por un monto equivalente al 2.57% de la multa máxima aplicable, esto es “23.515 SMLMV menos a la impuesta a **CONCRETO**, que corresponde al 26.1% de la multa máxima potencialmente aplicable”.*

*Al respecto, este Despacho debe manifestar que no resulta procedente la comparación de las multas impuestas por esta Superintendencia en el presente caso con las impuestas en el proceso decidido a través de la Resolución No. 34942 del 8 de agosto de 2019, toda vez que los supuestos de hecho de cada uno de los procedimientos adelantados fueron totalmente diferentes, y aunque en ambos casos el actuar de los investigados encuadraba dentro de la conducta señalada como incumplimiento de instrucciones y obstrucción a una actuación administrativa, no por esto pueden ser considerados como semejantes. De esta forma, mal haría este Despacho en tratar como iguales dos situaciones que en realidad no lo son.*

*No obstante lo anterior, y aún en el hipotético caso en que se aceptara que los supuestos de hecho de ambos casos fueran semejantes y/o comparables, de todas maneras resultaría improcedente hacer dicha comparación sobre las sanciones impuestas, utilizando como criterio el número de SMLMV que represente cada multa, o peor aún, el porcentaje de la multa máxima aplicable, toda vez que como ha sido reiterado, al momento de establecer el monto final de la sanción a imponer en cada caso, esta Superintendencia utiliza la información financiera de los involucrados con el fin de evitar que la multa resulte desproporcionada, confiscatoria o expropiatoria, pero tampoco irrisoria de manera tal que se desvirtúen los objetivos del derecho sancionatorio del Estado. De tal suerte, las multas obedecen a la situación financiera particular de cada sancionado, lo que torna incorrecta y desacertada cualquier comparación basada en los SMLMV que represente la multa o el porcentaje de la multa máxima que representa.*

*Así las cosas, se insiste en que no resulta posible realizar una comparación de las multas impuestas a dos sancionados con base en el número de SMLMV que representen o el porcentaje respecto a la multa máxima aplicable, aun cuando su conducta sea exactamente la misma. Esto teniendo en cuenta que en cada caso esta*

**Resolución No. 51905 del 3 de octubre de 2019. Recurso de reposición**

Superintendencia analizará la situación financiera de los involucrados para poder evitar la imposición de una multa que resulte confiscatoria.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA** – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio- Visitas administrativas – Incumplimiento de instrucciones como infracción al régimen de protección de la libre competencia

*[L]as actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de “consumidores” en algún punto de la cadena de valor a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica.*

*Ahora bien, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas de libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, tiene la facultad de imponer sanciones a quien viole dicho ordenamiento, con el fin de disuadir futuros incumplimientos a la norma, garantizando el buen funcionamiento de los mercados nacionales y el bienestar de los consumidores.*

*De igual forma, y de conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, le corresponde también a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.*

*Para el ejercicio de esta especial función de policía administrativa económica, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 le atribuyen a la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras, las siguientes funciones:*

**“Artículo 1. 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:*

*(...)*

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

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

*(...).”*

*Al respecto, es importante tener en consideración lo previsto en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política, que estableció una regla de cardinal importancia en relación con las actividades de inspección, vigilancia y control que ejercen las autoridades administrativas. En concreto, esta disposición alude a la posibilidad que tienen estas autoridades de solicitar libros de contabilidad y demás documentos privados durante actuaciones que adelanten en ejercicio de sus funciones:*

**“Artículo 15. (...)**

*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”.* (Negrillas y subrayado fuera de texto).

*De lo anterior se colige que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la libre competencia económica, tiene plenas facultades para ordenar y realizar visitas administrativas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y los documentos corporativos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley.*

**Resolución No. 51905 del 3 de octubre de 2019. Recurso de reposición**

Dicha facultad fue avalada expresamente por la Corte Constitucional, que en sentencia C-165 de 2019 manifestó:

“De esta forma, en el marco de las visitas de inspección, las superintendencias están facultadas para, entre otras: (i) ingresar a las instalaciones de las empresas y examinar sus archivos; (ii) recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete; (iii) 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; y (iv) tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa”.

En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, a quien omite acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y/o obstruya sus actuaciones, entre otros.

En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dispone lo siguiente:

**“Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.** Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

**15.** 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.

(...). (Negrillas y subrayado fuera del texto).

A partir de lo anterior, es posible establecer que la norma prevé como una modalidad de conducta infractora del régimen de protección de la libre competencia económica “(...) la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, [así como] la obstrucción de las investigaciones (...)”.

