



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 66635** DE 2016

(05 OCT 2016)

Radicado: 14-282958

VERSIÓN ÚNICA

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992² y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 11705 del 14 de marzo de 2016³ (Resolución Sancionatoria) la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S.** (en adelante “**DISCOVERY**”) 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, por obstruir una averiguación preliminar al impedir el acceso a la información del computador del Director Cuentas Gobierno de **DISCOVERY**, en el marco de la visita administrativa adelantada el 27 de agosto de 2014 en sus instalaciones. Como consecuencia de lo anterior, la Superintendencia le impuso a **DISCOVERY** una multa por valor de **QUINIENTOS DIECISIETE MILLONES NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$517.091.250)**, equivalentes a **SETECIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (750 SMLMV)**.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 11705 del 14 de marzo de 2016, y dentro del término legal, la investigada interpuso recurso de reposición en su contra, para lo cual presentó los siguientes argumentos:

- La sanción impuesta deriva de una actuación invasiva del derecho constitucional, pues viola la confidencialidad de las comunicaciones y del derecho a la intimidad protegido por los artículos 15 y 28 de la Constitución Política
- La Superintendencia de Industria y Comercio exigió la exhibición del computador personal de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, quien fungía como contratista de la entidad sancionada sin que mediara orden judicial o consentimiento del titular del computador personal, por lo tanto, la negativa a entregar el computador para examen de la autoridad administrativa está legitimada constitucionalmente.
- El acto administrativo sancionador es nulo pues la Superintendente de Industria y Comercio no tiene competencia para investigar actos que no constituyen una conducta contraria a la libre competencia.
- La **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** es la única Entidad con facultades legales para realizar allanamientos, registros e incautaciones de comunicaciones, en situaciones excepcionales y siempre que exista una actuación judicial encaminada a la persecución de un delito.
- La Superintendencia de Industria y Comercio por ser una autoridad administrativa no cuenta con facultades de policía judicial sino administrativa “*sin vocación de policía judicial permanente o*

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

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folios 217 a 232 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por el cual se resuelve un recurso de reposición”

delegada”, y en esta medida, la autorización para registro de comunicaciones o información que reposa en los computadores no estaba legalmente a su alcance.

- La información contenida en el computador de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** era de propiedad particular y privada no institucional por prestar un servicio externo y por lo tanto, **DISCOVERY** no tiene autoridad de ninguna naturaleza para disponer de sus equipos o herramientas de trabajo.
- **DISCOVERY** no fue sujeto pasivo de investigación por prácticas restrictivas de la competencia, por cuanto nunca fue notificada de su vinculación dentro de una investigación como presunto infractor por prácticas restrictivas de la competencia.
- De no revocarse la sanción impuesta, esta debe modificarse de conformidad con los criterios modulares y los límites punitivos pecuniarios que la ley prevé para el efecto. Así, teniendo en cuenta que el legislador previó siete causales para graduar la sanción y que el ámbito punitivo debe estar directamente proporcionado en términos cuantitativos con la ocurrencia de mayor o menor número de causales, si la Resolución 11705 de 2016 sólo aplica el que hace referencia al grado de participación del implicado, es desproporcionado que ante la ocurrencia de una de las siete causales se imponga una multa tan alta.
- El procedimiento que debió aplicarse para esta investigación fue el dispuesto en el artículo 51 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPCA) y en el evento de declarar la responsabilidad imponer una multa de máximo 100 salarios mínimos legales vigentes.

TERCERO: Que una vez estudiados los argumentos expuestos por la recurrente y de conformidad con el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho pasa a resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 11705 del 14 de marzo de 2016, en los siguientes términos:

3.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con que la sanción impuesta deriva de una actuación invasiva del derecho constitucional: la confidencialidad de las comunicaciones y del derecho a la intimidad protegido por los artículos 15 y 28 de la Constitución Política

La Constitución Política consagró, como una garantía constitucional fundamental, el derecho a la intimidad de las personas, tipificado a través de artículo 15 de la constitución política, el cual establece:

“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. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

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

Si bien es cierto que el artículo 15 citado establece que para el registro e interceptación de comunicaciones se requiere orden judicial, el mismo establece una potestad especial en cabeza de las autoridades que ejercen funciones de *“inspección, vigilancia e intervención del Estado”*, como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, permitiéndole exigir *“la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”* (negrilla fuera del texto original).

