



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 8 8 1 8 DE 2014

(2 9 SEP 2014)

Radicación: 12-81051

"Por la cual se impone una sanción"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de facultades legales, especialmente las previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, y en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en la Ley 1340 de 2009² y en el Decreto 4886 de 2012³, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones sobre protección y promoción de la competencia en los mercados nacionales.

SEGUNDO: Que de acuerdo con los numerales 62⁴ y 63⁵ del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, que subrogó los numerales 38 y 39 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, esta Entidad está facultada para realizar visitas de inspección y recaudar toda

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Ley 1340 de 2009, Artículo 6: *"La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal."*

³ Decreto 4886 de 2011, Artículo 1, Numeral 2: *"La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

(...)

2. En su condición de autoridad nacional de protección de la competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta manera en los mercados nacionales."

⁴ Decreto 4886 de 2011, Artículo 1, Numeral 62: *"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".

⁵ Decreto 4886 de 2011, Artículo 1, Numeral 63: *"La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

(...)

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".

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, así como para 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.

TERCERO: Que el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, que subrogó el numeral 13 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas por la inobservancia de las instrucciones u órdenes que imparta en desarrollo de sus funciones o por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información que se requieran para el correcto ejercicio de las mismas.

CUARTO: Que por medio del oficio radicado con el N° 11-71590-17-0 del 11 de abril de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura"), ordenó practicar visita administrativa a las oficinas de la COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP CTA (en adelante "STARCOOP"), la cual fue realizada el día 13 de abril de 2012 por dos funcionarios de la Delegatura comisionados para tal fin.

QUINTO: Que la visita administrativa fue atendida por VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS, en su calidad de representante legal de STARCOOP.

En desarrollo de la visita administrativa, y conforme a las funciones conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio por los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, los comisionados de la Entidad solicitaron la inspección de los computadores de las áreas de contratación y gerencia de STARCOOP.

Frente a dicha solicitud, VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS manifestó, tal y como consta en el acta de visita administrativa⁶, que:

*"La información que aparece en el computador de la gerencia es información de la estrategia de cómo funciona administrativamente la Cooperativa y la información contenida debe ser autorizada por el consejo de administración máximo órgano (sic), con base en las facultades propias establecidas en los reglamentos y estatutos y las limitaciones al respecto."*⁷

Y que la negativa de acceso a los equipos de cómputo:

*"se fundamenta en que dada la naturaleza jurídica de la Cooperativa, la propiedad de la información se encuentra regulada bajo las normas estatutarias por lo que es necesario contar con la autorización del organismo rector"*⁸

SEXTO: Que de conformidad con el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, la Delegatura, por medio de la comunicación radicada con el número 12-

⁶ Folios 22 a 26 del Expediente.

⁷ Folios 22 y 23 del Expediente.

⁸ Folio 23 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

81051-0 del 16 de mayo de 2012⁹, dio inicio al trámite de incumplimiento de instrucciones y obstrucción de investigación por los hechos desarrollados en la visita del 13 de abril de 2012, solicitando a VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS, en su calidad de representante legal de STARCOOP, que en ejercicio del derecho de defensa rindiera las explicaciones que estimara pertinentes y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer dentro de la actuación de incumplimiento de instrucciones y obstrucción de investigación iniciada.

SÉPTIMO: Que mediante escrito radicado con el número 12-081051-4 del 29 de mayo de 2012¹⁰, STARCOOP dio respuesta a la solicitud de explicaciones y solicitó el decreto y práctica de pruebas dentro de la actuación adelantada por el incumplimiento de instrucciones. En su escrito, STARCOOP manifestó lo siguiente:

"No es cierto, como lo señala el oficio de la referencia, que los funcionarios de la Superintendencia no lograran tener acceso a los computadores por la renuencia de la doctora Cardona. Primero: Porque en el computador de la Dra. Victoria no había ninguna información de licitaciones, como ellos lo pedían esa información está en los computadores de comercial, además de ser una información pública y estar regulada por el estatuto antitrámite (sic). Segundo: Respetuosamente me permito reiterar las razones expuestas en el Acta, según las cuales la información contenida en los computadores de la Cooperativa está regulada bajo las normas estatutarias de la misma y la Gerente no contaba con facultades suficientes para permitir su acceso, para lo cual era necesario contar con la autorización del organismo rector de STARCOOP C.T.A. El Consejo de Administración que en sus Estatutos establecen dentro de sus funciones en al Art. 40. Numeral 25 "Tomar todas las medidas que reclame la conservación de los bienes de la cooperativa, vigilar la actividad del Gerente y los suplentes de la Cooperativa e impartirles las ordenes (sic) que exija buena marcha de la cooperativa""

"De otra parte, como se mencionó anteriormente, la gerente ofreció entregar en forma física toda la información que los funcionarios pretendieren recaudar de los computadores. Por tanto, no puede decirse que se haya desobedecido o incumplido una orden de la Superintendencia ni que con esto se haya obstruido la investigación que se adelanta, pues la entidad obtuvo toda la información que solicitó durante la visita, y con posterioridad a ella se hizo llegar todos los documentos solicitados por la SIC en medio magnético"

(...)

"Expuesto lo anterior es menester aclarar y recalcar nuevamente que en él (sic) computador de gerencia reposa exclusivamente información de la administración y gestión de la cooperativa y que para disponer de dicha información debe ser debidamente autorizada por el órgano máximo de control tal como se manifestó, y quedo (sic) en el acta, (sic) ahora bien la información comercial se encuentra consignada en los sistemas comerciales."

(...)

⁹ Folios 1 a 2 del Expediente.

¹⁰ Folios 15 a 21 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

"Adicionalmente es importante resaltar una vez más la falta de debido proceso y derecho de defensa por parte de la SIC, toda vez que el día 25 de mayo de los corrientes llega en horas de la tarde a la cooperativa un escrito de la SIC, informando que la cooperativa tenía (sic) plazo máximo para el enunciado día para poder explicar y presentar las pruebas que considere pertinentes para la mal llamada presunta obstrucción de investigación, aclarando que los delegados siempre dijeron que la visita no era una investigación, razón por la que manifestaron no entregar ninguna información o queja formal."