[L]os incumplimientos de órdenes y/o instrucciones, así como las obstrucciones de las actuaciones administrativas que adelante esta Superintendencia revisten la misma gravedad que las conductas catalogadas como anticompetitivas, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular.

En conclusión, no cabe duda de que a la luz del ordenamiento jurídico nacional, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos, acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también incumplir instrucciones y obstruir las actuaciones de esta Autoridad.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Incumplimiento de instrucciones – Solicitud de explicaciones – Procedimiento**

[A] continuación pasará a resumirse la regulación especial que expresamente trata la materia en cuestión, con el fin de poder determinar cuáles son los vacíos procesales que deben ser llenados con lo establecido en el artículo 51 del CPACA, norma general en materia de estos trámites incidentales en el proceso administrativo. Por lo anterior, se pone de presente que de la norma especial puede desprenderse lo siguiente:

- El trámite incidental de solicitud de explicaciones en materia de libre competencia debe ser iniciado e instruido por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011) y sancionado por el Superintendente de Industria y Comercio (numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011).
- La sanción que ha de imponerse en virtud a las facultades otorgadas por el Decreto 4886 de 2011, se hará en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, norma que establece lo siguiente:

## Resolución No. 51905 del 3 de octubre de 2019. Recurso de reposición

“**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 mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

(...). (Subraya y negrilla fuera de texto).

- La caducidad de la facultad sancionatoria para este tipo de trámites incidentales, al igual que para cualquier trámite respecto a las normas que componen el régimen de libre competencia, es de 5 años, de acuerdo al artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece:

“**Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria.** La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conducta de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado”. (Subraya y negrilla fuera de texto)

[E]n términos generales, el trámite incidental de solicitud de explicaciones en materia de libre competencia está debidamente reglamentado en la ley especial. Así, dicha normatividad establece (i) las conductas sujetas a este trámite; (ii) la autoridad competente para darle inicio; (iii) la autoridad competente para decidir si sancionar o no; (iv) el monto de las sanciones a imponer; y (v) el término de caducidad de la acción en cabeza de esta Superintendencia.

[E]xiste un vacío normativo evidente en la norma especial, el cual hace referencia al término para que los investigados presenten sus respectivas explicaciones.

De esta forma, y haciendo entonces remisión al artículo 51 del CPACA por los motivos anteriormente expuestos, se encuentra que dicha norma establece un término de 10 días a los investigados para presentar las respectivas explicaciones.

En virtud de lo anterior, se concluye que el procedimiento aplicable al trámite de solicitud de explicaciones en materia de libre competencia dispone, en términos generales, que la Delegatura dará inicio al trámite administrativo, otorgándole a los investigados un término de 10 días hábiles para presentar explicaciones y aportar las pruebas que consideren útiles, pertinentes y conducentes para argumentar su defensa. Finalmente, el Superintendente de Industria y Comercio emitirá una decisión final por medio de resolución motivada.

[E]l procedimiento de carácter incidental descrito previamente ha sido avalado por la misma jurisprudencia administrativa en casos tramitados en aplicación del Decreto 01 de 1984 y antes de la vigencia de la Ley 1340 de 2009, en donde el mismo Consejo de Estado aprobó la existencia de la etapa probatoria mencionada. Al respecto, dicho Tribunal consideró que:

“(...) El Decreto 2153 de 1992, como antes se anotó, faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para “Imponer las sanciones pertinentes (...) por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia” (artículo 2º, núm. 2º).

(...)

Estas reglas son las siguientes: i) Comunicar al sujeto investigado la iniciación de la respectiva actuación, señalándole el objeto de la misma (art. 28 del C.C.A.); ii) Dar la oportunidad al administrado para expresar sus opiniones y solicitar o allegar las pruebas que pretendiera hacer valer (artículos 34 y 35 ibídem); y iii) Una vez dada esa oportunidad y con base en las pruebas e informes disponibles, adoptar la decisión correspondiente, la cual debe ser motivada, por afectar los intereses del particular investigado (art. 35 ibídem); en la respectiva decisión es preciso señalar la normativa jurídica que consagra tanto la conducta objeto de reproche como la sanción que se impone por incurrir en ella; iv) Notificar la decisión respectiva, en la forma y términos consagrados en los artículos 44 y s.s. del C.C.A., indicando en el momento de la diligencia de notificación los recursos que legalmente proceden contra aquella, las autoridades ante quienes deben interponerse, y los plazos para hacerlo; y v) Dar respuesta a los recursos de vía gubernativa que formule el administrado, en caso de que éstos procedieran. (...)

