



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

RESOLUCIÓN NÚMERO **14-5698** DE 2019

(11 MAR 2019)

Radicación 14-186690

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente la prevista en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018¹ (en adelante “Resolución No. 88668 de 2018” o “Resolución Sancionatoria”), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.** (en adelante “4-72”) incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al incumplir instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y obstruir con ello la actuación administrativa que adelantaba en el mercado de servicios postales.

Así mismo, se determinó que **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** y **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al ejecutar, autorizar, colaborar, facilitar y/o tolerar el incumplimiento de instrucciones y la obstrucción de la actuación administrativa atribuible a **4-72**.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a la persona jurídica, como a las personas naturales investigadas, así:

Tabla No. 1. Sanciones Resolución No. 88668 de 2018

| PERSONA JURÍDICA | | |
|------------------|------------------------------------|---------------------|
| | SANCIONADO | MONTO DE LA SANCIÓN |
| 1 | SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. | \$ 894.522.090.00 |

| PERSONAS NATURALES | | |
|--------------------|-------------------------------|---------------------|
| | SANCIONADO | MONTO DE LA SANCIÓN |
| 1 | RICARDO LÓPEZ ARÉVALO | \$ 27.343.470.00 |
| 2 | ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO | \$ 3.906.210.00 |

En la Resolución Sancionatoria, también se decidió **archivar** la actuación administrativa en favor de **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** respecto de la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, con fundamento en lo siguiente:

“En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que la presente investigación busca esclarecer un incumplimiento de instrucciones y una obstrucción de una actuación

¹ Folios No. 539 a 564 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente No. 14-186690 (en adelante “el Expediente”). Entiéndase que cada vez que en el presente acto administrativo se haga alusión al Expediente, se hace referencia a la actuación administrativa con el radicado No. 14-186690.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*administrativa relacionada específicamente con el mercado de servicios postales, se ordenará archivar la investigación a favor de **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** (Jefe Nacional de Servicios Financieros de **4-72** (E)), toda vez que su rol en la diligencia no tuvo relación ni injerencia en lo que concierne a tal mercado en particular. (...)"*

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 88668 de 2018 y dentro del término legal, **4-72**, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** y **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO**, interpusieron los respectivos recursos de reposición.

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por los recurrentes:

2.1. Argumentos presentados por 4-72

- Existió un vicio de nulidad debido a que la solicitud de información no se realizó ante el representante legal de **4-72**, quien de conformidad con los Estatutos es quien se encontraba facultado legalmente para suministrar o no la información requerida.
- En relación con la solicitud de copia del computador de **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS** (profesional Sénior del área de Servicios Financieros), **4-72** cuenta con la certificación **BASC** (Business Alliance for Secure Commerce) que restringe el acceso de copias a través de dispositivos **USB**, lo que implicaba hacer cambios técnicos para su reproducción.
- La diligencia del 23 de mayo de 2018 superó el horario de finalización de la jornada laboral. Tal diligencia estaba autorizada para dos días y se negó la posibilidad de continuarla al día siguiente.
- Se presentó un vicio material por desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. La Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó el procedimiento establecido para este tipo de actuaciones y tan solo se limitó a adelantar (i) traslado para rendir explicaciones (10 días hábiles); (ii) recepción de explicaciones y análisis de las mismas y (iii) decisión administrativa (sanción o archivo). No se aplicó un procedimiento bajo las formalidades de la Ley 1437 de 2011.
- Desde el principio de la actuación se presentó una vulneración al derecho de defensa y audiencia. La prueba del presente caso fue el acta de inspección, documento que no fue ratificado por los funcionarios de **4-72**.
- Se presentó una indebida y falsa motivación. Las declaraciones presentadas por los investigados, no fueron valoradas, existen variaciones en la información que pretende hacerse valer como verídica. Contrario de analizarlas, se hicieron apreciaciones subjetivas sobre el modo en que debía entregarse la información, pues en el acta de visita no se fijaron parámetros para hacer la entrega.
- Existe un "CD" como prueba de que **4-72** tenía información para entregar el 23 de mayo de 2014, estos archivos tienen como registro la fecha en la cual se hizo la inspección.
- La funcionaria de la Superintendencia de Industria y Comercio en la visita administrativa incurrió en un abuso del poder dominante, pues bajo consideraciones subjetivas amparadas en su disgusto, se negó a recibir la información bajo una premisa incorrecta y con la finalidad de configurar una conducta contra **4-72**.
- De la valoración de los hechos narrados cronológicamente en la Resolución Sancionatoria (folios 2 y 3), los mismos no son congruentes ni determinantes para establecer que **4-72** no quiso entregar la información.
- Existió una violación del principio constitucional *non bis in idem*. La normatividad de los servicios postales -numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009- señala que el servicio de giros hace parte del servicio postal. Así, el mercado de giros no es independiente del servicio postal, lo que configuraría en la Resolución No. 88668 y 88573 de 2018, dos sanciones derivadas del mismo mercado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Existió ausencia de proporcionalidad de la sanción impuesta. Por ser de carácter confiscatorio se pone en peligro la estabilidad económica de **4-72** y las obligaciones que recaen en calidad de operador postal oficial por medio del contrato de Concesión No. 10 de 2004, suscrito con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el objeto de garantizar el servicio público de correo a nivel nacional e internacional. La cifra impuesta no comportó ningún tipo de gradualidad técnica o jurídica.
- La sanción que se impuso es desproporcionada en razón a que al presentarse una nueva visita el 24 y 25 de septiembre de 2014, se entregó información completa y sin inconvenientes.
- Los criterios de calificación de la sanción resultan violatorios al derecho de igualdad al ser ineficaces e inaplicables a la situación presentada. La Superintendencia de Industria y Comercio no tiene una unidad de criterio para la aplicación de una sanción que resulta desproporcionada y **4-72** nunca se lucró, ni se benefició, así como tampoco se afectó el mercado postal por la conducta señalada. Es indebido fijar sanciones con parámetros inaplicables, que generan una desproporcionalidad financiera para el administrado.
- Con fundamento en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio perdió competencia al operar la caducidad de la facultad sancionatoria. Los hechos ocurrieron el 23 de mayo de 2014 y al expedir el acto administrativo por fuera de los tres (3) años, se desconocieron los artículos 6, 29, 39, 83 y 209 de la Constitución Política.

2.2. Argumentos presentados por **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO**

- Con fundamento en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer la sanción frente a los hechos del 23 de mayo de 2014 se encontraba caducada. El término para interponer cualquier tipo de sanción venció el 23 de mayo de 2017.
- La Resolución Sancionatoria carece completamente de sustento o soporte probatorio y legal. El 23 de mayo de 2014, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** no se encontraba en las instalaciones de **4-72** y no suscribió el acta de visita y, por ende, no podría configurarse criterio alguno para impedir que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerciera sus funciones.
- Existe una violación directa al debido proceso en razón a que la sanción se basa en una simple acta suscrita por los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que realizaron la visita administrativa y que no tuvo lugar a controversia.
- El contenido del acta no indicó de manera alguna una real obstrucción, todo lo contrario, pone en evidencia el cumplimiento de la diligencia durante todo el 23 de mayo de 2014, la cual fue atendida diligentemente suministrando la información en debida forma y colaborando con los requerimientos realizados.
- La Superintendencia de Industria y Comercio sí tuvo acceso a toda la información solicitada y debido a que se superó la jornada laboral se indicó que podrían continuar con el suministro de la información en el día hábil siguiente. Es inexistente la obstaculización de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio cuando los funcionarios se hicieron presentes cuatro (4) meses después.
- Los procesos disciplinarios internos de **4-72** se surtieron en debida forma y sin que se encontrara responsabilidad alguna por falta de material probatorio y sustento jurídico.
- Existió una violación directa al debido proceso por falta de determinación de la conducta. No se determinó la conducta reprochable supuestamente desplegada por **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO**, no hay desarrollo de la misma, así como tampoco soporte probatorio y se describen diferentes verbos sin que se desarrollen.
- La notificación de la Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018 no se realizó en debida forma.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2.3. Argumentos presentados por ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO

- Existió una manifiesta y garrafal atipicidad que desconoce el artículo 29 de la Constitución. Los términos de la "acriminación" hay que tomarlos en su alcance natural o exacto sin agregados ajenos a la descripción correspondiente. El artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 conmina con sanciones económicas las conductas realizadas por personas naturales, tales como colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias "de las normas sobre protección de la competencia" que no ocurrieron en el presente caso y no dice absolutamente nada en relación con la obstrucción de averiguaciones, la renuencia en exhibir documentos, entre otras.
- Existió una arbitrariedad por usurpación de funciones públicas. Se mezclaron conductas reprochables de personas jurídicas y naturales, que fuera de ser "absurdo" y "repugnar con la lógica elemental" implica crear una tercera norma.
- Existió el "desacato más vergonzoso del ordenamiento jurídico nacional y del bloque de constitucionalidad", debido a que se utilizó una interpretación analógica, absolutamente proscrita en materias penales y disciplinarias ("delictual y contravencional"), máxime cuando se hace en contra del acusado "in mala partem". No se entendió la naturaleza y el alcance de la potestad disciplinaria ya que esta función se rige por los mismos principios que regulan las materias penales.
- Los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 son normas independientes y de contenidos diferentes, la primera está destinada a las personas jurídicas y la segunda a las naturales, sin que sea dable que para efectos disciplinarios surja una tercera norma.
- La conducta de **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** es absolutamente ajena al régimen de protección de la competencia. Con fundamento en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, la conducta que originó la investigación y la sanción ocurrió el 23 de mayo de 2014, por lo tanto, caducó la potestad disciplinaria al haber transcurrido más de cuatro (4) años sin que la actuación disciplinaria haya concluido.
- **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** actuó de buena fe bajo el cumplimiento de una orden vinculante, esto es, la instrucción que le impartió **RICARDO LÓPEZ AREVALO**, Secretario General y Representante Legal de 4-72, al ser su subalterna, por lo tanto, le debía obediencia. La conducta se subsume en las causales de ausencia de responsabilidad contempladas en el código penal y disciplinario, "Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales" o "Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público".
- Se desconoció el principio *non bis in idem* al imponer una doble sanción por el mismo hecho, desconociendo el artículo 8 de la Ley 599 de 2000 que prohíbe la doble incriminación y el postulado de la culpabilidad y el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 que proscribire la responsabilidad objetiva.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarías de oficio.

CUARTO: Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados en la oportunidad legal pertinente por los impugnantes.

A efectos de su análisis, este Despacho agrupó los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición presentados por los investigados, así:

4.1. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el supuesto desconocimiento del principio de tipicidad

ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO señaló que existió una manifiesta y garrafal atipicidad que desconoce el artículo 29 de la Constitución. Para tal efecto, sostuvo que los términos de la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"*acriminación*" hay que tomarlos en su alcance natural o exacto sin agregados ajenos a la descripción correspondiente.

Agregó que el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 conmina con sanciones económicas las conductas realizadas por personas naturales, tales como colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias "*de las normas sobre protección de la competencia*" -que no ocurrieron en el presente caso- y no dice absolutamente nada en relación con la obstrucción de averiguaciones, la renuencia en exhibir documentos, entre otras. En el mismo sentido, sostuvo que los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, son normas independientes y de contenidos diferentes, la primera está destinada a las personas jurídicas y la segunda a las naturales; sin que sea dable que para efectos disciplinarios surja una tercera norma.

De otra parte, alegó que existió una arbitrariedad por usurpación de funciones públicas como consecuencia de que se mezclaron conductas reprochables de personas jurídicas y naturales, que fuera de ser "*absurdo*" y "*repugnar con la lógica elemental*" implica crear una tercera norma.

Adicionalmente, censuró la existencia del "*desacato más vergonzoso del ordenamiento jurídico nacional y del bloque de constitucionalidad*", debido a que se utilizó una interpretación analógica, absolutamente proscrita en materias penales y disciplinarias ("*delictual y contravencional*"), máxime cuando se hace en contra del acusado "*in mala partem*". A su vez, señaló que no se entendió la naturaleza y el alcance de la potestad disciplinaria ya que esta función se rige por los mismos principios que regulan las materias penales.

Por su parte, **4-72** sostuvo que existió un vicio de nulidad debido a que la solicitud de información no se realizó ante el representante legal, quien de conformidad con los Estatutos es quien se encontraba facultado legalmente para suministrar o no la información requerida.

Expuestos los anteriores reproches, debe anotarse que los argumentos esgrimidos por **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO**, que en esencia se dirigen a alegar una violación del principio de legalidad y tipicidad en relación con la conducta por la que fue sancionada, no son de recibo para este Despacho y serán rechazados por las razones que pasan a exponerse a continuación.

En primera medida, como lo ha señalado abundante jurisprudencia² sobre la materia, uno de los elementos que definen el Estado moderno es la sujeción de sus autoridades al principio de legalidad. La idea de que el ejercicio del poder no puede corresponder a la voluntad particular de una persona, sino que debe obedecer al cumplimiento de normas previamente dictadas por los órganos de representación popular, es un componente axiológico de la Constitución Política de 1991, en la cual se define expresamente a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1) basado en el respeto de las libertades públicas y la defensa del interés general (artículo 2).