(...)

"Enunciado lo anterior me permito respetuosamente tener presente que en la citada visita no solamente no se informó claramente porque (sic) se le estaba solicitando la información, sino que además en ningún momento se mostro (sic) orden de autoridad judicial competente como tampoco se negó a entregar los libros y documentos privados que solicitaron los delegados"

(...)

"Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que debe exonerar a STARCOOP C.T.A. de cualquier sanción, debido a que:

- La conducta de STARCOOP C.T.A. no ha tenido ningún impacto en el mercado.*
- La Cooperativa no se ha visto beneficiada con la conducta.*
- STARCOOP C.T.A. no cuenta con una cuota de mercado significativa.*
- Su conducta procesal durante y después de la visita ha sido de cooperación y asistencia a la Superintendencia.*
- La Cooperativa y sus funcionarios han colaborado en todo momento con la investigación de la conducta.*
- La conducta de la cooperativa durante la visita no tuvo como objeto ni efecto real entorpecer u obstruir la investigación que adelanta la SIC."*

OCTAVO: Que mediante la Resolución N° 37492 del 21 de junio de 2012¹¹, la Delegatura ordenó la práctica de las siguientes pruebas solicitadas por STARCOOP:

"Documentales:

Téngase como prueba, con el valor que le corresponda, los documentos aportados con el escrito radicado con el N° 12-081051-4 del 29 de mayo de 2012¹².

Por su parte, decretó de oficio las siguientes pruebas:

"Oficios:

Oficiar a la cooperativa STARCOOP para que remita, con destino al expediente, la siguiente información:

¹¹ Folios 73 a 78 del Expediente.

¹² Folios 22 a 29 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 8 8 1 8 DE 2014 Hoja N°. 5

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

- *Estados Financieros de la sociedad con corte 31 de diciembre de 2011, certificados por el representante legal y contador público y dictaminados por el revisor fiscal."*

Asimismo, decidió rechazar la práctica de las siguientes pruebas, solicitadas por STARCOOP:

"Testimoniales:

Rechazar la solicitud de testimonios requeridos en el escrito radicado con el N° 12-081051-4 del 29 de mayo de 2012, ya que no cumplen con los requisitos previstos en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, es decir:

- No se identificó a los testigos.*
- No se señalan el domicilio y la dirección de los testigos.*
- No se enuncia siquiera sucintamente el objeto de la prueba."*

NOVENO: Que mediante comunicación radicada con el N° 12-081051-11 del 23 de julio de 2012¹³, STARCOOP presentó, dentro del término, recurso de reposición contra la Resolución N° 37492 de 2012, por la cual se decretaron pruebas dentro del presente trámite, y específicamente por lo dispuesto en el artículo cuarto de la decisión, por medio del cual se rechazó la práctica de unos testimonios.

En el recurso de reposición STARCOOP solicitó la práctica de los siguientes testimonios:

- *"AIRANA (sic) ANDREA ARCINIEGAS CHAMORRO, Secretaria General de Starcoop y quién podrá ser contactada en la dirección del domicilio de la cooperativa y quien al haber estado presente en la diligencia de inspección podrá deponer sobre el desarrollo de la misma y;*
- *"YAMILE DUARTE PACHECO, Ex Revisora Fiscal de Starcoop, quien podrá ser contactada en la dirección del domicilio de la cooperativa y quien al haber estado presente en la diligencia de inspección podrá deponer sobre el desarrollo de la misma y sobre la información que siendo del interés de la Superintendencia obra en poder de la Cooperativa;"¹⁴*

DÉCIMO: Que mediante la Resolución N° 49674 del 23 de agosto de 2012¹⁵, la Delegatura resolvió el recurso de reposición presentado contra la Resolución N° 37492 de 2012, ordenando suprimir el artículo cuarto por medio del cual se rechazaron pruebas y adicionar el artículo segundo decretando las pruebas solicitadas por STARCOOP en los siguientes términos:

"ARTÍCULO SEGUNDO: SUPRIMIR el Artículo Cuarto de la Resolución N° 37492 del 21 de junio de 2012.

¹³ Folios 73 a 78 del Expediente.

¹⁴ Folio 77 del Expediente.

¹⁵ Folios 83 a 89 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

ARTÍCULO TERCERO: ADICIONAR el Artículo Segundo de la Resolución N° 37492 del 21 de junio de 2012 en los siguientes términos:

"2.2. Testimonios.

2.2.1. Señalar las 10:30 a.m. del 3 de septiembre de 2012, para llevar a cabo la audiencia a la que ha de comparecer la señora **AIRIANA ANDREA ARCINIEGAS CHAMORRO**, en su calidad de Secretaria General de **STARCOOP**, con el fin de rendir testimonio sobre los hechos acontecidos en el desarrollo de la visita administrativa efectuada el 13 de abril de 2012 por esta Superintendencia a las instalaciones de **STARCOOP** en la ciudad de Bogotá. La diligencia se realizará en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, ubicadas en la Carrera 13 N° 27-00, piso 6, de esta ciudad.

2.2.2. Señalar las 11:30 a.m. del 3 de septiembre de 2012, para llevar a cabo la audiencia a la que ha de comparecer la señora **YAMILE DUARTE PACHECO**, en su calidad de Ex Revisora Fiscal de **STARCOOP**, con el fin de rendir testimonio sobre los hechos acontecidos en el desarrollo de la visita administrativa efectuada el 13 de abril de 2012 por esta Superintendencia a las instalaciones de **STARCOOP** en la ciudad de Bogotá; y sobre la información que siendo del interés de la Superintendencia obra en poder de la Cooperativa. La diligencia se realizará en las instalaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, ubicadas en la Carrera 13 N° 27-00, piso 6, de esta ciudad."

