



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

RESOLUCIÓN NÚMERO - 6 13 25 DE 2015
(3 1 AGO 2015)

Radicación 13-214756

"Por la cual se impone una sanción a una persona natural"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de facultades legales, especialmente las previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, y en el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en la Ley 1340 de 2009¹ y en el Decreto 4886 de 2011², corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante **SIC**), 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 62³ y 63⁴ del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Entidad está facultada para realizar visitas de inspección y recaudar toda 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 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas a personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

¹ 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."*

² 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 materia en los mercados nacionales."

³ 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."

⁴ 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 multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

CUARTO: Que por medio del oficio radicado con el No. 12-153604-25⁵ del 15 de julio de 2013, 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 **CONSTRUCTORA YACAMÁN VIVERO S.A.** (en adelante **CONSTRUCTORA YACAMÁN**), en la ciudad de Barranquilla, la cual fue realizada el 16 de julio de 2013 por funcionarios de la Delegatura comisionados para tal fin.

QUINTO: Que la visita administrativa fue atendida inicialmente por **CLAUDIA BEATRIZ DURÁN PÉREZ**, Subgerente Administrativa, y posteriormente por **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**, Representante Legal de la **CONSTRUCTORA YACAMÁN**.

En desarrollo de la visita administrativa, y conforme a las funciones conferidas a la **SIC** por los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, los funcionarios comisionados accedieron al equipo de cómputo de **JUAN CARLOS CAMACHO**, Coordinador de Licitaciones de la empresa visitada, y seguidamente, solicitaron de forma reiterada la inspección de la cuenta de correo electrónico institucional de la **CONSTRUCTORA YACAMÁN**, a fin de obtener información relacionada con los procesos de licitación en que ésta había participado.

No obstante lo anterior, **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** no permitió el acceso a la información y finalmente no fue posible realizar la inspección electrónica, como consta en el siguiente fragmento del acta⁶ suscrita con ocasión de la visita administrativa:

"(...) se le preguntó al señor JUAN CARLOS CAMACHO si la compañía manejaba algún tipo de correo institucional para todo lo relacionado con los procesos de selección pública en los que la compañía participaba. Ante esta pregunta el señor JUAN CARLOS CAMACHO respondió que toda la información referida era manejada desde un solo correo electrónico, siendo este utilizado directamente por el representante legal de la empresa, el señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN (sic).

A continuación, el Despacho procedió a solicitar al señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN (sic) autorización para acceder al correo electrónico de la constructora a fin de buscar información relacionada con los procesos de licitación en los que ha participado la misma.

Sin embargo, el señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN (sic) manifestó (sic) que no es posible acceder al correo electrónico, toda vez que allí tiene información de carácter personal y que se le estaría vulnerando su derecho a la intimidad.

Ante esta primera negativa los funcionarios comisionados de la Superintendencia aclararon que el objetivo de su inspección no era en ningún momento recaudar información personal de ningún funcionario de la CONSTRUCTORA YACAMÁN (sic) sino por el contrario, buscar información estrictamente referida a los procesos de contratación de la compañía. Adicionalmente dichos funcionarios le advirtieron al señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN (sic), sobre las posibles consecuencias sancionatorias, tanto para la compañía como para él como persona natural, citándole el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Acto seguido se le solcito (sic) nuevamente y con las claridades expresadas previamente, la revisión del correo mencionado, requerimiento ante el cual el señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN (sic) manifestó expresamente que "teniendo en cuenta que en este e mail de la compañía se maneja información de la empresa y de los socios y de todo lo relacionado con la parte profesional y no profesional, no se accede a esta solicitud por tener información privada de cada uno de los socios, además de que no es un e-mail exclusivo de licitaciones. En base a eso allí hay información privada de los socios y se basan en el derecho fundamental de la sociedad y cita la constitución (sic) política (sic) de Colombia. Agrega que ha colaborado a la inspección de toda la información y del computador del señor JUAN CARLOS CAMACHO"

El despacho (sic) le explicó por segunda vez al señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN (sic) de que (sic) a pesar de que haya información de carácter personal en este correo, este es utilizado con fines corporativos, entre estos, los relacionados con los procesos licitatorios objeto de la visita siendo de interés para esta Superintendencia.

