



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

RESOLUCIÓN **9806** DE 2019

(25 ABR 2019)

Radicación 14-187155

“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. 88573 del 5 de diciembre de 2018¹ (en adelante “Resolución No. 88573 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 esta Entidad y obstruir con ello la actuación administrativa que adelantaba en el mercado de giros nacionales.

Así mismo, se determinó que **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO, ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** y **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** 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:

Tabla No. 1. Sanciones Resolución No. 88573 de 2018

PERSONA JURÍDICA		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.	\$ 1.433.579.070.00

PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	RICARDO LÓPEZ ARÉVALO	\$ 46.874.520.00
2	ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO	\$ 7.812.420.00
3	DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ	\$ 5.468.694.00

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 88573 de 2018 y dentro del término legal, 4-72, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO, ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** y **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** interpusieron los respectivos recursos de reposición. En el recurso de reposición interpuesto por **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** se solicitó el decreto de pruebas.

TERCERO: Que mediante la Resolución No. 2907 del 8 de febrero de 2019, entre otras cuestiones, se resolvió negar las solicitudes probatorias realizadas por **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** por no cumplir con los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad para su decreto.

¹ Folios No. 503 a 537 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente No. 14-187155 (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. 14-187155.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

CUARTO: Que mediante memorando con Rad. No. 14-187155- -88-0 del 5 de marzo de 2019², la Coordinadora del Grupo de Trabajo de Notificaciones y Certificaciones de esta Entidad advirtió una inconsistencia entre el valor indicado en letras y números en relación con la multa impuesta a **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** en la Resolución No. 88573 de 2018.

QUINTO: Que mediante escrito con Rad. No. 14-187155- -00091-0000 del 6 de marzo de 2018, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 2907 del 8 de febrero de 2019.

SEXTO: Que mediante escrito con Rad. No. 14-187155-93 del 12 de marzo de 2018, trasladado a este Despacho mediante memorando con Rad. No. 187155-93 del 15 de marzo de 2018, **RICARDO LÓPEZ AREVALO** presentó escrito en que solicitó "*declarar recusada a la SIC por conflicto de intereses y proceder con el trámite de Ley*".

SÉPTIMO: Que mediante la Resolución No. 6278 del 20 de marzo de 2019, entre otras cuestiones, se resolvió rechazar de plano la recusación propuesta por **RICARDO LÓPEZ AREVALO** y confirmar integralmente la Resolución No. 2907 del 8 de febrero de 2019.

OCTAVO: Que mediante escrito con Rad. No. 14-187155- -00101-0000 del 28 de marzo de 2019, **RICARDO LÓPEZ AREVALO** interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 6278 del 20 de marzo de 2019 en relación con la decisión de rechazar de plano la recusación propuesta.

Al respecto, debe advertirse que el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 –norma especial–, establece que "*todos los actos que se expidan en el curso de las actuaciones administrativas de protección de la competencia son de trámite, con excepción del acto que niegue pruebas*" y, a su vez, el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011 señala que no habrá recurso contra los actos de trámite.

Así las cosas, con fundamento en la normatividad referida, debe advertirse que la Resolución No. 6278 de 2019 que, entre otras cuestiones, resolvió rechazar de plano la recusación propuesta por **RICARDO LÓPEZ AREVALO**, es considerada de trámite y, por tal razón, contra dicha decisión no es procedente ningún tipo de recurso.

NOVENO: Que mediante auto del 3 de abril de 2019 proferido por el Juzgado Cuarto (04) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá se ordenó lo siguiente:

"PRIMERO: ADMITIR la acción de tutela interpuesta por David Andrés Sánchez Bogotá contra la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)

TERCERO: ORDENAR al Superintendente de Industria y Comercio o quien haga sus veces, como medida provisional, que se abstenga de decidir el recurso de reposición interpuesto por el señor David Andrés Sánchez Bogotá, contra la Resolución No. 88573 de 5 de diciembre de 2018, hasta que se profiera una sentencia definitiva dentro del proceso de tutela o se emita una instrucción en contrario.

(...)" (Subrayas fuera de texto original).

DÉCIMO: Que mediante Sentencia del 22 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto (04) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, se resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: LEVANTAR la medida provisional ordenada en auto del 3 de abril de 2019.

(...)" (Subrayas fuera de texto original).

DÉCIMO PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera

² Folio No. 809 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

En tal medida, en razón a que (i) en el presente trámite se adoptaron las decisiones pertinentes en relación con la solicitud probatoria referida en el numeral 2 del presente acto administrativo; (ii) es improcedente el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 6278 de 2019 y (iii) se levantó la medida provisional ordenada en auto del 3 de abril de 2019, es viable pasar a resolver sobre los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 88573 de 2018.

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

11.1. 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.
- 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 (i) adelantar 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 realizó una debida formulación de cargos y se omitió la práctica de pruebas y el traslado para alegar conclusión.
- Existió falsa motivación en los cargos imputados a **4-72**, si bien ejerció el derecho a la defensa y pudo solicitar las pruebas, sus argumentos no fueron tenidos en cuenta al momento de imputar cargos y emitir la Resolución Sancionatoria.
- La declaración de **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** evidencia que en la visita administrativa se intentaron realizar las gestiones necesarias con el fin de extraer la información solicitada. Sin embargo, **4-72** se encontraba certificada en "BASC", la cual es una certificación de seguridad que cuenta con protocolos establecidos tales como deshabilitación de puertos **USB** de los equipos de cómputo de los colaboradores, bloqueo de las unidades de copia de **CD** y **DVD**, entre otros, por lo que no era posible realizar copias del correo electrónico de **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS**, máxime cuando la solicitud fue realizada al final de la jornada laboral y no fue posible ubicar una persona del área de informática y tecnología que extrajera la información del equipo, razón por la cual se solicitó el aplazamiento de la visita administrativa al siguiente día hábil.
- Existió una violación del principio constitucional *non bis in ídem*, toda vez que tanto la sanción impuesta mediante Resolución No. 88573 del 5 de diciembre de 2018, como la impuesta mediante Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018, se desprenden del mismo hecho generador, fueron impuestas por el mismo ente de control y en contra de **4-72**, es decir, se sancionó dos veces por el mismo hecho, bajo la misma jurisdicción.
- La Resolución Sancionatoria se encuentra viciada de nulidad al no tener en cuenta la aplicación de la Ley más favorable para el imputado. Con fundamento en la Ley 1369 de 2009, los giros postales forman parte de lo que se denomina como servicios postales.
- 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.
- Si bien el poder sancionatorio obedece a una facultad discrecional, también es claro que no puede ser desproporcionado y carente de justificación. Al respecto, en 2004 la Corte Constitucional advirtió que la proporcionalidad debe intervenir en todas las actuaciones de la administración.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

11.2. 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 legal o soporte probatorio. 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 administrativa, 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 fundamenta 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 funciones cuando los funcionarios se hicieron presentes a solicitar nuevamente la información 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 pues se describen diferentes verbos sin que se desarrollen.
- La tasación de la sanción es errónea y la misma es desproporcionada de conformidad con la información que reposa en el Expediente.

11.3. Argumentos presentados por ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO

- Existió una manifiesta y garrafal atipicidad que desconoce el artículo 29 de la Constitución Política. 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- 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 y al ser su subalterna le debía obediencia. La conducta se subsume en las causales de ausencia de responsabilidad contempladas en el código penal y disciplinario como que "[s]e obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales" o "[s]e obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público".
- Se desconoció el principio *non bis in ídem* 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 culpabilidad y el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 que proscribe la responsabilidad objetiva.

