

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO****SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO****RESOLUCIÓN NÚMERO № 6 6 6 4 1 DE 2016**

Radicado: 15-145564

( 0 5 OCT 2016 )

*“Por la cual se impone una multa por obstrucción de una investigación”***EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de facultades legales, especialmente las previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 2 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la competencia económica, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.

**SEGUNDO:** Que de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política: *“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”*.

**TERCERO:** Que de conformidad con los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para realizar visitas administrativas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones relacionadas con la protección de la libre competencia. De igual forma, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia legal para solicitar a personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, comunicaciones, libros, papeles de comercio, libros de contabilidad y demás documentos privados que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

**CUARTO:** Que el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas, previa solicitud de explicaciones, por la obstrucción de investigaciones y actuaciones administrativas, y 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 ejercicio de las mismas.

**QUINTO:** Que de conformidad con el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, es función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia: *“Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial”*.

**SEXTO:** Que por medio del oficio radicado con No. 15-100048-13 del 25 de mayo de 2015<sup>1</sup>, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la “Delegatura”) ordenó practicar una visita administrativa de inspección a las instalaciones de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, con el fin de recopilar información relacionada con los procesos de contratación pública adelantados por dicha empresa, visita que se llevó a cabo el 28 de mayo de 2015 por los funcionarios comisionados para tal fin.

<sup>1</sup> Folio 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. En adelante cuando se refiera al “expediente” corresponde al radicado con No. 15-145564.

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

**SÉPTIMO:** Que como consta en el acta de visita administrativa de inspección del 28 de mayo de 2015<sup>2</sup>, posiblemente se presentaron algunos hechos que conllevarían a la obstrucción de una actuación administrativa y/o a la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, los cuales se resumen a continuación:

**7.1.** La diligencia de visita administrativa de inspección se inició a las 10:00 a.m. en las instalaciones de la sociedad **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** en la ciudad de Cartagena, departamento de Bolívar, con la presencia de los funcionarios comisionados por la Delegatura.

**7.2.** Los funcionarios de la Delegatura fueron atendidos por **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO** en su calidad de Representante Legal Suplente de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, a quien se le explicó el procedimiento de inspección que se adelantaría y la normatividad legal aplicable a este tipo de actuaciones. Acto seguido, se solicitaron los computadores del personal de dicha compañía, relacionados con los procesos de selección contractual estatal en que ha participado.

**7.3.** **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO** indicó que desde el 1 de enero de 2015, la persona a cargo de tales funciones es **CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ** y que anteriormente lo era **HEBER VILLA ESCOBAR**, quien ya no está vinculado con la compañía.

**7.4.** A continuación, los funcionarios de la Delegatura requirieron la siguiente información: **(i)** organigrama de la compañía; **(ii)** contratos laborales o de prestación de servicios de los ingenieros con funciones relacionadas con la contratación estatal vigente y anterior; y, **(iii)** acceso a computadores y cuentas de correo electrónico institucional relacionados con el objeto de la diligencia. Así mismo, manifestaron que tomarían algunos testimonios de empleados de la compañía que participaron en las ofertas presentadas en los procesos de selección contractual.

**7.5.** En atención del requerimiento de la Delegatura sobre la inspección de los computadores de **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO**, **CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ** y **HEBER VILLA ESCOBAR**, el Representante Legal Suplente de la empresa visitada se negó a la práctica de dicha prueba, argumentando que se trataba de un procedimiento invasivo y que no se sujetaba a las normas de seguridad informática. Así mismo, manifestó que carecía de asesoría tecnológica y jurídica para permitir que se llevara a cabo la inspección.

**7.6.** Los funcionarios comisionados de la Delegatura insistieron en la inspección de los mencionados computadores, reiterando la confidencialidad de la información recolectada y la aplicación de los protocolos de seguridad informática que garantizan la inalterabilidad de la evidencia acopiada, ante lo cual, **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO** manifestó que ha sido víctima de "ataques informáticos", por ello, condicionó la inspección de los computadores a que no se extrajera su información; y, en cuanto a la revisión de los correos electrónicos indicó que debían imprimirse los que le interesaban a la Superintendencia de Industria y Comercio.

**7.7.** Ante la negativa del Representante Legal Suplente de la empresa visitada de suministrar la información requerida, los funcionarios de la Delegatura le pusieron de presente la responsabilidad que se generaba por la inobservancia de órdenes o instrucciones de conformidad con lo previsto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, ante lo cual, **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO** mantuvo su negativa de permitir el acceso a los equipos de cómputo. Así las cosas, la diligencia se dio por terminada siendo la 01:00 p.m.

**OCTAVO:** Que de conformidad con el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, la Delegatura por medio de comunicación radicada con No. 15-145564-0 del 24 de junio de 2015<sup>3</sup>, inició el presente trámite y solicitó a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** que, en ejercicio de su derecho de defensa, rindiera las explicaciones que estimara pertinentes y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer en esta actuación administrativa.