⁵ Credencial aclarada mediante acta de radicado No. 12-216871-12.

⁶ Folios 7 a 17 del Cuaderno 1 del Expediente radicado con No. 13- 191521.

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

Así mismo, despacho (sic) le explica al señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN (sic) que para dicho procedimiento y con el fin de salvaguardar el derecho a la intimidad por tener correos de carácter personal, la revisión del correo se realizaría en su compañía y se extraería de él (sic) solo la información relacionada con los procesos licitatorios propios de la empresa, información que de igual manera mantendría el carácter de reservado en caso de ser solicitado.

A continuación, los funcionarios de la superintendencia (sic) procedieron a dar lectura literal de los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, explicándole las consecuencias legales que puede acarrear el no permitir el acceso a esta información. Seguidamente se solicitó nuevamente la revisión del correo corporativo.

El señor WILLIAM ENRIQUE YACAMAN (sic) se mantuvo en su decisión de negar el acceso a esta información e invocó lo previsto en el artículo 15 inciso 3 de la constitución (sic) política (sic).⁷

SEXTO: Que con ocasión de la conducta adoptada por el representante legal de **CONSTRUCTORA YACAMÁN** esta Entidad, en ejercicio de sus funciones, abrió un proceso por inobservancia de instrucciones a la sociedad, mediante oficio radicado con el No. 13 -191521 del 12 de agosto de 2013.

SÉPTIMO: Que en ejercicio del derecho de defensa, **CONSTRUCTORA YACAMÁN** presentó los descargos y aportó las pruebas que consideró necesarias en su defensa. Así, se agotaron los pasos del proceso por inobservancia de instrucciones, que permitieron a la SIC determinar que con el comportamiento asumido en el curso de la visita administrativa practicada el 16 de julio de 2013, se configuró una omisión en acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por la autoridad de competencia, contemplada como conducta infractora en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

OCTAVO: Que adelantado el procedimiento señalado en el considerando anterior, y habiendo ofrecido la oportunidad a la persona jurídica de presentar sus descargos y argumentos de defensa, mediante Resolución No. 30419 del 5 de mayo de 2014, esta Entidad declaró probada una inobservancia de instrucciones por parte de **CONSTRUCTORA YACAMÁN** e impuso una multa de CIENTO TREINTA Y SIETE SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (137 SMLLV) equivalentes a OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS TRES MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$84'703.000.00) .

NOVENO: Que una vez notificada la Resolución No. 30419 del 5 de mayo de 2014, y dentro del término previsto para ello en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **CONSTRUCTORA YACAMÁN** interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 53878 del 5 de septiembre de 2014, confirmando en todas sus partes el acto impugnado.

DÉCIMO: Que de conformidad con el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 por medio de la comunicación radicada con el número 13-214756-0⁸, del 10 de septiembre de 2013, la Delegatura dio inicio a un trámite para determinar si **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** había incurrido en la conducta prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Para ello, solicitó a **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** 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.

DÉCIMO PRIMERO: Que mediante escrito radicado con el No. 13-214756-1⁹ del 19 de septiembre de 2013, **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** dio respuesta a la solicitud de explicaciones

⁷ Folios 13,14 y 15 del Cuaderno 1 del Expediente.

⁸ Folios 1 a 3 del Cuaderno 1 del Expediente.

⁹ Folios 18 a 38 del Cuaderno 1 del Expediente.

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

y solicitó el decreto y práctica de pruebas dentro de la actuación adelantada por el incumplimiento de instrucciones.