DÉCIMO PRIMERO: Que conforme con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, así como en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, este Despacho procede a establecer si STARCOOP incumplió las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y obstruyó la actuación e investigación administrativa adelantada por esta Entidad, al no permitir el acceso a la información contenida en los computadores de las áreas de contratación y gerencia de la Cooperativa, en desarrollo de la visita administrativa realizada el 13 de abril de 2012, practicada dentro de la actuación administrativa No. 11-71590.

11.1. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio para la práctica de la visita administrativa

Con la expedición del Decreto 4886 de 2011 se señalaron las facultades y funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de las cuales se encuentra la establecida en el artículo 1, numeral 62, según la cual es función de esta entidad 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. Asimismo, se estableció en el numeral 63 de dicho artículo, la función de 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.

En virtud de estos preceptos, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, sin que exista una restricción legal para ello, diferente al ejercicio de sus funciones.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación: 12-81051

Esta facultad fue puesta de presente a STARCOOP por los funcionarios de la Superintendencia comisionados para la diligencia administrativa, no sólo durante el transcurso de la visita, sino mediante la entrega de la credencial que los acreditaba para practicarla.

En efecto, mediante credencial de visita radicada con el No. 11-71590- -17-0 del 11 de abril de 2012, la Delegatura indicó expresamente los nombres de las personas que en representación de la Entidad realizarían la visita administrativa a las instalaciones de STARCOOP, anunciando las facultades y funciones asignadas a la Superintendencia por el Decreto 4886 de 2011, y solicitando se prestara la colaboración requerida para la inspección.

Adicionalmente, los funcionarios de la Superintendencia, en el momento de practicar la visita administrativa, indicaron los preceptos legales que contienen las facultades referidas, tal como consta en el acta de visita.

A pesar de lo anterior, VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS, representante legal de STARCOOP, y quien atendió la visita, se negó a prestar su colaboración impidiendo el acceso a los computadores de la gerencia de la Cooperativa, conducta que será analizada a continuación de acuerdo a las facultades otorgadas a esta Entidad.

11.2. Facultades para imponer sanciones por incumplimiento de instrucciones y obstrucción a las actuaciones e investigaciones administrativas

El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece que la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para imponer sanciones por la *“violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta (...)”*. (Negrilla fuera del texto original)

Asimismo, el citado artículo establece que la Superintendencia podrá *“imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. (...)”*. (Negrilla fuera del texto original)

De igual manera, el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, que subrogó el numeral 13 del artículo 3 del decreto 1687 de 2010, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer este tipo de sanciones, en los siguientes términos:

“[I]mponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías."
(Negrilla fuera del texto original)

Respecto a la anterior normativa se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-228 de 2010, señalando lo siguiente:

"(...) una de las características del derecho administrativo sancionador es la posibilidad de establecer, por parte del legislador, conductas a partir de proposiciones normativas amplias y genéricas, susceptibles de concretarse por la autoridad que ejerce la potestad de control. Basta entonces que el legislador establezca la conducta genérica objeto de reproche administrativo, pudiéndose delegar a la entidad que ejerce la función de inspección, vigilancia y control la posibilidad de definir el contenido concreto del tipo sancionable, dentro del marco de referencia previsto por la ley (...)"

Así, es importante señalar que la inobservancia por parte de una persona jurídica o natural de las instrucciones que imparte la Superintendencia de Industria y Comercio, con las cuales se pretenda establecer si se están cumpliendo las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, resulta tan censurable como las mismas conductas que atentan contra esas normas¹⁶. En este mismo sentido lo ha considerado el Consejo de Estado¹⁷, así:

*"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 que en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, como a las que alude el numeral 21 del artículo 2º, que autoriza a la Superintendencia para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en aspectos relativos a la protección del consumidor, la promoción de la competencia y la propiedad industrial, facultad ésta frente a la cual el artículo 4º no estableció consecuencia jurídica alguna en caso de que dichos destinatarios no atiendan las referidas instrucciones; y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, lo que en el fondo se traduce en que en esas condiciones jamás se podría imponer sanción por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas." (Negrilla fuera del texto)

¹⁶ Resolución 023322 de 2007 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁷ Sentencia de 17 de Mayo de 2002. Recurso de apelación contra la sentencia de 23 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893). Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Actor: GILLETTE DE COLOMBIA S.A. Y OTROS, demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

Lo anterior es más claro si el incumplimiento no consiste simplemente en la omisión de enviar una información concreta a la Entidad, sino en la negativa de acceso, por parte de un posible investigado, a los documentos e instrumentos que eventualmente contienen las pruebas que se requieren para adelantar la investigación.

Así pues, en el ejercicio de las facultades anteriormente referidas, esta Entidad podrá sancionar a cualquier persona que obstruya una actuación o investigación administrativa y se abstenga de acatar las instrucciones que se impartan en desarrollo de una visita administrativa, incluyendo la autorización para acceder a los archivos contenidos en los computadores de los funcionarios de la empresa a la cual se practica la visita.

11.3. Incumplimiento de instrucciones por parte de STARCOOP

En el presente caso, revisada el acta de la visita administrativa realizada en las instalaciones de STARCOOP, se encuentra que efectivamente VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS, quien atendió la visita en su calidad de representante legal de STARCOOP, no permitió el acceso a los computadores de la empresa, como se ilustra a continuación, de conformidad a lo consignado en el Acta de visita:

"Una vez se dio conocimiento a la Doctora VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS sobre la obligación que tiene un agente perteneciente a un mercado, que desarrolle una actividad económica cualquiera, de entregar toda la información que la Superintendencia de Industria y Comercio le solicite en una visita de inspección, la Doctora VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS se negó a dar acceso a los computadores del área de contratación y de gerencia de la Cooperativa (sic). (...)

La Doctora Cardona manifestó que no es una negación a dar la información que requiera la Superintendencia toda vez que son procesos públicos y todos se encuentran contenidos en el SECOP. La información que aparece en el computador de la gerencia es información de la estrategia de cómo funciona administrativamente la Cooperativa y la información contenida debe ser autorizada por el consejo de administración máximo órgano, con base en las facultades propias establecidas en los reglamentos y estatutos y las limitaciones al respecto."¹⁸ (Negrilla fuera del texto)

(...)