Sobre la importancia del principio de legalidad en la formulación del Estado social de derecho, la Corte Constitucional ha señalado que la definición de Colombia como un Estado de Derecho implica, entre muchas otras cosas, que la actuación de las autoridades públicas debe sujetarse a la prescripción legal. Este deber de sujeción constituye una de las expresiones más importantes del principio de legalidad: implica que el comportamiento que desplieguen los órganos del Estado para alcanzar sus fines, debe sujetarse a las condiciones que para ello se hubieren establecido en las normas que disciplinan su actuación.

En relación con el principio de legalidad, el Consejo de Estado ha puntualizado que:

"El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política -artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de agosto de 2016. Rad. No.: 110010306000 2016 00128 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que el es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado*³.

Como puede apreciarse, desde la jurisprudencia administrativa y constitucional es incuestionable que el principio de legalidad y tipicidad de las conductas adquiere una mayor relevancia, y constituye un pilar fundamental, cuando se trata de la potestad sancionadora del Estado. Sin que ello quiera decir que las garantías del debido proceso comportan un alcance idéntico en el ámbito judicial y el administrativo.

En efecto, sobre el particular, la Corte Constitucional ha sido categórica en distinguir que:

"La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos."⁴ (Negrilla fuera texto original).

En tal medida, la extensión y aplicación de las diferentes garantías del debido proceso en el ejercicio de la función pública no es idéntica a la que se efectúa en el ámbito judicial. En las actuaciones administrativas ocurre bajo estándares más flexibles que permiten asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la administración.

Esta distinción es apenas lógica, en primer lugar, debido a que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas (artículos 29 y 209, Superiores) de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad, diferentes al ámbito judicial, como es el caso de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores. En segundo lugar, las actuaciones administrativas, si bien están revestidas de presunción de legalidad, son susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso administrativa –control posterior-, por el contrario, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales y después de surtidos los mecanismos de impugnación gozan del fenómeno de cosa juzgada.

Por lo anterior, la Corte Constitucional⁵ ha puntualizado que no es posible realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al ámbito administrativo.

"La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que éste último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública." (Negrilla fuera texto original).

Así, el principio de legalidad y tipicidad, como garantías del debido proceso, han encontrado una interpretación diferente en el ejercicio de la función administrativa. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que "[e]l principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. No. 680012331000 1996 02081 01.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014.

⁵ *Ibidem*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. (...)"⁶.

En el contexto descrito, la jurisprudencia constitucional⁷ ha considerado que "(...) *las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, **permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica.***" (Negrilla fuera texto original). Lo expuesto hasta aquí, es razón suficiente para rechazar de plano las postulaciones de la recurrente con que pretende trasladar los principios que regulan materias penales al ámbito administrativo y, así mismo, es menester aclarar que la presente actuación administrativa no corresponde al ejercicio de ninguna función disciplinaria.

Como se ha visto, es indiscutible la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. No obstante, su intensidad, rigor o graduación es distinta a la exigida en el ámbito judicial (i.e. materia penal) como consecuencia, entre otras razones, de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias.

Ahora bien, con la finalidad de abordar los demás argumentos de los recurrentes es pertinente contextualizar la etapa en que tuvo ocasión el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y la obstrucción de su actuación. Para tal efecto, es importante anotar que dentro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema normativo que conforma el régimen de protección de la libre competencia económica (conformado, entre otros, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011).

De esta forma, esta Superintendencia está facultada para adelantar averiguaciones preliminares, donde concreta parte de sus funciones de inspección, vigilancia y control del régimen de protección de la libre competencia económica. Tal facultad se encuentra prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, así:

"Artículo 52. Procedimiento. *Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, **la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por 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.*" (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).

Según la norma de referencia, a la etapa de averiguación preliminar le antecede una actuación inicial cuya finalidad es determinar la admisibilidad y prioridad de cada caso. Una vez verificadas estas características procede entonces adelantar la averiguación preliminar, trámite que antecede al acto de apertura formal de la investigación con la formulación del pliego de cargos.

Así las cosas, la etapa de averiguación preliminar es una actuación de la administración que no está sujeta a formalidad alguna, que no es obligatoria y que tiene como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación, como lo ha reconocido el Consejo de Estado⁸. Además, dicha etapa tiene carácter reservado y aún no se ha vinculado a ninguna persona, en la medida que los presuntos infractores no han sido identificados y, por lo mismo, en esta etapa existe una manifiesta imposibilidad fáctica y jurídica para notificar a una "persona determinada" de cualquier decisión de impulso de las funciones de inspección, vigilancia y control que se llegare a adoptar.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2012. Así mismo, en Sentencia C-860 de 2006, se consideró que "(...) *la flexibilidad que en esta materia adquieren los principios de legalidad y tipicidad como parte del derecho al debido proceso, no siendo exigible con tanta intensidad y rigor la descripción típica de las conductas y la sanción (...)*".

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017 y Sentencia C-921 de 2001. Así mismo, en Sentencia C-564 de 2000, se consideró que "(...) *en suma, al principio de legalidad consagrado en la Carta Política se le atribuyen diferentes gradaciones dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. La tipicidad, como regla del debido proceso, tiene plena vigencia en el derecho administrativo sancionador pero con una intensidad diferente a la exigida en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias hacen posible una flexibilización razonable de la descripción típica.*"

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 7909.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, se ha referido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁹:

"Distinto es el caso de la etapa preliminar en donde ciertamente no existen administrados involucrados en calidad de partes sino que se realiza por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio acopio de las quejas y probanzas sobre las cuales realizará luego el análisis que conducirá a abrir o no investigación formal por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia contenidas en el Decreto 2153 de 1992 y en la ley 155 de 1959. Respecto de las diligencias previas existe reserva y así lo ha decidido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca." (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).

Este elemento de reserva tiene mucha importancia en las funciones de la Superintendencia por cuanto su intervención en esta etapa busca demostrar, sumariamente, la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia en el mercado. Con lo anterior, esta Superintendencia propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

En similar sentido, lo reconoció el Consejo de Estado al referirse al procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en los siguientes términos¹⁰:

"(...) Según se puede leer en la norma [art. 52], 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 esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento. (...)" (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Como puede observarse, es importante distinguir las diferencias que existen en las etapas que tiene la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, pues a partir de ellas se puede definir el rol, condición y derechos que le asiste a los administrados que intervienen en cada una de las fases preliminar y formal del trámite.

La importancia de la etapa de averiguación preliminar radica en que tiene como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia. En tal sentido, se resalta que los incumplimientos de instrucciones y las obstrucciones de actuaciones revisten la misma gravedad de 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. Esta postura ha sido respaldada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

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

Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección,

⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Auto que resuelve Recurso de Insistencia del 27 de abril de 1999. Rad. No. 110012324003 1999 0241 00.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 250002324000 2000 0665 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta (...)"¹¹. (Negrilla fuera del texto original).

Bajo ese contexto, esta Superintendencia en la etapa de averiguación preliminar se encuentra investida de facultades constitucionales y legales tanto para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley, como también para reprochar el hecho de que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección.

De esta forma, resulta pertinente comenzar por evidenciar que, justamente, es el mismo artículo 15 de la Constitución Política¹² la norma superior que autoriza, a las autoridades con funciones de inspección, vigilancia y control, el acceso a documentos privados en los términos que señale la ley.

En desarrollo de lo anterior, los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, prevén que:

"Artículo 1. Funciones Generales. (...) 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.

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

Así mismo, la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, en su artículo 202¹³, establece que esta Superintendencia ejerce permanentemente funciones especializadas de policía judicial en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, en armonía con esto, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "el carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones". (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

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, puede 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 (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley.

El propio Consejo de Estado¹⁴, ha sido enfático en indicar que las competencias ordinarias que fueron asignadas a esta Entidad en el Decreto 2153 de 1992 la autorizan para requerir a cualquier persona natural o jurídica la información que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. Rad. No. 250002324000 1999 0799 01.

¹² **"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 (...)". (Subrayado fuera de texto original).

¹³ **"Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia.** Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) **4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.** (...)" (Subrayado fuera de texto original).

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. No. 25001 2324 000 2008 00137 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De tal modo, el argumento de **4-72** en relación con que la solicitud de información debía realizarse al representante legal, quien de conformidad con los Estatutos es quien se encontraba facultado legalmente para suministrar o no la información requerida, resulta a todas luces infundado y se rechaza por improcedente. Precisamente, la jurisprudencia administrativa al referirse a un alegato similar al presentado por el recurrente en esta sede, se ha pronunciado sobre el particular. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁵ ha considerado que:

"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 que 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.* (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

A partir de lo expuesto, se hace latente el hecho de que lo pretendido por el recurrente de que la solicitud de información debía realizarse directamente al representante legal, no tiene ningún tipo de fundamento legal. Visiblemente, es una mera apreciación o una simple expectativa de lo que, a su juicio, debería ser una simple formalidad con el único propósito de condicionar las funciones de inspección y vigilancia, sin que tales deseos sean suficientes para configurar alguna nulidad. Por el contrario, el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 no supedita, en ninguna forma, las visitas de inspección a ese tipo de condicionamiento, entre otras razones, debido a que la etapa de averiguación preliminar no está sujeta a ninguna formalidad, como se explicó con suficiencia previamente.

En todo caso, cabe anotar que, tal y como señaló en su declaración **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos), la responsabilidad de atender visitas administrativas en **4-72** estaba a su cargo para el momento en que tuvo lugar la diligencia, ya que, en su entonces calidad de Secretario General y Representante Legal Suplente, era la persona natural encargada de obligar a la empresa en todos los actos relacionados con su vida jurídica. Al respecto, señaló lo siguiente:

"DELEGATURA: (...) Retomando el sentido de su respuesta anterior; ¿nos podría informar en qué términos dio usted atención a la visita que refiere de los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio en ese día?

***RICARDO LÓPEZ ARÉVALO:** La atención se dio directamente por el Despacho que yo encabezo, una atención personalizada por el Secretario General, como lo hago con todos los organismos de control. Yo soy quien atiende las diligencias para garantizar el flujo de la información y la adecuada colaboración a organismos de vigilancia fiscal, disciplinaria o administrativa"¹⁶. (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).*

De otra parte, este Despacho tampoco puede compartir el argumento dirigido a señalar que el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 conmina con sanciones económicas las conductas realizadas por personas naturales, tales como colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias "de las normas sobre protección de la competencia" y no dice absolutamente nada en relación con la obstrucción de averiguaciones o la renuencia en exhibir documentos. Claramente, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones cuando se omite acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y se obstruyan sus actuaciones. 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:

¹⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 25000234100020150032600.

¹⁶ Folio No. 269 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 14:10.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"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 subrayas fuera del texto original).

Como puede apreciarse, la norma en mención habilita plenamente la procedencia de sanciones por la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información o la omisión en acatar los órdenes e instrucciones que imparta y, así mismo, la obstrucción de las actuaciones que adelanta esta Superintendencia. Por su parte, en lo que concierne a personas naturales, cabe recordar que el legislador determinó que estas también son responsables siempre que colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen cualquier conducta que resulte violatoria del régimen de protección de la competencia.

"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:

(...)

16. 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 subrayas fuera del texto original).

De la norma transcrita, y a partir de su textura abierta, es completamente claro que serán procedentes las sanciones allí previstas a cualquier persona natural, que colabore, facilite, ejecute, tolere o autorice la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información o la omisión en acatar las órdenes e instrucciones que imparta esta Superintendencia y, así mismo, la obstrucción de sus actuaciones. En consecuencia, no pueden ser de recibo las afirmaciones de la recurrente dirigidas a señalar que a partir de los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 esta Superintendencia mezcló conductas reprochables de personas jurídicas y naturales para crear una tercera norma. Por el contrario, lejos de usurpar la función del legislador, en la Resolución Sancionatoria se presentó una interpretación armónica y sistemática de los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, método de interpretación absolutamente válido para lograr la coherencia interna de cualquier cuerpo normativo.

Tal interpretación, además está guiada por el llamado principio "del efecto útil de las normas" según el cual debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias. No puede olvidarse que el propósito y objetivo perseguido por el legislador al incluir como violación de las disposiciones sobre protección de la competencia, la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio y la obstrucción de sus actuaciones, era precisamente habilitar la procedencia de las sanciones pecuniarias allí contempladas con la finalidad de que las facultades de inspección y vigilancia no fueran simplemente ilusorias, pues de poco o nada servirían, convirtiéndose en meras ilustraciones, si el legislador no les establece una consecuencia jurídica que disuada al administrado a no sustraerse injustificadamente de su cabal cumplimiento.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Aceptar la tesis de que los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 son normas independientes y de contenidos diferentes, como lo sugiere el recurrente, constituiría una interpretación aislada y contradictoria de las disposiciones que integran el régimen de protección de la libre competencia económica. Con ello, quedaría desprovisto de sentido lógico cualquier ordenamiento jurídico y llevaría al absurdo de que una disposición normativa sea abordada a partir de una visión simplemente individualista, lo que es a todas luces improcedente y no puede ser patrocinado en esta sede.