En su escrito de descargos, **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**, esgrime los siguientes argumentos:

11.1. Inexistencia de una real obstrucción de una averiguación preliminar o investigación por prácticas restrictivas de la competencia adelantada por la SIC

El investigado manifiesta que no violó ni desconoció las instrucciones impartidas por esa Superintendencia durante la visita de inspección realizada el día 16 de julio de 2013, ni tampoco obstruyó la actuación administrativa con radicación No. 12-216871.¹⁰

11.2. Vulneración del derecho constitucional a la intimidad derivado del registro del correo electrónico institucional sin orden judicial previa

Alega que no se opuso a ninguna de las solicitudes realizadas durante la visita para obtener información por parte de los funcionarios de la Superintendencia, y que tampoco se opuso a la solicitud de acceso al correo electrónico en el que se manejaba información acerca de las licitaciones en las que participaba **CONSTRUCTORA YACAMÁN**, sino que solicitó que se respetara el derecho constitucional que le asistía a él, a sus socios y a la sociedad misma, de proteger su derecho a la intimidad, a través del cumplimiento de las formas allí establecidas. Manifestó que su única actuación fue solicitar el respeto al carácter inviolable de la correspondencia y que se presentara orden judicial¹¹.

11.3. Limitantes de las facultades de inspección, vigilancia y control de las autoridades administrativas

Reconoce en su argumentación que la Superintendencia de Industria y Comercio, se encuentra investida legalmente para hacer visitas y solicitar papeles, libros, datos y demás documentos privados, con el fin de ejercer las funciones que le han sido asignadas. Sin embargo, si tales documentos privados estaban contenidos en la correspondencia, como es el caso que nos ocupa, no podía la **SIC** desconocer el derecho a la intimidad que le asiste al señor **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** en su calidad de persona natural, ni tampoco la de sus socios, al acceder al correo electrónico, sin la respectiva orden judicial.¹²

11.4. La exhibición de los correos institucionales se efectuó a través de solicitud y no mediante instrucción u orden, lo cual implicaba la disposición del derecho por parte de la persona jurídica visitada

En el caso de la visita practicada, la Superintendencia solicitó la autorización del señor **YACAMÁN FERNÁNDEZ** para acceder al correo electrónico institucional tantas veces referido, autorización que implicaba la disposición del derecho sobre correspondencia privada para lo cual debía, en su concepto, seguir el precepto constitucional en el sentido de presentar autorización judicial.¹³

11.5. Opción planteada por el representante legal de CONSTRUCTORA YACAMÁN de realizar la búsqueda en intervalos de fechas o por destinatarios particular

El señor **YACAMÁN FERNÁNDEZ** manifiesta que en el curso de la visita administrativa practicada en su empresa, sugirió a los funcionarios de la **SIC**, que el acceso se hiciera sólo si por parte de esa Superintendencia se tenían nombres o fechas exactas por las que tuvieran que indagar. Sin embargo, dicha propuesta no fue considerada por los funcionarios de la **SIC**,

¹⁰ Folio 22 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹¹ Ibidem.

¹² Folios 31 y 32 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹³ Folio 32 del Cuaderno 1 del Expediente.

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

quienes según lo manifestado por el imputado, sólo admitían que se accediera al correo electrónico en los términos por ellos señalados.

DÉCIMO SEGUNDO: Que mediante Resolución No. 88528¹⁴ del 27 de diciembre de 2013, la Delegatura ordenó, a solicitud de la parte investigada, la práctica de las siguientes pruebas:

"Documentales:

Téngase como pruebas, con el valor legal que les corresponda, los documentos aportados con el escrito de radicado No. 13-214756-1 del 21 de agosto de 2013, los cuales obran entre los folios 18 a 40 del Cuaderno 1 del Expediente.

*El acta de visita de inspección a la sociedad **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.** (sic) del 16 de julio de 2013, radicada con el No. 12-216871-11 del 18 de julio de 2013, la cual obra entre los folios 5 a 15 del Cuaderno 1 del Expediente."¹⁵*

Por su parte, la Delegatura decretó de oficio las siguientes pruebas:

"Documentales:

Ténganse como pruebas, con el valor legal que les corresponda, los demás documentos contenidos en el Expediente No. 13-214756, y que han sido aportados hasta la fecha de expedición de la presente Resolución.