"La Doctora VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS manifiesta ante la negativa de acceso a los equipos de cómputo que esta se fundamenta en que dada la naturaleza jurídica de la Cooperativa, la propiedad de la información se encuentra regulada bajo las normas estatutarias por lo que es necesario contar con la autorización del organismo rector"¹⁹ (Negrilla fuera del texto)

Por su parte, y no obstante el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio ilustraron y advirtieron

¹⁸ Folios 22 y 23 del Expediente.

¹⁹ Folio 23 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

claramente a VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS, representante legal de STARCOOP, sobre las normas aplicables y las consecuencias de incumplir una instrucción en desarrollo de una visita administrativa. Lo anterior quedó consignado en el Acta en los siguientes términos:

"Dado el no acceso a los computadores el Despacho procede a dar lectura al numeral (sic) 4 del Decreto 2153 numeral 15 respecto a la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes o instrucciones que se impartan."²⁰

(...)

"El despacho esperó desde las 10:10 a.m. hora en que fuimos atendidos por la doctora Cardona hasta las 11:58 a.m. para informarle las sanciones a que estaría sujeta la Cooperativa dada la negativa de acceso a los equipos de cómputo, por lo cual se considera que en ningún momento se insistió con el incumplimiento de instrucciones dado que la lectura de la norma se realizó una sola vez, y se le citaron varios ejemplos de sanción a diversas empresas por no acceso a equipos de cómputo sin intención de preocupar a la doctora Cardona con el tema relacionado. Se le reafirma a la Doctora Cardona que la información requerida a partir del acceso a los equipos de cómputo es necesaria y conducente para la actuación y diligencia que se practica."²¹ (Negrilla fuera del texto)

Ante la manifestación de VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS de que no le había sido notificada por parte de la Superintendencia investigación alguna en su contra, y que no conocía las razones que sustentaban la queja, los funcionarios que realizaron la visita le indicaron que la actuación administrativa dentro de la cual se había programado la visita se encontraba en una etapa reservada en la que preliminarmente no existen partes ni investigados:

"(...) esta diligencia tiene su razón de ser en una queja interpuesta ante la Superintendencia de Industria y Comercio en razón de los procesos de selección contractual con el Estado en que la Cooperativa ha participado, y que por la naturaleza de la etapa en la que se encuentra dicha denuncia esta es de carácter reservado, y que en esta etapa no hay partes en el proceso, ni investigados."²²

Adicionalmente, se indicó en el transcurso de la diligencia que la información que se obtuviera en la visita tendría la calidad de reservada, dándosele el tratamiento correspondiente a esta condición:

"(...) este Despacho le informó a la Doctora VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS que toda la información que se considerara sensible por parte de la cooperativa, se mantendría reservada por la Superintendencia de Industria y Comercio."²³

(...)

²⁰ Ibídem.

²¹ Folio 24 del Expediente.

²² Folios 23 y 24 del Expediente.

²³ Folio 22 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

"Dado el tipo de información recopilada se solicita darle el carácter de reservado en el expediente, a lo cual el Despacho informa que dicho tratamiento se le dará a la documentación recopilada."²⁴

En este punto, cabe mencionar que la Superintendencia en ocasiones anteriores ha sancionado empresas por incumplimiento de instrucciones durante visitas administrativas o de inspección. Así se dispuso en la Resolución 24112 de 2005, mediante la cual se sancionó a la Sociedad Portuaria de San Andrés S.A., como se expone a continuación:

"(...) dicho comportamiento impidió a esta Entidad llevar a cabo la diligencia programada, y así desarrollar la función de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales.

En este orden de ideas, el comportamiento de la sociedad San Andrés Port Society S.A (Sociedad Portuaria de San Andrés S.A.) representada por Rodolfo Gallardo Hooker, no es admisible, dado que esta Entidad no puede estar sujeta a la voluntad de los administrados tendiente a impedir el ejercicio de sus funciones legales. En esa medida, la actitud asumida durante la visita administrativa a la sociedad portuaria, por sus funcionarios, resultó absolutamente injustificada y constitutiva de desobediencia lo que acarrea la imposición de sanciones por parte de esta Entidad."

Así, con base en lo consignado en el Acta de la visita, y teniendo en cuenta que, como se dijo anteriormente, el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 le otorga a la Superintendencia de Industria y Comercio plenas facultades para "[r]ealizar 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 (...)", así como para "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", se concluye que los funcionarios de la Superintendencia que realizaron la visita administrativa a las instalaciones de STARCOOP el día 13 de abril de 2012, actuaron conforme a la ley al solicitar la revisión de los computadores de las áreas de contratación y de gerencia de dicha cooperativa, teniendo en cuenta que contaban con plenas facultades administrativas para su inspección según el Decreto 4886 de 2012.

En este orden de ideas, se encuentra demostrado que STARCOOP incumplió las instrucciones impartidas por esta Superintendencia.

11.4. Obstrucción a la actuación e investigación administrativa por parte de STARCOOP

Tal y como consta en el Acta de la visita, la conducta adoptada por VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS, en su calidad de representante legal de STARCOOP, al no permitir el acceso a la información solicitada contenida en los computadores de las áreas de contratación y gerencia durante el desarrollo de la visita, impidió el

²⁴ Folio 24 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación: 12-81051

ejercicio de las labores de inspección, vigilancia y control atribuidas a esta Superintendencia en desarrollo de sus funciones administrativas.

Por lo tanto, dicha conducta, más allá de configurar un incumplimiento a las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, constituye una obstrucción a la actuación y posible investigación administrativa, toda vez que obstaculizó el correcto ejercicio de las funciones de la Entidad e impidió el eventual desarrollo de la investigación.