11.4. Argumentos presentados por **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ**

- La decisión debe estar desprovista de cualquier atadura que pueda comprometer su recto entendimiento y aplicación del orden jurídico, lo que al parecer no sucedió en la decisión recurrida. El Superintendente de Industria y Comercio debe ser un funcionario autónomo, independiente e imparcial, no solo en relación con la decisión sometida a su revisión, también, en torno a las circunstancias de tiempo modo y lugar, en que se edifica la foliatura que contiene el Expediente administrativo.
- A la Superintendencia de Industria y Comercio le corresponde velar por la observancia de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica. Para que exista censura administrativa sancionatoria, debe existir una conducta a reprochar al sancionado (comerciante). En otros términos, el bien jurídico está implícito en la descripción de la falta en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- Existió un procedimiento ordinario violatorio del derecho de defensa y del debido proceso para sancionar no aplicable a las actuaciones administrativas sancionatorias por la omisión de una "*PERSONA NATURAL*" en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta o la obstrucción de las investigaciones. El procedimiento sancionatorio que resultaba aplicable se encontraba establecido en la Ley 1437 de 2011.
- Dentro de las consideraciones ambiguas y sin ningún soporte, y en atención al tipo administrativo sancionatorio dentro del cual se enmarcó la acusación y la decisión, no existe sustento, interpretación o análisis profundo que motive la decisión.
- Con fundamento en el artículo 51 y 52 de la Ley 1437 de 2011, existe pérdida de competencia por caducidad de la facultad sancionatoria. Los hechos de la visita administrativa sucedieron el 22 de mayo de 2014 y la Resolución Sancionatoria fue notificada el 20 de diciembre de 2018, transcurriendo más de cuatro años.
- El legislador nunca incluyó en el monto de las multas a personas naturales del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta o la obstrucción de las investigaciones, como sí lo hizo con las multas a personas jurídicas. Por esta razón, la norma expresa taxativamente por qué motivos se imponen multas a las personas naturales y qué condición debe tener esa persona natural, el cual debe ejercer el "*COMERCIO*". Se está legislando sin autorización legal al modificar o adicionar los tipos sancionables en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- En la actuación administrativa con Rad. No. 13-192587, mediante Resolución No. 20 del 6 de enero de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció en relación con que debe acudir a la Ley 1437 de 2011 para llenar los vacíos normativos de la norma especial, teniendo en cuenta que dicha norma sí tiene un trámite para este tipo de eventos en el artículo 51 que regula la renuencia a suministrar información. Bajo esa interpretación, la norma especial (Ley 1340 de 2009 y Decreto 4886 de 2011) al no contemplar el procedimiento administrativo sancionatorio por la renuencia a suministrar información, y mucho menos la caducidad, debe remitirse al artículo 51 de la Ley 1437 de 2011 para llenar el vacío normativo.
- En el presente caso se sancionó a un empleado de una persona jurídica que solo acataba las directrices de sus superiores y que como persona natural no desarrollaba ninguna actividad económica. Con fundamento en el artículo 24 del Código de Comercio para efectos de la multa aplicable se debe entender el término empresa desde el punto de vista económico y no jurídico. En tal medida, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** no desempeñó ninguna labor comercial, ni tampoco era empresa y como persona natural era solamente un trabajador de **4-72**.
- Según el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, la conducta recae contra cualquier persona, pero exonera a los trabajadores o colaboradores y ordena dirigir las acciones al patrono, por lo que no existe legitimación en la causa por no ser sujeto pasivo de la actuación administrativa. Si al trabajador le da órdenes su patrón, inexorablemente tiene que cumplirlas porque son obligaciones contractuales laborales con quien paga su salario, no acatar esas órdenes ocasionarían su despido y quedaría sin sustento pecuniario. Así, el 23 de mayo de 2014, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** fungía como trabajador de **4-72** y cumplió instrucciones que recibió de **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO**, a su vez, recibidas de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO**, quien ejercía "**NIVEL DE AUTORIDAD**" y tomó las decisiones vía celular.
- Los verbos rectores autorizar, ejecutar y tolerar se relacionan con el ejercicio de funciones de dirección al interior de una organización. En ese sentido, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO**, Secretario General que actuaba como Representante Legal Suplente y como funcionario con nivel de Autoridad, fue quien el 23 de mayo de 2014 coordinó la visita de inspección y dio instrucciones vía telefónica hasta último momento.
- **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** en la visita cumplió con sus funciones laborales y contractuales y no podía "*autorizar*" a funcionarios para hacer cosas en contra de reglamentos y protocolos de seguridad informática. Tampoco podía "*ejecutar*" porque simplemente cumplía con las ordenes e instrucciones y menos podía "*tolerar*", pues la situación de los inconvenientes técnicos de sacar copia de un computador era una instrucción ilógica, debido a que el único que podía habilitar esa copia era el jefe de sistemas y ese funcionario ya no estaba en las instalaciones de **4-72**, porque había terminado su jornada laboral y no se había coordinado con suficiente antelación para la habilitación de conformidad a las normas internacionales de seguridad "**BASC**".
- Se vulneró el principio de legalidad y se tipificaron actuaciones no descritas en la norma por el legislador. Para la tipificación de los verbos rectores "colaborar" o "facilitar" es necesario que sea un tercero que no pertenezca a la organización empresarial. De lo contrario, su tipificación sería en forma negativa no colaborar y no facilitar, pero en la norma están en forma positiva.
- Los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que realizaron la visita administrativa fueron parcializados y tuvieron un comportamiento desleal, mintieron en relación con la existencia de una "riña" por lo que pudieron dar información no acorde con lo sucedido en la visita administrativa quedando en duda lo manifestado en la respectiva acta. Se omitió describir los inconvenientes técnicos para acceder a los equipos y la imposibilidad de realizar las copias debido a que el Jefe de Sistemas no se encontraba en las instalaciones de **4-72**, la petición se realizó finalizada la jornada laboral y se tenía el lanzamiento de una estampilla, por lo que el Secretario General y otros funcionarios no se encontraban presentes.
- Se demuestra la parcialidad en la Resolución Sancionatoria debido a que se da total credibilidad a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin creer nada a los funcionarios de **4-72**.
- Lo que debería ser una circunstancia atenuante, es decir, el cabal cumplimiento por parte de **4-72** en una segunda visita realizada el 24 y 25 de septiembre de 2014, se convirtió en un

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

agravante de la sanción. En la segunda ocasión, contrario a la visita del 23 de mayo de 2014, existió coordinación, se solicitó información, organigrama, documentos, actas de junta directiva y se solicitaron computadores para realizar imágenes forenses.

- Se vulneró el postulado general del derecho de que "*nadie está obligado a realizar lo imposible*" en razón a que no se tuvo en cuenta que a **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** le era humanamente imposible copiar los computadores requeridos, mantener al personal de otras dependencias después de horas laborales y dar órdenes contrarias a sus superiores en nivel de autoridad.

DÉCIMO SEGUNDO: Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 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:

12.1. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el supuesto desconocimiento del principio de legalidad y tipicidad

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.

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

También 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.

De otra parte, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** señaló que el bien jurídico está implícito en la descripción de la falta en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y no puede ser otro que la protección de la libre competencia económica, por lo que la conducta se debe reprochar a un comerciante. En idéntico sentido, indicó que el legislador nunca incluyó en el monto de las multas a personas naturales del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta o la obstrucción de las investigaciones, como si lo hizo con las multas a personas jurídicas. Por esta razón, la norma expresa taxativamente por qué motivos se imponen multas a las personas naturales y qué condición debe tener esa persona natural, el cual debe ejercer el "*COMERCIO*".

Agregó que en el presente caso se sancionó a un empleado de una persona jurídica que solo acataba las directrices de sus superiores y que como persona natural no desarrollaba ninguna actividad económica. En línea con lo anterior, sostuvo que con fundamento en el artículo 24 del

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Código de Comercio para efectos de la multa aplicable se debe entender el término empresa desde el punto de vista económico y no jurídico. En tal medida, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** no desempeñaba ninguna labor comercial ni tampoco era empresa y como persona natural era solamente un trabajador de **4-72**. Además, sostuvo que sin autorización legal se está legislando al modificar o adicionar los tipos sancionables en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ señaló que según el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, la conducta recae contra cualquier persona, pero exonera a los trabajadores o colaboradores y ordena dirigir las acciones al patrono, por lo que no existe legitimación en la causa por no ser sujeto pasivo de la actuación administrativa. Si al trabajador le da órdenes su patrón, inexorablemente tiene que cumplirlas porque son obligaciones contractuales laborales con quien paga su salario, no acatar esas órdenes ocasionaría su despido y quedaría sin el sustento pecuniario. Así, indicó que el 23 de mayo de 2014, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** fungía como trabajador de **4-72** y cumplió instrucciones que recibió de **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO**, a su vez, recibidas de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO**, quien ejercía "NIVEL DE AUTORIDAD" y tomó las decisiones vía celular.

Adicionalmente, alegó que los verbos rectores autorizar, ejecutar y tolerar se relacionan con el ejercicio de funciones de dirección al interior de una organización. En ese sentido, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO**, Secretario General que actuaba como Representante Legal Suplente y como funcionario con nivel de Autoridad, fue quien coordinó la visita de inspección el 23 de mayo de 2014 y dio instrucciones vía telefónica hasta último momento. Por último, señaló que se vulneró el principio de legalidad y se tipificaron actuaciones no descritas en la norma por el legislador, debido a que para la tipificación de los verbos rectores "colaborar" o "facilitar" es necesario que sea un tercero que no pertenezca a la organización empresarial. De lo contrario, su tipificación sería en forma negativa (no colaborar y no facilitar), pero en la norma están en forma positiva.

Expuestos los anteriores reproches, debe anotarse que los argumentos esgrimidos por los recurrentes, que en esencia se dirigen a alegar una violación del principio de legalidad y tipicidad en relación con la conducta por la que fueron sancionados, no son de recibo para este Despacho y serán completamente rechazados por las razones que se pasan a exponer a continuación.

En primera medida, como lo ha señalado abundante jurisprudencia³ 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

³ 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”⁴.