3.2. Oficios:

3.2.1. Oficiar a la sociedad **CONSTRUCTORA YACAMAN VIVERO S.A.** (sic) identificada con NIT 802005147-6 para que remita, con destino al Expediente, la siguiente información:

- Certificado de ingresos y retenciones de **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** del año 2012.
- Contrato en el cual conste la vinculación de **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** como Representante Legal de dicha empresa, así como los certificados de nómina y pago que por todo concepto haya realizado al mismo, durante el último año calendario.

3.2.2. Oficiar a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN** - para que remita, con destino al Expediente copia de la siguiente información:

- Última declaración de Renta presentada por **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**.¹⁶

DÉCIMO TERCERO: Que en desarrollo de lo previsto en los numerales 3.2.1. y 3.2.2. de la Resolución que decretó pruebas No. 88528 de diciembre de 2013, la Delegatura efectuó los siguientes requerimientos:

- A la **CONSTRUCTORA YACAMÁN**, mediante documento de radicado No. 13-214756-4¹⁷ del 7 de enero de 2014, para que remitiera el certificado de ingresos y retenciones del año 2012 de **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**, así como su contrato de vinculación laboral y el certificado de nómina y pagos realizados durante el último año calendario. Dicha información fue allegada el 20 de enero de 2014 a través de comunicación de radicado No. 13-214756-6¹⁸.

¹⁴ Folios 41 a 50 y 52 a 56 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹⁵ Folio 44 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹⁶ Folios 44 y 45 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹⁷ Folio 60 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹⁸ Folios 60 a 87 del Cuaderno 1 del Expediente.

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

- A la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN-**, mediante documento de radicado No. 13-214756-5¹⁹ del 7 de enero de 2014, para que remitiera copia de la última Declaración de Renta de **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**. Dicha información fue allegada el 21 de enero de 2014 a través de comunicación de radicado No. 13-214756-7²⁰.

DÉCIMO CUARTO: Que conforme con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, así como en el numeral 12 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 **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** ejecutó, colaboró, autorizó o facilitó la conducta violatoria de las normas sobre protección de la competencia consistente en incumplir las instrucciones impartidas por la **SIC** en el curso de la visita administrativa realizada el 16 de julio de 2013, y de esa manera obstruyó la actuación administrativa adelantada por esta Entidad, no permitiendo el acceso a la cuenta de correo electrónico institucional desde la cual se manejaba información referente a procesos contractuales en los que había intervenido **CONSTRUCTORA YACAMÁN**.

Para la determinación de la responsabilidad de **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**, este Despacho presentará el análisis desde tres aspectos: **i)** Facultades legales otorgadas a la **SIC**. **ii)** examen de los elementos de la norma que reprocha a las personas naturales el ejecutar, tolerar, colaborar o facilitar la comisión de conductas anticompetitivas; **iii)** respuesta a las explicaciones rendidas por el investigado frente al cargo que se le imputó, con el fin de concluir si tienen respaldo fáctico o jurídico.

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

En materia de protección de la competencia, el legislador previó una doble tipificación respecto de la omisión de acatar en debida forma las instrucciones impartidas por la **SIC**: una reprocha la conducta de la persona jurídica que por conducto de sus administradores o representantes obstaculiza una determinada averiguación o investigación; y otra reprocha la conducta de la persona natural que facilita, ejecuta, tolera o autoriza la infracción por parte de la persona natural.

Consagra el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 lo siguiente:

“Artículo 26. Monto de las Multas a Personas Naturales. El numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- 1. La persistencia en la conducta infractora.*
- 2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 3. La reiteración de la conducta prohibida.*
- 4. La conducta procesal del investigado, y*
- 5. El grado de participación de la persona implicada.*

¹⁹ Folio 55 del Cuaderno 1 del Expediente.

²⁰ Folios 88 y 89 del Cuaderno Reservado 1 del Expediente.