En este sentido se pronunció esta Superintendencia en la Resolución No. 65997 del 23 de noviembre de 2011, mediante la cual se sancionó a la empresa MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A.:

“Para efectos de establecer el monto de la sanción a imponer es necesario tener en cuenta que todo aquel que obstruya la inspección, vigilancia y control que realiza esta Superintendencia sobre un determinado mercado con el fin de proteger la competencia, está afectando el ejercicio de las funciones de la Entidad y con ello impide el esclarecimiento de unos hechos que, de ser conocidos por la autoridad de competencia, permitiría enriquecer el acervo probatorio de una investigación y garantizar el desarrollo del mercado.”

Este tipo de conductas reviste especial gravedad, pues la negativa de un posible investigado para que la Entidad acceda a la información que necesita analizar para determinar si hubo o no una violación al régimen de competencia, podría convertirse en un mecanismo para evitar el ejercicio de las funciones de la autoridad de competencia y en un aliciente para el desconocimiento de este tipo de disposiciones.

En consecuencia, y con fundamento en lo anteriormente expuesto, este Despacho concluye que STARCOOP obstruyó la actuación administrativa adelantada por esta Superintendencia al no permitir el acceso a la totalidad de la información solicitada durante la visita administrativa, circunstancia que seguramente tendrá efectos negativos ante el desarrollo de una eventual investigación en la que será imposible, o por lo menos mucho más difícil, contar con toda la información que se encontraba en poder de la Cooperativa.

Visto lo anterior, este Despacho procede a analizar los argumentos presentados en la respuesta a la solicitud de explicaciones, con el fin de establecer si los mismos justifican o validan el incumplimiento de instrucciones y la obstrucción a las que se ha hecho referencia.

11.5. Argumentos manifestados por los investigados

11.5.1. En la visita se ofreció entregar en forma física toda la información solicitada.

STARCOOP manifestó en la respuesta a la solicitud de explicaciones que le formuló esta Entidad, que la representante legal de la Cooperativa ofreció entregar en forma física la información solicitada durante la visita administrativa. Al respecto señaló lo siguiente:

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación: 12-81051

“De otra parte, como se mencionó anteriormente, la gerente ofreció entregar en forma física toda la información que los funcionarios pretendieren recaudar de los computadores. Por tanto, no puede decirse que se haya desobedecido o incumplido una orden de la Superintendencia ni que con esto se haya obstruido la investigación que se adelanta, pues la entidad obtuvo toda la información que solicitó durante la visita, y con posterioridad a ella se hizo llegar todos los documentos solicitados por la SIC en medio magnético”²⁵

En igual sentido, AIRIANA ANDREA ARCINIEGAS CHAMORRO, Secretaria General de STARCOOP, y quien estuvo presente en la visita, manifestó lo siguiente en el testimonio rendido ante esta Entidad el día 3 de septiembre de 2012:

“Ella (haciendo referencia a VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS, representante legal de STARCOOP, quien atendió la visita) siempre quiso entregar toda la información en físico que le estaban solicitando de todo el tema que le estaban comentando, es más, se entregó toda la información que habían solicitado.”

(...)

“Se le informó a los funcionarios de la SIC que se les entregaría cualquier información que ellos requerían en medio físico y siempre se estuvo prestos a entregar la información que ellos requerían, la que necesitaran.”²⁶

Al respecto, el Despacho considera que las anteriores afirmaciones no se ajustan a la realidad de los hechos, tal y como ocurrieron durante el transcurso de la visita administrativa, pues el supuesto ofrecimiento de VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS respecto de la entrega en físico de la información, se dio, como consta en el Acta, en medio de una solicitud de información puntual sobre las propuestas de contratación de STARCOOP, más no de la solicitud de acceso a los computadores de las áreas de gerencia y contratación. Al respecto el Acta de la visita señala lo siguiente:

“La doctora VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS menciona que hará entrega de las propuestas de los procesos en que han participado desde 2007 hasta la fecha. El despacho solicita que se allegue en medio magnético esta información ya sea en una memoria USB o en una unidad de CD, cualquiera de los dos elementos sin protección.

“La Doctora Victoria Eugenia manifiesta que al momento de la visita cualquier documento podrá ser entregado en físico.

“El despacho considero (sic) que por manejo de la información el manejo y el volumen de la información esta (sic) sea entregada en medio magnético”²⁷

Como se puede observar, el ofrecimiento de entregar la información en físico se refiere a las propuestas de contratación que fueron solicitadas por los funcionarios de

²⁵ Folio 17 del Expediente.

²⁶ Folio 94 del Expediente.

²⁷ Folio 23 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

disponible en las instalaciones de STARCOOP relacionada con los procesos de contratación adelantados por la Cooperativa.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la selección de la información era una tarea que debía ser realizada por la Entidad a partir de todas las fuentes disponibles, evaluando su pertinencia de acuerdo con el contenido de los documentos revisados. De esta manera, resultaba necesario para los funcionarios comisionados para realizar la visita, acceder a los computadores solicitados con el fin de verificar si contenían información que estuviera relacionada con el objeto de la visita, esto es, los procesos de contratación adelantados por la Cooperativa.

En este sentido, el argumento expuesto no justifica la negativa de STARCOOP para acceder a los computadores solicitados.

11.5.3. Del carácter reservado de la información contenida en los computadores de las áreas de gerencia y contratación

En el curso de la presente actuación, la Cooperativa investigada ha manifestado que la Superintendencia no podía acceder a la información contenida en los computadores sin autorización del Consejo de Administración de STARCOOP debido a su carácter reservado, en tanto estaba relacionada con servicios de vigilancia y seguridad privada. Lo anterior quedó consignado en el Acta de visita en los siguientes términos:

"La información que aparece en el computador de gerencia es información de la estrategia de cómo funciona administrativamente la Cooperativa y la información contenida debe ser autorizada por el consejo de administración máximo órgano, con base en las facultades propias establecidas en los reglamentos y estatutos y las limitaciones al respecto."