<sup>2</sup> Folios 6 a 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>3</sup> Folios 1 a 5 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación

**NOVENO:** Que mediante escrito radicado con No. 15-145564-1 del 15 de julio de 2015<sup>4</sup>, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** dio respuesta a la solicitud de explicaciones presentando los siguientes argumentos:

- Al momento de la visita administrativa no contaba con la asistencia de un abogado.
- Al momento de la visita no contaba con la asistencia de un experto en informática.
- No sabía que el *software* utilizado por esta Superintendencia para extraer la información de los computadores, no podría generar problemas informáticos.

**DÉCIMO:** Que mediante la Resolución No. 81637 del 15 de octubre de 2015<sup>5</sup>, la Delegatura ordenó la práctica de unas pruebas solicitadas por la investigada y decretó de oficio otras, que consideró pertinentes y conducentes para este trámite de inobservancia de instrucciones.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** solicitó en su escrito de descargos, la práctica de una visita administrativa a sus instalaciones, y una prueba pericial a sus computadores, las cuales fueron negadas por la Delegatura en los numerales 3.1 y 3.2 del **ARTÍCULO TERCERO** de la Resolución No. 81637 de 2015. Así mismo, en el numeral 3.3 de la referida Resolución, se negó el interrogatorio solicitado de **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO** en su calidad de Representante Legal Suplente de la empresa visitada.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que mediante escrito radicado con No. 15-145564-15 del 12 de noviembre de 2015<sup>6</sup>, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** interpuso recurso de reposición contra los numerales 3.1 y 3.2 de la Resolución No. 81637 de 2015, a fin de que se precisara que dicha compañía no solicitó la práctica de una prueba pericial a sus computadores, ni tampoco petitionó una inspección administrativa a sus instalaciones. Del mismo modo, solicitó que se revocara el numeral 3.3 del acto administrativo recurrido, y en su lugar se decretara el interrogatorio de **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO** en su calidad de Representante Legal Suplente de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**

**DÉCIMO TERCERO:** Que mediante la Resolución No. 103656 del 31 de diciembre de 2015<sup>7</sup>, la Delegatura resolvió el recurso de reposición referido en el numeral anterior, en el sentido de revocar parcialmente la Resolución No. 81637 de 2015, y suprimir los numerales 3.1 y 3.2 del **ARTÍCULO TERCERO** de la Resolución No. 81637 de 2015. Por lo demás, se confirmó el numeral 3.3 del **ARTÍCULO TERCERO** del acto recurrido, en el sentido de denegar la práctica del interrogatorio solicitado.

**DÉCIMO CUARTO:** Que conforme lo establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 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 con los hechos y omisiones de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** en el marco de la visita administrativa adelantada por la Delegatura en sus instalaciones el 28 de mayo de 2015, se configuró un incumplimiento de instrucciones y/o una obstrucción a la actuación administrativa radicada con No. 15-100048.

Para determinar la responsabilidad, este Despacho presentará el análisis desde tres aspectos: (i) facultades legales otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio; (ii) análisis de la conducta desplegada por **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** durante la visita administrativa; y, (iii) respuesta a las explicaciones rendidas por la investigada frente al cargo que se le imputó, con el fin de concluir si tienen respaldo fáctico o jurídico.

#### **14.1. Sobre la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para ordenar la práctica de una visita administrativa.**

<sup>4</sup> Folios 11 a 22 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>5</sup> Folios 294 a 299 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

<sup>6</sup> Folios 335 a 340 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>7</sup> Folios 352 a 357 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

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 de la libre competencia económica, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. Para el ejercicio de esta especial función de policía administrativa económica, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 le atribuyen a esta Entidad, entre otras funciones, las siguientes:

**“Artículo 1. Funciones generales.** *La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de la República.*

*La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

(...)

*62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.*

*63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.*

(...)”.

Ahora bien, es importante tener en consideración lo previsto en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política, que estableció una regla de cardinal importancia que regula las actividades de inspección, vigilancia y control de autoridades administrativas, en concreto, la posibilidad que tienen de solicitar libros de contabilidad y demás documentos privados durante actuaciones en ejercicio de sus funciones.

En efecto, señala el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política que:

**“Artículo 15. (...)**

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

De lo anterior se concluye que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control del régimen de protección de la libre competencia económica, puede ordenar y realizar visitas administrativas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley.

Por lo demás, es importante resaltar que la jurisprudencia administrativa<sup>8</sup> sostiene que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de la función consistente en 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<sup>9</sup>, no está limitada para el requerimiento de dicha información, toda vez que dentro de sus competencias está velar por la

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. M.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicado: 25000-23-24-000-2008-00137-01; y, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de abril de 2016. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicado: 25000-23-24-000-2008-00129-01.

<sup>9</sup> Decreto 4886 de 2011, artículo 63.

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

observancia de las disposiciones sobre promoción de la libre competencia económica y prácticas comerciales restrictivas<sup>10</sup>.

En este sentido, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omita acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, o cuando se realice una obstrucción a sus actuaciones. En efecto, dispone el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009:

*“Artículo 25. Monto de las multas a personas jurídicas. El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:*

**Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta,** la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

*Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

- 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 2. La dimensión del mercado afectado.*
- 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.*
- 4. El grado de participación del implicado.*
- 5. La conducta procesal de los investigados.*
- 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.*
- 7. El patrimonio del infractor.*

**Parágrafo.** *Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción”* (Subrayado y resaltado fuera del texto original).