Aun cuando la potestad para exigir la presentación de documentos privados está contenida en el mismo artículo 15 de la Constitución Política que impone la obligación de contar con orden judicial

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

para registrar e interceptar comunicaciones, es claro que la norma regula situaciones fácticas disímiles y con consecuencias jurídicas distintas.

Por un lado, el artículo establece que para **registrar** o **interceptar** comunicaciones -actividad que se realiza sin autorización del ciudadano-, se requiere de autorización judicial. Por otro lado, y regulando una situación totalmente diferente, el artículo señala que las autoridades de inspección, vigilancia y control -como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio-, **pueden exigir la presentación de documentos privados en desarrollo de las funciones administrativas que les han sido asignadas por la Ley.**

Esto quiere decir que, autoridades como la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de su función de **policía administrativa**, pueden **exigir** la presentación de documentos privados, y el ciudadano tiene el deber correlativo de entregar dichos documentos. No obstante lo anterior, si el ciudadano no atiende la solicitud de la Superintendencia y no entrega los documentos, la autoridad administrativa no podrá acceder a dichos documentos, sin perjuicio de que la renuencia del administrado a entregarlos constituya el incumplimiento de un deber legal, que es sancionado, en el caso de los trámites de protección de la competencia por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Distinto es el caso de las autoridades de **policía judicial**, como por ejemplo el **CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN -CTI-** de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, que puede ordenar el registro o la interceptación de comunicaciones, incluso sin que el sujeto de dicho registro o interceptación tenga siquiera noticia de ello, sin perjuicio de que esa actuación deba someterse a un juez de control de garantías. En este caso, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** podrá registrar e interceptar comunicaciones sin autorización del ciudadano, razón que justifica que tal diligencia se someta al aval de un juez de la república.⁴ Si el ciudadano se opone al registro de sus comunicaciones, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** podrá continuar realizando su tarea incluso sin que el titular de las comunicaciones lo autorice, cosa que no puede ocurrir en el caso de las autoridades administrativas como la Superintendencia de Industria y Comercio, que ante la renuencia del administrado a entregar documentos privados, no podrá acceder a sus comunicaciones privadas, sin perjuicio de las sanciones que procedan por la no entrega de la información.

Un claro ejemplo de lo anterior, es la conducta desplegada por los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio ante la solicitud del acceso al equipo de cómputo de marca SONY-VAIO S/N: 545282820002541, a cargo de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** para llevar a cabo la toma de la imagen parcial de la información contenida en el equipo. En ese evento, a pesar de que esta Superintendencia exigió la entrega del computador, **DISCOVERY** se negó a ello, sin que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera accedido a los documentos contenidos en el computador en contra de la voluntad de la recurrente.

De conformidad con lo anterior, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio no puede obligar a una persona a entregar o permitir la revisión de sus comunicaciones, la Ley 1340 de 2009 estableció unas consecuencias jurídicas puntuales para aquellas conductas de desatención de las solicitudes que al respecto haga esta Superintendencia, y que obstruyan su función investigativa y sancionatoria.

De esta forma, es claro que conforme a la Constitución Política de Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio, como cualquier otra Entidad de inspección, vigilancia y control, tiene la facultad de exigir de los administrados la entrega de documentos privados que sean necesarios para el ejercicio de sus funciones, sin que para ello se requiera autorización judicial, como erróneamente lo manifiesta la recurrente.

Esta facultad Constitucional es concordante con lo establecido en el Decreto 4886 de 2011, que faculta a esta Entidad para realizar visitas de inspección y recaudar toda la información que considere conducente para el ejercicio de sus funciones, sin que para ello se requiera autorización judicial alguna. Asimismo, en dichas visitas es posible solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de información que se requiera para adelantar la actuación administrativa:

"Artículo 1. Funciones generales. (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-131 del 5 de mayo de 2009, Expediente D-7424. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

(...)