En virtud de lo expuesto, tal y como lo señaló la Resolución Sancionatoria, este Despacho ratifica la conclusión en relación con que constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica, no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también incumplir las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir las actuaciones de esta Autoridad; y en lo que concierne a las personas naturales, estas resultan responsables siempre que colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen cualquiera de las conductas antes descritas. Así, el argumento dirigido a señalar desconocido el principio de legalidad y tipicidad en el presente caso no tiene ningún mérito de prosperidad y se rechaza por improcedente.

4.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el supuesto desconocimiento del principio *non bis in idem*

4-72 y ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO señalaron que existió una violación del principio *non bis in idem*. Por su parte, **4-72** sostuvo que la normatividad de los servicios postales -numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009- señala que el servicio de giros hace parte del servicio postal. Además, que el mercado de giros no es independiente del servicio postal, lo que configuraría en la Resolución No. 88668 y 88573 de 2018, dos sanciones derivadas del mismo mercado. De otra parte, **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** señaló que al imponer una doble sanción por el mismo hecho se desconoció el artículo 8 de la Ley 599 de 2000 que prohíbe la doble incriminación y el postulado de la culpabilidad, y el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 que proscribía la responsabilidad objetiva.

Los argumentos presentados por los recurrentes, que en esencia alegan desconocido el principio *non bis in idem*, no tienen mérito de prosperidad en esta sede y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

De entrada, este Despacho debe reconocer que, en efecto, la aplicación del principio *non bis in idem* no está restringida al derecho penal, sino, como lo ha indicado abundante jurisprudencia constitucional sobre la materia, este principio se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio. Sin que con ello quiera decirse que a la luz de las particularidades del presente caso dicho principio este llamado a operar o que normas traídas del procedimiento disciplinario o penal estén llamadas a gobernar la presente actuación.

Aclarado lo anterior, el argumento de los recurrentes para alegar vulnerado el principio *non bis in idem* se fundamenta en el hecho de que, a su juicio, el servicio de giros hace parte del servicio postal con fundamento en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009. A partir de ese entendimiento, censuran que considerar el mercado de giros independiente del servicio postal y, en consecuencia, expedir dos actos administrativos sancionatorios derivados del mismo mercado desconoce el principio *non bis in idem*.

En primer lugar, debe precisarse a los recurrentes que el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009 simplemente presenta una definición de "Servicios Postales", sin que de esa definición se pueda desprender válidamente una restricción para la definición preliminar que de un mercado presuntamente afectado por prácticas restrictivas de la competencia hace la Superintendencia de Industria y Comercio a efectos de adelantar sus labores de inspección. Esto resulta de trascendental importancia en razón a que tratándose de prácticas restrictivas de la competencia, a modo de ejemplo, carteles empresariales, en síntesis el mercado afectado se determina metodológicamente por el alcance propio del cartel, es decir, por los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia. En efecto, esta Entidad en otras ocasiones ha precisado que:

"Este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores que el mercado relevante, en casos de acuerdos o carteles anticompetitivos, se define en relación con los bienes y servicios

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

respecto de los cuales recae la restricción de la competencia. Esta definición no es ajena a la práctica internacional, la cual acepta que en los casos de carteles empresariales se justifica el uso de una definición amplia del mercado afectado, referida al grupo de productos sobre los cuales las empresas cartelizadas han acordado desarrollar la práctica anticompetitiva, lo que en definitiva significa que **los mercados relevantes en casos de carteles empresariales están definidos por los bienes y/o servicios afectados por el propio acuerdo anticompetitivo**¹⁷. (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Como puede observarse, si bien el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009 presenta una definición de "Servicios Postales", tal circunstancia no limita de ninguna manera a esta Superintendencia para determinar el marco bajo el cual adelantará sus averiguaciones preliminares a efectos de verificar el cumplimiento de las normas que protegen la libre competencia económica, máxime cuando en este caso los requerimientos, que si bien se realizaron en una misma visita administrativa, estuvieron claramente diferenciados y perseguían recopilar información totalmente distinta, al punto de distinguir cada uno de los mercados a que estaban dirigidas las labores de inspección de esta Superintendencia. A continuación se presenta un cuadro comparativo que permite verificar los aspectos señalados.

Tabla No. 2. Comparativo Resolución No. 88573 de 2018 y Resolución No. 88668 de 2018

| ACTOS ADMINISTRATIVOS | |
|---|---|
| Resolución No. 88573 de 2018 | Resolución No. 88668 de 2018 |
| Rad.º No. | |
| 13-262040 | 14-29444 |
| MERCADO PRESUNTAMENTE AFECTADO | |
| "mercado de giros nacionales" | "mercado de servicios postales" |
| INFORMACIÓN REQUERIDA EN LA VISITA ADMINISTRATIVA | |
| 23 de mayo de 2014 | |
| <p>"1. Lista de los colaboradores y terceros en el servicio de giros nacionales. 2. Contratos de colaboración suscritos con los colaboradores. 3. Lista de los puntos habilitados por colaborador, indicando monto de dinero tranzado y número de transacciones, para los periodos del año 2011 a la fecha. 4. Estudios adelantados del monto y cantidad de transacciones realizadas por 4-72, relacionado con el origen y destino geográfico de los dineros"</p> | <p>"1. Brochure o documento que explique los servicios de mensajería y correo, así como sus diferentes modalidades. 2. Listado de los clientes de mensajería y correo indicando para cada uno el monto de las ventas realizadas a cada uno de ellos, del periodo comprendido del año 2011 a la fecha. 3. Copia digitalizada de las propuestas comerciales presentadas para los contratos interadministrativos y licitaciones del periodo comprendido del año 2011 a la fecha. 4. Copia de los contratos interadministrativos y licitaciones públicas en las que 4-72 haya participado, desde 2011 a lo corrido de 2014. Dicha copia debe incluir las adiciones u otrosíes a que tenga lugar. 5. Ventas desde 2011 a lo corrido de 2014, de manera mensual, de los servicios de mensajería y correo, segregadas por cada una de las modalidades de servicio. 6. Tarifas cobradas por cada segundo de los servicios desde 2011 a la fecha. 7. Copia de las subcontrataciones realizadas desde 2011 a la fecha tanto en operaciones logísticas como del servicio de mensajería a terceros. 8. Minutas de los contratos interadministrativos y privado"</p> |

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio¹⁸

¹⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 80847 de 2015.

¹⁸ Con información obrante en la Resoluciones No. 88573 y 88668, ambas del 5 de diciembre de 2018.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A partir de la comparación expuesta, el único hecho en que coinciden la Resolución No. 88573 de 2018 con la Resolución No. 88668 de 2018 es que las visitas se realizaron en un mismo día. No obstante, los mercados que preliminarmente determinó esta Superintendencia a efectos de adelantar sus labores de inspección eran totalmente diferentes, por una parte, se dirigía al "mercado de giros nacionales" y, por otra, al "mercado de servicios postales". A su vez, los requerimientos de información eran claramente diferentes y cada uno estaba dirigido específicamente a cada una de las actividades relacionadas con los distintos mercados.

Tan clara era la distinción de los mercados a inspeccionar en la visita administrativa del 23 de mayo de 2014 que sobre los equipos interdisciplinarios conformados por **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** para responder los requerimientos de los funcionarios comisionados por esta Autoridad, el investigado señaló lo siguiente en su declaración:

"DELEGATURA: ¿Desde qué hora y hasta qué hora se encontró usted ahí?

RICARDO LÓPEZ ARÉVALO: Aproximadamente, no sé exactamente si ese día llegué a las 8 de la mañana. Aclaro que la jornada laboral de la empresa es de 8 a 5. Pero me ausenté de la empresa aproximadamente a las 3, 3:30 de la tarde, y estoy seguro que estuve toda la mañana hasta la hora que mencioné (...)"¹⁹.

"DELEGATURA: ¿Qué gestiones adelantó de manera específica frente a los requerimientos que le fueran efectuados por los funcionarios de la Superintendencia?

RICARDO LÓPEZ ARÉVALO: Los funcionarios de la Superintendencia que asistieron, según me informaron y se identificaron de acuerdo con dos oficios que llevaban, indagaron sobre temas de correo y sobre temas de giros, y en razón a la información que solicitaban di las instrucciones de conformar un equipo interdisciplinario para atender los requerimientos de los funcionarios (...)"²⁰. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

En consecuencia, en la visita administrativa se organizaron de acuerdo con los diferentes mercados que eran objeto de averiguación preliminar por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** (Jefe Nacional de Servicios Financieros de 4-72 (E)) dio cuenta de ello en su declaración:

"DELEGATURA: Una vez conformado el equipo interdisciplinario al que usted refiere, ¿qué gestiones le fueron encomendadas en atención a la visita realizada el 23 de mayo de 2014?

DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ: Principalmente las gestiones fueron encaminadas, por el Secretario General, (...) a clarificar y especificar el funcionamiento del negocio. Y es importante y es el momento de precisar (...) que ese equipo interdisciplinario se conformó previa explicación y previo, por así decirlo, sondeo por parte del Secretario General a los visitantes de la Superintendencia en cuanto a su conocimiento del mercado. En donde se evidenció que no se tenía conocimiento detallado del funcionamiento. Entonces se fue el antecedente por el cual se procedió a conformar un equipo interdisciplinario en las áreas de correo y giros nacionales"²¹. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

La distinción de los diferentes mercados que abarcaba la diligencia también fue puesta de presente por **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de 4-72) en su declaración, como se muestra a continuación:

"DELEGATURA: ¿Podría indicar al despacho cuál es la hora aproximada en la que usted tuvo el primer contacto con los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio delegados para la diligencia de visita ya conocida por usted? ¿Y por favor indíquenos a qué se debió el primer contacto que usted tuvo con los funcionarios de la SIC?

¹⁹ Folio No. 269 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 13:31.

²⁰ Folio No. 269 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 14:53.

²¹ Folio No. 285 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto: 16:16.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL: *Correcto, el primer contacto sucede en las horas de la mañana de ese día, tipo 9:30 o 10 de la mañana. El contacto se debe a que desarrollando mis laborales de ese día, fui llamado por el Secretario General, el señor **RICARDO LÓPEZ**, quien ejercía las funciones para esa época (...) me informó que teníamos la compañía de dos funcionarios de la SIC que iban a adelantar una investigación **sobre unos hechos en materia postal y en materia de giros**, para lo cual me solicitó que atendiera esa visita en ese momento, sobre los temas postales"²². (Negrillas y subrayas fuera del texto original).*

De esta manera, el alegato del desconocimiento del principio *non bis in ídem* no es más que un esfuerzo infructuoso de los recurrentes por tratar de disminuir su responsabilidad ante el palmario incumplimiento de instrucciones y obstrucción a la investigación en que incurrieron el 23 de mayo de 2014. En virtud de lo expuesto, se rechaza el argumento presentado por improcedente.

4.3. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el supuesto desconocimiento del procedimiento administrativo aplicable

4-72 alegó que se presentó un vicio material por desconocimiento del derecho de audiencia y defensa. Para tal efecto, señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó el procedimiento establecido para este tipo de actuaciones y tan solo se limitó a adelantar (i) traslado para rendir explicaciones (10 días hábiles); (ii) recepción de explicaciones y análisis de las mismas y (iii) decisión administrativa (sanción o archivo). Agregó que no se aplicó un procedimiento bajo las formalidades de la Ley 1437 de 2011.

El argumento presentado por el recurrente, que en esencia alega desconocido el derecho de audiencia y defensa en virtud de la aplicación del procedimiento, no tiene mérito de prosperidad y será rechazado por las razones que se exponen a continuación.

Así bien, previamente se ha dado claridad (acápite 4.1.) en que con fundamento en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también incumplir las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir las actuaciones de esta Autoridad; y en lo que concierne a las personas naturales, estas resultan responsables siempre que colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen cualquiera de las conductas antes descritas.

Entonces, a continuación le corresponde a este Despacho establecer si a efectos de determinar un incumplimiento de instrucciones y/o una obstrucción a las actuaciones que adelanta esta Superintendencia, es aplicable, como lo sugiere el recurrente, un procedimiento bajo las formalidades de la Ley 1437 de 2011.

En primer lugar, es pertinente aclarar que, si bien en la Ley 1437 de 2011 existen disposiciones normativas que regulan procedimientos administrativos de carácter sancionatorio, esas normas están llamadas a gobernar aquellos trámites no regulados por leyes especiales. Por el contrario, tratándose del trámite para determinar un incumplimiento de instrucciones y/o una obstrucción a las actuaciones que adelanta esta Autoridad existen normas especiales al respecto, razón por la cual solo es posible remitirse a la Ley 1437 de 2011, en lo no previsto en normas especiales.

Por otra parte, debe señalarse que el Decreto 4886 de 2011 estableció el funcionario competente a efectos de iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones. Esta función es completamente diferente e independiente del trámite tendiente a adelantar averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

"Artículo 9. Funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. *Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:*

(...)

²² Folio No. 392 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 20:23.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4. Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

(...)

12. Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial.

(...)" (Negritas y subrayas fuera del texto original).

Como puede apreciarse, la norma transcrita otorga competencia funcional al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia para iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, entre otras. Nótese que el legislador estableció dos funciones diferentes en materia de protección a la competencia, es decir, por una parte instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre la protección de la competencia y, por otra parte, instruir los trámites de solicitud de explicaciones.