Como puede apreciarse, desde la jurisprudencia administrativa y constitucional es incuestionable que el principio de legalidad y tipicidad de las conductas que implican una infracción administrativa 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.”⁵ (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, salvo casos excepcionales.

Por lo anterior, la Corte Constitucional⁶ 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

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. No. 680012331000 1996 02081 01.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014.

⁶ *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. (...)"⁷.

En el contexto descrito, la jurisprudencia constitucional⁸ 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 los recurrentes con que pretenden 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 en el presente caso, el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y la obstrucción de su actuación. Para tal efecto, es importante iniciar por 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 Estado⁹. 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.

⁷ 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 (...)*".

⁸ 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.*"

⁹ 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 Cundinamarca¹⁰:

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

Este elemento de reserva tiene mucha importancia en las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio 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 términos¹¹:

"(...) 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. (...)" (Negritas 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 principalmente 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, para que

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Auto que resuelve Recurso de Insistencia del 27 de abril de 1999. Rad. No. 110012324003 1999 0241 00.

¹¹ 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"

la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta (...)"¹². (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.

Ante ese panorama, resulta pertinente comenzar por evidenciar que, justamente, es el mismo artículo 15 de la Constitución Política¹³ 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 202¹⁴, 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 cabal y debido cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley.

El propio Consejo de Estado¹⁵, 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

¹² Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. Rad. No. 250002324000 1999 0799 01.

¹³ "**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).

¹⁴ "**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).

¹⁵ 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"

persona natural o jurídica la información que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones. 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 Cundinamarca¹⁶ 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 evidente el hecho de que el requisito pretendido por el recurrente de que la solicitud de información debía realizarse directamente al representante legal, no tiene ningún tipo de fundamento legal. A primera vista, 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: *En la mañana del 23 de mayo de 2014, ¿atendió usted la diligencia de visita efectuada por funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio (...)?*

RICARDO LÓPEZ ARÉVALO: *Atendí, a partir de las 9:30 a.m., una visita que hicieron unos funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, un hombre y una mujer, quienes me pusieron de presente el contenido de un oficio (...). Yo los atendí personalmente, como atiendo todas las diligencias de la entidad. En mi calidad de Secretario General siempre he tenido cuidado. Y por las labores que he ejercido en otros cargos, asumo las diligencias de los organismos de control con el mayor respeto. (...). Fueron atendidos por mí durante todo el día, hasta aproximadamente las 3:30 p.m., cuando fui requerido en la Presidencia de la República a atender un evento que se hizo para despedir a la selección Colombia, en la que se entregaría la estampilla que hizo 4-72 (...). Ellos me informaron (...) el tema que iban a indagar y puse inmediatamente a disposición un equipo interdisciplinario en mi oficina (...)"¹⁷. (Negrilla fuera de texto).*

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

¹⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 25000234100020150032600.

¹⁷ Folio 260 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 30:32.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

relación con la obstrucción de averiguaciones o la renuencia en exhibir documentos. Manifiestamente, el ordenamiento jurídico sí incluyó la posibilidad de imponer sanciones cuando se omita 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:

"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 las órdenes e instrucciones que se impartan 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 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 se puede olvidar que el propósito y objetivo perseguido por el legislador con la Ley 1340 de 2009 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 o la obstrucción de sus actuaciones, era precisamente habilitar la procedencia de las sanciones

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 efectivamente al administrado a no sustraerse injustificadamente de su cabal cumplimiento.

De otra parte, los recurrentes señalaron múltiples argumentos dirigidos a sugerir que la descripción de la falta proscrita en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 exige para su configuración la existencia de un sujeto calificado en el sentido de que debe ser un "comerciante" o que ejerza el "comercio" y que desarrolle una "actividad económica". Adicionalmente, alegaron que los verbos rectores autorizar, ejecutar y tolerar se relacionan únicamente con el ejercicio de funciones de dirección al interior de una organización. En sintonía con lo anterior, se expuso una supuesta vulneración del principio de legalidad, a juicio del recurrente, para la tipificación de los verbos rectores "colaborar" o "facilitar" es necesario que los realice un tercero que no pertenezca a la organización empresarial. Los anteriores argumentos no están llamados a prosperar y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, no es cierto que para efectos de la multa aplicable en virtud del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 debe entenderse el término "empresa" desde el punto de vista económico – artículo 25 del Código de Comercio- y no jurídico, como refirieron los recurrentes. Al respecto, este Despacho considera que no les asiste ninguna razón, como previamente pudo apreciarse, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, no estableció una condición especial en el infractor para la configuración de la conducta tipificada como infracción administrativa, por el contrario, en razón a la flexibilidad que caracteriza la adecuación típica en el derecho administrativo sancionatorio, el legislador empleó una expresión amplia como lo es "cualquier persona", sin ningún tipo de distinción.

En tal medida, bajo el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete, no resulta jurídicamente viable deducir, como mal pretende el recurrente, por vía de la definición de empresa contemplada en la legislación comercial, calificaciones implícitas que contrarían el texto mismo de la norma, cuya finalidad, por obvias razones, no establece ningún condicionamiento para su configuración.

Aceptar la tesis del recurrente significaría tanto como que cualquier persona que no tenga la condición de "comerciante" o que no desarrolle "actividad económica" o no ejerza el "comercio" tendría plena autorización para colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar cualquier conducta violatoria de las normas sobre protección de la competencia, lo que es a todas luces inaceptable, máxime cuando el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 establece indiscutiblemente que lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará, entre otros, respecto de todo aquel que afecte o pueda afectar el desarrollo de una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.

Adicionalmente, esta Superintendencia ha señalado en otras ocasiones¹⁸ 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 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 obvio¹⁹, 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

¹⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

¹⁹ 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".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

En razón a lo anterior, para este Despacho tampoco son de recibo los argumentos dirigidos a señalar que los verbos rectores autorizar, ejecutar y tolerar se relacionan únicamente con el ejercicio de funciones de dirección al interior de una organización y, menos aún, que para su tipificación es necesario que sea un tercero que no pertenezca a la organización empresarial quien incurra en la conducta. Bajo ese entendimiento, cualquier empleado de una empresa podría ser fácilmente instrumentalizado para, por ejemplo, facilitar o ejecutar una conducta violatoria de las normas sobre protección de la competencia con la excusa de que no tendría ningún reproche en razón a que no tiene funciones de dirección, interpretación absolutamente acomodada y perversa, cuando lo cierto es que el legislador, se insiste, no estableció ningún tipo de condicionamiento para la configuración de la infracción administrativa.

De otra parte, con fundamento en el artículo 22 de la Ley 256 de 1996, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** señaló que en el presente caso no tiene legitimación en la causa para ser sujeto pasivo de la actuación administrativa, pues solo fungía como trabajador de **4-72** y cumplió instrucciones que recibió de **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO**, a su vez, recibidas de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO**, quien ejercía "**NIVEL DE AUTORIDAD**" y tomó las decisiones vía celular.

Sobre el particular, es menester aclarar que la Ley 256 de 1996 no es aplicable a la presente actuación administrativa. Esa normatividad, si bien tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica (artículo 1 *ibídem*), lo cierto es que lo hace mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal (artículo 7 al 19 *ibídem*), distintos a los que atañen a este trámite. En efecto, con fundamento en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas²⁰, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio (artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992²¹), y el régimen de integraciones empresariales, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta esta Superintendencia, la obstrucción de sus 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, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

²⁰ Esta Superintendencia también puede evaluar una conducta a la luz de la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, según la cual están "prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"

²¹ Existen conductas en otras normas que son consideradas como prácticas restrictivas de la competencia, como las que pueden tener ocurrencia en las operaciones de *factoring*, prevista en la Ley 1676 de 2013, artículo 87, Parágrafo 1, "Toda retención de la factura o acto del comprador del bien o beneficiario del servicio que impida la libre circulación de la misma, constituye una práctica restrictiva de la competencia".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A partir de lo expuesto, en materia de **competencia desleal** el interés jurídico tutelado es el particular de los competidores, por su parte, en lo relativo a **prácticas comerciales restrictivas**, es el interés general del mercado a fin de evitar que cualquier conducta de sus participantes limite la libre competencia económica. Lo anterior, significa que una práctica comercial restrictiva será investigada en ejercicio de las facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio cuando sea suficientemente significativa como para afectar la generalidad del mercado. Por el contrario, cuando el asunto solo afecte intereses particulares, deberá optarse por demandar en ejercicio de las facultades jurisdiccionales de esta Entidad por los denominados actos de competencia desleal.