Lo anterior fue reiterado por STARCOOP en la respuesta a la solicitud de explicaciones de la siguiente manera:

*"Respetuosamente me permito **reiterar las razones expuestas en el Acta**, según las cuales la información contenida en los computadores de la Cooperativa está regulada bajo las normas estatutarias de la misma y la Gerente no contaba con facultades suficientes para permitir su acceso, para lo cual era necesario contar con la autorización del organismo rector de STARCOOP C.T.A."*

Por su parte, AIRIANA ANDREA ARCINIEGAS CHAMORRO, en su calidad de Secretaria General de STARCOOP, manifestó lo siguiente en testimonio rendido ante esta Entidad el 3 de septiembre de 2012:

"Pregunta: ¿Qué motivos le acudieron a la Cooperativa para insistir en no permitir el acceso a los equipos de cómputo, una vez aclarada la capacidad sancionatoria por el incumplimiento de instrucciones?"

"Respuesta: Creo que el tema que obedeció a la doctora CARDONA es un tema de vigilancia, lo que te digo, manejamos la seguridad de las personas, la confidencialidad, que se debe tener en un servicio de vigilancia y seguridad privada, y creo que ese fue el temor más que cualquier otra cosa. Dar una información que por

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación: 12-81051

ley o que por la calidad del objeto o el servicio que prestamos, estamos obligados a guardar la reserva de la misma. Creo que eso fue lo que pudo obedecer a la opción de no dejar ver la información.”

(...)

Ya el motivo adicional de por qué no permitiera o no se permitiera entrar al computador es una decisión pues netamente gerencial, pero creo que las razones que pudieron originar el tema de no entrar es por el tema de la vigilancia, el servicio de escolta y el servicio de la información de seguridad que se maneja en una empresa de vigilancia.”

Partiendo de los anteriores argumentos expuestos en defensa de la Cooperativa investigada, el Despacho considera necesario realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 2 de la Ley 527 de 1999, la información almacenada en medios magnéticos constituye un mensaje de datos cuya validez y fuerza vinculante es la misma que la de un documento que conste por escrito.

Establecido lo anterior, se tiene que si los documentos del comerciante constan en archivos magnéticos, son igualmente sujetos a examen por parte de las autoridades de vigilancia y control, sin que opere el derecho de reserva del que trata el artículo 61 del Código de Comercio:

Artículo 61. Excepciones al derecho de reserva. *Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente.*

Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas. (Negrilla fuera de texto)

Asimismo, el Código de Comercio establece que los funcionarios del Gobierno podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común:

Artículo 63. Exhibición o examen de libros de comercio ordenado de oficio. *Los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público, solamente podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante en los casos siguientes:*

- 1) Para la tasación de los impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones;*
- 2) Para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común;***
- 3) En la investigación de delitos, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, y*

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación: 12-81051

4) *En los procesos civiles conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil.*
(Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, no obstante durante la visita no se hizo referencia expresa a la violación del derecho a la intimidad, este Despacho considera necesario recordar lo establecido por el artículo 15 de la Constitución Nacional en este sentido:

“Artículo 15. *Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar, de igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

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

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

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

Como puede observarse, por mandato constitucional el Estado debe respetar el derecho a la intimidad personal y familiar de todos los habitantes del territorio colombiano, **sin perjuicio de la facultad de los organismos de vigilancia y control para exigir la presentación de los documentos propios de la actividad de sus vigilados.**

Así las cosas, y teniendo en cuenta que para el presente caso los archivos magnéticos contenidos en los computadores de las áreas de contratación y gerencia de STARCOOP constituyen documentos inherentes a su actividad, estos pueden ser exhibidos e inspeccionados por las autoridades de vigilancia y control conforme a las facultades otorgadas por la ley.

La anterior posición ha sido mantenida por esta Superintendencia en decisiones anteriores, en las que se ha precisado que los papeles del comerciante deben ser exhibidos cuando la autoridad así lo solicita. Así lo estableció en la sanción impuesta por inobservancia de instrucciones a la empresa Gillette de Colombia S.A. mediante Resolución No. 5010 de 1999:

“Nuestra Constitución Política dispone que para efectos tributarios o judiciales y para 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.

Ahora bien, en cuanto a la reserva de papeles, razón tiene el interesado en señalar que los libros de comercio son reservados, pero eso no significa que la administración no pueda dar aplicación al mandato contenido en el artículo 20 de la ley 57 de 1985, donde se menciona que el carácter reservado será oponible a las autoridades que lo

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, correspondiendo a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer.
(Subrayado fuera del texto original)

En este orden de ideas, los archivos electrónicos de STARCOOP pueden ser exhibidos por instrucción de la autoridad, sin que por este motivo se vulnere el derecho a la reserva o intimidad. Por lo tanto, la conducta de STARCOOP durante el transcurso de la visita configura un incumplimiento de las instrucciones impartidas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de sus facultades administrativas.

Ahora bien, respecto del carácter reservado y la seguridad de la información recaudada por la Superintendencia, el Despacho encuentra que tal y como se indicó en el transcurso de la diligencia a los funcionarios de STARCOOP que atendieron la visita, la información que se obtuviera por parte de la Entidad tendría la calidad de reservada, dándosele el tratamiento correspondiente a esta condición, conforme a la ley. Lo anterior quedó consignado en el Acta de visita en los siguientes términos:

"(...) este Despacho le informó a la Doctora VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS que toda la información que se considerara sensible por parte de la cooperativa, se mantendría reservada por la Superintendencia de Industria y Comercio".²⁹

(...)

"Dado el tipo de información recopilada se solicita darle el carácter de reservado en el expediente, a lo cual el Despacho informa que dicho tratamiento se le dará a la documentación recopilada."³⁰

De lo anterior, resulta claro que STARCOOP obstruyó la actuación e incumplió de manera injustificada una instrucción directa y concreta por parte de la Superintendencia para permitir el acceso a los computadores de las áreas de gerencia y contratación. Lo anterior, pese a que se informó acerca del carácter de reservado que se le daría a la información obtenida y sobre las facultades y posibles consecuencias de la conducta.