En conclusión, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas comerciales restrictivas como actos, acuerdos o abuso de posición dominante, sino también obstruir las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio o incumplir las instrucciones impartidas por ella.

#### **14.2. Sobre la conducta de MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**

En el caso concreto, el comportamiento de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** configuró una obstrucción de la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio el 28 de mayo de 2015, al no colaborar en el requerimiento hecho por los funcionarios comisionados respecto de la información que reposaba en los computadores de **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO, CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ y HEBER VILLA ESCOBAR.**

<sup>10</sup> Ley 1340 de 2009, artículo 3.

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

De conformidad con el acta de visita administrativa, resulta claro que frente a los sucesivos requerimientos de información por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** obstruyó la investigación por cuanto le negó a la autoridad el acceso a los computadores de **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO, CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ** y **HEBER VILLA ESCOBAR**, razón por la cual, la mencionada actuación se dio por terminada sin que se hubiere agotado su objeto.

En relación con la conducta de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** durante la visita administrativa realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio el 28 de mayo de 2015, en el acta se lee lo siguiente sobre la conducta desplegada por la empresa investigada:

*“Manifiesta **[MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.]** estar presto a colaborar en todos los requerimientos que la diligencia dispone salvo la instalación o ejecución de un software dentro de los equipos de tecnología o redes propios de la empresa; al no estar esto, ni en el detalle del proceso a adelantarse, expreso en el documento credencial que se presenta. Los equipos poseen información privada de la empresa y sus usuarios y el riesgo tecnológico y de seguridad en que se incurre no puede ser aceptado. Recalcando que bajo ninguna circunstancia se pretende obstaculizar la acción de la entidad ni de los funcionarios que la representan. La solicitud de información que se realiza no es *específica* (sic) y supone el acceso a información privada de la empresa y de sus empleados que reposa en estos equipos y archivos cuyo contenido es completamente ajeno a cualquier interés público. Igual manifiesta que no se cuenta de manera inmediata con la presencia de asesor en tecnología ni jurídico que permita supervisar esta labor, por lo que no permite que terceros entren a manipularlos, reiterando que de especificarse por parte de la entidad la información solicitada y de garantizar de manera concertada con los asesores de la empresa, se dispone a coordinar la presentación de esta sin reparos”<sup>11</sup> (subrayado dentro del texto original).*

De acuerdo con lo anterior, los funcionarios comisionados solicitaron en repetidas ocasiones la inspección de los computadores de **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO, CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ** y **HEBER VILLA ESCOBAR**, frente a lo cual obtuvieron una respuesta negativa de la empresa investigada, en ese sentido, no se atendieron en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas en el curso de la visita administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, el 28 de mayo de 2015 en las instalaciones de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, conllevando a la consecuente obstrucción de la actuación administrativa adelantada por la autoridad de competencia.

Así pues, para el Despacho se configuró por parte de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** una conducta de obstrucción a la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio al no cumplir las instrucciones y requerimientos hechos durante la visita administrativa a sus instalaciones llevada a cabo el 28 de mayo de 2015, incumplimiento que fue determinante para que la mencionada diligencia se diera por terminada sin poderse recaudar la información que hacía parte del objeto de la visita administrativa de inspección.

La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que este tipo de conductas son igual de reprochables a la violación misma de las normas de protección de la libre competencia, pues con ellas no solo se desconoce la autoridad de esta Entidad, sino que además son instrumentos idóneos para obstaculizar el acceso a las pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas anticompetitivas que afectan al mercado y a los consumidores.

Así pues, la falta de colaboración desplegada y la consecuente obstrucción de la actividad legal que desarrolla la Superintendencia de Industria y Comercio por **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** en el curso de la visita administrativa de inspección adelantada el 28 de mayo de 2015, reúne las características para ser considerada una infracción del régimen de protección de la libre competencia, por constituir una obstrucción a las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, prevista en la Ley 1340 de 2009. Se trata de una diligencia programada por esta Entidad en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre protección del régimen de libre competencia económica, consistente en la visita de inspección administrativa decretada en el curso de una averiguación preliminar.

<sup>11</sup> Folio 90 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

De esta manera, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** en lugar de prestar su colaboración con la Autoridad de Competencia y permitir el desarrollo de la visita administrativa de inspección a los computadores de **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO, CÉSAR ANTONIO GÓMEZ GÓMEZ** y **HEBER VILLA ESCOBAR**, como era su obligación legal y constitucional, decidió hacer caso omiso de las instrucciones y requerimientos impartidos por esta Superintendencia.

#### **14.3. Sobre las explicaciones de MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**

##### **14.3.1. Argumentos relacionados con que al momento de la visita no contaba con la asistencia de un abogado**

Alegó **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** que una de las razones por las cuales no se permitió el acceso a los equipos de cómputo y correos electrónicos era porque no contaba con la asistencia de un abogado al momento de llevarse a cabo la visita administrativa. Este argumento se expuso tanto en el acta de visita administrativa, como en su escrito de descargos. Así, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** señaló que no existe constancia alguna de haber tenido la posibilidad de contar con un abogado que le asesorara en el curso de la visita administrativa, lo cual afectó su derecho de defensa<sup>12</sup>. En ese sentido, indicó que otras empresas que también fueron visitadas por esta Superintendencia sí contaron con la asesoría de un abogado sobre los requerimientos hechos por esta Entidad<sup>13</sup>.