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

Parágrafo. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella."

De acuerdo con la norma citada una vez demostrado el nexo de causalidad entre la infracción de la persona jurídica y la acción u omisión de la persona natural frente a la conducta anticompetitiva, se tipifica la conducta establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

De esta manera, quien actuando como instrumento de representación de la persona jurídica, ejecute el acto obstructivo de la investigación o averiguación, y a partir de ese acto se derive sanción en contra de la sociedad, incurre en una responsabilidad distinta y autónoma.

En el caso concreto, y de acuerdo con la narración contenida en el acta de la visita administrativa, así como con las demás pruebas aportadas por el infractor, es claro que fue la manifestación inequívoca de **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** la que generó que la diligencia administrativa no se atendiera en debida forma, y con ello se obstruyera la averiguación preliminar dentro de la cual resultó procedente ordenar la diligencia.

Verificado como se encuentra a esta altura del trámite, que **CONSTRUCTORA YACAMÁN** incurrió en la conducta de inobservancia de instrucciones impartidas por la autoridad de competencia, según da cuenta la Resolución de Sanción No. 30419 del 5 de mayo de 2014, posteriormente confirmada en todas sus partes mediante Resolución No. 53878 del 5 de septiembre de 2014, resulta procedente concluir que existe relación causal entre la responsabilidad de la persona jurídica y el comportamiento adoptado de manera autónoma por su Gerente y representante legal **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**, este Despacho aplicará la consecuencia jurídica que prevé el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

14.2. Presupuestos de hecho demostrados

Como se dijo anteriormente, a partir de unos mismos hechos acaecidos en el curso de una visita administrativa, se pueden configurar dos infracciones distintas: una prevista para el agente del mercado cuyas operaciones o actividades constituían el objeto de la diligencia, y que por virtud de determinaciones unilaterales o conjuntas de sus administradores se sustrajeron de la inspección; y otra para el facilitador.

En desarrollo de lo anterior, este Despacho encuentra que no hay en el escrito de explicaciones presentado por **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**, argumentos o pruebas que desvirtúen o resten validez a su conducta, que aparece descrita en la Resolución No. 30419 de mayo de 2014 mediante la cual se impuso sanción administrativa a la **CONSTRUCTORA YACAMÁN**, y que se resumen así:

" (...)

- El Despacho comisionado indagó respecto de alguna cuenta de correo electrónico institucional desde la que se manejara información relativa a procesos de selección contractual.

JUAN CARLOS CAMACHO, coordinador de licitaciones, afirmó que sí existía la cuenta de correo electrónico referida pero que la misma era gestionada por el representante legal.

- El Despacho solicitó a **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** que autorizara la revisión de la cuenta de correo delimitando la búsqueda solo al objeto de la visita administrativa.

El representante legal negó la solicitud expuesta aduciendo la privacidad y confidencialidad de cierta clase de información.

- Ante la primera negativa el Despacho reiteró que la inspección excluiría cualquier tipo de documentación no referente a los procesos de contratación pública y puso de presente el sustento normativo consagradorio de las sanciones por inobservancia de instrucciones.

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

El representante legal se mantuvo anuente respecto de la revisión esgrimiendo que la cuenta de correo no era exclusiva de licitaciones y que obraba información de carácter reservado.

- *A continuación el Despacho manifestó que la revisión se haría en compañía del representante legal y ofreció, de conformidad con la normativa especial referente al trámite de prácticas restrictivas de la competencia, el tratamiento reservado de la información que tuviera tal naturaleza.*

El Despacho dio lectura de los artículos 25 y 26 de la ley 1340 de 2009 sobre las multas por inobservancia de instrucciones y sugirió una fórmula garantista de recopilación de la información a través de su encriptación y embalaje para que en audiencia posterior se revisara y se excluyera lo que no hiciera parte del objeto de la averiguación preliminar.