11.5.4. Supuesto desconocimiento de las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio.

AIRIANA ANDREA ARCINIEGAS CHAMORRO, Secretaria General de STARCOOP, manifestó lo siguiente en testimonio rendido ante esta Entidad el 3 de septiembre de 2012:

"(...) Antes que todo, quiero decir algo y es lo siguiente: Yo en este momento vengo en nombre propio y vengo en nombre de una cooperativa en la que de una u otra forma aunque no soy la representante legal, sí represento, pues quiero solicitar como disculpas por la falta de conocimiento de las facultades que ustedes tenían ante la

²⁹ Folio 22 del Expediente.

³⁰ Folio 24 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción”

Radicación: 12-81051

Super (sic), pues realmente no sabíamos que también ante la Superintendencia de Industria y Comercio tenía tantas facultades investigativas (sic) y adicional a eso, pues nunca nos había vigilado a nosotros una entidad diferente que no fuera la de la Super Vigilancia o pues en caso extremo la Super Sociedades, porque pues al ser especializada nos maneja siempre la Super Vigilancia, entonces el desconocimiento total de saber que había otro órgano, que también nos vigilaba, que también nos podía pedir documentación o que también nos podía pedir pruebas para nosotros era algo nuevo, entonces pues por todos los inconvenientes allí presentados yo sí quiero solicitar disculpas (...)

Si quería que quedara presente mis disculpas de la falta de información de saber que ustedes también eran unos órganos que nos regían y nos regulaban.”

Y agregó lo siguiente al ser preguntada si en la visita fueron informadas las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio:

“Pregunta: Cuando se presentó la negativa para acceder a los equipos de cómputo, ¿Ustedes tuvieron conocimiento de las normas de las cuales se facultaba la Superintendencia para acceder a la información?”

Respuesta: (...) se había entregado la información de las facultades que tenían, cuando yo llegué también nos hicieron lectura de la información que se estaba entregando. Pero realmente no era clara y era confusa para nosotros por lo que digo.

Pregunta: ¿Qué era confuso?

Respuesta: El tema de que tenían las facultades de podemos solicitar cualquier tipo de información, porque pues nunca nos había regulado la Superintendencia, nunca nos había visitado la Superintendencia de Industria y Comercio realmente.”

En efecto, tal como quedó consignado en el Acta de visita, durante la diligencia los funcionarios de la Superintendencia informaron a las personas que atendieron la visita sobre las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio para realizar visitas administrativas en desarrollo de sus funciones, ante lo cual no manifestaron confusión o desconocimiento alguno, como se observa a continuación:

“Una vez se dio conocimiento a la Doctora VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS sobre la obligación que tiene un agente perteneciente a un mercado, que desarrolle una actividad económica cualquiera de entregar toda la información que la Superintendencia de Industria y Comercio le solicite en una visita de inspección, la Doctora VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS se negó a dar acceso a los computadores del área de contratación y de gerencia de la Cooperativa (sic). Las normas que cobijan el procedimiento de recaudo de información en la presente visita son el artículo 1º numeral 2 del Decreto 1187 (sic) de 2010 leídas en la visita”³¹.

En línea con lo anterior, YAMILE DUARTE PACHECO, ex Revisora Fiscal de STARCOOP, manifestó lo siguiente en testimonio rendido ante esta Entidad el 3 de septiembre de 2012³²:

³¹ Folio 24 del Expediente.

³² Folio 96 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

"Pregunta: ¿Tuvo usted conocimiento de la lectura de normas por parte de los funcionarios de la Superintendencia advirtiéndoles que el no permitirles el acceso las consecuencias que acarrearía?"

Respuesta: Sí"

De acuerdo con lo anterior, para el Despacho es preciso advertir que el supuesto desconocimiento de las normas que establecen las facultades que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio para ejercer su función de protección de la libre competencia, no exime de responsabilidad a los agentes del mercado frente a la inobservancia de las instrucciones que imparta la Entidad en ejercicio de dichas facultades. Lo anterior va ligado al principio legal según el cual la ignorancia de la ley no puede servir de excusa para justificar su incumplimiento³³.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente acerca de la ignorancia de la ley:

*"a) Presunción de inocencia (art. 29). El sentido de dicha presunción es éste: Si a una persona se le imputa una conducta jurídicamente ilícita, quien hace la imputación es quien debe probarla. Ahora bien: el artículo 9 demandado no releva de esa prueba. Lo que establece es algo bien distinto: que si a una persona se le atribuye una conducta ilícita y se prueba que en realidad la observó, **no es admisible la excusa de que ignoraba la norma que hace ilícita la conducta**. Cosa bien distinta es que el agente haya incurrido en la hipótesis de la conducta ilícita sin que le haya sido dado evitarla (conozca o no la norma que contempla el supuesto). Se trataría allí de un caso fortuito o de una fuerza mayor, perfectamente diferenciables de la ignorancia de la ley, y con efectos jurídicos significativamente distintos.*

b) Presunción de buena fe. Lo que dispone el artículo 83 de la Constitución, es que en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, se presume que aquéllos no actúan movidos por propósitos de engaño o dolo, y que si alguien asevera que es ése el caso, debe probar su aserto. Tan próxima se encuentra esta presunción a la de inocencia que son virtualmente inescindibles. Por tanto es pertinente, con respecto a ella, el argumento anteriormente expuesto, a saber: que si alguien aduce que ignoraba que su conducta torticera fuera censurada por el derecho, la eficacia de tal argumento está jurídicamente descartada." (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, el supuesto desconocimiento de las facultades otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio no implica que su incumplimiento deba ser pasado por alto por las autoridades. Por lo tanto, el argumento de los investigados en este sentido carece de fundamento, toda vez que en el presente caso fue posible comprobar el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual deberá ser sancionado.

DÉCIMO SEGUNDO: Que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias

³³ Artículo 9 del Código Civil.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

hasta por 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción (COP \$61.600.000.000) por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluida la omisión de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones que se impartan por parte de esta Entidad.

