



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

RESOLUCIÓN **51905** DE 2019

(**03 OCT 2019**)

Radicación: 18-148510

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de facultades legales, y en especial las previstas en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019² (en adelante “Resolución No. 27305 de 2019” o “Resolución Sancionatoria”), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.** (en adelante “**CONCONCRETO**”) incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al incumplir instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y obstruir una actuación adelantada por esta Entidad. En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las respectivas sanciones a **CONCONCRETO**.

Así mismo, se archivó la presente investigación en favor de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, ordenando remitir el expediente de nuevo a la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la “Delegatura”) para que la misma, en el marco de sus funciones, establezca si existen méritos suficientes para abrir investigación contra dichas personas naturales por incurrir en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción al régimen de libre competencia por la cual fue sancionada **CONCONCRETO**.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria, y dentro del término legal, **CONCONCRETO** y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** interpusieron recursos de reposición³ por medio de los escritos radicados con los No. 18-148510-42 del 8 de agosto de 2019 y 18-148510-44 del 9 de agosto de 2019 respectivamente.

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

2.1. Argumentos planteados por CONCONCRETO

- En el presente caso existió una vulneración al debido proceso de los investigados, toda vez que se adelantó la investigación bajo un trámite previsto en el artículo 51 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011 (en adelante “CPACA”), pasando por alto que el procedimiento aplicable era el establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. De esta forma, la Superintendencia aplicó un procedimiento predeterminando etapas y dificultando las posibilidades de defensa de la empresa sancionada.
- Se violó el derecho al debido proceso de **CONCONCRETO** al omitir pronunciarse de fondo sobre los argumentos presentados por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, dado que no puede

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

² Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente (en adelante el “Expediente”). Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla del Expediente se hace referencia al radicado No. 18-148510.

³ Folios 288 a 395 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente y Folios 437 a 451 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

determinarse, en dos actuaciones separadas, la responsabilidad de la persona jurídica y la responsabilidad de la persona natural cuya conducta implicó la sanción impuesta a la primera.

- La utilización como prueba del contenido de los mensajes de *WhatsApp* cruzados entre los empleados de la empresa sancionada constituye una violación al debido proceso, toda vez que se trata de comunicaciones privadas, amparadas por el derecho a la intimidad. Por este motivo, las mismas deben considerarse pruebas nulas de pleno derecho.
- Un gran número de mensajes de *WhatsApp* utilizados como prueba en el proceso se encontraban protegidos por el artículo 74 de la Constitución Política. Lo anterior, toda vez que se trataba de la retransmisión de información privilegiada e inviolable entre abogado y su cliente.
- En la Resolución No. 35525 del 24 de mayo de 2018, por medio de la cual se da apertura a la presente investigación, la Superintendencia formuló pliego de cargos contra **CONCRETO** por conductas presuntamente cometidas por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**. Sin embargo, en la Resolución Sancionatoria la responsabilidad de la persona jurídica investigada se estableció por actos supuestamente realizados por otros empleados de la compañía.
- La Superintendencia pasó por alto la presunción de inocencia de **CONCRETO** y multó a dicha empresa sin cumplir con la carga de la prueba que legalmente estaba a su cargo. Se presentaron errores y subjetividades en la valoración probatoria que permiten colegir que no se desvirtuó, en modo alguno, dicha presunción.
- No es cierto que fuera previsible para los empleados de la compañía que la Autoridad de competencia pudiera requerir el computador del presidente de la compañía. Se trata de una afirmación que escapa a todos los medios probatorios, pues no sigue al razonamiento indiciario.
- Las pruebas por medio de las cuales buscó demostrarse que el computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** fue alterado no son conducentes. Así, el medio de prueba conducente para demostrar este hecho hubiera sido un dictamen pericial que nunca se practicó.
- En el presente caso existió una indebida valoración de los mensajes de datos obtenidos de la plataforma *WhatsApp*. Dichos mensajes fueron analizados de manera sesgada e incompleta, tomando acápites parciales y descontextualizados.