*Con todo, **WILLIAM YACAMÁN** denegó la solicitud de revisión de la cuenta de correo y en amparo de su posición dejó constancia en el acta, del mandato del artículo 15 constitucional que protege el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia.*

- *El representante legal aseveró que eventualmente autorizaría una revisión filtrada por fechas específicas o destinatarios particulares, ante lo cual el Despacho señaló que la búsqueda se haría a partir de palabras claves como "licitación" u "oferta económica", siendo esa metodología de revisión igualmente rechazada.*

(...)"

El seguimiento a las circunstancias que rodearon la indebida atención de la visita administrativa permiten constatar que **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** adoptó la decisión referida a la negativa del acceso a la cuenta de correo institucional solicitada, con facultades dispositivas absolutas que se manifestaron incluso cuando planteó a los funcionarios de la **SIC** que el exámen de los documentos se realizara conforme a las directrices que pretendió señalar, referidas a fechas específicas o destinatarios particulares. Con éste comportamiento omitió el deber de acatamiento de las órdenes de la autoridad.

14.3. Respuesta a los argumentos manifestados por el investigado

Habida cuenta de que existe identidad de contenido entre los argumentos de descargos planteados por el investigado persona natural) en el presente trámite administrativo, y los ya atendidos mediante Resolución de Sanción a **CONSTRUCTORA YACAMÁN** No. 30419 de Mayo de 2014, que se encuentra en firme, este Despacho se remite a lo ya decidido, así:

- i. En relación con la inexistencia de una real obstrucción de una averiguación preliminar o investigación por prácticas restrictivas de la competencia adelantada por la SIC, se concluyó:**

*"En consecuencia, y con fundamento en lo anteriormente expuesto, este Despacho concluye que **CONSTRUCTORA YACAMÁN** 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 con la potencialidad de acarrear 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 sociedad y se dificulta la labor de aclarar los hechos que pudieran determinar la existencia de una posible vulneración al régimen de competencia."²¹*

- ii. Respecto a la vulneración del derecho constitucional a la intimidad derivado del registro del correo electrónico institucional sin orden judicial previa, se concluyó:**

"Habida cuenta que las explicaciones desagregan el artículo 15 Constitucional para indicar por un lado, que el acceso a la correspondencia siempre está sujeto a reserva judicial; y por el otro, que las atribuciones de inspección, vigilancia e intervención de las autoridades

²¹ Resolución de Sanción a **CONSTRUCTORA YACAMÁN**, a folios 110 a142, del Cuaderno 1 del Expediente radicado con el No. 13 19152

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

administrativas se encuentran limitadas y condicionadas, este Despacho evaluará por separado cada uno de los descargos presentados.

(...)

Argumentó el sancionado que como el correo electrónico es una forma de correspondencia o de comunicación privada se aplica lo preceptuado en el tercer inciso del artículo 15 de la Constitución Política, y por lo mismo, la inspección al correo electrónico que pretendían los funcionarios comisionados de la SIC debía acompañarse de una orden proferida por autoridad judicial competente.

(...)

Pero no es el calificativo de "correspondencia" que con certeza puede atribuirse al correo electrónico, el que determina la aplicación del mandato contenido en el artículo 15 de la Carta, sino que es el carácter íntimo de la comunicación que se pretende revisar.

Y es que no puede obviarse que la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia tal y como quedó consignada en la disposición constitucional, desarrolla el derecho fundamental a la intimidad, siendo el primero una consecuencia necesaria del segundo. Quiere ello significar, que solo en la medida en que la correspondencia guarde relación directa con el derecho a la intimidad, es posible desprender la aplicación del imperativo superior que exige orden judicial para su inspección o revisión.

(...)

Siendo que el derecho a la intimidad reafirma la dignificación que cualquier ser humano reclama en un estado social de derecho, el ordenamiento jurídico concede al individuo una órbita libre de intromisiones no deseadas por otros agentes de la sociedad y por el mismo Estado. Pero esa garantía, como parece obvio, no resulta extensible a la categoría ficticia de la persona jurídica, no porque ésta no sea sujeto de derechos y obligaciones sino porque su naturaleza distinta exige aplicaciones normativas matizadas.