Este argumento no es de recibo, dada la naturaleza jurídica propia de las actuaciones administrativas adelantadas durante la etapa de averiguación preliminar por la posible infracción de las normas sobre protección de la libre competencia. En efecto, se trata de una etapa en la que no existen investigados, ni mucho menos en el curso de la visita se realiza una imputación de cargos; simplemente se trata de una actuación que tiene como finalidad recaudar información relevante para la investigación, por lo cual no es obligatorio que la empresa visitada cuente con la asistencia de un abogado.

De otro lado, no aparece acreditado en el expediente, en particular en el acta de visita administrativa, que **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** se hubiera visto imposibilitada para contar con la presencia de un abogado de su confianza que le asesorara en el curso de la diligencia, o incluso que la Superintendencia le hubiere negado, impedido u obstruido tal posibilidad; simplemente se limitó a indicar que no disponía de un abogado pero no desplegó ningún comportamiento tendiente a la consecución de los servicios de un profesional en derecho para que le acompañara en la visita administrativa.

Por lo demás y en lo que respecta a este punto, junto con el escrito de descargos **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** aportó la declaración extraproceso No. 134 del 24 de junio de 2015, rendida por su Representante Legal Suplente **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO** ante el Notario 2 del Círculo de Cartagena donde manifestó, entre otras cosas, lo siguiente:

**[Pregunta]:** *"Precise si usted requirió a los funcionarios de la SIC el apoyo de un abogado.*

**[CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO]:** *Si (sic).*

**[Pregunta]:** *Indique si los funcionarios de la SIC le dieron apoyo respecto a la necesidad de tener un abogado...*

**[CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO]:** *No, siempre manifestaron que si no se seguía el procedimiento establecido por ellos, no había manera de coleccionar la información"<sup>14</sup>.*

Al respecto debe señalarse que el Representante Legal Suplente de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** durante la fallida visita administrativa se limitó a manifestar que: *"(...) no se cuenta de manera inmediata con la presencia de [un] asesor en tecnología ni jurídico que permita*

<sup>12</sup> Folio 16 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>13</sup> Folio 18 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>14</sup> Folio 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

*supervisar esta labor (...)*<sup>15</sup>; sin embargo, de ninguna manera se advierte que se haya visto privado de contar con la asistencia de un profesional del derecho de su confianza que le hubiere brindado asistencia legal en la visita administrativa, ni mucho menos que los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio le hubieren impedido asesorarse jurídicamente.

Lo que sí está acreditado en el expediente es que **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, no permitió recopilar la evidencia informática que hacía parte de la visita administrativa sin que hubiese una justificación legal para negarse a ello. Del mismo modo, se probó que los funcionarios comisionados por la Delegatura pusieron de presente la normatividad vigente en relación con las garantías de confidencialidad de la información recolectada y el procedimiento tecnológico que se adelantaría, así como las posibles sanciones pecuniarias que se derivarían de la inexcusable negativa a permitir la revisión de los computadores solicitados.

Dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009 y el artículo 155 del Decreto 19 de 2012:

**"Artículo 52. Procedimiento.** *Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.*

**Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer.** *Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.*

(...)" (Subrayado y resaltado fuera del texto original).

Por su parte, sobre las funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, establece el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011:

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

(...)

**4.** *Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia. (...)*" (Subrayado fuera del texto original).

Según las normas citadas, en los procedimientos adelantados por la Superintendencia de Industria y Comercio por infracciones a las normas sobre protección de la competencia, una es la etapa de investigación formal con pliego de cargos y otra es la etapa de averiguación preliminar, la cual tiene un carácter discrecional, unilateral y reservado. Es por ello que, dentro de las facultades legales de esta Superintendencia, está la de adelantar visitas administrativas de inspección a cualquier lugar que considere pertinente, así como solicitar todo tipo de información relevante, según los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, todo con el fin de recaudar información que permita establecer la necesidad o no de abrir una investigación con la correspondiente imputación de cargos.

Como puede observarse, la actuación preliminar obedece a un trámite previo a la investigación formal no sujeto a formalidades, en la que no se han constituido partes y no existen supuestos de hecho, ni imputación jurídica contra ninguna persona. Aunado a lo anterior y con el fin de no distorsionar los mercados, la Superintendencia mantiene en reserva todas sus actuaciones preliminares<sup>16</sup> hasta saber si hay mérito para iniciar una investigación formal.

<sup>15</sup> Folios 7 y 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>16</sup> Cfr. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Expediente 2500023240002010-00527-01, decisión de recurso de insistencia del 18 de noviembre de 2010: "(...) La Sala considera que las actuaciones preliminares a la



*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

La razón de ser de las visitas administrativas consiste en determinar, *in situ*, la existencia de evidencia (documental, testimonial, etc.) relacionada con la posible conducta anticompetitiva, y proceder a su recaudo con el objeto de **asegurar la prueba** y, así estudiar el mérito de abrir una investigación formal. Para tal fin, se debe solicitar copia de los documentos físicos o electrónicos para ser evaluados posteriormente por la Autoridad de Competencia, y adoptar las medidas que en derecho corresponda.