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. (...)
(Subrayado y negrillas fuera del texto original)

Aunado a lo anterior, es pertinente indicar que el artículo 20 de la Ley 57 de 1985, expresamente señala:

Artículo 20. *El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones.*

Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo prescrito en este artículo".

Asimismo, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), contempla:

Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones.

El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo". (Negrillas fuera del texto original)

En conclusión, el ordenamiento jurídico faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio y a otras autoridades administrativas para exigir la entrega de documentos, **incluso privados**, que sean necesarios para el correcto ejercicio de las funciones que les han sido asignadas por la ley, sin autorización judicial y sin que los administrados puedan oponerse a dicha entrega alegando que los documentos solicitados tienen el carácter de confidenciales, o amparados bajo el derecho a la intimidad como erradamente lo hizo **DISCOVERY**.

De otro lado, el hecho de que un funcionario o un contratista tenga en su computador, información privada y a la vez información laboral o comercial que sea relevante para una investigación de la Superintendencia de Industria y Comercio, no impide que la autoridad acceda a dicho computador, sin perjuicio, por supuesto, de realizar todas las actuaciones encaminadas a garantizar el derecho a la intimidad de las personas. En este caso, la autoridad deberá determinar cuáles documentos son íntimos y no tienen relación con la actuación administrativa que está desplegando la Superintendencia, y cuáles comerciales o laborales, siendo estos últimos los pertinentes para efectos de la investigación.

Así las cosas, no existía motivo alguno para que **DISCOVERY** no entregara el computador de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, quien como se expuso en la Resolución Sancionatoria ostentaba el cargo de Director Cuentas Gobierno, en desarrollo de la diligencia del 27 de agosto de 2014. De acuerdo con lo expuesto, **DISCOVERY** y los funcionarios que atendieron la visita obstruyeron la actuación al incumplir, de manera injustificada, al impedir el acceso y la extracción de la información requerida en el desarrollo de la visita administrativa.

3.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta nulidad de la Resolución Sancionatoria por falta competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio

De conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones legales relacionadas con la protección la libre competencia económica, en su condición de autoridad nacional de protección de la competencia.

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

En el marco de esta función, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 previó la posibilidad de imponer sanciones cuando se omite acatar en debida forma las órdenes e instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, o cuando se obstruyan las actuaciones de la autoridad de competencia, entre otras circunstancias. En esta medida, **el legislador previó como modalidad de conducta infractora al régimen de protección de la libre competencia** "(...) *la omisión en acatar en debida las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, así como "la obstrucción de las investigaciones (...)"*⁵.

Ahora bien, en desarrollo de la visita administrativa adelantada el 27 de agosto de 2014 en las instalaciones de **DISCOVERY**, la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la competencia, solicitó acceso al equipo de cómputo de marca SONY-VAIO S/N: 545282820002541, a cargo de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** para llevar a cabo la toma de la imagen parcial de la información contenida en el equipo, solicitud que fue rechazada por la investigada. Por lo anterior, se inició actuación administrativa radicada con el No. 14-282958, correspondiente a la solicitud de explicaciones por incumplimiento de instrucciones y obstrucción de la investigación.

Cabe resaltar que, contrario a lo argumentado por **DISCOVERY**, constituye una infracción al régimen de protección de la competencia económica no solamente incurrir en los actos y acuerdos restrictivos de la libre competencia (como un acuerdo de precios o el abuso de posición dominante), **sino también obstruir las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio o incumplir las instrucciones por ella proferidas**. En tal virtud, será competencia de esta Superintendencia investigar y sancionar estos actos, que tal y como lo consagra la ley, son contrarios al régimen de protección de la libre competencia.

Al respecto es relevante resaltar que una de las fuentes de mayor utilidad para el descubrimiento y sanción de conductas contrarias a la libre competencia, es aquella información que se logra recaudar mediante visitas administrativas de inspección, en tanto su carácter sorpresivo permite la recopilación de información que de otra manera sería difícil, o incluso, imposible de obtener. Lo anterior, obedece a que por el carácter ilegal de las prácticas restrictivas de la competencia, la información suele estar oculta. De ahí que la obstrucción de las actuaciones, el incumplimiento de instrucciones y la omisión de acatar las solicitudes de información se consideren también violaciones a las disposiciones sobre protección a la competencia.