De esta forma, siguiendo una interpretación guiada por el principio "del efecto útil de las normas", esto es, preferir aquella interpretación que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, debe considerarse que la intención del legislador al tratar por separado estas dos funciones fue precisamente distinguir que el trámite de solicitud de explicaciones tendría un carácter incidental. Incluso, la jurisprudencia administrativa al analizar alegatos como el presentado en esta sede ratifica el entendimiento de esta Superintendencia en relación con la distinción de trámites. Al respecto, el Consejo de Estado²³ ha considerado lo siguiente:

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

(...)" (Negritas y subrayas fuera del texto original).

De tal manera, ante la intención del legislador de distinguir dos procedimientos diferentes en materia de protección a la competencia, a su vez, es apenas obvio que un trámite de solicitud de explicaciones, para determinar un incumplimiento de instrucciones y/o obstrucción a una actuación, entre otras, requiere de un procedimiento más expedito, incidental –sin que ello implique desconocimiento de ninguna garantía fundamental-. En contraposición, un procedimiento para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, un presunto cartel de precios o un abuso de posición dominante, requiere de un procedimiento más complejo dadas las características propias del asunto que se pretende determinar.

Así, existiendo claridad sobre la naturaleza incidental que caracteriza al trámite de solicitud de explicaciones, como se advirtió antes, únicamente en lo no previsto en normas especiales sobre protección de la competencia económica, es posible acudir a la Ley 1437 de 2011 para llenar sus vacíos en virtud de la analogía²⁴, esto es, mediante la aplicación de aquella norma que regule una situación semejante.

²³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2012. Rad. No: 2500023240001999079901.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995. Al respecto se señaló que "La analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma."

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En tal medida, es posible la remisión al artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, el cual regula el trámite incidental ante la renuencia a suministrar información a una autoridad administrativa. Precisamente, frente a esta disposición normativa, la doctrina considera que:

"Se trata de un trámite incidental dentro de la actuación administrativa"

(...)

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

El párrafo confirma el carácter incidental de esta sanción, pues expresa que el trámite para decidir sobre la conducta omisiva del particular no interrumpe la actuación administrativa principal, que es la referida a los hechos que dieron lugar al trámite sancionatorio".²⁵ (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

A partir de lo expuesto, no cabe duda que la norma llamada a llenar los vacíos del trámite de solicitud de explicaciones es el artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, precisamente, por su carácter y naturaleza de incidental. Así, esta Superintendencia impone la sanción mediante resolución motivada, previo traslado de la solicitud de explicaciones a la persona a sancionar, quien tendrá un término de diez (10) días para presentarlas y, como una garantía adicional, tiene la posibilidad de solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Posteriormente, la resolución motivada es proferida por el Superintendente de Industria y Comercio en virtud del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Esta decisión es susceptible de recursos en virtud del Capítulo VI de la Ley 1437 de 2011.

Adicionalmente, con la revisión de las normas especiales, también se hace evidente el hecho de que para el caso de los incumplimientos de instrucciones y/o obstrucción de actuaciones, los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, establecen los montos de las sanciones a imponer a los infractores. A su vez, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, dispone un término de cinco (5) años para efectos de la caducidad de la facultad sancionatoria de este tipo de conductas.

Las mismas etapas del procedimiento de carácter incidental descritas previamente, fueron avaladas por la jurisprudencia administrativa en casos tramitados en aplicación del Decreto 01 de 1984 y antes de la vigencia de la Ley 1340 de 2009. Al respecto, el Consejo de Estado²⁶ consideró que en esencia estas etapas se ajustan a las reglas del debido proceso.

"(...) 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

²⁵ Arboleda, E. (2014). Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Segunda Edición. Legis Editores. Sexta reimpresión. p. 95.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014 Rad. No. 25000 23 24 000 2008 00137 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

los plazos para hacerlo; y v) Dar respuesta a los recursos de vía gubernativa que formule el administrado, en caso de que éstos procedieran. (...)

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

Como es apenas lógico, la misma conclusión surge en el presente caso y en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y la Ley 1340 de 2009, es decir, esta Superintendencia ha garantizado en todo momento las garantías del debido proceso administrativo, máxime cuando puede verificarse que todos los sancionados en la Resolución Sancionatoria, incluido **4-72**, ejercieron activamente sus prerrogativas en el presente procedimiento. Por tanto, este Despacho encuentra desestimados los argumentos del recurrente en este punto que, además, no tienen ningún asidero normativo o jurisprudencial, siendo completamente improcedentes.

4.4. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la contradicción y valoración de las pruebas y la responsabilidad específica de 4-72, RICARDO LÓPEZ ARÉVALO y ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO

4-72 señaló en su recurso que desde el principio de la actuación administrativa se presentó una vulneración al derecho de defensa y audiencia como consecuencia de que la única prueba fue el acta de inspección, documento que no fue ratificado por sus funcionarios. En el mismo sentido, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** indicó que existió una violación directa al debido proceso debido a que la sanción se fundamentó en una simple acta suscrita por los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que realizaron la visita administrativa y que no tuvo lugar a controversia. Agregó que el contenido del acta no indicó de manera alguna una real obstrucción, todo lo contrario, pone en evidencia el cumplimiento de la diligencia durante todo el 23 de mayo de 2014, la cual fue atendida diligentemente suministrando la información en debida forma y colaborando con los requerimientos realizados.

Adicionalmente, **4-72** señaló que para la solicitud de copia del computador de **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS** (profesional Sénior del área de Servicios Financieros), se contaba con la certificación **BASC** (Business Alliance for Secure Commerce) que restringe el acceso de copias a través de dispositivos **USB**, lo que implicaba hacer cambios técnicos para su reproducción. Del mismo modo, indicó que la valoración de los hechos narrados cronológicamente, no son congruentes ni determinantes para establecer que **4-72** no quiso entregar la información. También censuró que la funcionaria de la Superintendencia de Industria y Comercio en la visita administrativa incurrió en un abuso del poder dominante, pues bajo consideraciones subjetivas amparadas en su disgusto, se negó a recibir la información bajo una premisa incorrecta y con la finalidad de configurar una conducta en contra de **4-72**. Igualmente, sostuvo que existe un "CD" como prueba de que se tenía información para entregar el 23 de mayo de 2014, archivos que tienen como registro la fecha en la cual se hizo la inspección.

Así mismo, se indicó que la diligencia del 23 de mayo de 2018 superó el horario de finalización de la jornada laboral y debido a que la misma estaba autorizada para dos días se negó la posibilidad de continuarla al día siguiente. En idéntico sentido, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio sí tuvo acceso a toda la información solicitada y debido a que se superó la jornada laboral era imposible cumplir con los requerimientos, por lo que se indicó que se podría continuar con el suministro de la información en el día hábil siguiente. Además, explicó que es inexistente la obstaculización de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, máxime cuando sus funcionarios se hicieron presentes cuatro (4) meses después.

De otra parte, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** censuró una indebida y falsa motivación. A su juicio, las declaraciones presentadas por los investigados, no fueron valoradas, existen variaciones en la información que se pretende hacer valer como verídica. Contrario a analizarlas, se hicieron apreciaciones subjetivas sobre el modo en que se debía entregar la información, pues en el acta de visita no se fijaron parámetros para hacer la entrega. Además, alegó que la Resolución Sancionatoria carece completamente de sustento o soporte probatorio y legal debido a que el 23 de mayo de 2014, no se encontraba en las instalaciones de **4-72** y no suscribió el acta de visita y, por ende, no podría configurarse criterio alguno para impedir que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerciera sus funciones.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Adicionalmente, señaló que los procesos disciplinarios internos de **472** se surtieron en debida forma y sin que se encontrara responsabilidad alguna. También manifestó que existió violación directa al debido proceso por una falta de determinación de la conducta, soporte probatorio y por describirse diferentes verbos sin que se desarrollen.

Por su parte, **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** sostuvo que actuó de buena fe bajo el cumplimiento de una orden vinculante, esto es, la instrucción que le impartió **RICARDO LÓPEZ AREVALO**, Secretario General y Representante Legal de **4-72** y que ella era su subalterna y, por lo tanto, le debía obediencia. Finalmente, señaló que su conducta se subsume en las causales de ausencia de responsabilidad contempladas en el código penal y disciplinario, "*Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales*" o "*Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público*".

A efectos de analizar los argumentos presentados por los recurrentes, es preciso hacer alusión a la forma como debe efectuarse la valoración probatoria en las actuaciones administrativas a la luz de las normas procesales aplicables. Sobre el particular, vale la pena recordar que, en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas la sana crítica y las máximas de la experiencia de conformidad con el artículo 176²⁷ de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso.

En concordancia con lo anterior, abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en forma pacífica y uniforme sostienen que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente deben apreciarse en conjunto, esto es, en forma integral y que una evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos²⁸.

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

Sin perder de vista lo referido previamente, este Despacho debe señalar que el argumento presentado por los recurrentes, en que sugieren que el acta de inspección fue la única prueba en que se fundamentó la actuación administrativa, es una afirmación completamente falsa y será rechazada por las razones que se exponen a continuación.

En efecto, se puede constatar en el Expediente que mediante Resolución No. 63373 del 23 de octubre de 2014²⁹ fueron decretadas e incorporadas a la actuación administrativa sendas pruebas documentales aportadas por los investigados. Entre ellas, "*copia íntegra de las declaraciones*" de algunas personas, "*copia del auto de archivo definitivo de una indagación preliminar 2014-020 por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario de 4-72*", "*Manual de Funciones del cargo de Jefe Nacional de Servicios Financieros*", "*copia simple del contrato individual de trabajo*", "*copia simple de la Certificación BACS*", "*oficios remisorios de los documentos requeridos por la SIC*" e incluso "*Copia de las Actas de la visita administrativa*". Igualmente, se puede advertir que se decretaron de oficio, entre otras pruebas, los interrogatorios de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO**, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** y **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO**.

Lo anterior permite verificar que no es cierta la afirmación de los recurrentes y, contrario a lo que afirman, en la Resolución Sancionatoria se tuvieron en cuenta múltiples pruebas adicionales al acta de visita administrativa. Precisamente, la jurisprudencia administrativa³⁰ ha tenido la oportunidad de analizar un alegato similar al presentado por los recurrentes con el propósito de limitar las

²⁷ "**Artículo 176. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (...)". (Subraya y negrilla fuera del texto).

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012.

²⁹ Folios No. 177 a 188 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 25000234100020150032600.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

pruebas en que se fundamentó la determinación de su responsabilidad. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que:

*"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.***

(...)

*Por lo tanto, **se observa que la demandada [Superintendencia de Industria y Comercio] se limitó a emitir un pronunciamiento solo 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 los consignado en el Acta de Visita Administrativa de 30 de octubre de 2012, al momento de resolver el fondo de la investigación administrativa.***

(...)

*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.** (Negrillas y subrayas fuera del texto original).*

Adicionalmente, este Despacho puede apreciar que en la Resolución Sancionatoria fueron consideradas todas las pruebas obrantes en el Expediente y, por consiguiente, valoradas en su conjunto, esto es, en forma integral. De este modo, el argumento de los recurrentes que pretende desconocer las demás pruebas no está llamado a prosperar y se rechaza por infundado.

Por otro lado, los recurrentes señalaron que se violó el debido proceso y el derecho de defensa y audiencia, como consecuencia de que el "acta de inspección", no fue ratificada por funcionarios de 4-72 o que solo fue suscrita por los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo que no tuvo lugar a controversia. Al respecto, debe indicarse que fueron precisamente los funcionarios de 4-72, quienes en un actuar deliberado, manifestaron que no suscribirían el acta y se retiraron de las instalaciones y, así mismo, tampoco permitieron el acceso a un equipo de cómputo y a una impresora para imprimir dicho documento.

*"Siendo las 5:15 p.m., **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** aduce que no entregaran (sic) la información solicitada en el desarrollo de la visita de acuerdo a instrucciones telefónicas impartidas por parte de **RICARDO LOPEZ AREVALO** (sic) secretario general de la compañía, por tal motivo se les indica a los funcionarios de 4-72 **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** y **DAVID SANCHEZ BOGOTA** (sic) que se suscribiría la correspondiente acta dejando las constancias del caso. Frente a lo cual **manifestaron que no suscribirían el acta**, solicitaron que nos retiráramos de la compañía y se retiraron de la sala (...)"³¹. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).*

Dadas las anteriores circunstancias, los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio se vieron en la necesidad de solicitar apoyo de la Policía Nacional con el fin de dejar constancia de los hechos ocurridos. Finalmente, los hechos quedaron registrados en los folios 15 y 16 del libro de revista de los agentes de la Policía Nacional que comparecieron al sitio de la visita administrativa. Así las cosas, la diligencia se dio por terminada siendo las 6:30 p.m.

En consecuencia, para este Despacho no queda la menor duda de que el hecho de la no ratificación del acta por parte de los funcionarios de 4-72, es una circunstancia que no puede ser atribuible a esta Superintendencia y, lejos de ser una vulneración al derecho de defensa o audiencia, al ser producto de un actuar deliberado de los propios recurrentes, se constituye es en otra de las manifestaciones del palmario incumplimiento de las instrucciones que se impartieron en la visita administrativa y obstrucción a la actuación.