Así, este Despacho no puede aceptar la postulación del recurrente en el sentido de dar aplicación al artículo 22 de la Ley 256 de 1996. La legitimación en la causa por pasiva allí prevista constituye un presupuesto de índole procesal que se presenta única y exclusivamente cuando se está frente al último escenario descrito previamente, esto es, el ejercicio de facultades jurisdiccionales y no tiene ninguna aplicación en la presente actuación administrativa que, se insiste, es procedente en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, contra "*cualquier persona*", independientemente que sea el patrono de una empresa o sus trabajadores o colaboradores, como se explicó con suficiencia previamente.

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, sin exigirse ningún tipo de calificación especial. Así, los argumentos dirigidos a señalar desconocido el principio de legalidad y tipicidad en el presente caso no tiene ningún mérito de prosperidad y se rechazan por improcedentes.

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

4-72 y **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** señalaron que existió una violación del principio *non bis in ídem*. Específicamente, **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 culpabilidad, y el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 que proscribe la responsabilidad objetiva.

Los argumentos presentados por los recurrentes que, en esencia, alegan desconocido el principio *non bis in ídem* 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 ídem* 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 se quiera decir 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 administrativa.

Aclarado lo anterior, el argumento de los recurrentes para alegar vulnerado el principio *non bis in ídem* se fundamenta en el hecho de que, a su juicio, con fundamento en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 1369 de 2009 el servicio de giros hace parte del servicio postal. 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 ídem*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En primer lugar, se debe precisar 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 del propia 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 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**"²². (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. 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	

ESPACIO EN BLANCO

²² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 80847 de 2015.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

ACTOS ADMINISTRATIVOS	
<p>1. Lista de los colaboradores y terceros en el servicio de giros nacionales.</p> <p>2. Contratos de colaboración suscritos con los colaboradores.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>3. Copia digitalizada de las propuestas comerciales presentadas para los contratos interadministrativos y licitaciones del periodo comprendido del año 2011 a la fecha.</p> <p>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 otros íes a que tenga lugar.</p> <p>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.</p> <p>6. Tarifas cobradas por cada segundo de los servicios desde 2011 a la fecha.</p> <p>7. Copia de las subcontrataciones realizadas desde 2011 a la fecha tanto en operaciones logísticas como del servicio de mensajería a terceros.</p> <p>8. Minutas de los contratos interadministrativos y privado”</p>

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio²³.

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 en la Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018 se presentaron pruebas que así lo demuestran. Precisamente 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 (...).”

“**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 de las instrucciones de conformar un equipo interdisciplinario para atender los requerimientos de los funcionarios (...). (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

²³ 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"

En consecuencia, en la visita administrativa se organizaron equipos interdisciplinarios de acuerdo con los diferentes mercados que eran objeto de averiguación preliminar por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Al respecto, en la Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018 referida por los recurrentes se presentó la declaración de **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** (Jefe Nacional de Servicios Financieros de 4-72 (E)):

"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". (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, tal y como se puede evidenciar en la declaración presentada en la Resolución No. 88668 del 5 de diciembre de 2018:

"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?"

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

De esta manera, después de analizar la Resolución No. 88668 de 2018, el alegato del desconocimiento del principio *non bis in idem*, 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.

12.3. 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 (i) adelantar 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.

De otra parte, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** sostuvo que existió un procedimiento ordinario violatorio del derecho de defensa y del debido proceso, que no contempla un procedimiento especial aplicable a las actuaciones administrativas sancionatorias por la omisión de una "PERSONA NATURAL" en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta o la obstrucción de las investigaciones.

Adicionalmente, señaló que en la actuación administrativa con Rad. No. 13-192587, mediante Resolución No. 20 del 6 de enero de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció en relación con que se debe acudir a la Ley 1437 de 2011 para llenar los vacíos de la norma especial. Bajo esa interpretación, a juicio del recurrente, la norma especial (Ley 1340 de 2009 y Decreto 4886 de 2011) al no contemplar el procedimiento administrativo sancionatorio por

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la renuencia a suministrar información, y mucho menos la caducidad, debe remitirse al artículo 51 de la Ley 1437 de 2011 para llenar el vacío normativo.

Los argumentos presentados por los recurrentes, que en esencia alegan desconocido el derecho al debido proceso, audiencia y defensa en virtud de la aplicación del procedimiento, no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, este Despacho debe hacer claridad sobre la referencia aislada y descontextualizada²⁴ que realizó el recurrente en relación con algunas consideraciones expresadas en la Resolución No. 20 del 6 de enero de 2015 para fundamentar la supuesta vulneración al debido proceso. Sobre el particular, debe señalarse que no le asiste razón al recurrente en su interpretación, si bien en el acto administrativo referido se hizo alusión al artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, no fue precisamente en razón a que dicha norma estuviera llamada a gobernar exclusivamente el trámite incidental de solicitud de explicaciones, para determinar un incumplimiento de instrucciones y/o obstrucción a una actuación. Lo cierto es que dicha norma fue referida como consecuencia de su aplicación complementaria en aspectos no regulados en la norma especial. Precisamente, la Resolución No. 20 del 6 de enero de 2015 trató este aspecto en una de sus consideraciones sobre el particular:

*"Por lo anterior, a los trámites administrativos sancionatorios los regula en primer lugar las normas especiales, en segundo lugar las generales enmarcadas en un procedimiento especial (como es el caso que no (sic) ocupa **respecto de la complementariedad del artículo 51 del CPACA**), y por último, atendiendo a su naturaleza, el procedimiento administrativo sancionatorio general establecido en el artículo 47 del CPACA." (Negrilla fuera de texto original).*

Como puede apreciarse, la consideración previamente expuesta y convenientemente obviada por el recurrente con el propósito de fundamentar una supuesta violación al debido proceso, no es más que una interpretación normativa conforme al criterio hermenéutico de especialidad, según el cual la norma especial prevalece sobre la general "*lex specialis derogat generali*". En efecto, a partir de este criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que con un propósito de interpretación y ordenación legislativa, entre distintas normas, una general y una especial, debe darse prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, tal y como lo ha sostenido abundante jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Justamente, en forma previa se hizo claridad (acápite 10.1.) 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, con fundamento en el criterio hermenéutico de especialidad antes comentado.

²⁴ Ley 1564 de 2012. "Artículo 79. **Temeridad o mala fe.** Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: (...) 6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas."

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por otra parte, se debe señalar 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:

(...)

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 Estado²⁵ considera 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.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2012. Rad. No. 2500023240001999079901.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 viable acudir a la Ley 1437 de 2011 para llenar sus vacíos en virtud de la analogía²⁶, esto es, mediante la aplicación de aquella norma que regule una situación semejante.

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. Sobre esta disposición normativa, la doctrina²⁷ 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 ser la de sancionar o la de no sancionar, si las explicaciones son suficientes. (...)

El párrafo confirma el carácter incidental de esta sanción, pues expresa que el trámite para decidir sobre la conducta omisiva del particular no interrumpe la actuación administrativa principal, que es la referida a los hechos que dieron lugar al trámite sancionatorio". (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 referidas previamente, 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 Estado²⁸ 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).

(...)

²⁶ 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."

²⁷ Arboleda, E. (2014). Comentarios al nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Segunda Edición. Legis Editores. Sexta reimpresión. p. 95.

²⁸ 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"

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

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

Como es apenas lógico, la misma conclusión surge en el presente caso y en vigencia de la Ley 1340 de 2009 y, en complementariedad, la Ley 1437 de 2011, es decir, esta Superintendencia ha garantizado en todo momento las garantías del debido proceso administrativo, máxime cuando se puede verificar que en el presente trámite todos los investigados, incluido **4-72** y **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ**, ejercieron activamente sus prerrogativas en el presente procedimiento. Por tanto, este Despacho con las razones dadas previamente en este punto encuentra desestimados los argumentos de los recurrentes que, además, no tienen ningún asidero normativo o jurisprudencial, siendo completamente improcedentes.

12.4. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el supuesto desconocimiento del principio de imparcialidad

DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ sostuvo que la decisión debe estar desprovista de cualquier atadura que pueda comprometer su recto entendimiento y aplicación del orden jurídico, lo que al parecer no sucedió en la decisión recurrida. Así, señaló que el Superintendente de Industria y Comercio debe ser un funcionario autónomo, independiente e imparcial, no solo en relación con la decisión sometida a su revisión, también, en torno a las circunstancias de tiempo modo y lugar, en que se edifica la foliatura que contiene el Expediente administrativo.

De otra parte, concretamente indicó que los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que realizaron la visita administrativa fueron parcializados y tuvieron un comportamiento desleal, mintieron en relación con la existencia de una "riña" por lo que pudieron dar información no acorde con lo sucedido en la visita administrativa quedando en duda lo manifestado en la respectiva acta. Agregó que se omitió describir los inconvenientes técnicos para acceder a los equipos y la imposibilidad de realizar las copias debido a que el Jefe de Sistemas no se encontraba en las instalaciones de **4-72**, la petición se realizó finalizada la jornada laboral y se tenía el lanzamiento de una estampilla, por lo que el Secretario General y otros funcionarios no se encontraban presentes.