En efecto, si en los documentos que se pretende inspeccionar existe o puede existir alguna prueba relevante para determinar, por ejemplo, si se ha configurado un cartel de precios, una colusión en licitación pública o una práctica constitutiva de abuso de posición dominante, la visita administrativa de inspección es el mecanismo legal idóneo para recaudarlos y analizarlos, ya sea en el sitio o con posterioridad. Como se ha dicho, lo que se pretende con este tipo de visitas es recaudar evidencias para determinar una posible infracción a las normas de competencia, y evitar que la prueba se pierda antes de que la Autoridad de Competencia la tenga en su poder y la asegure según los protocolos propios de su naturaleza.

La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado reiteradamente que las conductas restrictivas de la competencia tienden a ser secretas, por ello, el aseguramiento documental es importante para establecer la responsabilidad de un infractor. Acoger una tesis distinta implicaría que, en la práctica, ningún caso de violación a las normas de la competencia se probara, ya que la Autoridad de Competencia se vería privada de acceder a aquellos documentos, como los electrónicos, para determinar qué ocurrió realmente en el mercado. Por esta razón, es de la naturaleza misma de las visitas de inspección recaudar información *in situ*, así como archivos que contengan información relevante para la investigación.

Adicionalmente, debe anotarse que no es facultativo del administrado determinar el momento oportuno para allegar una información a las autoridades administrativas de inspección, vigilancia y control, sino que son estas quienes tienen la facultad de determinar, dependiendo del tipo de información, el momento oportuno para allegarla. De esta forma, lo que se espera de una persona natural o jurídica es que allegue al momento de la visita la información solicitada, o que, de no estar la información en el lugar visitado, conduzca a la Autoridad donde la misma se encuentra y despliegue, de buena fe, todos los actos tendientes a cumplir con la instrucción impartida.

Finalmente, es oportuno indicar que de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1437 de 2011<sup>17</sup>, las actuaciones administrativas adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio por la presunta infracción de las normas de libre competencia, no requieren de la presencia de un abogado.

#### **14.3.2. Argumentos relacionados con que al momento de la visita no se contaba con la asistencia de un experto técnico en informática**

Otro de los argumentos expuestos en el curso de la visita administrativa por **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** para impedir el acceso a los equipos de cómputo y correos electrónicos, era porque no contaba "(...) de manera inmediata con la presencia de [un] asesor en tecnología (...) que permita supervisar esta labor, por lo que no se permite que terceros entren a manipularlos (...)"<sup>18</sup>.

---

*investigación, por infracción a las normas de protección de la competencia, también ostentan el carácter de reservado, pues el artículo 13 de la citada disposición (Ley 155 de 1959) no hace distinción entre investigación previa y la investigación formalmente adelantada".*

<sup>17</sup> Ley 1437 de 2011, artículo 5. **Derechos de las personas ante las autoridades.** "En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a:

1. Presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y **sin necesidad de apoderado**, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto.

(...)" (subrayado y resaltado fuera del texto original).

<sup>18</sup> Folio 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

En relación con lo anteriormente indicado, en su escrito de descargos **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** señaló que dicha negativa se debió a que: (i) no hubo una explicación técnica, clara y precisa sobre el software a utilizar para recolectar la información; (ii) la empresa investigada “pensó” que la “instalación” del software podría generar problemas de seguridad para los computadores, ya que en el pasado sufrieron ataques informáticos; y, (iii) no se negó el acceso a la información requerida, y para tal efecto, se dijo por parte de la empresa visitada que la información relevante podía ser impresa<sup>19</sup>.

Este argumento no puede bajo ninguna perspectiva servir de excusa para que el administrado se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones legales, entre ellas, la de permitir a las autoridades de inspección, vigilancia y control cumplir con sus funciones. En todo caso, es preciso señalar que la Superintendencia de Industria y Comercio brindó plenas garantías, tanto técnicas como legales, al momento de pretender recaudar la información contenida en los computadores solicitados. Así, los funcionarios comisionados de la Delegatura manifestaron durante la visita administrativa lo siguiente:

*“Ante las inquietudes presentadas, el Despacho precisó que el recaudo de los datos electrónicos se ejercería mediante el empleo del software denominado FTK IMAGER que permite la recolección de la información con la garantía de autenticidad, inalterabilidad y mismidad, tal garantía opera tanto a favor del visitado como de la autoridad que despliega funciones de inspección vigilancia y control, puesto que precisamente permite tener certeza que la información extraída efectivamente corresponde a los equipos de cómputo revisados”<sup>20</sup>.*

Así las cosas, para el Despacho no queda duda que **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** tuvo pleno conocimiento del procedimiento a seguir para recolectar la información, en particular, de los atributos de autenticidad e inalterabilidad que el software forense FTK permite mantener, así como de la certeza que la información obtenida proviene de un determinado computador, garantizando de esta manera el ejercicio del derecho de defensa y contradicción frente a una eventual investigación formal por una posible conducta anticompetitiva.