La preocupación que en ellos se revela hace referencia a un proceso de capitalización de la empresa y la normalización tributaria de sus accionistas, más no frente a una conducta anticompetitiva.

Los mensajes del 22 de septiembre de 2016 y que hacían referencia a la eliminación de información, trataban exclusivamente sobre hechos del proceso Tercer Carril Bogotá-Girardot que tuvieran relación directa con Colpatria. No obstante, la Superintendencia tiene en su poder información sobre que en dicha relación no se dio nunca una práctica restrictiva de la competencia.

Finalmente, de “*los varios terabytes*” extraídos por la Superintendencia de los equipos de la empresa investigada y sus empleados, no puede decir la Entidad que extraña información relacionada con el proceso Tercer Carril Bogotá-Girardot. Por el contrario, obtuvo toda la información que buscaba, con la que incluso dio apertura a la investigación con radicado No. 16-223755.

- Existe una indebida y selectiva valoración de la declaración de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**. Esto, toda vez que la misma fue solicitada por dicho investigado como prueba en el proceso, por lo cual llama la atención que al haberse archivado la investigación en su contra, dicha prueba hubiera sido tenida en cuenta para sancionar a **CONCRETO**.

Adicionalmente, dicho testimonio no fue valorado en su integridad, y por el contrario se le asignó un valor probatorio de confesión, obviando no obstante los requisitos legales para dicho medio de prueba.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Por último, en la mencionada declaración quedó claro el móvil de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, el cual no fue otro que el de evitar filtraciones de información relevante en el proceso de normalización tributaria de los accionistas de la compañía.

- **CONCRETO** hizo entrega de la totalidad de la información que le fue requerida, por lo cual no obstruyó de ninguna manera la investigación. Adicionalmente, las visitas de inspección adelantadas carecieron de tema de prueba definido, al no establecer de manera concreta el hecho particular que buscaban probar. Lo anterior, hace imposible la imposición de una sanción por la presunta obstrucción de la investigación o por la omisión de acatar las órdenes de la Superintendencia.
- La Superintendencia no fue clara desde la imputación respecto a la conducta reprochada. Así, existía la obligación en cabeza de la Entidad de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta sancionada, así como precisar cuál fue la orden o instrucción que fue desconocida.
- No es posible concluir que la supuesta orden de revisar y borrar unos chats contenidos en la aplicación *WhatsApp* pudiera tener el efecto de obstruir, estorbar o impedir la acción de la Superintendencia. Así, incluso si dichos mensajes fueran borrados de la aplicación en cuestión, los mismos permanecerían en el disco de almacenamiento del dispositivo celular, el cual se encuentra en poder de la Superintendencia. De esta forma, la Autoridad no cumplió con la carga de la prueba.
- Los mensajes y las órdenes de borrar información contenida en las comunicaciones privadas a través de *WhatsApp*, se dieron después de que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera tenido acceso a toda la información considerada relevante. Por este motivo, incluso dichos mensajes resultan ineficaces para ocultar y eliminar información que ya había sido recolectada por los funcionarios de la Entidad.
- De la lectura en contexto de los mensajes de datos intercambiados el día 7 de septiembre de 2016 por medio de la aplicación *WhatsApp* se evidencia que los mismos no tenían el objeto de truncar las funciones de la Delegatura y sus funcionarios.

Por el contrario, debe tenerse en cuenta que una visita como la adelantada en las instalaciones de la empresa perfectamente puede generar reacciones no premeditadas, razón por la cual manifestaciones expresadas en ese estado de consciencia deben ser matizadas.

Por último, las solicitudes de borrar información, y aparentes órdenes de homogeneizar las declaraciones, se explican en aspectos que eran ajenos al tema de prueba de las visitas de inspección.

- Los mensajes de datos intercambiados por los empleados de **CONCRETO** no constituyen ni demuestran una intención de ocultar información u obstruir una investigación. Solo demuestran una legítima preocupación frente a la visita y las amplias facultades argumentadas por los funcionarios de la Delegatura.