En igual sentido, debe llamarse la atención en relación con que al momento de presentar sus explicaciones los investigados tuvieron la oportunidad de aportar o solicitar las pruebas que pretendía hacer valer dentro de la actuación administrativa. Esta oportunidad procesal era también el escenario propicio para proponer, si así lo consideraban, una tacha de falsedad contra la prueba documental –acta de visita administrativa- de conformidad con lo dispuesto en el 270 del Código

³¹ Folios No. 7 a 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

General del Proceso. Pese a ello, en ningún momento algún aspecto de su contenido fue desconocido o cuestionado mediante la figura conducente para tal fin, por lo que dicha prueba documental, aún en esta sede, mantiene incólume su eficacia probatoria para demostrar los hechos acontecidos en el curso de la visita de inspección realizada el 23 de mayo de 2014.

De otra parte, en relación con la afirmación de que el acta no indicó de manera alguna una real obstrucción sino el cumplimiento de la diligencia durante todo el 23 de mayo de 2014, la cual fue atendida diligentemente suministrando la información en debida forma y colaborando con los requerimientos realizados, este Despacho considera que es una lectura parcial y convenientemente acomodada para tratar de excusar el incumplimiento de instrucciones. Por el contrario, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, de acuerdo a la información obrante en el Expediente, se comprobó que se presentó un incumplimiento en la entrega de dicha información, pues según lo consignado en el acta de la visita, si bien **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**) se ausentó varias horas con motivo de la consecución de dicha información y se hizo presente con esta recaudada y con la firme intención de entregarla, finalmente quienes estaban encargados del manejo de la diligencia solicitaron la suspensión de la misma, impidiendo con ello su entrega.

En tal medida, este Despacho advierte que se mantuvo un actuar renuente frente a los requerimientos realizados, pese a que se explicaron las facultades que tiene esta Autoridad para requerir información y recaudar pruebas, y aun cuando se informaron también con antelación las consecuencias jurídicas que un incumplimiento de instrucciones y una obstrucción de investigaciones de esta Entidad podría acarrear. De tal suerte, es claro que la negativa a entregar la información solicitada se realizó deliberadamente y se mantuvo durante la fase final de la diligencia con plena consciencia de los efectos que tal conducta podría generar. En virtud de lo expuesto, no se compadece con la realidad de lo sucedido afirmar que la visita se atendió diligentemente suministrando la información en debida forma y colaborando con los requerimientos realizados, por lo que las apreciaciones de los recurrentes en este sentido se rechazan por ser infundadas.

Adicionalmente, **4-72** señaló en relación a la solicitud de copia del computador de **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS** (profesional Sénior del área de Servicios Financieros), que cuenta con la certificación **BASC** (Business Alliance for Secure Commerce) que restringe el acceso de copias a través de dispositivos **USB**, lo que implicaba hacer cambios técnicos para su reproducción. Del mismo modo, se indicó que la valoración de los hechos narrados cronológicamente en la Resolución Sancionatoria, no son congruentes ni determinantes para establecer que **4-72** no quiso entregar la información.

Al respecto, en primer lugar resulta importante retomar el análisis que se realizó en la Resolución No. 88668 de 2018 a efectos de determinar la responsabilidad de **4-72**.

"17.2.1. Sobre la conducta de 4-72"

*En el caso concreto, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que **4-72** incurrió en un incumplimiento de instrucciones y en una obstrucción de la actuación administrativa adelantada por esta Superintendencia en el mercado de servicios postales (radicada con el No. 14-29444). Lo anterior, ya que en el curso de la visita adelantada por esta Autoridad el 23 de mayo de 2014, con el fin de recaudar información, tal empresa obstruyó la actuación que se adelantaba al negarse injustificadamente a suministrar los siguientes documentos que fueron requeridos desde el inicio de la diligencia:*

- "1. Brochure o documento que explique los servicios de mensajería y correo, así como sus diferentes modalidades.*
- 2. Listado de los clientes de mensajería y correo indicando para cada uno el monto de las ventas realizadas a cada uno de ellos, del periodo comprendido del año 2011 a la fecha.*
- 3. Copia digitalizada de las propuestas comerciales presentadas para los contratos interadministrativos y licitaciones del periodo comprendido del año 2011 a la fecha.*
- 4. Copia de los contratos interadministrativos y licitaciones públicas en las que **4-72** haya participado, desde 2011 a lo corrido de 2014. Dicha copia debe incluir las adiciones u otrosíes a que tenga lugar.*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

5. Ventas desde 2011 a lo corrido de 2014, de manera mensual, de los servicios de mensajería y correo, segregadas por cada una de las modalidades de servicio.

6. Tarifas cobradas por cada segundo de los servicios desde 2011 a la fecha.

7. Copia de las subcontrataciones realizadas desde 2011 a la fecha tanto en operaciones logísticas como del servicio de mensajería a terceros.

8. Minutas de los contratos interadministrativos y privado³².

En efecto, de acuerdo a la información obrante en el expediente, se comprobó que se presentó un incumplimiento en la entrega de dicha información, pues según lo consignado en el acta de la visita, si bien **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**) se ausentó varias horas con motivo de la consecución de dicha información y se hizo presente con esta recaudada y con la firme intención de entregarla, finalmente quienes estaban encargados del manejo de la diligencia solicitaron la suspensión de la misma, impidiendo con ello su entrega.

Adicionalmente, este Despacho advierte que se mantuvo un actuar renuente frente a los requerimientos realizados pese a que se explicaron las facultades que tiene esta Autoridad para requerir información y recaudar pruebas, y aun cuando se informaron también con antelación las consecuencias jurídicas que un incumplimiento de instrucciones y una obstrucción de investigaciones de esta Entidad podría acarrear. De tal suerte, es claro que la negativa a entregar la información solicitada se realizó deliberadamente y se mantuvo durante la fase final de la diligencia con plena consciencia de los efectos que tal conducta podría generar.

Los siguientes apartes del acta de visita demuestran la información que se brindó en relación con las consecuencias que se derivarían de los actos de renuencia y la negativa de colaboración:

"Ante lo anterior se les recuerda lo establecido en los numerales 2, 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, que establece la facultad de la Superintendencia para solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de información que se requiera para el correcto ejercicio de sus funciones, y de interrogar a cualquier persona cuyo testimonio resulte útil para el esclarecimiento de los hechos.

Así mismo, se les recuerda que en caso de no hacer entrega de la información solicitada (...), habría lugar a la imposición de posibles sanciones administrativas en cabeza de **4-72** o de ellos en su calidad de persona natural (sic), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 y 26 (sic) de la Ley 1340 de 2009³³.

Incluso, fue tal la falta de colaboración de los investigados que los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio tuvieron que llamar a la Policía Nacional para dejar constancia de que la visita de inspección se dio por terminada sin que se hubiera agotado su objeto e, incluso, sin que se firmara la correspondiente acta por parte de alguno de los funcionarios de la empresa visitada que intervinieron en la diligencia.

Así las cosas, según se advierte del acta de visita administrativa y del material probatorio que obra en el Expediente, está claro para este Despacho que en el marco de la visita administrativa adelantada por esta Superintendencia a **4-72**, dicha empresa no prestó colaboración ni realizó gestiones serias encaminadas a la efectiva recolección y entrega de la información requerida en el marco de la diligencia. En tal virtud su responsabilidad está plenamente demostrada."

Como puede apreciarse, aun cuando se aceptara la existencia del algún software "certificación **BASC**" que eventualmente restringiera el acceso de copias a través de dispositivos **USB**, lo cierto es que tal circunstancia no tiene la virtualidad de excusar el incumplimiento en la entrega efectiva de la información que sobre el mercado de servicios postales diligentemente había recolectado **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**).

³² Folios No. 7 y 8 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³³ Folio No. 8 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En efecto, la gestión adelantada por **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**) no desdibuja el hecho de que la documentación requerida no hubiera sido entregada efectivamente, con fundamento en una suspensión que se basó en hechos ajenos al mercado que era objeto de indagación y aduciendo como otra de las causas la terminación del horario laboral de **4-72**. La gestión de tal funcionario tampoco explica el hecho de que la diligencia se hubiera terminado sin que se firmara la correspondiente acta de visita, tal y como se describió en apartes precedentes. Se resalta además que no es facultativo del administrado determinar el momento oportuno para allegar una información a las autoridades administrativas de inspección, vigilancia y control, sino que son estas quienes tienen la facultad de determinar, dependiendo del tipo de información y la naturaleza de la actuación adelantada, el momento oportuno para suministrarla.

Por ende, la terminación del horario laboral y los inconvenientes técnicos no pueden servir como causa válida para no entregar una información que ya estaba disponible, ni mucho menos para no comparecer a la suscripción del acta de la diligencia por parte de quienes fueron designados para atenderla. En razón a lo expuesto, los argumentos presentados por los recurrentes en ese sentido se rechazan por resultar impertinentes e improcedentes.

Así, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria este Despacho advierte que el desenvolvimiento de la visita fue fluido hasta que los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio requirieron información electrónica, que estaba en poder de **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS** (Profesional Senior del Área de Servicios Financieros de **4-72**) y que estaba relacionada con el mercado de giros nacionales, no con el mercado de servicios postales (como se aclaró previamente en el acápite **4.2.** esta Superintendencia adelantaba de forma simultánea visitas administrativas que versaban sobre mercados distintos: una sobre servicios postales –que es la que nos ocupa– y otra sobre giros nacionales –que es independiente y diferenciada–).

Cuando esto sucedió, **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** (Profesional Jurídica de la Secretaría General de **4-72**) y **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** (Jefe Nacional de Servicios Financieros de **4-72** (E)) se comunicaron con **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) para informar acerca de la toma de dicha información.

A partir de este momento, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) empezó a emitir órdenes vía telefónica que alteraron el buen devenir de la diligencia, tal y como lo demuestra la declaración de **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** (Profesional Jurídica de la Secretaría General de **4-72**):

"DELEGATURA: ¿(...) Recibió usted alguna instrucción directa del señor **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (...)?

ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO: (...) Sí señor. En el momento en que solicitaron copia de todos los correos electrónicos de **JEFFERSON BLANCO**, me retiré con **DAVID SÁNCHEZ** de la oficina y procedí a llamar al doctor **RICARDO LÓPEZ** que no se encontraba en la entidad, le comenté lo que estaba sucediendo y que los funcionarios de la SIC estaban requiriendo copia de todos los correos, por lo tanto el doctor **RICARDO LÓPEZ** me solicitó que les dijera a los funcionarios que si por favor procedían a aplazar la diligencia, para que se iniciara al día siguiente hábil³⁴.

Lo anterior evidencia que frente a la solicitud de copia de los correos electrónicos de **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS** (Profesional Senior del Área de Servicios Financieros de **4-72**), se estableció comunicación con **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) para recibir instrucciones sobre cómo proceder, y que este último, en atención al requerimiento, ordenó solicitar inmediatamente la suspensión de la visita, aun cuando el requerimiento de la información electrónica versaba sobre un mercado distinto (giros nacionales) y pese a que aún no se había entregado la información sobre el mercado de servicios postales que se había solicitado desde el inicio de la diligencia.

Así las cosas, teniendo en cuenta que esta Superintendencia se encontraba realizando de forma simultánea visitas administrativas que versaban sobre mercados distintos, este Despacho

³⁴ Folio No. 281 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 20:55.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

encuentra reprochable el hecho de que, ante la solicitud de la información electrónica relacionada con otro mercado (giros nacionales), la orden inmediata en la diligencia de servicios postales haya sido, precisamente, solicitar una suspensión de la visita, en lugar de ordenar que el equipo interdisciplinario encargado del mercado de giros nacionales atendiera por aparte lo relacionado con los eventuales conflictos tecnológicos, y asegurar –con prescindencia de ello– la entrega efectiva de la información sobre el mercado de servicios postales que diligentemente fue recolectada por **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**). En otras palabras, resulta reprochable la orden de suspensión emitida, ya que implicó, contrario a lo afirmado por los recurrentes, una real obstrucción y no una colaboración mediante la ejecución de actos tendientes a satisfacer el objeto de la diligencia.