Adicionalmente, indicó que se demuestra la parcialidad en la Resolución Sancionatoria debido a que se da total credibilidad a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin creer nada a lo que informaron los funcionarios de **4-72**.

Los argumentos presentados por el recurrente que, en esencia, alegan desconocido el principio de imparcialidad en la actuación administrativa no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, el derecho sancionador habilita al Estado para ejercer su *ius puniendi* con la finalidad de reprimir comportamientos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico como contrarios a bienes jurídicamente protegidos, como en el caso de las conductas que contrarían las normas sobre protección de la competencia económica. En ese contexto, es indiscutible que el principio de imparcialidad tiene plena aplicación y, sin dudar, es exigible en cualquier trámite administrativo de carácter sancionatorio.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En efecto, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 establece que las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, **imparcialidad**, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. Precisamente, en virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Desde esa perspectiva, en relación con el argumento presentado sobre la supuesta falta de imparcialidad, este Despacho puede evidenciar que son simples insinuaciones infundadas que se circunscriben a sugerir que al parecer el funcionario que tomó la decisión no fue autónomo, independiente e imparcial. A efectos de analizar el desconocimiento del principio de imparcialidad resulta indispensable que los argumentos no se limiten a efectuar afirmaciones de carácter subjetivo, sino que se requiere de la identificación precisa de circunstancias fácticas, y la prueba de su ocurrencia, que permitan inferir su trasgresión y que demuestren que el servidor público tiene algún interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso concreto de manera que impida una decisión imparcial.

A partir de lo expuesto, se advierte que la condición de imparcialidad en el presente trámite no ha sido desconocida en ningún momento. Incluso, puede apreciarse que **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ**, pese a actuar activamente en toda la actuación administrativa, nunca propuso ninguna causal de recusación, siendo esa la figura legal, idónea y procedente si se advierte alguna situación que afecte la transparencia del servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas que eventualmente tenga comprometida su independencia en el trámite administrativo.

De otra parte, el recurrente sostuvo que los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que realizaron la visita administrativa fueron parcializados y tuvieron un comportamiento desleal, a su juicio, mintieron en relación con la existencia de una supuesta "riña" por lo que pudieron dar información no acorde con lo sucedido en la visita administrativa quedando en duda lo manifestado en la respectiva acta. Sobre el particular, este Despacho debe anotar que con independencia de que se demuestre la existencia o no de una "riña", ese hecho no tiene ninguna virtualidad para desacreditar lo sucedido en la visita administrativa. En otras palabras, la Resolución Sancionatoria a efectos de la determinación de la responsabilidad de los investigados se fundamentó en una motivación fáctica completamente distinta al hecho que pretende debatir el recurrente.

En efecto, es preciso resaltar que el incumplimiento de instrucciones no solo se predicó por la falta de entrega de la información electrónica requerida (y frente a la cual se solicitó la suspensión de la visita), sino también de la falta de entrega de la información documental pedida desde el inicio de la diligencia y de la falta de suscripción del acta de visita. Conductas que no logran ser desvirtuadas a partir de la existencia a no de una "riña".

En este sentido, se pone de presente que una vez se adujo la imposibilidad de entregar la copia de los correos electrónicos por supuestos inconvenientes técnicos y de horario, se manifestó que tampoco habría entrega de los documentos que desde un inicio se solicitaron, los cuales estaban relacionados con listas de colaboradores y terceros en el servicio de giros nacionales, contratos de colaboración suscritos con los colaboradores, lista de los puntos habilitados por colaborador y estudios adelantados del monto y cantidad de transacciones realizadas por **4-72**.

Al respecto, dispone el acta visita administrativa lo siguiente:

*"Siendo las 5:10 p.m. los funcionarios **ESTHER JUDITH BLANCO** y **DAVID SÁNCHEZ BOGOTÁ**, manifiestan que no realizaran (sic) la entrega de ninguna clase de información solicitada en el desarrollo de la presente visita, que no permiten la identificación del equipo [de cómputo] solicitado y adicionalmente solicitan [que] nos retiremos de las instalaciones de la compañía".*

(...)

*"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*

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

*telefónicas impartidas por parte de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** secretario general de la compañía, por tal motivo se les indica a los funcionarios de 4-72 **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** y **DAVID SÁNCHEZ BOGOTÁ** que se suscribiría la (sic) correspondiente acta dejando las constancias del caso. Frente a lo cual manifestaron que no suscribirían el acta, solicitaron nos retiráramos de la compañía y se retiraron de la sala. En atención a lo anterior, el despacho no tuvo acceso a un computador ni a una impresora para imprimir el acta correspondiente”²⁹.*

Como puede observarse, es evidente que el acta de visita no fue suscrita por los funcionarios de 4-72 e incluso es indiscutible su falta de colaboración para facilitar acceso a un computador o impresora para imprimir la aludida acta. Esa circunstancia explica la presencia de funcionarios de la Policía Nacional en las instalaciones de 4-72, tal y como se precisó en el acta de visita administrativa:

“En consecuencia, y debido a la falta de colaboración por parte de los funcionarios de 4-72, los funcionarios de la Superintendencia se comunicaron con la policía nacional con el fin de solicitar apoyo por parte de dicha entidad, para dejar constancia de la situación antes descrita.

Siendo las 6:00 p.m. se hace presente en la portería de 4-72 dos agentes de la policía nacional del CAI SANTANDER, los cuales como prueba dejan constancia en el libro de revista de la policía nacional en los folios 15 y 16 la situación presentada en las instalaciones de la misma, en el desarrollo de la visita administrativa. (...)”³⁰

En tal medida, no interesa establecer la supuesta razón (existencia o no de una “riña”) que adujeron los funcionarios de la Policía Nacional para asistir a las instalaciones de 4-72, cuando es evidente del acta de visita administrativa, y se desprende lógicamente del contexto de los hechos allí referidos, que su presencia obedeció precisamente a la falta de colaboración de los funcionarios de 4-72. Sobre el alcance de esa circunstancia, la Resolución No. 88573 de 2018 señaló que:

“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. (...)”

Tampoco podría aceptar este Despacho que aun cuando se demostrara que la razón por la que comparecieron los funcionarios de la Policía Nacional fue por una supuesta “riña” que no sucedió, esta circunstancia fuera suficiente para desvirtuar el incumplimiento de instrucciones y la obstrucción de la actuación de esta Superintendencia, cuando lo cierto es que ninguno de los investigados en el presente trámite administrativo contravirtió las circunstancias que al respecto fueron plasmadas en el documento denominado acta de visita administrativa y que, en una actuación deliberada, tampoco suscribieron.

En este punto, es importante llamar la atención en relación con que precisamente **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ**, como todos los investigados, al momento de presentar sus explicaciones tuvo la oportunidad de aportar o solicitar las pruebas³¹ que pretendía hacer valer dentro de la actuación administrativa. En esa oportunidad procesal tuvo la posibilidad de proponer, si así lo consideraba, una tacha de falsedad contra la prueba documental –acta de visita administrativa– de conformidad con lo dispuesto en el 270 del Código General del Proceso. Sin embargo, en ningún momento desconoció aspecto alguno de su contenido, por lo que incluso en esta sede se mantiene incólume su eficacia probatoria para demostrar los acontecimientos sucedidos en el curso de la visita de inspección realizada el 23 de mayo de 2014.

Tan así que los investigados no desconocieron la veracidad de las circunstancias fácticas acaecidas en la visita de inspección realizada el 23 de mayo de 2014, que este Despacho puede advertir que desde un principio las explicaciones de los investigados en relación con los hechos de la visita

²⁹ Folio No. 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁰ Folio No. 9 y 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³¹ Folios No. 64 a 66 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

administrativa, al unísono se enfilaron en presentar diferentes excusas o justificaciones (ausencia de funcionarios de 4-72, imposibilidades técnicas, terminación del horario laboral, entre otras) y en ningún momento cuestionaron que los hechos no se ajustaban a la realidad de lo sucedido. De tal modo, las postulaciones del recurrente no pueden ser de recibo y se rechazan por improcedentes.

Por otro lado, el recurrente también señaló que en el documento denominado acta visita administrativa se omitió describir los inconvenientes técnicos para acceder a los equipos de cómputo y la imposibilidad de realizar las copias debido a que el Jefe de Sistemas no se encontraba en las instalaciones, que la petición se realizó finalizada la jornada laboral y que 4-72 tenía el lanzamiento de una estampilla, por lo que el Secretario General y otros funcionarios no se encontraban presentes.