(...)

Finalmente, si en similar sentido se expuso en Sentencia T-916 de 2008 que el correo electrónico como forma de correspondencia que efectivamente es, resulta inviolable salvo existencia de orden judicial previa, es en la medida que la cuenta de correo encuentre proximidad con el derecho a la intimidad, proximidad que no se puede hallar en este caso ya que se trata de cuentas corporativas de las personas jurídicas y estas no gozan de dicho derecho fundamental.

(...)"

iii. Frente a los límites de las facultades de inspección, vigilancia y control de las autoridades administrativas, se concluyó:

"La diferencia conceptual entre intimidad y confidencialidad, omitida en los escritos de explicaciones, conduce a una aseveración desenfocada consistente en que la revisión de la correspondencia digital usada en la actividad diaria y cotidiana de la empresa, requiere de orden judicial, siendo que tal disposición fue prevista como limitación al derecho fundamental a la intimidad que en el caso bajo análisis ni siquiera se ve potencialmente amenazado, como tampoco se vería si se solicitara información física relacionada con la gestión de negocios de la sociedad.

Así las cosas, el correo electrónico institucional hace parte de los papeles del comerciante y tiene la misma eficacia probatoria del documento físico en los términos de los artículos 2 y 10 de la Ley 527 de 1999 sobre comercio electrónico:

Artículo 2. Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

a) Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada, o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax;

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

Artículo 10.- Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. (...)

El marco normativo descrito permite concluir que no existe contradicción entre las facultades de vigilancia legalmente atribuidas a la SIC y la confidencialidad propia de cierta documentación empresarial, porque ésta última no se protege sustrayendo la información del alcance investigativo de la autoridad sino solicitando su tratamiento reservado, lo cual impone al funcionario encargado el deber jurídico de preservar la confidencialidad de los datos privados a riesgo de incurrir en falta disciplinaria grave.

(...)

Forzoso resulta sostener entonces, como se hace en el escrito de explicaciones, que el ejercicio de la prerrogativa administrativa de inspección cuando recae sobre la correspondencia empresarial y no se acompaña de orden judicial, implica de suyo una vulneración al derecho fundamental a la intimidad, como si la facultad administrativa y el derecho tutelado se encontraran contrapuestos.

(...)"

iv. En relación con que la exhibición de los correos institucionales se efectuó a través de solicitud y no mediante instrucción u orden judicial, lo cual implicaba la disposición del derecho por parte de la persona jurídica visitada, se concluyó:

"El artículo 6 de la Constitución Política de Colombia, introduce el principio de legalidad bajo la proposición según la cual los particulares están habilitados para hacer todo aquello que no esté prohibido y los servidores públicos solo están habilitados para hacer aquello para lo que están expresamente facultados.

De forma que si los funcionarios hicieron la solicitud de exhibir la cuenta de correo electrónico corporativa era porque estaban habilitados legalmente para efectuar tal solicitud, y en efecto, el sustento legal habilitante estaba contenido en la misma credencial de visita en la que se transcribían las funciones expresamente atribuidas a esta Superintendencia en los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011.

Dado que la autoridad administrativa no puede coaccionar la voluntad de sus controlados, pues no está investida con funciones de policía judicial, sólo puede solicitar la aquiescencia de la inspección y advertir las consecuencias negativas que se dependen de la denegación."

v. Finalmente, en relación con la sugerencia del representante legal de CONSTRUCTORA YACAMAN de realizar la búsqueda en intervalos de fechas o por destinatarios particulares, se concluyó:

"En efecto, lo que se pretende con la inspección de la cuenta de correo electrónico institucional es la búsqueda de evidencias sobre la posible comisión de conductas anticompetitivas, siendo imposible para el ente investigador saber de antemano qué pieza procesal contenida en los computadores va a ser determinante para el proceso.