Adicionalmente, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, se advierte que la solicitud de suspensión determinó el declive de la visita, toda vez que implicó el consecuente retiro de los funcionarios de esta Superintendencia y la finalización forzada de la diligencia. Sobre el particular, en el Expediente obra la declaración de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos), que verifica que la única alternativa ofrecida a los funcionarios de esta Entidad fue terminar la visita y continuarla en otro momento:

"DELEGATURA: *¿En la comunicación que usted tuvo con **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** fue una orden directa suya la solicitud de que se retiraran los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio?*

RICARDO LÓPEZ ARÉVALO: *La orden que se le dio a la investigación en el transcurso de la diligencia, es que, se le informara a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que la jornada laboral era de 8 a 5 de la tarde y que dado que cierta información, los funcionarios, como es habitual en todas las entidades, no se encontraban, que con mucho gusto podían continuar la diligencia al día siguiente. Esa fue la instrucción que se le dio³⁵. (Negritas y subrayas fuera del texto original).*

Es importante resaltar que, a pesar de que **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) señaló una presunta imposibilidad de otorgar cierta información, ya que los funcionarios encargados de proveerla no se encontraban en las instalaciones de **4-72** por la terminación del horario laboral, el acta pone de presente que **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**) se hizo presente al finalizar la tarde con la totalidad de la información que se le había encomendado recolectar en lo que se refiere al mercado de servicios postales, pero que su entrega le fue impedida por quienes estaban encargados de atender la diligencia. Al respecto, el acta de la diligencia relata lo siguiente:

*"Siendo las 5:10 p.m. **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (sic) se presentó con la información recaudada, sin embargo **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** y **DAVID SANCHEZ BOGOTA** (sic), manifiestan que no realizarán (sic) la entrega de ninguna clase de información solicitada y adicionalmente solicitan nos retiremos de las instalaciones de la compañía."³⁶ (Negritas y subrayas fuera del texto original).*

Lo anterior, resulta corroborado con la declaración del mismo **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**):

"(...) Identificada la información ya precisa a presentar, se estableció que se hacía en medio digital y que se requería para ese mismo día. Me retiré de la oficina, alrededor de la 1 de la tarde procedí a hacer uso de mi hora de almuerzo, y posterior de mi hora de almuerzo, dentro de mis actividades de ese día, pues estaba atender los requerimientos de la SIC, y me dediqué a hacer el levantamiento de la información requerida. Como era un buen grupo de información, eso me llevó un despliegue de varias horas, y solo hasta el final de la tarde, digamos, que la información ya la tuve consolidada. Siendo alrededor de las 5, no tengo la hora precisa, me acerco donde los funcionarios de la SIC, con un CD grabado, marcado con la información que contenía ese CD para hacerle entrega formal a la SIC de acuerdo a su requerimiento. Llegado el momento donde la SIC está adelantando su diligencia, y cuando procedí a hacerle la entrega de ese CD, la información no me la recibieron. Me dijeron que (...) la visita se iba a terminar, se iba a

³⁵ Folio No. 269 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 27:00.

³⁶ Folio No. 8 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

levantar, y que no procedía la recepción de la información. (...) Dadas las circunstancias procedí a retirarme (...)"³⁷. (Negritas y subrayas fuera del texto original).

Cabe aclarar que, pese a que en la declaración citada se afirma que la información no fue aceptada por los funcionarios de esta Superintendencia, lo cierto es que para ese momento ya se había hecho efectiva la solicitud de suspensión de la diligencia, aun cuando no se había entregado todavía la información requerida y recaudada en lo que concierne al mercado de servicios postales. Se resalta además que en el Expediente no obra evidencia que demuestre que los funcionarios de **4-72**, bajo las instrucciones de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO**, (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos), se hubieran preocupado por hacer entrega ordenada y pormenorizada de la información solicitada y efectivamente recolectada por **JAVIER FELIPE ARTISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**) antes de solicitar inminentemente la suspensión de la diligencia. De este modo, la censura dirigida a señalar una indebida y falsa motivación no tiene ningún mérito de prosperidad y, por el contrario, puede apreciarse cómo las declaraciones presentadas fueron valoradas en conjunto y con apoyo en la sana crítica y las máximas de la experiencia.

Incluso, en caso de que, en gracia de discusión, la falta de entrega de la información hubiera sido atribuible a los funcionarios de esta Entidad –como lo afirmaron algunos recurrentes–, lo cierto es que tal hecho no le fue puesto de presente a la Autoridad el día hábil inmediatamente posterior a la visita, como habría sido natural y una respuesta coherente en caso de haberse presentado tal circunstancia y tener un verdadero ánimo colaborativo frustrado.

En la misma línea, se advierte que no existe prueba de que se hubiera hecho entrega de tal información inmediatamente después de la ocurrencia de la diligencia –con ocasión de su intempestiva terminación–, lo cual igualmente habría dado cuenta de un verdadero ánimo de cooperar y asegurar la entrega de la información que era de interés para la Autoridad. Por ende, las afirmaciones de los recurrentes en este sentido se rechazarán por resultar infundadas. En este punto, es importante señalar que tampoco es de recibo para este Despacho la afirmación según la cual existe un "CD", con archivos que tienen como registro la fecha en la cual se hizo la inspección, como prueba de que **4-72** tenía la información para entregar el 23 de mayo de 2014. Esa circunstancia, lejos de excusar el incumplimiento de instrucciones censurado, hace aún más reprochable el hecho de que no se hubiera realizado la entrega efectiva de tal información el día de la visita administrativa o inmediatamente después de su ocurrencia, máxime cuando afirman que la información estaba disponible.

Además, el contenido del acta permite advertir que **4-72**, bajo las órdenes de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos), además de no entregar la información solicitada, tampoco se preocupó por comparecer a la realización, revisión y suscripción del acta de visita correspondiente. El documento señala además que no existió ninguna colaboración para que los funcionarios de la Superintendencia pudieran imprimir tal acta en las instalaciones de **4-72** al momento en que la diligencia se dio por terminada en forma abrupta.

En este punto, es oportuno señalar que **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** sostuvo que no era posible atribuirle responsabilidad debido a que el 23 de mayo de 2014, no se encontraba en las instalaciones de **4-72**, no suscribió el acta de visita y, por ende, no podía impedir las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. Al respecto, este Despacho considera que la excusa presentada no se compadece con la realidad de los hechos y con lo que demuestran las pruebas que obran en el Expediente y será rechazada por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, esta Superintendencia ha señalado en otras ocasiones³⁸ respecto de los comportamientos o verbos rectores del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 que:

"Así, la responsabilidad de la persona puede derivarse de múltiples comportamientos expresados en los citados verbos rectores contemplados en la norma, los cuales producen el mismo tipo de responsabilidad sin importar en qué

³⁷ Folio No. 392 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 17:36.

³⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

verbo rector se incurra. Lo anterior no excluye el juicio de proporcionalidad que se requiere para la dosificación de las respectivas sanciones en atención al grado de importancia de la conducta desplegada por la persona y su incidencia en la conducta reprochada a la persona jurídica o agente del mercado.

Ahora bien, atendiendo a que el sentido de las palabras contenidas en la ley debe ser el de su uso general o significado natural y obvio³⁹, y de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, colaborar significa "trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra", es posible deducir que una conducta colaborativa implica un trabajo conjunto de varios sujetos con una misma finalidad en un determinado proyecto o labor.

Facilitar significa "hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin". Lo anterior significa que el sujeto facilitador proporciona un cierto tipo de ayuda que, por su naturaleza, hace más cómoda o posible la realización de una determinada conducta o acción.

Autorizar significa "dar o reconocer a alguien facultad o derecho para hacer algo". Esta definición conlleva el otorgamiento de una potestad o permiso para la realización de una determinada acción.

Ejecutar significa "poner por obra algo". La anterior definición consiste en que quien ejecuta es el sujeto activo de una acción que transforma la realidad material en un contexto específico. Así, la ejecución de la conducta se puede traducir en la realización o puesta en práctica de una determinada actividad o tarea.

Y por último, tolerar significa "permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente". Así, el sujeto activo que tolera, está incurso en una conducta omisiva al condescender en el acaecimiento de un comportamiento calificado como ilegal, lo cual implica la aquiescencia o el beneplácito, por vía pasiva, respecto de tal comportamiento. (...)" (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

En segundo lugar, debe reiterarse que la responsabilidad de atender visitas administrativas en **4-72** estaba a cargo de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) para el momento en que tuvo lugar la diligencia, ya que, en su entonces calidad de Secretario General y Representante Legal Suplente, era la persona natural encargada de obligar a la empresa en todos los actos relacionados con su vida jurídica. Al respecto, en su declaración, señaló lo siguiente:

"DELEGATURA: (...) Retomando el sentido de su respuesta anterior, ¿nos podría informar en qué términos dio usted atención a la visita que refiere de los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio en ese día?

RICARDO LÓPEZ ARÉVALO: La atención se dio directamente por el Despacho que yo encabezo, una atención personalizada por el Secretario General, como lo hago con todos los organismos de control. **Yo soy quien atiende las diligencias para garantizar el flujo de la información y la adecuada colaboración a organismos de vigilancia fiscal, disciplinaria o administrativa**⁴⁰. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

En tercer lugar, debe anotarse que, según consta en el acta de visita, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO**, junto con **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**), recibió a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio y le ordenó a este último recaudar la información solicitada por la Autoridad en relación con el mercado de servicios postales.

En cuarto lugar, el material probatorio obrante en el Expediente da cuenta de que **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** debió retirarse de las instalaciones de **4-72** para atender otros compromisos, previo a lo cual procedió a conformar equipos interdisciplinarios que responderían los requerimientos de los funcionarios comisionados por esta Autoridad. Sin embargo, como se muestra a continuación, se encuentra demostrado que a pesar de su retiro de las instalaciones de

³⁹ Artículo 28 de la Ley 57 de 1887: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal".

⁴⁰ Folio No. 269 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 14:10.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4-72, mantuvo control sobre la diligencia de comienzo a fin, al punto que sus instrucciones demarcaron el desenvolvimiento y fin de la visita.

La declaración de **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** (Jefe Nacional de Servicios Financieros de **4-72** (E)) así lo confirma:

*"DELEGATURA: ¿El señor **RICARDO LÓPEZ** le impartió alguna orden directa una vez finalizada la jornada laboral frente a la visita del 23 de mayo de 2014 efectuada por la Superintendencia?"*

***DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ**: A través de la doctora **ESTHER BLANCO** y vía teléfono se solicitó suspensión de la diligencia, toda vez que el Secretario General, que ostentaba las veces de apoderado general y apoderado judicial, no se encontraba en la compañía como medio de canalizar la información suministrada (...)"⁴¹. (Subrayas fuera del texto original).*

De lo anterior se colige también que, para mantener el control del manejo de la visita durante su ausencia, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** mantuvo contacto permanente vía telefónica con **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** (Profesional Jurídica de la Secretaría General de **4-72**), quien era la persona encargada de transmitirle la información de lo que iba aconteciendo en la visita y de compartirle a su vez al equipo de trabajo las instrucciones u órdenes emitidas por su superior.

Como puede apreciarse, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** sí se encontraba en un inicio en las instalaciones de **4-72** y asumió en todo momento, aún después de retirarse, un rol protagónico y definitivo en el desarrollo de la visita administrativa del 23 de mayo de 2014. A su vez, puede advertirse que si el acta de visita correspondiente no está suscrita por él, fue precisamente porque no existió interés o preocupación por comparecer a su realización, su revisión y su respectiva suscripción.

Así las cosas, este Despacho confirma la conclusión a la que se llegó en la Resolución Sancionatoria en relación con la responsabilidad de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos). En efecto, está suficientemente demostrado que contribuyó eficazmente en el incumplimiento de las instrucciones de esta Superintendencia, al ejecutar, autorizar y tolerar conductas que impidieron el acceso a la información sobre servicios postales solicitada al inicio de la diligencia y recaudada por **JAVIER FELIPE ARTISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**); al ordenar buscar la suspensión de la visita sin asegurar la entrega de los documentos requeridos y efectivamente recaudados; y al no ordenar que hubiera comparecencia a la realización, revisión y suscripción de la correspondiente acta de visita.

Se resalta que la falta de entrega de la totalidad de información solicitada, además de configurar un incumplimiento a las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, constituyó una evidente obstrucción a la actuación administrativa adelantada por esta Entidad por la presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia por parte de **4-72** en el mercado de servicios postales (actuación radicada con el No. 14-29444), toda vez que se entorpeció de forma deliberada el correcto ejercicio de las funciones de la Entidad al impedir el efectivo recaudo del material probatorio que era de su interés en dicha actuación.

De otra parte, los recurrentes también señalaron que los procesos disciplinarios internos de **472** se surtieron en debida forma y sin que se encontrara responsabilidad alguna. A efectos de rechazar tal excusa resulta suficiente y pertinente lo expuesto en la Resolución Sancionatoria sobre el particular.

*"Por último, en cuanto a la investigación interna adelantada por **4-72** tendiente a establecer la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios que intervinieron en la visita administrativa que realizó esta Superintendencia –la cual culminó en archivo al no determinarse la infracción de alguna de las disposiciones relacionadas con el ejercicio indebido de la función pública–, debe advertir este Despacho que dicha actuación no puede servir de argumento para desvirtuar los hechos imputados en la presente actuación administrativa. Esto, ya que **los códigos empresariales de conducta y las actuaciones disciplinarias de control interno apuntan a la protección de bienes jurídicos distintos***

⁴¹ Folio No. 285 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 28:12.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

a aquellos que le competen al régimen de protección de la libre competencia económica, y no permiten determinar qué información requiere la Autoridad y en qué momento la necesita para el cabal cumplimiento de sus funciones en materia de protección de la libre competencia económica.