En primer lugar, se pone de presente que **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** (Profesional Jurídica de la Secretaría General de 4-72) conformó junto con **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** (Jefe Nacional de Servicios Financieros de 4-72 (E)) el equipo líder que estuvo a cargo del manejo de la diligencia tras el retiro de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de 4-72 para la época de los hechos), tal y como se desprende del acta de visita:

*"El Dr. **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** delegó para atender la visita a **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** quien desempeña el cargo de profesional jurídico de secretaría general y **DAVID SANCHEZ** (sic) **BOGOTA** (sic) quien desempeña el cargo de Jefe Nacional de Servicios Financieros"³².*

Además, considerando que **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de 4-72 para la época de los hechos), al retirarse, dejó la instrucción de que toda información o prueba que le fuera entregada a la Superintendencia fuera canalizada y aprobada por él, es preciso indicar que **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** (Profesional Jurídica de la Secretaría General de 4-72) fue la persona designada para servir de punto de contacto, tanto para transmitirle al equipo de 4-72 las órdenes e instrucciones de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de 4-72 para la época de los hechos) como para mantenerlo al tanto de lo sucedido en la diligencia.

Así las cosas, el hecho de que 4-72 tenía el lanzamiento de una estampilla no era una justificación válida para el incumpliendo de instrucciones y obstrucción de la actuación que fueron censurados en la Resolución Sancionatoria, máxime cuando es claro que había funcionarios de 4-72 en los que **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de 4-72 para la época de los hechos) delegó atender la visita administrativa.

Finalmente, debe advertirse que es infructuoso intentar justificar el incumplimiento de instrucciones con fundamento en aspectos técnicos relacionados con la supuesta imposibilidad de acceder a los equipos de cómputo y copiar la información requerida en la visita de inspección, debido a que, en cualquier caso, se encuentra probado en el plenario que no se permitió la identificación fotográfica y el sellamiento del equipo de cómputo solicitado, esto con la finalidad de garantizar la inalterabilidad de la información solicitada e incluso también se encuentra demostrado que la información requerida no fue entregada de manera posterior a la terminación abrupta de la visita administrativa. De tal modo, los argumentos presentados por el recurrente no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazarán por improcedentes.

12.5. 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, ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO y DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ

4-72 señaló 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 en razón 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.

³² Folio No. 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Agregó que el contenido del acta no indicó 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 una 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 legal o soporte probatorio y 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, por ende, no podría configurarse criterio alguno para impedir que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerciera sus funciones.

Adicionalmente, señaló que los procesos disciplinarios internos de **4-72** 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.

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 como que "[s]e obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales" o "[s]e obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público".

Por su parte, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** indicó que dentro de las consideraciones ambiguas y sin ningún soporte, y en atención al tipo administrativo sancionatorio dentro del cual se enmarcó la acusación y la decisión, no existe sustento, interpretación o análisis profundo que motive la decisión. Además, agregó que se vulneró el postulado general del derecho de que "*nadie está obligado a realizar lo imposible*" en razón a que no se tuvo en cuenta que era humanamente imposible copiar los computadores requeridos, mantener al personal de otras dependencias después de horas laborables y dar órdenes contrarias a sus superiores en nivel de autoridad.

Adicionalmente, señaló que en la visita administrativa cumplió con sus funciones laborales y contractuales y no podía "*autorizar*" a funcionarios para hacer cosas en contra de reglamentos y protocolos de seguridad informática. Tampoco podía "*ejecutar*" porque simplemente cumplía con las ordenes e instrucciones y menos podía "*tolerar*", pues la situación de los inconvenientes técnicos

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de sacar copia de un computador era una instrucción ilógica, debido a que el único que podía habilitar esa copia era el Jefe de Sistemas y ese funcionario ya no estaba en las instalaciones de **4-72**, porque había terminado su jornada laboral y no se había coordinado con suficiente antelación para la habilitación de conformidad a las normas internacionales de seguridad "**BASC**".

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 de la sana crítica y las máximas de la experiencia de conformidad con el artículo 176³³ 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, se deben apreciar en su 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 hechos³⁴.

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 documento denominado como 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. 63374 del 23 de octubre de 2014³⁵ 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, varias de ellas diferentes del acta de visita administrativa. Precisamente, la jurisprudencia administrativa³⁶ ha tenido la oportunidad de analizar un alegato similar al presentado por los recurrentes con el propósito de limitar las 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.

³³ "**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).

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012.

³⁵ Folios No. 182 a 188 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁶ 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"

(...)

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." (Negritas 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 en que se fundamentó su responsabilidad 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 documento denominado como "acta de inspección", no fue ratificado por funcionarios de 4-72 o que solo fue suscrito por los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo que no tuvo lugar a controversia. Al respecto, se debe indicar 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 LÓPEZ ARÉVALO** secretario general de la compañía, por tal motivo se les indica a los funcionarios de 4-72 **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** y **DAVID SÁNCHEZ BOGOTÁ** que se suscribiría la (sic) correspondiente acta dejando las constancias del caso. Frente a lo cual manifestaron que no suscribirían el acta, solicitaron nos retiráramos de la compañía y se retiraron de la sala. En atención a lo anterior, el despacho no tuvo acceso a un computador ni a una impresora para imprimir el acta correspondiente"³⁷.*

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. 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 que la falta de 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 la obstrucción a la actuación que se adelantaba.

En igual sentido, se reitera 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 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

³⁷ Folio No. 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 advierte del acta de visita administrativa y del material probatorio que obra en el Expediente, se ratifica que en el marco de la visita administrativa adelantada por esta Superintendencia a **4-72**, dicha empresa y sus funcionarios no prestaron colaboración ni realizaron gestiones serias encaminadas a la efectiva recolección y entrega de la información requerida en el marco de la diligencia.

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. Igualmente, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** sostuvo que se vulneró el postulado general de que "*nadie está obligado a realizar lo imposible*" en razón a que no se tuvo en cuenta que era humanamente imposible copiar los computadores requeridos, mantener al personal de otras dependencias después de horas laborables y dar órdenes contrarias a sus superiores en nivel de autoridad.

Al respecto, en primer lugar resulta importante retomar el análisis que se realizó en la Resolución No. 88573 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 giros nacionales (radicada con No. 13-262040). Lo anterior, ya que en el curso de la visita administrativa adelantada por esta Autoridad el 23 de mayo de 2014 para recaudar información sobre el mercado referido, tal empresa obstruyó la actuación que se adelantaba al negarse injustificadamente a la instrucción de suministrar los siguientes documentos que fueron requeridos desde el inicio de la diligencia:*

- "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"³⁸.*

*Cabe resaltar que, además de no entregar la documentación señalada, los funcionarios de **4-72** no acataron la solicitud de acceso al computador de **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS** (Profesional Senior del Área de Servicios Financieros de **4-72**), ya que adujeron que dicho requerimiento debía hacerse por escrito, que el horario laboral ya había culminado y que para acceder a los equipos de cómputo y copiar la información requerida se debían cumplir ciertos protocolos internos que necesitaban de asistencia de personal*

³⁸ Folio No. 8 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

técnico (en atención a la certificación BASC de 4-72), el cual, por la hora, ya no estaba presente.

Frente a la solicitud de información electrónica, únicamente se planteó como opción la suspensión de la visita para que se retomara el día hábil siguiente, esto es, dos días calendario después (toda vez que había un fin de semana de por medio), sin que se permitiera ni siquiera la identificación fotográfica y el sellamiento del equipo de cómputo solicitado para garantizar la inalterabilidad de la información. Para corroborar lo anterior, es preciso traer a colación el siguiente aparte del acta de visita, que da cuenta de la terminación intempestiva y deliberada de la diligencia sin permitir identificación de los equipos solicitados:

"Siendo las 5:10 p.m. los funcionarios ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO y DAVID SANCHEZ BOGOTA (sic), manifiestan que no realizaron (sic) la entrega de ninguna clase de información solicitada en el desarrollo de la presente visita, que no permiten la identificación del equipo solicitado y adicionalmente solicitan que nos retiremos de las instalaciones de la compañía"³⁹. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Adicionalmente, este Despacho advierte que se mantuvo un actuar renuente frente a los requerimientos realizados pese a que se explicaron, en sendas oportunidades, las facultades que tiene esta Autoridad para requerir información y recaudar pruebas, y pese a que 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:

"Iniciada la visita administrativa se informa a quien atiende la misma que:

La Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de lo establecido en los numerales 2, 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, tiene la facultad de 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 durante el desarrollo de sus funciones.

(...)

Siendo las 4:30 p.m., los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que fueron delegados para la práctica de la visita administrativa a las instalaciones de 4-72 el día 23 de mayo de 2014, solicitaron a **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS** en su calidad de Profesional senior de servicios financieros hacer entrega del correo electrónico institucional que tiene a su cargo, a quién (sic) le informaron que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, la Ley 1340 de 2009 y los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia se encuentra facultada para recaudar información contenida en elementos y/o dispositivos electrónicos en los términos de las normas señaladas.

Así mismo, se le informó que en caso de no hacer entrega de dicho dispositivo electrónico, habría lugar a la imposición de posibles sanciones administrativas en cabeza de 4-72 o el (sic) en su calidad de persona natural, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

(...)