Ahora, sobre el argumento expuesto en cuanto a que la empresa investigada “pensó” que la “instalación” del software FTK podría generar problemas de seguridad para los computadores objeto de la revisión<sup>21</sup>, en el acta de visita administrativa los funcionarios comisionados advirtieron lo siguiente en relación con el procedimiento a seguir para recopilar la información electrónica contenida en los computadores:

*“El Despacho ofreció las garantías de reserva de que trata el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009, y explicó que es un requisito indispensable, para que la evidencia recolectada tenga valor probatorio. Si no es con el empleo del software forense, que es una aplicación ejecutable portátil, que no se instala en ningún computador, no es posible recabar la evidencia válidamente y por tanto desplegar la visita administrativa en cumplimiento de los protocolos institucionales”<sup>22</sup> (Subrayado y resaltado fuera del texto original).*

De lo anteriormente visto, queda claro para el Despacho que los funcionarios comisionados de la Delegatura, indicaron con certeza que el software forense FTK es un programa portátil y ejecutable que no requiere ser instalado en el computador inspeccionado. Esta explicación cobra especial relevancia, dado que **CARLOS IGNACIO MARTÍNEZ CABALLERO**, Representante Legal de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** –quien atendió la diligencia– es la persona en dicha compañía encargada de supervisar los recursos tecnológicos según lo indicó en su declaración extraproceso allegada a la presente actuación administrativa<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Folios 14 y 15 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>20</sup> Folio 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>21</sup> Folio 14 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>22</sup> Folio 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>23</sup> Folio 23 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

Por lo demás, frente al argumento expuesto según el cual **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** no negó el acceso a los computadores solicitados sino que propuso a los funcionarios comisionados de la Delegatura "(...) *la posibilidad de inspeccionar los equipos y correos para que determinaran que (sic) información era relevante, imprimirla y hacerla parte del acta de visita administrativa*"<sup>24</sup>, este Despacho encuentra inaceptable tal argumento, ya que la Superintendencia de Industria y Comercio no puede condicionar el cumplimiento de sus deberes legales a la manera como la empresa visitada disponga a su arbitrio cómo se debe realizar, en cuanto a la naturaleza de la información a suministrar, y mucho menos, la forma en que esta deba ser allegada al expediente administrativo. Sobre el particular, es oportuno mencionar que los funcionarios comisionados indicaron que la información debía ser recolectada en medio magnético de lo contrario no tendría eficacia probatoria.

Resulta pertinente advertir, que para la recolección de la información electrónica requerida los funcionarios comisionados indicaron que se utilizaría una herramienta de informática forense denominada *FTK Imager*, el cual es un *software* licenciado para uso de esta Entidad. Dicha herramienta informática ejecuta la función *HASH*, que genera la huella digital de la evidencia recaudada usando los algoritmos MD5 y SHA1.

El "*HASH*" indica la prueba de integridad del documento electrónico respecto del original de donde fue copiado, la relación de la información recolectada con fecha y hora y el dispositivo de donde fue extraída. Para la ejecución de dicho *software* no se requiere su instalación en el computador inspeccionado, ni tampoco un aplicativo informático como afirma **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** ya que con dicho *software* no instalable *FTK Imager* lo que se asegura es la autenticidad, integridad y disponibilidad de la información recaudada, con base en el artículo 12 de la Ley 527 de 1999 el cual dispone:

**"Artículo 12. Conservación de los mensajes de datos y documentos.** Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta.
2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y
3. Que se conserve, de haber alguna, toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento.

*No estará sujeta a la obligación de conservación, la información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos.*

*Los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta".*

Vale mencionar que esta circunstancia le fue explicada a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** según consta en el acta de visita, así como también se le instruyó acerca del cumplimiento de las garantías constitucionales y legales en la recolección de la información<sup>25</sup>. En razón de lo anteriormente expuesto, el argumento no está llamado a prosperar.

#### **14.3.3. Argumentos relacionados con la presunta afectación al derecho de defensa y contradicción, en el curso de la visita administrativa adelantada.**

En cuanto a este planteamiento, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** reiteró lo ya manifestado –y que fue objeto de pronunciamiento por parte de este Despacho– sobre la alegada falta de asesoría técnica y jurídica en el curso de la visita administrativa, así como la posibilidad de imprimir los correos electrónicos que se requirieran. Del mismo modo, expuso en su escrito de descargos varios argumentos frente al objeto de la visita de inspección, que originó esta actuación administrativa en los siguientes términos:

<sup>24</sup> Folio 15 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>25</sup> Folios 7 a 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

*"En el presente caso, el carácter general del objeto de la prueba no cumple los requisitos legales propios de una solicitud y práctica de inspección judicial o administrativa. En este caso, el Despacho no puede ampararse en el hecho de encontrarse en una etapa preliminar para determinar un objeto genérico"<sup>26</sup>.*

Para resolver sobre el particular, vale recordar que la visita adelantada el 28 de mayo de 2015 en las instalaciones de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** fue decretada de oficio, es decir, no medió petición de parte, simplemente porque como ya se dijo, en la etapa de averiguación preliminar no hay partes investigadas. Así pues y en relación con el argumento expuesto, no es cierto que no se haya precisado el objeto de la inspección ya que en la credencial de visita, los funcionarios de la Delegatura fueron comisionados: "(...) a fin de recopilar información relacionada con su participación en los procesos de contratación pública"<sup>27</sup>.