## Resolución No. 51905 del 3 de octubre de 2019. Recurso de reposición

El estudio de **los antecedentes administrativos de los actos sancionatorios acusados, permite a la Sala concluir que fueron expedidos por la SIC siguiendo las reglas del debido proceso antes señaladas. (...)** Por lo anterior, es claro para la Sala que **no tiene mérito alguno la acusación de violación del debido proceso administrativo. (...)**. (Negritas y subrayas fuera del texto original).

**INCUMPLIMIENTO DE INSTRUCCIONES** – Responsabilidad de agentes del mercado y de las personas naturales relacionadas

[D]ebe recordarse que de acuerdo al artículo 98 del Código de Comercio de Colombia, el principal efecto de la constitución de una sociedad es que la misma, “(...) una vez constituida, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados” (Negrilla y subraya fuera de texto).

A su vez, el artículo 633 del Código Civil define a las personas jurídicas como “(...) una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

En virtud de lo anterior, la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** ha manifestado que:

“[E]s claro que en nuestro ordenamiento jurídico las personas jurídicas tienen su propia personalidad, cualidad que adquieren cuando para su constitución se ha observado la totalidad de los requisitos previstos en la ley, de acuerdo con la estructura o tipo societario que se pretende, y que las válida para contraer obligaciones y adquirir derechos”.

En este orden de ideas, puede concluirse que **CONCRETO** conformaba una persona jurídica autónoma e independiente de sus asociados y administradores, con capacidad suficiente para adquirir derechos y obligaciones en el marco del desarrollo de sus negocios, y un patrimonio independiente del cual podía disponer para adelantar toda clase de actos jurídicos y afrontar, activa o pasivamente, las acciones judiciales o administrativas de que fuera sujeto.

Y es que en virtud de lo anterior, el ordenamiento nacional ha incluso entendido que las personas jurídicas, como es el caso de **CONCRETO**, son consideradas aptas para ser partes procesales independientes en un proceso judicial o administrativo.

Al respecto, el Código General del Proceso, en su artículo 53, dispone que:

“**Artículo 53 – Capacidad para ser parte:** Podrán ser parte en un proceso:

1. Las personas naturales y jurídicas (...)” (Subraya y negrilla fuera de texto).

[D]urante la presente actuación administrativa se investigó la conducta de tres personas independientes, esto es **CONCRETO, JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA.**

Así, y por tratarse de sujetos procesales con la capacidad de afrontar de manera independiente el proceso, se imputó a cada uno de ellos la vulneración al régimen de libre competencia en virtud de sus conductas, dándoles la oportunidad a cada uno de presentar sus respectivas explicaciones y aportar pruebas en aras de establecer su defensa.

De igual forma, este Despacho estudió, en el momento procesal correspondiente, la conducta de cada uno de los sujetos procesales mencionados, de manera independiente, valorando la imputación hecha y las pruebas obrantes en el Expediente, para poder finalmente tomar una decisión respecto a la responsabilidad individual de cada uno de los involucrados.

Por esta razón, y una vez analizada la imputación particular contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, se llegó a la conclusión que la misma era errónea, y por tanto, en aras de garantizar el principio de congruencia y su derecho a la defensa, tomó la decisión de dar por terminada la actuación administrativa en su contra, archivando la misma.

Por este motivo, y habiendo sido archivada la actuación contra las personas naturales, carecía de sentido analizar de fondo sus explicaciones (...).

[R]especto al argumento presentado sobre que era necesario establecer, de manera previa, la responsabilidad de las personas naturales para poder establecer posteriormente la responsabilidad de **CONCRETO** este Despacho considera lo siguiente:

El artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual modifica el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece lo siguiente:

## Resolución No. 51905 del 3 de octubre de 2019. Recurso de reposición

“**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 mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.**

(...). (Subraya y negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que modifica el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece lo siguiente:

“**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.

(...). (Negrillas y subrayado fuera del texto).

[D]e la lectura de las normas anteriormente citadas puede desprenderse que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 sanciona a cualquier agente de mercado que con su actuar infrinja cualquiera de las disposiciones del régimen de libre competencia. No obstante, dicha norma no dispone de ninguna manera que para la imposición de la sanción, la Superintendencia deba previamente haber establecido la responsabilidad de las personas naturales vinculadas a dicho agente de mercado.

Por el contrario, el mencionado artículo exige únicamente, para la imposición de una multa, el demostrar que un agente de mercado, sea persona natural o jurídica, haya infringido alguna de las disposiciones del régimen de libre competencia.

Caso contrario ocurre con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, norma que dispone textualmente que cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere, una conducta violatoria de las normas de la libre competencia, será sujeto a una sanción por parte de esta Superintendencia.