Siendo las 5:10 p.m. los funcionarios **ESTHER JUDITH BLANCO** y **DAVID SÁNCHEZ BOGOTÁ**, manifiestan que no realizaron (sic) la entrega de ninguna clase de información solicitada en el desarrollo de la presente visita, que no permiten la identificación del equipo [de cómputo] solicitado y adicionalmente solicitan [que] nos retiremos de las instalaciones de la compañía.

³⁹ Folio No. 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 y del correo electrónico, habría lugar a la imposición de posibles sanciones administrativas en cabeza de **4-72** o de ellos en su calidad de persona natural, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009⁴⁰.*

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 la 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, el incumplimiento de instrucciones en la visita administrativa relacionado con hacer entrega del correo electrónico institucional de **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS** en su calidad de profesional senior de servicios financieros de **4-72**, no puede exculparse por el hecho de que supuestamente el requerimiento debía hacerse por escrito, que el horario laboral ya había culminado o que para acceder a los equipos de cómputo y copiar la información requerida debían cumplirse ciertos protocolos internos que necesitaban de asistencia de personal técnico (en atención a la certificación **BASC** de **4-72**), el cual, por la hora, ya no estaba presente. Principalmente, esa excusa resulta impropcedente debido a que, tal y como consta en el acta de visita administrativa, los funcionarios de **4-72**, además de alegar ese tipo de impedimentos para realizar la entrega de la información solicitada, también se negaron deliberadamente a que se permitiera la identificación fotográfica y sellamiento del equipo de cómputo solicitado en aras de garantizar la inalterabilidad de la información que pretendía recolectarse en la visita administrativa.

Si realmente existía un verdadero ánimo de colaboración eficaz con esta Superintendencia en sus labores de inspección, y aun cuando las circunstancias señaladas como imposibilidades para la entrega de la información en la visita administrativa fueran las verdaderas razones para el incumplimiento de instrucciones, este Despacho no encuentra ninguna explicación razonable sobre (i) la terminación abrupta de la diligencia sin que se hubiera agotado su objeto; (ii) que no suministraran los documentos que fueron requeridos desde el inicio de la diligencia y, como si fuera poco, (iii) que incluso, no se firmara la correspondiente acta por parte de alguno de los funcionarios de **4-72** que intervinieron en la diligencia.

En cualquier caso, debe llamarse la atención acerca de que el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control por parte de las autoridades administrativas que constitucional y legalmente tienen asignadas esas funciones no puede estar supeditado a ningún tipo de condicionamiento o protocolo, por parte, precisamente de los inspeccionados, sobre cómo consideran debería realizarse la entrega de la información que se les requiere.

Aceptar semejante postulación sería enviar un mensaje totalmente equivocado de que si una empresa cuenta con determinado protocolo de seguridad informática, sería suficiente para sustraerse justificadamente de entregar la información que se le requiere en una visita administrativa o que estaría autorizada para determinar la forma y el momento en que considere propicio suministrarla, lo que no puede ser patrocinado en esta sede, máxime cuando en el presente caso, señaladas esas circunstancias, se ofrecieron alternativas como la identificación fotográfica y sellamiento del equipo solicitado en aras de garantizar la inalterabilidad de la información pretendida en la inspección, instrucciones que también fueron desatendidas.

⁴⁰ Folios No. 7, 8 y 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A partir de lo expuesto, la terminación del horario laboral y los inconvenientes técnicos no pueden servir como causa válida para no entregar una información que incluso 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. De esta forma, los argumentos presentados por los recurrentes en ese sentido se rechazarán por resultar impertinentes e improcedentes.

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 rechazan por resultar infundadas.

Adicionalmente, para este Despacho es importante señalar que tampoco es de recibo 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 en el acto administrativo recurrido, 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 se afirma que la información estaba disponible.

Además, el contenido del acta de la visita administrativa 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 su realización, revisión y correspondiente suscripción. El documento señala además que no existió ninguna colaboración para que los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio 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 ni con lo que demuestran las pruebas que obran en el Expediente y se rechaza por improcedente.

En efecto, 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 propia declaración, señaló lo siguiente:

"DELEGATURA: En la mañana del 23 de mayo de 2014, ¿atendió usted la diligencia de visita efectuada por funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio (...)?

***RICARDO LÓPEZ ARÉVALO:** Atendí, a partir de las 9:30 a.m., una visita que hicieron unos funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, un hombre y una mujer, quienes me pusieron de presente el contenido de un oficio (...). Yo los atendí personalmente, como atiendo todas las diligencias de la entidad. En mi calidad de Secretario General siempre he tenido cuidado. Y por las labores que he ejercido en otros cargos, asumo las diligencias de los organismos de control con el mayor respeto. (...). Fueron atendidos por mí durante todo el día, hasta aproximadamente las 3:30 p.m., cuando fui requerido en la Presidencia de la República a atender un evento que se hizo para despedir a la selección Colombia, en la que se entregaría la estampilla que hizo 4-72 (...). Ellos me informaron (...) el tema que iban a indagar y puse inmediatamente a disposición un equipo interdisciplinario en mi oficina (...)"⁴¹.*

Como se advierte de lo anterior, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) recibió a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, asumió la responsabilidad de atender la visita administrativa de inspección y, en virtud de ello, designó al personal que respondería los

⁴¹ Folio No. 260 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Minuto 30:32.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

requerimientos de los funcionarios comisionados por esta Autoridad. Posteriormente, se retiró de las instalaciones de **4-72** para atender otros compromisos.

Después de formar el equipo interdisciplinario que resolvería los requerimientos de la visita y en consideración a la necesidad de dejar las instalaciones de **4-72**, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) designó a **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** (Profesional Jurídica de la Secretaría General de **4-72**) y a **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** (Jefe Nacional de Servicios Financieros de **4-72** (E)) para que siguieran a cargo del manejo de la diligencia. 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 compartirla a su vez al equipo de trabajo las instrucciones u órdenes emitidas por él.

En ese sentido, tal y como se consideró en la Resolución Sancionatoria, el desenvolvimiento de la visita fue fluido hasta que los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio tomaron la declaración juramentada de **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS** (Profesional Senior del Área de Servicios Financieros de **4-72**) en el marco de la diligencia. 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 tal testimonio. 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.

Para este Despacho, a partir de las pruebas obrantes en el Expediente, es indiscutible que **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 la respectiva acta de la visita correspondiente no está suscrita por él fue precisamente porque no existió el más mínimo interés o preocupación por comparecer a su realización, revisión y 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, contribuyó eficazmente al incumplimiento de las instrucciones de esta Superintendencia al ejecutar, autorizar y tolerar un actuar renuente por parte de su empresa, consistente en negar el acceso a información electrónica aduciendo justificaciones no válidas (como la terminación del horario de trabajo o la ausencia de personal técnico); ordenar la suspensión de la visita antes que buscar establecer contacto con personal idóneo para solventar los inconvenientes técnicos aducidos; tolerar la falta de la entrega de la información documental solicitada al inicio de la diligencia; y no ordenar que hubiera comparecencia a la realización, revisión y suscripción de la correspondiente acta de visita. Con lo que se obstruyó la actuación administrativa que se adelantaba por la presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia en el mercado de giros nacionales.

De otra parte, este Despacho no encuentra ningún fundamento en el entendimiento que **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** pretende dar a los verbos rectores autorizar, ejecutar y tolerar, máxime cuando su responsabilidad estuvo determinada con fundamento en que 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 giros nacionales. Lo anterior, ya que como se advierte de todo el material probatorio citado en el presente acto administrativo, hizo parte del equipo líder que estuvo a cargo del manejo de la diligencia tras el retiro de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de **4-72** para la época de los hechos) y acompañó en todo momento a **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** (Profesional Jurídica de la Secretaría General de **4-72**) en la ejecución de sus acciones en lo que concierne al mercado de giros nacionales.

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 la cual se deciden unos recursos de reposición"

*"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 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 giros nacionales.

Concretamente, obstaculizó la recolección de la información que reposaba en el computador de **JEFFERSON ARLEY BLANCO OLIVEROS** (Profesional Senior del Área de Servicios Financieros de 4-72), no colaboró tampoco con la entrega de la información documental solicitada al inicio de la diligencia y ejecutó órdenes y directrices de **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** (Secretario General y Representante Legal Suplente de 4-72 para la época de los hechos) que condujeron a la suspensión de la diligencia, impidiendo el alcance de su objeto.

En ese sentido, con el material obrante en el Expediente, 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 administrativa y no tuvo problema en retirarse de las instalaciones de 4-72 a pesar de tal circunstancia.