Por lo anterior, no es de recibo el argumento presentado por **DISCOVERY** sobre la nulidad de la Resolución No. 11705 de 2016 "*Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación*", en cuanto la ley facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio para investigar y sancionar, no solo los actos y acuerdos restrictivos de la libre competencia, sino también las obstrucciones a las investigaciones adelantadas por esta Superintendencia o el incumplimiento de las instrucciones por ella proferidas. Por lo tanto, esta Entidad tiene competencia para conocer y sancionar estas conductas.

3.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con que la información contenida en el computador de JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA era de propiedad particular y privada, no institucional por prestar un servicio externo

Como fue puesto de presente por este Despacho dentro de la Resolución Sancionatoria, no proceden los argumentos esgrimidos por **DISCOVERY** en su respuesta a las explicaciones y dentro del recurso de reposición, consistentes en que el computador de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** fue adquirido por él y que por tanto, dicho computador no estaría en la esfera de disposición de la investigada, más aun considerando que **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** no tiene una relación laboral, sino contractual con **DISCOVERY**.

Como quedó plasmado en el Acta de visita⁶ suscrita por **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO**, Gerente General de **DISCOVERY**, la negativa para llevar a cabo la toma de la imagen forense del equipo de cómputo referido en el presente acto administrativo, no obedeció a la supuesta ausencia de un vínculo laboral entre **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** y **DISCOVERY**, como se ha

⁵ Ley 1340 de 2009, Título V. Régimen Sancionatorio, artículo 25

⁶ Folios 7 a 12 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por el cual se resuelve un recurso de reposición”

pretendido argumentar por la investigada. En el curso de la visita administrativa **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO** para obstaculizar la labor de los funcionarios señaló que:

*“No nos estamos negando, vamos a buscar asesoría en el tema sobre la entrega de información, nuestro abogado nos pidió un tiempo para poder asesorar mejor sobre el asunto, **para verificar hasta qué (sic) punto estamos obligados a entregar información de esta manera, sin orden de autoridad competente**”⁷. (Negrita fuera del texto).*

De lo anterior, se reitera que en el curso de la visita administrativa los funcionarios de esta Superintendencia dejaron claro que la información que se pretendía extraer, en caso de ser necesario, podría ser susceptible de un tratamiento reservado siguiendo los lineamientos previstos en el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009, quedando probado que **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** y **DISCOVERY**, contaban con todas las garantías que brinda el ordenamiento jurídico colombiano para este tipo de eventos.

Ahora bien, el argumento de la ausencia de una relación laboral entre **DISCOVERY** y **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** tampoco es de recibo para este Despacho. Como fue puesto de presente dentro de la Resolución 11705 de 2016, aun cuando, en los pagos de nómina y en las planillas de pagos de aportes parafiscales de **DISCOVERY**⁸ no aparece el nombre de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, este era el Director Cuentas Gobierno de la investigada. Obra en el Expediente copia de la tarjeta corporativa⁹ entregada en el curso de la visita administrativa que lo identifica con dicho cargo, indicando sus datos de contacto correo electrónico institucional y cargo ocupado dentro de **DISCOVERY**.

Aunado a lo anterior, en el curso de la visita administrativa **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** durante la práctica del testimonio el 27 de agosto de 2014¹⁰, fue enfático en afirmar que el cargo que ocupaba al interior de **DISCOVERY** era Director Cuentas Gobierno. Así mismo, **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO**¹¹, Gerente General de **DISCOVERY** y **ALEX MAURICIO NIETO MURCIA**¹², funcionario de **DISCOVERY**, identificaron a **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** como Director Cuentas Gobierno, incluso afirmando, que era la persona encargada de confeccionar la parte económica de la propuesta presentada en el proceso de contratación estatal número SASI-013-2013 y que tendría funcionarios de **DISCOVERY** a su cargo, ostentando un cargo con mando.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, se encuentra probado dentro de la presente actuación administrativa que en el computador y correo electrónico institucional asignado por **DISCOVERY** a **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, quien cumple funciones de Director Cuentas Gobierno, reposaba información comercial relevante para el trámite que adelanta esta Superintendencia y que la información requerida correspondía a documentos privados, necesarios para el ejercicio de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin que para ello se requiera que **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** contara con una vinculación laboral con **DISCOVERY** o una autorización judicial, como erróneamente lo manifiesta la recurrente.