De lo anterior, es claro que este artículo sí dispone de una serie de verbos rectores que dependen de la comisión previa de una práctica anticompetitiva. No de otra forma puede entenderse que colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar son verbos que exigen la existencia de una conducta principal que pueda precisamente facilitarse, autorizarse, ejecutarse o tolerarse.

En este orden de ideas, este Despacho considera que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, para la imposición de la sanción a **CONCRETO** por la violación de las normas de libre competencia, en virtud del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, no debió calificarse en primer lugar la conducta de las personas naturales relacionadas con dicho agente de mercado.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Secreto profesional**  
- Mensajes de WhatsApp

[P]ara la Corte Constitucional el secreto profesional consiste en la información reservada o confidencial que se conoce por el ejercicio de determinadas profesiones y que se encuentra cubierta por un derecho-deber en cabeza de los profesionales.

Así, esta misma corporación ha establecido que se trata de un aspecto esencial en el ejercicio de determinadas profesiones, tal y como lo dejó ver en la Sentencia T-708 de 2008:

“Adicionalmente, desde el ángulo del profesional, puede afirmarse que existe un derecho-deber a conservar el sigilo, puesto que de lo contrario, de verse compelido a revelar lo que conoce, irremisiblemente perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento. **También cada profesión, particularmente las ligadas a la prestación de servicios personalísimos,** tienen el interés legítimo de merecer y cultivar la confianza pública y, por lo tanto, estigmatizan y sancionan a los miembros que se abandonan a la infidencia y

**Resolución No. 51905 del 3 de octubre de 2019. Recurso de reposición**

a la divulgación de lo que siempre debe quedar confinado dentro del impenetrable espacio de lo absolutamente reservado." (negrilla fuera de texto original) Esta Corporación ha definido el contenido de ese derecho a partir de la salvaguarda de la confianza que depositan las personas entre otras, con ocasión de ciertas ocupaciones" (Subraya y negrilla fuera de texto).

[E]n virtud de lo establecido en el artículo 74 de la Constitución, el secreto profesional es inviolable. Esto también ha sido reconocido por el máximo Tribunal Constitucional en su Sentencia C-264 de 1996:

"Como en el caso del derecho a la vida, en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado "inviolable". Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo" (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta forma, el ordenamiento nacional reconoce la existencia de un derecho-deber en cabeza de ciertas profesiones, que por su condición de prestadores de servicios de carácter personalísimos están obligados a no divulgar la información reservada o confidencial que hayan conocido por el ejercicio de sus profesiones. De igual forma, ha quedado claro que dicho derecho-deber que configura el secreto profesional es inviolable, tal y como lo dispone la misma Constitución Política de Colombia.

[E]n el caso en concreto debe ponerse de presente, en primer lugar, que a pesar de que el recurrente manifiesta que "un importante número de mensajes de datos, transmitidos a través de la plataforma WhatsApp y que la Superintendencia utiliza como fundamento para la resolución recurrida, se encuentran bajo la protección del artículo 74 constitucional" por ser la retransmisión de información entre abogado y su cliente, la realidad es que solo **uno** de los múltiples mensajes analizados en este caso tiene relación con la supuesta "retransmisión de información" entre abogado y cliente.

[E]l mensaje transcrito no consiste en una comunicación entre un abogado y su cliente, o en una exteriorización por parte del abogado de cierta información confidencial recibida por el ejercicio de sus funciones, sino que consiste simplemente en la retransmisión interna entre dos empleados de la compañía de lo hablado con los abogados.

[M]al haría en considerarse que dicho mensaje de WhatsApp corresponde a información confidencial cobijada por el secreto profesional. De ser así, bastaría para los administrados en todos los casos con manifestar que las comunicaciones internas entre sus empleados consistían en retransmisiones de instrucciones de sus asesores jurídicos para evitar que las mismas sean valoradas por esta Superintendencia en el ejercicio de sus funciones.

Puede concluirse entonces que al momento de determinar el alcance del secreto profesional, y establecer qué tipo de información está cobijada o no por dicho derecho-deber, el ejercicio que debe hacerse consiste en delimitar la intimidad del propietario de la información.

En este contexto, y teniendo en cuenta que el alcance y cubrimiento del derecho a la intimidad de las personas jurídicas no es tan amplio como el de una persona natural, puede concluirse que la información que se encuentra cobijada por el secreto profesional debe ser información que afecte el núcleo esencial de dicha persona jurídica, o cuya divulgación lesione injustamente los legítimos intereses de la empresa.