Adicionalmente, 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 investigaciones 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"

Así mismo, **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** señaló que su conducta se subsume en las causales de ausencia de responsabilidad contempladas en el código penal y disciplinario como que "[s]e obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales" o "[s]e obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público". Sobre el particular, se debe reiterar 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.

12.6. 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**, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** y **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** 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 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. 14-187155-00050-0000 del 14 de diciembre de 2018⁴², antes de la notificación de la Resolución Sancionatoria, presentó una petición ante esta Entidad en 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 entenderá resuelta 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*"⁴³.

De esta forma, cuando una autoridad administrativa actúa sin competencia -material, territorial o temporal⁴⁴- 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,

⁴² Folio No. 487 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-559 de 2015.

⁴⁴ 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"

por el contrario, si se actuó con plena competencia temporal para expedir el acto administrativo sancionatorio recurrido.

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. 88573 del 5 de diciembre de 2018, transcurrieron más de cuatro (4) años y operó la pérdida de competencia temporal.

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 que, si bien en la Ley 1437 de 2011 existen disposiciones normativas que regulan procedimientos administrativos de carácter sancionatorio, esas normas, incluido 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". (Negritas 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 sus actuaciones 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 consecuencia, conforme 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. 88573 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 Expediente⁴⁵, 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.

⁴⁵ Folio No. 800 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

12.7. 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 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 del derecho a la 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.

Por su parte, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** sostuvo que la tasación de la sanción es errónea y la misma es desproporcionada de conformidad con la información que reposa en el Expediente.

Finalmente, **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ** indicó que una circunstancia atenuante, es decir, el cabal cumplimiento por parte de **4-72** en una segunda visita realizada el 24 y 25 de septiembre de 2014, se convirtió en un agravante de la sanción. En la segunda ocasión, contrario a la visita del 23 de mayo de 2014, existió coordinación, se solicitó información, organigrama, documentos, actas de junta directiva y se solicitaron computadores para realizar imágenes forenses.

Los argumentos presentados por los recurrentes con que pretenden cuestionar la graduación y proporcionalidad de las multas impuestas no tienen ningún mérito de prosperidad en esta sede y se rechazan por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, debe aclararse 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 0,8% de su patrimonio líquido de 2017 y representa únicamente un 0,52% 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 1,8% 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, se debe señalar que son circunstancias que no se encuentran demostradas o debidamente acreditadas en el presente trámite administrativo. Por el contrario, en la Resolución Sancionatoria se puede evidenciar 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 pueda advertir que una disminución del 0,8% de su patrimonio líquido de 2017 o una reducción del 0,52% de sus ingresos operacionales globales,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

como consecuencia de la multa impuesta, 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, se debe señalar 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. 88573 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.

*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 decisiones⁴⁶, 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 aplicación⁴⁷.

⁴⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 66934 de 2013.

⁴⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Esta interpretación ha sido avalada por la jurisprudencia administrativa⁴⁸ 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.oo] 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.

(...)" (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, se debe anotar 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.

En tercer lugar, 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, y que esa circunstancia representaba una circunstancia de atenuación que fue usada como agravante, se debe señalar que los recurrentes pretenden indebidamente confundir 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 de la infracción inicialmente cometida 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.

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"

La jurisprudencia administrativa⁴⁹ ha tenido la oportunidad de analizar un alegato similar al propuesto por el recurrente en esta sede. Al respecto, 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.**" (Negritillas y subrayas fuera del texto original).*

Aceptar la tesis de los recurrentes 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 decida 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 presentado en este sentido se rechaza por improcedente.

En cuarto lugar, **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** sostuvo que la tasación de la sanción es errónea y la misma es desproporcionada de conformidad con la información que reposa en el Expediente. Al respecto, debe anotarse que el argumento presentado es absolutamente infundado y no existe ninguna fundamentación que permita a este Despacho entrar a analizar si eventualmente la tasación de la multa es errónea o desproporcional, así mismo tampoco se precisa en relación con qué tipo de información o prueba que repose en el Expediente podría considerarse como desproporcional la multa impuesta. En efecto, cuando se alega que una sanción es desproporcional o excesiva esto implica o, por lo menos, exige un ejercicio que permita relacionarla con algún criterio o medida, debido a que una sanción no puede ser desproporcional en si misma considerada, argumentación que precisamente brilla por su ausencia.

Por el contrario, este Despacho puede apreciar que en la Resolución Sancionatoria con el propósito de tasar la multa que se impuso a **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** se tuvieron en cuenta varios de los criterios establecidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 para tal efecto. Entre ellos, algunos fueron valorados con un efecto neutro sobre la dosificación de la multa a imponer como fue el relacionado con la aplicación del criterio de la *"conducta procesal del investigado"*. Otro de los criterios valorados permitió que la multa a imponer no fuera más gravosa como el relacionado con la *"reiteración de la conducta prohibida"*, en donde pudo verificarse que el infractor no presentaba antecedentes por infracciones del régimen de protección de la libre competencia económica. Incluso, si la sanción impuesta se compara en relación con la máxima multa aplicable para este tipo de casos puede constatarse sin mayor dificultad que tan solo equivale a un 3%.

Así las cosas, este Despacho no encuentra ninguna razón suficiente o elemento de juicio adicional que permita modificar la sanción impuesta a **4-72** y **RICARDO LÓPEZ ARÉVALO** en la Resolución Sancionatoria, por lo que, además de rechazar todos los argumentos presentados sobre el particular, se confirma integralmente el monto de la multa impuesta.

Finalmente, tal y como se indicó en el numeral 4 del presente acto administrativo, mediante memorando con Rad. No. 14-187155- -88-0 del 5 de marzo de 2019⁵⁰, la Coordinadora del Grupo de Trabajo de Notificaciones y Certificaciones de esta Entidad advirtió una inconsistencia en la multa impuesta a **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO** entre el valor indicado en letras y números.

"4.2. A ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.342.583, una multa de SIETE MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$7.812.420.00)

⁴⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 25000234100020150032600.

⁵⁰ Folio 809 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

equivalentes a DIEZ SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (10 SMMLV)."

Sobre el particular, este Despacho considera que tal circunstancia representa simplemente un *lapsus calami* o error en la escritura constitutivo de un mero error aritmético. En tal medida, es viable jurídicamente la aplicación de la figura de corrección de errores formales, dispuesta en el artículo 45 de Ley 1437 de 2011, al presente caso.

"Artículo 45. Corrección de errores formales. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En consecuencia, con pleno respeto al principio constitucional de *non reformatio in pejus*, que alude a la prohibición de reformar en perjuicio la situación jurídica del recurrente, para este específico caso, la corrección se contraerá a ajustar la cifra expresada en números con el propósito de que guarde correspondencia con la señalada en letras, sin llegar a modificar o alterar ningún otro aspecto -fáctico o jurídico- que implique un cambio del contenido jurídico sustancial de la decisión contenida en la Resolución Sancionatoria.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: RECHAZAR por improcedente el recurso de reposición interpuesto por **RICARDO LÓPEZ AREVALO** contra la Resolución No. 6278 de 2019, por las razones expuestas en el numeral 8 del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 4.2. del **ARTÍCULO CUARTO** de la parte resolutive de la Resolución No. 88573 de 2018, por las razones expuestas en el presente acto administrativo, el cual quedará así:

"4.2. A ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.342.583, una multa de SIETE MILLONES OCHOCIENTOS ONCE MIL CUATROCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$7.811.420.00) equivalentes aproximadamente a DIEZ SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (10 SMMLV)."

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en todas sus partes restantes la Resolución No. 88573 de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**, identificada con NIT 900.062.917-9; **ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO**, identificada con C.C. 52.342.583; **RICARDO LÓPEZ AREVALO**, identificado con C.C. 79.472.032 y **DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ**, identificado con C.C. 1.032.365.573, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **25 ABR 2019**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

NOTIFICAR:**SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**

NIT 900.062.917-9

Apoderado**JUAN MANUEL REYES ALVAREZ**

C.C. No. 88.285.777

Diagonal 25G No. 95A - 55

Teléfono: 4722000

Bogotá D.C. - Colombia

ESTHER JUDITH BLANCO TRUJILLO

C.C. 52.342.583

Apoderado**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

Apoderado**MARCO ANDRÉS MENDOZA BARBOSA**

C.C. No. 80.153.491

T.P. No. 140.143 del C.S. de la J.

Carrera 14 No. 156-07 3-603

Celular: 301 786 4685

E-mail: mamb_jdp08@hotmail.com

Bogotá D.C. - Colombia

DAVID ANDRÉS SÁNCHEZ BOGOTÁ

C.C. 1.032.365.573

Apoderado**CARLOS ALBERTO CASTIBLANCO RODRIGUEZ**

C.C. No. 79.420.269

T.P. No. 184.334 del C.S. de la J.

Calle 26 No. 44 A 29 Apto 1201

E-mail: cacr67@yahoo.es

Bogotá D.C. - Colombia

ESPACIO EN BLANCO