Así las cosas, aunque es posible que el comportamiento desplegado por funcionarios de las empresas visitadas se ajuste a los reglamentos internos y al manual de funciones relacionado con el cargo que desempeñan, es también posible que ese mismo comportamiento quebrante las disposiciones legales atinentes a las normas de protección de la competencia, al llevar, en la práctica, a una desatención de las órdenes e instrucciones impartidas por una autoridad como la Superintendencia de Industria y Comercio, como sucedió en el presente caso. Por ende, el argumento se rechaza por improcedente." (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Por otro lado, **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** sostuvo que actuó de buena fe bajo el cumplimiento de una orden vinculante, esto es, la instrucción que le impartió **RICARDO LÓPEZ AREVALO**, Secretario General y Representante Legal de **4-72** y que ella era su subalterna y, por lo tanto, le debía obediencia. La anterior excusa no es de recibo para este Despacho ya que está suficientemente demostrado que en su condición de Profesional Jurídica de la Secretaría General de **4-72**, ejecutó, colaboró y facilitó la infracción al régimen de protección de la competencia imputada a **4-72**, representada en el incumplimiento de instrucciones y la obstrucción de la actuación administrativa adelantada por esta Superintendencia en el mercado de servicios postales (radicada con No. 14-29444).

En efecto, después del retiro de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos), fue la persona encargada de liderar la atención de la diligencia, y a pesar de ello no se ocupó de asegurar la entrega de la información que había eficientemente recolectado **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**). Adicionalmente, ejecutó órdenes y directrices de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) que apuntaron hacia la suspensión de la diligencia con prescindencia del efectivo alcance de su objeto, e incluso sin que se firmara la correspondiente acta de visita.

Respecto a la no entrega de la información recaudada por **JAVIER FELIPE ARISTIZÁBAL** (Profesional Jurídico de **4-72**), el acta deja ver que **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** (Profesional Jurídica de la Secretaría General de **4-72**) ejerció un rol decisivo en tal gestión, precisamente fue quien adujo que no entregarían la información solicitada en el desarrollo de la visita de acuerdo a instrucciones telefónicas impartidas por parte de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos).

En ese sentido, para este Despacho no queda ninguna duda de que fue la persona designada por **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) para servir de punto de contacto ante su posterior ausencia, tanto para transmitirle al equipo de **4-72** las órdenes e instrucciones de su superior como para mantenerlo al tanto de lo sucedido en la diligencia. Como se señaló en la Resolución Sancionatoria, ese rol fue determinante para que la visita administrativa se finalizara de manera intempestiva, con una solicitud de suspensión que se fundó en hechos ajenos a los que atañen a la diligencia objeto de estudio y que se hizo efectiva sin importar que no se hubiera hecho entrega formal de la información requerida. Adicionalmente, **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** (Profesional Jurídica de la Secretaría General de **4-72**) no compareció a la suscripción del acta de visita y no tuvo problema en retirarse de las instalaciones de **4-72** a pesar de tal circunstancia.

Este Despacho resalta el hecho de que **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** también mantuvo un actuar renuente frente a los requerimientos realizados, pese a que le fueron explicadas, en sendas oportunidades, las facultades que tiene esta Autoridad para requerir información y recaudar pruebas, y pese a que se informó también con antelación, sobre las consecuencias jurídicas que un incumplimiento de instrucciones y una obstrucción de actuaciones de esta Entidad podría acarrear, esta circunstancia descarta el argumento de que simplemente actuó de buena fe, máxime cuando en su especial condición de Profesional Jurídica de la Secretaría General de **4-72** podía advertir fácilmente las posibles consecuencias del cumplimiento de las ordenes de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) dirigidas inequívocamente a fracasar la visita administrativa.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Finalmente, **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** señaló que su conducta se subsume en las causales de ausencia de responsabilidad contempladas en el código penal y disciplinario, "*Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales*" o "*Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público*". Sobre el particular, debe reiterarse que normas traídas del procedimiento disciplinario o penal no están llamadas a gobernar la presente actuación y, en consecuencia, este Despacho no tiene la obligación de estudiar la configuración de causales de ausencia de responsabilidad de materias penales o disciplinarias y, si así lo hiciera, es evidente que las ordenes emitidas por **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de 4-72 para la época de los hechos) dirigidas inequívocamente a fracasar la visita administrativa no resultaban legítimas bajo ningún punto de vista en el régimen de protección de la competencia económica.

4.5. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la supuesta pérdida de competencia por la caducidad de la facultad sancionatoria

Con fundamento en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, **4-72** y **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio perdió competencia al operar la caducidad de la facultad sancionatoria. Para ello, explicaron que los hechos ocurrieron el 23 de mayo de 2014 y al expedir el acto administrativo por fuera de los tres (3) años se desconocieron los artículos 6, 29, 39, 83 y 209 de la Constitución Política.

En similar sentido, **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** alegó que su conducta es absolutamente ajena al régimen de protección de la competencia por lo que no le es aplicable el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 y que, en todo caso, con fundamento en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, la conducta que originó la investigación y la sanción impuesta ocurrió el 23 de mayo de 2014, por lo tanto, caducó la potestad disciplinaria al haber transcurrido más de cuatro (4) años sin que la actuación disciplinaria haya concluido.

En este punto, es oportuno indicar que **4-72** mediante comunicación con radicado No. 14-186690-00051-0000 del 14 de diciembre de 2018, antes de la notificación de la Resolución Sancionatoria, presentó una petición ante esta Entidad en la que solicitó que se declarara la caducidad de la facultad sancionatoria en razón a que habían transcurrido más de tres años de la ocurrencia del hecho sin que, a su juicio, se hubiera proferido sanción en aquel momento, tal petición también se abordará junto con los argumentos que se exponen a continuación en el cauce y dentro de los términos procedimentales propios de esta actuación.

Expuestos los reproches de los recurrentes, es importante indicar que cuando se trata de un procedimiento administrativo sancionatorio encaminado a definir la situación jurídica de una persona, la exigencia constitucional de competencia se relaciona directamente con el debido proceso, por cuanto "*la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos*"⁴².

De esta forma, cuando una autoridad administrativa actúa sin competencia -material, territorial o temporal⁴³- se produce un defecto orgánico en la actuación, en tanto que "*la competencia tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial y/o administrativa, para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para ella misma, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas solo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen*". Como se ha visto, una decisión adoptada sin competencia atenta directamente contra el principio constitucional de legalidad y, en consecuencia, corresponde a este Despacho determinar si, como lo afirman los recurrentes, operó la caducidad de la facultad sancionatoria o, por el contrario, si se actuó con plena competencia temporal para expedir el acto administrativo sancionatorio recurrido.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-559 de 2015.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 14 de febrero de 2007. Rad. No. 110010325000 2004 00109 01. Al respecto se ha considerado que "*Es claro que la falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultado para ello y se configura, dicha causal de nulidad, cuando se desconocen cualesquiera de los elementos que la componen, como por ejemplo, (i) cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o (ii) cuando éste no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o (iii) cuando solo se cuenta con un tiempo determinado para su proferimiento (competencia temporal).*"

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Para tal efecto, el razonamiento de los recurrentes se estructura de la siguiente forma: **(i)** los hechos objeto de reproche ocurrieron el **23 de mayo de 2014**; **(ii)** si se aplica el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 que establece tres (3) años para que opere la caducidad de la facultad sancionatoria; **(iii)** al expedirse la Resolución No. 88668 del **5 de diciembre de 2018**, transcurrieron más de cuatro (4) años y operó la pérdida de competencia.

A partir de lo señalado, este Despacho puede advertir que una de las premisas que estructura el razonamiento de los recurrentes es abiertamente equivocada, circunstancia que inválida su conclusión. En efecto, es un error considerar que el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 es aplicable a los trámites de solicitud de explicaciones que adelanta esta Superintendencia. Es pertinente aclarar a los recurrentes que, si bien en la Ley 1437 de 2011 existen disposiciones normativas que regulan procedimientos administrativos de carácter sancionatorio, esas normas, incluida el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, están llamadas a gobernar aquellos trámites no regulados por leyes especiales.

Por el contrario, en materia de violaciones del régimen de protección de la competencia existe una norma especial para el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Autoridad de Competencia que se encuentra contemplado en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, así:

"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 conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado". (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Como puede observarse, una interpretación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 en forma armónica y sistemática con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que incluyó la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta la autoridad de competencia y la obstrucción de las investigaciones como una violación de las disposiciones sobre protección de la competencia, permite concluir con total claridad que el término de caducidad es de cinco (5) años. En tal virtud, no hay duda de que tal término inicia con la cesación o último acto constitutivo de la conducta sancionable, de donde se concluye que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico.

De tal modo, este Despacho no puede compartir las aseveraciones de los recurrentes tendientes a indicar que a efectos del término de la caducidad de la facultad sancionatoria se debe aplicar el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, pues compartir tales aseveraciones implicaría desconocer el ordenamiento jurídico y la acertada interpretación que debe realizarse al respecto.

En virtud de lo anterior y de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el término de caducidad de cinco (5) años en este caso deberá contarse a partir de la comisión o realización de la falta al ordenamiento jurídico que como se encuentra debidamente acreditado en el Expediente y lo confirman los recurrentes fue el **23 de mayo de 2014**, momento en el cual se realizó la visita administrativa y se incumplieron las instrucciones que impartió esta Entidad y, con ello, se generó una obstrucción de su actuación.

En consecuencia, este Despacho puede evidenciar que la Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018, al ser expedida y notificada a todos los sancionados antes del **23 de mayo de 2019**, tal y como consta en el Expediente⁴⁴, fue proferida dentro del término previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, sin que esta Superintendencia perdiera competencia temporal, por tal razón no es posible acceder a las postulaciones de los recurrentes en esta sede.

4.6. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la dosificación de las multas

4-72 sostuvo que existió ausencia de proporcionalidad de la sanción impuesta y por ser de carácter confiscatorio se pone en peligro su estabilidad económica y las obligaciones que recaen en calidad

⁴⁴ Folio No. 371 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de operador postal oficial por medio del contrato de Concesión No. 10 de 2004, suscrito con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el objeto de garantizar el servicio público de correo a nivel nacional e internacional. Agregó que la cifra impuesta no comporta ningún tipo de gradualidad técnica o jurídica.

De otra parte, señaló que la sanción es desproporcionada en razón a que al presentarse una nueva visita administrativa el 24 y 25 de septiembre de 2014 se entregó información completa y sin inconvenientes.

Adicionalmente, censuró que los criterios de calificación de la sanción resultan violatorios al derecho de igualdad al ser ineficaces e inaplicables a la situación presentada. Sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene una unidad de criterio para la aplicación de una sanción que resulta desproporcionada. A su vez, indicó que **4-72** nunca se lucró, ni se benefició, así como tampoco se afectó el mercado postal por la conducta señalada, por lo que, a su juicio, es indebido fijar sanciones con parámetros inaplicables, que generan una desproporcionalidad financiera para el administrado.

En primer lugar, debe aclarársele al recurrente que la multa impuesta no es bajo ningún punto de vista confiscatoria. Esto se logra verificar debido a que para **4-72** la sanción equivale tan solo al 0,5% de su patrimonio líquido de 2017 y representa únicamente un 0,33% de sus ingresos operacionales globales de ese mismo año. Igualmente, 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, la multa impuesta equivale al 1,1% en relación con la multa máxima potencialmente aplicable.

En tal medida, este Despacho debe advertir que el efecto disuasorio que debe caracterizar una sanción, esto es, asegurar las finalidades de prevención general y prevención especial de la sanción para que tanto los individuos como las personas jurídicas que participan en el mercado se vean disuadidos de infringir la ley, no puede ser utilizado válidamente para alegar que una multa tiene carácter confiscatorio, máxime cuando la relación de la multa con todos los umbrales expuestos previamente permite evidenciar que es completamente proporcional y razonable entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

De otra parte, en relación con las afirmaciones de que la multa impuesta pone en peligro la estabilidad económica de **4-72** y las obligaciones que recaen en calidad de operador postal oficial, debe señalarse que son circunstancias que no se encuentran demostradas o debidamente acreditadas en el presente trámite administrativo. Por el contrario, en la Resolución Sancionatoria puede evidenciarse que con el fin de que la sanción no resultara desproporcionada, confiscatoria o expropiatoria, pero tampoco irrisoria de manera tal que se desvirtúen los objetivos del derecho sancionatorio del Estado, se acreditaron y utilizaron los estados financieros y los ingresos operacionales de **4-72** para el año 2017.

A partir de lo expuesto, este Despacho puede advertir que el 0,5% de su patrimonio líquido de 2017 o el 0,33% de sus ingresos operacionales globales no es suficiente para afirmar que se pone en peligro la estabilidad económica de **4-72**, por lo que los argumentos en tal sentido se rechazan por resultar infundados.