Por lo dicho, no es de recibo el argumento expuesto durante la visita administrativa y reiterado en el escrito de explicaciones, según el cual CONSTRUCTORA YACAMAN sugirió una fórmula de revisión específica, pues ello hubiera implicado una limitación al objeto de la diligencia que recaía sobre toda la información disponible en las instalaciones de CONSTRUCTORA YACAMÁN relacionada con los procesos de contratación adelantados por la sociedad."

En consecuencia, dado que cada uno de los puntos que integran las explicaciones rendidas por el investigado no contienen argumentos diferentes a los ya resueltos, de los cuales se pudieran desprender otros análisis, y teniendo en cuenta que los hechos que generaron la sanción administrativa que da cuenta la Resolución No. 30419 de mayo de 2014 son los mismos que originan el presente Acto Administrativo, este Despacho se estará en todo a lo ya resuelto y se acogerá a las conclusiones jurídicas descritas en la Resolución mencionada.

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

DÉCIMO QUINTO: Que el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer a las personas naturales, sanciones pecuniarias hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción por colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar una conducta violatoria 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 **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**, 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”²²

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, la autoridad administrativa 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 **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**, al impedir materialmente el acceso a la cuenta de correo electrónico institucional, afectó el adecuado desarrollo de las funciones de esta Superintendencia como autoridad de protección de la competencia.

Ahora bien, en el presente caso la participación de **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** fue plena, habiendo sido el quien negó el acceso al correo electrónico referido.

Así mismo, se tiene en cuenta si hubo persistencia del investigado en conductas infractoras, el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, la reiteración de la conducta prohibida y la conducta procesal del investigado que en el presente caso se mantuvo a lo largo de la visita a pesar de que se insistió, por parte de los funcionarios, en que otorgara el acceso.

No obstante, se tendrá en cuenta que la inobservancia y obstrucción radicó exclusivamente en la negativa al acceso a la cuenta de correo electrónico institucional, y que el infractor no ha sido sancionado antes como consecuencia de investigaciones por infracción del régimen de competencia.

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 Entidad, este Despacho decide imponer a **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** una multa de DIECISÉIS MILLONES CIENTO OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$16'108.750.00), equivalentes a VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (25 SMMLV), y que corresponde al 1,25 % de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

²² Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: IMPONER una sanción pecuniaria a **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**, identificado con C.C. 73.108.358 de Cartagena, por valor de DIECISÉIS MILLONES CIENTO OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$16'108.750.00), equivalentes a VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (25 SMMLV), por contravenir lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y, en particular, por obstruir la actuación administrativa que adelanta esta Superintendencia para determinar la posible infracción a las normas de libre competencia, así como por incumplir las órdenes impartidas durante el desarrollo de la visita administrativa realizada el día 16 de julio de 2013 en las instalaciones de **CONSTRUCTORA YACAMÁN S.A.**

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 **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto Ley 19 de 2012, que dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realice la publicación del siguiente texto:

*“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** informa que:*

*Mediante Resolución No. expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ**, por contravenir lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en particular por obstruir la actuación administrativa que adelantaba la Superintendencia de Industria y Comercio y por incumplir las órdenes impartidas durante el desarrollo de la visita administrativa realizada en las instalaciones de la sociedad **CONSTRUCTORA YACAMÁN S.A.** el día 16 de julio de 2013.*

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

La anterior 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 **WILLIAM ENRIQUE YACAMÁN FERNÁNDEZ** entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio dentro de los diez (10) 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 Ley 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Por la cual se impone una multa a una persona natural por inobservancia de instrucciones

Dada en Bogotá D.C., a los 31 AGO 2015

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: B. Castro
Revisó: F. Serrano
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

NOTIFICAR

Doctora
NATALIA ALVIS RODRÍGUEZ
C.C. 39.783.026
T.P. 84.580 del C. S. de la J
Apoderada
WILLIAM ERNESTO YACAMÁN FERNÁNDEZ
C.C. 73'108.358 de Cartagena
Hacienda Fontanar, Sauce, Casa 8, Vía Chía – Cajicá