En relación con la etapa de averiguación preliminar el Consejo de Estado ha señalado:

*"La averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas) el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A. según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento. (...)"<sup>28</sup>.*

Por lo demás, es importante resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>29</sup> sostiene que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de la función consistente en 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<sup>30</sup>, no está limitada para el requerimiento de dicha información, toda vez que dentro de sus competencias está velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la libre competencia económica y prácticas comerciales restrictivas<sup>31</sup>.

En efecto, en el acta de visita de inspección se advierte que los funcionarios comisionados, además de explicar el procedimiento a seguir, requirieron el organigrama de la compañía, contratos laborales o de prestación de servicios de los funcionarios relacionados con los procesos de contratación pública que adelanta la empresa, así como testimonios y el acceso a la información contenida en los computadores y correos electrónicos, cuya negativa dio origen al presente trámite de inobservancia de instrucciones<sup>32</sup>.

En este sentido, no se encuentra fundamento para considerar que se afectaron los derechos de defensa y contradicción de la empresa visitada al supuestamente no haberse determinado el objeto de la inspección.

Visto lo anterior, no resulta de recibo el argumento planteado de un presunto quebrantamiento del debido proceso, ya que la actuación administrativa que originó el presente trámite de

<sup>26</sup> Folio 16 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>27</sup> Folio 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 23 de enero de 2003, radicación 25000-23-24-000.

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. M.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicado: 25000-23-24-000-2008-00137-01; y, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de abril de 2016. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicado: 25000-23-24-000-2008-00129-01.

<sup>30</sup> Decreto 4886 de 2011, artículo 63.

<sup>31</sup> Ley 1340 de 2009, artículo 3.

<sup>32</sup> Folios 6 y 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

incumplimiento de instrucciones y obstrucción de la investigación por parte de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** se encuentra en la etapa de averiguación preliminar, donde aún no existen partes investigadas, ni se han formulado imputaciones de violación al régimen de protección de la libre competencia, por lo cual es una etapa cuyo objetivo consiste justamente en recopilar información que permita colegir la posible existencia de una conducta anticompetitiva que amerite la apertura de una investigación.

**DÉCIMO QUINTO:** Que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer a las personas jurídicas, sanciones pecuniarias hasta por el equivalente de cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, o hasta el 150% de la utilidad obtenida con el actuar, por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, entre otras. En efecto, establece la norma en comento que:

*“Artículo 25. Monto de las multas a personas jurídicas. El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:*

*Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.*

*Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

- 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 2. La dimensión del mercado afectado.*
- 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.*
- 4. El grado de participación del implicado.*
- 5. La conducta procesal de los investigados.*
- 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.*
- 7. El Patrimonio del infractor.*

**PARÁGRAFO.** *Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.”.*

En estos términos, es importante señalar que la actuación de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, al impedir la extracción de la información contenida en los computadores requeridos por esta Entidad, afectó el adecuado desarrollo de las facultades de esta Superintendencia como autoridad de protección de la competencia. Consecuentemente, no acatar la solicitud formulada por esta Entidad configura una obstrucción de la función de velar por la protección de la competencia en el mercado, la cual tiene como objetivo garantizar la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica; situación que llevó a una clara obstaculización del correcto ejercicio de las funciones de esta Entidad.

Por lo tanto, impedir que los funcionarios obtuvieran la información pertinente en la visita limitó el actuar de la Entidad para poder determinar, como se dijo en párrafos anteriores, la posible

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

existencia de unos supuestos de hecho que eventualmente pudieran constituir una infracción de las normas sobre libre competencia, y obtener información que permita identificar los presuntos responsables de estos actos.

Por ello, este tipo de actuaciones resultan 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 que pueden convertirse en un fuerte incentivo para el desconocimiento de tales disposiciones, al impedir que la autoridad descubra, por ejemplo, colusiones en licitaciones públicas. Es así como el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, le concede al Superintendente la posibilidad de imponer multas, previa solicitud de explicaciones, en casos como el anotado.

En conclusión, es claro para esta Superintendencia que en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la competencia, le es posible realizar visitas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios. Además, en caso de que no sea atendida la visita o se impida el acceso a la información requerida, es posible sancionar a quien se rehúse a prestar la colaboración, previa solicitud de explicaciones.

Por su parte, respecto al proceso de dosificación de la multa a imponer, esta Entidad tiene en cuenta 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 o fijar una cifra exigua con relación a su responsabilidad en la afectación causada.

Respecto al *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, no resulta aplicable plenamente en estos casos de obstrucción por cuanto la infracción tiene una implicación directa en la actuación administrativa de esta Superintendencia, pero no un impacto directo en el mercado. No obstante, se tendrá en cuenta la importancia de la conducta en el sentido de que las visitas administrativas de inspección en la etapa preliminar, como se mencionó en párrafos anteriores, son fundamentales para la Autoridad de Competencia, en la medida que constituyen la oportunidad idónea para encontrar información sobre la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia que, por su propia naturaleza, tiende a ser mantenida en secreto u oculta por los agentes del mercado. En este sentido, el factor sorpresa en las visitas administrativas de inspección en el curso de actuaciones administrativas por la presunta violación del régimen de competencia económica es fundamental, de manera que eliminar este factor sorpresa por el simple capricho de un agente del mercado constituye una grave infracción del administrado.