En línea con lo anterior, se afirmó que la multa impuesta no comporta ningún tipo de gradualidad técnica o jurídica. Al respecto, debe señalarse que este Despacho puede evidenciar que fueron empleados los criterios previstos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, para efectos de graduar la multa que se le impuso a **4-72**, en su condición de infractor del régimen de libre competencia. Sobre el particular, resulta suficiente con reiterar lo expuesto en la Resolución No. 88668 de 2018:

"(...) En el presente caso, frente a los criterios de "impacto que la conducta tenga sobre el mercado" y "la dimensión del mercado afectado", advierte el Despacho que los mismos no resultan aplicables, por cuanto la infracción tiene una implicación directa en la actuación administrativa de esta Superintendencia, pero no un impacto propiamente dicho en el mercado. No obstante lo anterior, se tendrá en cuenta la importancia de la conducta, en el sentido de que las visitas administrativas de inspección en la etapa preliminar son fundamentales para la Autoridad de Competencia, en la medida en que constituyen la oportunidad idónea para obtener información sobre la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia que, por su propia naturaleza, tiende a ser mantenida en secreto u oculta por los agentes del mercado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Respecto al criterio del "**beneficio obtenido por el infractor con la conducta**" se observa que, tratándose de una conducta de incumplimiento de instrucciones y obstrucción de una actuación administrativa, la utilidad para **4-72** solo puede definirse a partir del costo de oportunidad sufrido por la Autoridad de Competencia al no poder recaudar las evidencias al momento de la diligencia, y este costo de oportunidad, vale la pena anotar, no puede calcularse a precisión, ya que no hubo posibilidad de calificar el valor probatorio de la información documental solicitada.

Sobre el criterio de "**grado participación del implicado**", al momento de dosificar la sanción se tendrá en cuenta que **4-72** desplegó una conducta omisiva y obstructiva ya que, con su actuar, incumplió el deber de acatar en debida forma la solicitud de información formulada por esta Superintendencia en desarrollo de sus funciones legales, cuya recolección oportuna interesaba al trámite administrativo que fundó la visita practicada.

La aplicación del criterio de "**conducta procesal de los investigados**" genera en este caso un efecto neutro sobre la dosificación de la sanción, habida cuenta de que **4-72** ejerció su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la agravación de la sanción, como tampoco alguna actuación que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa.

Finalmente, frente a los criterios referentes a 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 al "**patrimonio del infractor**", se tendrán en cuenta como criterios de graduación los estados financieros de 2017, así como los ingresos operacionales de **4-72** en ese año, con el fin de que la sanción no resulte desproporcionada, confiscatoria o expropiatoria, pero tampoco irrisoria de manera tal que se desvirtúen los objetivos del derecho sancionatorio del Estado. (...)" (Negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, en un juicioso ejercicio de gradualidad y dosificación al momento de determinar la multa a imponer a **4-72** en la Resolución Sancionatoria se emplearon cinco (5) de los siete (7) criterios previstos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. En este punto, es pertinente reiterar lo señalado en anteriores decisiones⁴⁵, al precisar que estos criterios, no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, ya que los mismos deben ser utilizados dependiendo de si las particularidades de cada caso permiten o no su aplicación⁴⁶.

Esta interpretación ha sido avalada por la jurisprudencia administrativa⁴⁷ al analizar un alegato similar al presentado por el recurrente en esta sede. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca considera que:

"De la norma transcrita [numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009] 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; 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.**

(...)

También se debe indicar que el monto de la multa impuesta [\$1.232.000.000.00] 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 [Superintendencia de Industria y Comercio] y no superó los 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes.

⁴⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 66934 de 2013.

⁴⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015.

⁴⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 25000234100020150032600.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Ahora, en relación con el argumento dirigido a señalar que 4-72 nunca se lucró, ni se benefició, así como tampoco afectó el mercado postal con la conducta censurada, son argumentos que se rechazan por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, debe anotarse que el criterio de "*la dimensión del mercado afectado*" no resultaba aplicable en este caso, por cuanto la infracción tiene una implicación directa en la actuación administrativa de esta Superintendencia, pero no un impacto propiamente dicho en el mercado. Sin que ello sea óbice para tener en cuenta la importancia de la conducta, o como lo ha señalado la jurisprudencia administrativa la "*gravedad de una conducta claramente obstruccionista de la actuación*", en el sentido de que las visitas administrativas de inspección en la etapa preliminar son fundamentales para la Autoridad de Competencia, en la medida en que constituyen la oportunidad idónea para obtener información sobre la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia que, por su propia naturaleza, tiende a ser mantenida en secreto u oculta por los agentes del mercado.

En segundo lugar, en relación con "*el beneficio obtenido por el infractor de la conducta*", este Despacho debe señalar que fue un criterio analizado en la Resolución Sancionatoria por resultar aplicable a este tipo de casos en el sentido de que tratándose de incumplimiento de instrucciones y obstrucción de una actuación administrativa, la utilidad para 4-72 solo puede definirse a partir del costo de oportunidad sufrido por la Autoridad de Competencia al no poder recaudar las evidencias al momento de la diligencia. No obstante, tal criterio en la graduación de la multa a imponer no tuvo una incidencia aún mayor, precisamente, en razón a que no pudo calcularse a precisión, ya que no hubo posibilidad de calificar el valor probatorio de la información documental solicitada.

Finalmente, en relación con el argumento dirigido a señalar que la sanción es desproporcionada en razón a que al presentarse una nueva visita el 24 y 25 de septiembre de 2014 se entregó información completa y sin inconvenientes, debe señalarse que son cuestiones totalmente independientes y sin ningún tipo de implicación sobre la proporcionalidad de la multa en este caso. El hecho de que la autoridad de competencia lograra obtener información completa y sin inconvenientes al realizar una visita posterior -cuatro (4) meses después-, no puede ser una circunstancia que desvirtúe la gravedad y, por tal vía, pueda aminorar la multa impuesta por el incumplimiento de instrucciones y obstrucción a la actuación sucedido el 23 de mayo de 2014.

La jurisprudencia administrativa⁴⁸ ha tenido la oportunidad de analizar un alegato similar al propuesto por el recurrente en esta sede. Al respeto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca considera que:

"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." (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Aceptar la tesis del recurrente sería tanto como reconocer que en este tipo de casos existe una especie de criterio para aminorar la responsabilidad de un investigado en el evento en que finalmente decidida colaborar con la autoridad en el ejercicio de sus funciones de inspección, lo que es a todas luces desacertado. Todo lo contrario, el hecho de permitir la realización de la visita administrativa del 24 y 25 de septiembre de 2014 se traduce única y exclusivamente en el cumplimiento de una obligación legal que tenían los investigados desde incluso la visita realizada el 23 de mayo de 2014, máxime cuando con posterioridad a su fracaso no tuvieron ningún interés o iniciativa en colaborar con esta Superintendencia. De tal modo, el argumento en este sentido se rechaza por improcedente.

Así las cosas, este Despacho no encuentra ninguna razón suficiente o elemento de juicio adicional que permita modificar la sanción a 4-72 en la Resolución Sancionatoria, por lo que, además de

⁴⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 25000234100020150032600.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

rechazar todos los argumentos presentados sobre el particular, se confirma integralmente el monto de la multa impuesta.

4.7. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la supuesta indebida notificación de la Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018

Es oportuno indicar que **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** a través de comunicación bajo el radicado No. 14-186690 - - 00073-0000 del 15 de enero de 2019 presentó un alcance al derecho de petición presentado bajo el radicado No. 14-186690-00064 del 9 de enero de 2019, con la finalidad de allegar unos documentos que, a su juicio, evidencian que *"desde el primero de febrero de 2016 a la fecha la Dra. Luz Estella González Cuan no reside en la dirección -Carrera 21 No. 146-86, por lo cual entonces reitero, que no se me ha notificado en debida forma la Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018"*. Al respecto, este Despacho se permite reiterar la respuesta⁴⁹ dada sobre el particular mediante comunicación con Rad. No. 14-186690-72 del 14 de enero de 2019:

"Respuesta: Al respecto, se le informa que **LUZ STELLA GONZALEZ CUAN**, quien era su apoderada en la actuación administrativa hasta que el 8 de enero de 2019 mediante escrito bajo el Rad. No. 14-186690- -00062-0000 le fue revocado el poder por usted conferido, fue notificada de la Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018 mediante **AVISO del 20 de diciembre de 2018**.

Así mismo, se debe indicar que la notificación del referido acto administrativo se surtió conforme las reglas previstas en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, en concordancia con las disposiciones pertinentes de la Ley 1437 de 2011. Dice el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009:

"ARTÍCULO 23. NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES. Las resoluciones de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación y la que decide los recursos de la vía gubernativa, deberán notificarse personalmente.

Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

(...)"

Adicionalmente, en relación con el cambio de "domicilio laboral o residencia" de su apoderada se debe señalar que, en virtud del numeral 5 del artículo 78 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, es deber de las partes y sus apoderados "[c]omunicar por escrito cualquier cambio de domicilio o del lugar señalado para recibir notificaciones personales, so pena de que estas se surtan válidamente en el anterior".

(...)

*Así las cosas, la Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018 fue notificada conforme las reglas previstas en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 en concordancia con las disposiciones pertinentes de la Ley 1437 de 2011 a **LUZ STELLA GONZALEZ CUAN**, quien era su apoderada en la actuación administrativa hasta que el 8 de enero de 2019 mediante escrito bajo el Rad. No. 14-186690- -00062-0000 le fue revocado el poder por usted conferido, garantizando el principio de publicidad y, por tal vía, el derecho de defensa y contradicción, sin que sea procedente acceder a su petición de "surtir los trámites de notificación correspondientes en debida forma".*

(...)"

Adicionalmente, este Despacho debe anotar que las circunstancias insistentemente alegadas por **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** en esta sede, lejos de constituir alguna irregularidad en el trámite de notificación de la Resolución No. 88668 de 2018 atribuible a esta Superintendencia, lo que dejan

⁴⁹ Folios No. 622-624 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en evidencia es el posible desconocimiento de **LUZ STELLA GONZÁLEZ CUAN**, quien era su apoderada en la actuación administrativa hasta el 8 de enero de 2019, de uno de sus deberes profesionales, esto es, informar de manera inmediata toda variación de su domicilio profesional a las autoridades ante las cuales adelante cualquier gestión profesional, previsto en el numeral 15 del artículo 28⁵⁰ de la Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado.

En consecuencia, este Despacho, además de rechazar nuevamente cualquier argumento dirigido a señalar alguna falta o irregularidad en la notificación de la Resolución No. 88668 de 2018, ordenará compulsar copias del presente acto administrativo a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C. con el fin de que se investigue si las circunstancias alegadas por **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** constituyen falta disciplinaria.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: RECONOCER personería jurídica a **JUAN MANUEL REYES ALVAREZ** con C.C. No. 88.285.777, en calidad de Secretario General y Apoderado Judicial de **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.** de conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal⁵¹ para actuar en la presente actuación administrativa en nombre y representación de la sociedad referida, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ARTÍCULO SEGUNDO: RECONOCER personería jurídica a **JOSÉ LUIS BLANCO GÓMEZ** con C.C. No. 17.113.933 y T.P. No. 1.306 del C.S. de la J., para que actúe en nombre y representación de **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** con C.C. No. 52.342.583 en la presente actuación administrativa, en los términos y para los efectos del poder conferido⁵².

ARTÍCULO TERCERO: ACEPTAR la renuncia⁵³ del poder presentada por la abogada **ZORAYDA MENDOZA HERNANDEZ** con C.C. No. 52.033.418 y T.P. 133.004 del C.S. de la J. en la presente actuación administrativa.

ARTÍCULO CUARTO: ACEPTAR la revocación⁵⁴ del poder presentada por **RICARDO LÓPEZ AREVALO** con C.C. No. 79.472.032 de quien era su apoderada en la actuación administrativa, la abogada **LUZ STELLA GONZÁLEZ CUAN** con C.C. 41.643.068 y T.P. 24.331 del C.S. de la J. A partir de dicha revocación, se entenderá que el investigado actúa en nombre propio.

ARTÍCULO QUINTO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018.

ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**, **RICARDO LÓPEZ AREVALO** y **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO SÉPTIMO: COMUNICAR el presente acto administrativo a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C., para lo de su competencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en el acápite **4.7**.

⁵⁰ "**Artículo 28. Deberes profesionales del abogado.** Son deberes del abogado: (...) **15. Tener un domicilio profesional conocido, registrado y actualizado ante el Registro Nacional de Abogados para la atención de los asuntos que se le encomienden, debiendo además informar de manera inmediata toda variación del mismo a las autoridades ante las cuales adelante cualquier gestión profesional. (...)**"

⁵¹ Folios No. 522 a 531 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵² Folio No. 619 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵³ Folio No. 566 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵⁴ Folio No. 585 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **11 MAR 2019**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: A Yáñez
Revisó: A Pérez
Aprobó: A Barreto

NOTIFICAR:

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

NIT 900.062.917-9

Apoderado

Doctor

JUAN MANUEL REYES ALVAREZ

C.C. No. 88.285.777

Diagonal 25G No. 95A - 55

Teléfono: 4722000

Bogotá D.C. - Colombia

ESTHER JUDITH BLANCÓ TRUJILLO

C.C. 52.342.583

Apoderado

Doctor

JOSÉ LUIS BLANCO GÓMEZ

C.C. No. 17.113.933

T.P. No. 1.306 del C.S. de la J.

Carrera 11 No. 73-44, Oficina 403

Teléfono: 313 1551 – 313 1540

E-mail: jluisblanco@gmail.com

Bogotá D.C. - Colombia

RICARDO LÓPEZ ARÉVALO

C.C. 79.472.032

Calle 49 No. 13-33, Piso No. 12

Bogotá D.C. - Colombia

COMUNICAR:

SALA DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ D.C.

csjsabta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Calle 85 N° 11-96

Bogotá D.C. - Colombia