En virtud de lo expuesto anteriormente, la conducta de **DISCOVERY** dentro de la visita administrativa practicada el 27 de agosto de 2014 se adecúa típicamente a las prohibiciones contenidas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en particular obstrucción de las actuaciones administrativas que adelante esta Superintendencia como autoridad nacional de protección de la competencia.

3.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con que DISCOVERY no fue sujeto pasivo de investigación por prácticas restrictivas de la competencia, por cuanto nunca fue notificado de una investigación administrativa con ese propósito

⁷ Folio 8 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸ Folio 26 a folio 128 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁹ Folio 200 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹⁰ Folio 195 del Cuaderno Reservado no. 1 del Expediente.

¹¹ Folio 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹² Ibidem.

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

Habiendo aclarado que en efecto la obstrucción a las actuaciones de esta entidad es una conducta contraria al régimen de protección de la competencia, se resalta que mediante comunicación No. 14-282958-0-0 del 24 de diciembre de 2014¹³, la Superintendencia de Industria y Comercio remitió a **DISCOVERY** solicitud de explicaciones para que en ejercicio del derecho de defensa, rindiera las explicaciones que estimara pertinentes dentro de la actuación por incumplimiento de instrucciones y obstrucción de investigación. Para lo anterior, se le concedió un término de diez (10) días hábiles a la investigada para presentar las explicaciones, indicando lo siguiente:

*"Con base en los hechos descritos anteriormente, le solicitamos a **DISCOVERY BUSINESS S.A.S.**, que, en ejercicio del derecho de defensa, rinda las explicaciones que estime pertinentes y aporte o solicite las pruebas que pretenda hacer valer dentro de la actuación de incumplimiento de instrucciones y obstrucción de la investigación que se inicia con la presente comunicación"¹⁴ (Subrayado y negrillas fuera del texto original)*

Como consecuencia de la comunicación anterior, **DISCOVERY**, mediante oficio radicado el 19 de enero de 2015, allegó a esta Superintendencia respuesta a la solicitud de explicaciones enviada mediante comunicación No. 14-282958-1-0¹⁵. Al respecto, es importante indicar que **DISCOVERY** no solicitó la práctica de ninguna prueba.

A su vez, mediante Resolución No. 7313 del 25 de febrero de 2015¹⁶, la Delegatura para la Protección de la Competencia decretó de oficio la práctica de algunas pruebas. Esta Resolución fue notificada el 25 de febrero de 2015¹⁷. Así mismo, mediante Resolución No. 31584 del 23 de junio de 2015, la Delegatura para la Protección de la Competencia adicionó la Resolución No. 7313 de 2015, con el fin de decretar algunas pruebas de oficio, Resolución que fue notificada a **DISCOVERY** el 23 de marzo de 2016¹⁸, sin que se hubiera pronunciado al respecto ni hubiera ejercido su derecho de contradicción solicitando o aportando pruebas.

De conformidad con lo expuesto, sorprende a este Despacho el argumento de **DISCOVERY** al sostener que no fue sujeto de investigación por prácticas restrictivas de la competencia, por cuanto presuntamente nunca fue convocado dentro de la presente investigación administrativa. Contrario a lo manifestado por la investigada, no solo fue notificada del inicio de la presente actuación administrativa radicada con el No. 14-282958, correspondiente a la solicitud de explicaciones por incumplimiento de instrucciones y obstrucción de la investigación, sino que como fue explicado en líneas anteriores, presentó en ejercicio de su derecho de defensa, las explicaciones que estimó pertinentes mediante comunicación No. 14-282958-1-0¹⁹.

Adicionalmente, obra en el expediente prueba de las notificaciones de todas las actuaciones procesales de la presente investigación. De conformidad con lo anterior, es absolutamente clara la vinculación de **DISCOVERY** a la presente investigación administrativa y el conocimiento de la vinculación de la investigada por cuanto no solo fue notificada sino que ha actuado en varias oportunidades dentro de la presente investigación. Por lo anterior, no es de recibo el presente argumento expuesto por la investigada respecto de su presunta falta de vinculación a la presente investigación por incumplimiento de instrucciones y obstrucción de la investigación.