Así mismo, y teniendo en cuenta *la dimensión del mercado* sobre el cual se pudo haber adelantado la conducta anticompetitiva que se investigaba, es importante recordar que la visita administrativa bajo estudio se adelantó en procura de la obtención de elementos probatorios que permitiesen definir el mérito de abrir una investigación por colusión en procesos de selección pública ("*bid rigging*"), la cual constituye una práctica en extremo nociva para el Estado, pues como lo ha manifestado la OCDE en sus "*Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*":

*"El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas. Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo"*<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Cita intertextual: "*En los países de la OCDE, las adquisiciones públicas representan cerca de 15 por ciento del PIB. En muchos países no miembro de la Organización, la cifra es incluso mayor, Véase OCDE, Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures, 2007*".

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado "*Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia*". En este reporte dicha organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal<sup>34</sup>.

Por lo anterior, cuando la Superintendencia adelanta actuaciones con miras a detectar y sancionar la comisión de conductas restrictivas de la competencia en procesos de selección adelantados por el Estado, no sólo se protege el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad, sino también valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor con su conducta*, y tratándose de una conducta obstructiva de una investigación administrativa, su utilidad para **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** sólo se puede definir como el costo de oportunidad sufrido por la Autoridad al no poder hacerse con las evidencias existentes al momento de la dirigencia, que como se explicó anteriormente, no puede calcularse a precisión en la medida que no se permitió el acceso a los computadores y correos electrónicos para definir cuántos y de qué calidad probatoria eran los documentos obrantes en ellos.

Respecto al *grado de participación del implicado*, se encontró demostrado que **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, con su manera de proceder, incumplió con el deber de acatar en debida forma la solicitud de información formulada por esta Autoridad en desarrollo de sus funciones legales, cuya información oportuna interesaba al trámite administrativo que fundó la visita practicada, la cual se vio obstruida.

Así pues, para la dosificación de la multa a imponerse tendrá en cuenta el grado o nivel de la omisión de acatamiento, pues la negativa se dio sobre la totalidad de los documentos obrantes en el correo electrónico institucional destinado para el manejo de la información relativa a la contratación con el Estado, y los equipos de cómputo destinados para tal fin, los cuales hacían parte del objeto de la diligencia.

Sobre la *conducta procesal de la investigada*, este Despacho no encontró ningún comportamiento que pueda catalogarse como indebido y con la virtualidad de generar una agravación de la sanción a imponer.

Finalmente, en cuanto a la *cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción y patrimonio del infractor*, se advertirá más adelante como criterio de graduación junto con los ingresos operacionales, con el fin de que la sanción no resulte desproporcionada, confiscatoria o expropiatoria y tampoco irrisoria de manera tal que se desvirtúen los objetivos del derecho sancionatorio del Estado.

Así las cosas, al realizar un análisis de los criterios de dosificación referidos a las personas jurídicas, este Despacho determina que **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** será multada con la suma de **MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.034.182.500)** equivalentes a **MIL QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (1.500 SMLMV)**.

<sup>34</sup> Cfr. OCDE, "*Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia*", Página 9 "*It is widely recognized that government procurement authorities are often victimized by private sector companies through bid rigging and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments-procurement by central Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia's Gross Domestic Product, a figure somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD's 34 member countries. There are over 2,000 organizations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia.*"

*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

Esta sanción equivale al 20.21% aprox. de su patrimonio líquido de 2014<sup>35</sup> y el 8.92% aprox. de sus ingresos operacionales globales de 2014<sup>36</sup>. La anterior sanción equivale al 1.5% aprox. de la multa máxima potencialmente 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.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** que **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, identificada con NIT. 890.403.530-1, 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 ejecutar una obstrucción a una averiguación preliminar de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

En consecuencia, **IMPONER** una sanción pecuniaria a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, identificada con NIT. 890.403.530-1, por valor de **MIL TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.034.182.500)** equivalentes a **MIL QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (1500 SMLMV)**.

**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 **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, que, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, realice la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.** informa que:*

*Mediante Resolución No. \_\_\_\_\_ de 2016 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, por contravenir lo establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en particular por obstruir una actuación administrativa que adelantaba la Superintendencia de Industria y Comercio durante una visita administrativa.*

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

**PARÁGRAFO.** La anterior publicación deberá realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse una copia de la mencionada publicación a esta Superintendencia dentro de los diez (10) días siguientes a haberse publicado.

**ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a **MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**, 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, de

<sup>35</sup> Folio 311 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>36</sup> Folio 311 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.



*Por la cual se impone una sanción por obstrucción de una investigación*

conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá, D.C., a los **0 5 OCT 2016**

El Superintendente de Industria y Comercio



**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

**Notificaciones:**

**MARTÍNEZ CABALLERO S.A.S.**

NIT 890.403.530-1

Apoderado

Doctor

**FERNANDO PEÑA BENNETT**

C.C. 79.590.011

T.P. 82.719 del C.S. de la J.

Carrera 8 No. 69 – 48

Teléfono: 2124148

E-mail: info@lizarazuasociados.com

BOGOTÁ – COLOMBIA