Bajo el anterior precepto, con el fin de determinar el monto de la sanción a imponer a STARCOOP, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

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

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"³⁴

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

En el caso concreto, es importante señalar que la actuación de STARCOOP, al impedir el acceso a los equipos de cómputo de las áreas de contratación y gerencia ordenado por la Entidad, afectó el adecuado desarrollo de las facultades de esta Superintendencia como autoridad de protección de la competencia. Por lo tanto, no acatar una instrucción impartida por la Superintendencia en desarrollo de una actuación administrativa configura una obstrucción del correcto ejercicio de las funciones de esta Entidad en desarrollo de la función de velar por la protección de la competencia en el mercado y garantizar la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

Por lo tanto, impedir la revisión de los referidos equipos de cómputo de la Cooperativa limitó el actuar de la Entidad para poder determinar, como se dijo en párrafos anteriores, la posible existencia de unos supuestos de hecho que

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

eventualmente pudieran constituir una infracción de las normas sobre libre competencia, y obtener información que permita identificar los presuntos responsables de los hechos que constituirían la infracción.

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

12.1. Sanción

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

Así mismo, se tiene en cuenta el tamaño de la empresa, sus ingresos operacionales, utilidad operacional, patrimonio, y, en general, toda la información financiera de la misma, de tal forma que la sanción resulte disuasoria más no confiscatoria. Finalmente, se tendrá en cuenta su conducta durante el trámite de la investigación administrativa.

Adicionalmente, en el caso concreto, se tendrá en cuenta que la inobservancia y obstrucción radicó exclusivamente en la negativa al acceso a los equipos de cómputo, y que tanto la entidad infractora como su representante legal no han sido sancionados como consecuencia de investigaciones por infracción del régimen de competencia.

Así bien, para el presente caso se ha establecido que la conducta de STARCOOP se configuró como un incumplimiento del deber de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia en desarrollo de sus funciones legales.

Por otra parte se debe anotar que el impacto de una colusión en licitaciones públicas, cuyo descubrimiento constituía el objeto de la visita, es altamente reprochable en el mercado, ya que afecta el precio y la calidad de los bienes y servicios que adquiere el Estado Colombiano y, adicionalmente, constituye un factor de detrimento patrimonial para el erario público. Así, impedir que la Autoridad de Competencia determine si en un caso específico ha ocurrido una o varias colusiones en licitaciones se erige como una conducta de la mayor gravedad, cuestión que será tenida en cuenta al momento de tasar la presente sanción. Es de tal gravedad la conducta de colusión en licitaciones, que según Estudios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE, las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB) de un país, por lo cual las conductas encaminadas a afectar la contratación pública son especialmente nocivas para la

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 8 8 1 8 DE 2014 Hoja N°. 23

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

economía, al igual que lo son aquellas encaminadas a evitar que el Estado verifique de forma efectiva su existencia y alcance, como ocurrió en este caso.

Adicionalmente, los acuerdos anticompetitivos, cuya constatación por parte de una Autoridad del Estado se pretendió eludir, son la conducta más reprochable en materia de libre competencia, en la medida en que afectan directamente a los consumidores (y en este caso el Estado), tal y como lo afirma la Red Internacional de Competencia³⁵.

Por otra parte, la conducta realizada por la compañía en la obstrucción de la investigación fue total, por lo cual su grado de participación en la conducta obstructiva fue total.

Más aún, se debe tener en cuenta que el mercado afectado por la conducta obstructiva es el de vigilancia y seguridad privada, que según la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada registró, en 2011, ingresos por 4.9 billones de pesos, equivalente al 0.82% del PIB colombiano, lo cual demuestra la gran dimensión del mismo³⁶.

De acuerdo con lo anterior, después de realizar un análisis de los criterios agravantes y atenuantes de dosificación previamente mencionados, así como de los precedentes en cuanto a sanciones por inobservancia de instrucciones que ha impuesto esta Entidad³⁷, este Despacho decidió imponer a la COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A una multa de MIL CIENTO OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.108.800.000.00), equivalente a mil ochocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.800 SMMLV), y que corresponde al 1.82% de la multa máxima aplicable de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y al 9.9% del patrimonio reportado por STARCOOP en el año 2011.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que la COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A., identificada con el NIT 830.101.476-7, infringió lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, por incumplir las órdenes impartidas durante el

³⁵ International Competition Network, Defining Hard Core Cartel Conduct: Effective Institutions. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf>

³⁶ Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, disponible en <http://www.supervigilancia.gov.co/?idcategoria=67545>

³⁷ Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio recientemente impuso mediante Resolución No. 14372 de 2012, confirmada por la Resolución No. 38459 de 2012, una multa por valor de \$ 2.040.120.000.00 en contra de la sociedad CONSTRUCTORA ARKO LTDA., por obstruir una actuación administrativa e incumplir las órdenes impartidas durante una visita administrativa.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 8 8 1 8 DE 2014 Hoja N°. 24

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

desarrollo de la visita administrativa realizada el día 13 de abril de 2012 a sus instalaciones y por obstruir la actuación administrativa que adelanta esta Superintendencia.

En consecuencia, IMPONER a la COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A., identificada con el NIT 830.101.476-7, una sanción pecuniaria por valor de MIL CIENTO OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.108.800.000.00), equivalente a mil ochocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.800 SMMLV), por contravenir lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago acá establecido, se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR a la COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A., en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realice la publicación del siguiente texto:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A. informa que:

Mediante Resolución No. - 5 8 8 1 8 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de la COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A., por contravenir lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en particular por incumplir las órdenes impartidas durante el desarrollo de la visita administrativa realizada el día 13 de abril de 2012 a sus instalaciones y por obstruir la actuación administrativa que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A, entregándole

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 8 8 1 8 DE 2014 Hoja N°. 25

"Por la cual se impone una sanción"

Radicación: 12-81051

copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición, el cual puede interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

ARTÍCULO CUARTO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **29** SEP 2014

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Notificaciones:

COOPERATIVA DE VIGILANTES STARCOOP C.T.A.

NIT 830.101.476-7

Apoderado

Doctor

CAMILO GÓMEZ RIVEROS

C.C. 80.422.310

T.P. 80.944 del C. S. de la J.

Parque Central Bavaria, Manzana 1, Oficina 237

cgomez@acevedoygomez.com

Bogotá D.C.