3.5. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el monto de la multa

No son de recibo los argumentos esgrimidos por la recurrente sobre la no aplicación de los principios de proporcionalidad en la multa. Cuando la Superintendencia de Industria y Comercio definió dentro de la Resolución No. 11705 de 2016 la multa que impuso, se basó no sólo en los criterios establecidos

¹³ Folios 1 a 6 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁴ Folio 6 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁵ Folios 13 a 17 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁶ Folios 19 a 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁷ Folios 21 a 22 y 186 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁸ Folios 208 y 212 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁹ Folios 13 a 17 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, sino en un juicio completo de proporcionalidad respecto al fin de la multa y su valor.

Debe resaltarse que las multas impuestas en el marco de este tipo de investigaciones atienden a la discrecionalidad de esta Superintendencia. Sobre este particular, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"(...) la parte actora considera que las sanciones impuestas son expropiatorias en tanto que, en algunos casos, ascienden al 10% de la utilidad neta de algunas de las sancionadas, al tiempo que considera que para dosificar correctamente la multa económica, debieron tenerse en cuenta factores distintos a los balances económicos de las empresas.

*(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas **atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.** (...)"²⁰.*

La discrecionalidad de la Autoridad frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios de previstos en la ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o algunos de los criterios. En todo caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga "un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción", así lo ha dispuesto el Consejo de Estado al expresar:

*"(...) **la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos,** como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"²¹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación NO impone en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un "razonamiento expreso y especial" sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Aun así, en el caso concreto se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la "valoración de la gravedad de los hechos".

Ahora bien, argumentó la investigada que la multa que debió imponerse fue la prevista en el artículo 51 del CPACA. No obstante, se recuerda que el artículo 25 de la Ley 1340 del 2009, que es norma especial, prevé cuál es la sanción que puede imponerse por las conductas que aquí se investigaron, que de conformidad con el tenor literal de la norma pueden ser hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, la sanción aplicable es la prevista en la Ley 1340 de 2009 y no en el CPACA.

En ese sentido se resalta también que la multa impuesta, equivalente a solo 750 salarios mínimos de los 100.000 que se habrían podido imponer, es proporcional y cumple con el fin de la sanción de cara a la gravedad de los hechos investigados.

Teniendo en cuenta lo anterior, y las consideraciones expuestas en el análisis de la responsabilidad de **DISCOVERY**, no es cierto que este Despacho no haya hecho uso de los criterios de proporcionalidad adecuados para la dosificación de la sanción.

Por último, debe recordarse que no sancionar de manera estricta este tipo de conductas "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

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

"Por el cual se resuelve un recurso de reposición"

*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"*²²

Así, si bien la imposición de la multa no garantiza que una vez impuesta una sanción la Superintendencia de Industria y Comercio obtenga la misma información que dejó de percibir por la conducta reprochada, si se está enviando un mensaje disuasorio al mercado sobre la conducta que debe asumir cualquier persona que sea requerida por esta Autoridad. Con lo anterior se logra proteger el bien jurídico tutelado por el régimen de protección de la competencia, al garantizarle a la Autoridad la posibilidad de obtener los elementos probatorios para detectar y sancionar las prácticas anticompetitivas en los mercados, y adicionalmente evitar que resulte más rentable para los agentes ocultar información que permitir su descubrimiento por parte de la Entidad y obtener posteriormente una sanción por la comisión de carteles o abusos de posición de dominio.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todos sus apartes la Resolución No. 11705 del 14 de marzo de 2016.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S.**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno en sede administrativa.

TERCERO: Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **05 OCT 2016**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Notificaciones:

DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S

NIT: 830.014.795-9

Autopista Medellín Kilómetro 7.1 Celta Trade Park Bodega 2
Lote 41

Correo electrónico: gerencia@discoverycomputer.net.co

Funza - Cundinamarca – Colombia.

WILLIAM AUGUSTO SILVA BUSTOS

Representante Legal

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia del 17 de mayo de dos mil 2002. Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893).