No se tiene en cuenta que los mensajes en donde constaba la supuesta orden de “hacer pasar” el computador de la Sala de Juntas como el del presidente de la compañía consistían solamente en una retransmisión del consejo del abogado externo de la compañía. Lo anterior además de que nunca fue solicitado el acceso al computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**.

De igual forma, lo único que puede evidenciarse es el interés de los empleados de la compañía por permitir que la visita se llevara a cabo de manera ágil y sin contratiempos, poniendo a disposición de los funcionarios de la Delegatura un equipo de cómputo por medio del cual pudiera acceder a la información.

Por último, posteriormente se puso a disposición de la Autoridad una copia de una unidad de almacenamiento grabada con un *Back Up* del computador de uso privativo del presidente y representante legal de la empresa sancionada.

- Existe una ausencia de vínculo entre la conducta reprochada y el comportamiento corporativo de **CONCRETO**. Así, tal y como se había puesto de presente, esta es una compañía que cuenta

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

con un sistema de Gobierno Corporativo encaminado a evitar las dificultades que representa la separación de propiedad y administración. De esta forma, se cuenta con diferentes órganos internos que permiten controlar las decisiones de los representantes legales y “*contar con una administración enfocada a la rendición de cuentas y responsabilidad en la toma de decisiones*”.

No obstante, la Superintendencia decidió sancionar a la persona jurídica investigada a partir del comportamiento de una persona natural y no de un comportamiento colectivo o una práctica corporativa. Además, no tuvo en cuenta que durante el transcurso de las visitas, por el contrario, se atendieron todas las solicitudes de información hechas por la Delegatura.

El uso de la aplicación *WhatsApp*, por donde se transmitieron los mensajes utilizados como prueba por la Entidad, no constituye un comportamiento que pueda ser catalogado como corporativo en el contexto en que fue efectuado. El uso de dicha aplicación es responsabilidad exclusiva de las personas naturales que hayan realizado el registro en la misma y hayan aceptado sus términos y condiciones.

Así, no existe prueba alguna de un documento que provenga directamente de la empresa en el cual esta última dé la orden de no colaborar con la Entidad. Las pruebas consisten en mensajes enviados por su representante legal, y por tanto debe recordarse que de acuerdo al artículo 2349 del Código Civil, las empresas no son responsables por las actuaciones de sus trabajadores.

- En el presente caso hay una ausencia de antijuridicidad de la presunta conducta desplegada por **CONCRETO**. Lo anterior dado que nunca se puso en riesgo ni se lesionó el bien jurídicamente tutelado, es decir, la potestad de la Superintendencia de Industria y Comercio para obtener pruebas relativas a la protección de la competencia y mucho menos la libre competencia en si misma considerada.

El tema de la prueba de las visitas en cuestión era una presunta colusión en el proceso de licitación pública de la APP Tercer Carril Bogotá-Girardot. En este orden de ideas, el hecho que posteriormente se haya abierto una investigación por prácticas restrictivas de la competencia en relación con dicho proceso, aduciendo información y material probatorio recaudado en las visitas de inspección, dan cuenta que no se lesionó ni se puso en riesgo la capacidad de la Entidad para obtener las pruebas que considerara de utilidad.

- La sanción impuesta es desproporcional, teniendo en cuenta que los empleados de la compañía atendieron las visitas e hicieron entrega de toda la información que les fue solicitada. De igual forma, no existe relación entre la sanción impuesta en este caso y las multas establecidas en casos anteriores por incumplimientos y obstrucciones a investigaciones de la Superintendencia.
- Frente a los criterios de *impacto en el mercado y la dimensión del mercado*, en la Resolución Sancionatoria la Superintendencia manifestó que no resultaban aplicables. No obstante, la realidad es que al estar frente a una conducta que no generó ningún impacto en el mercado, e incluso no tener uno definido para el caso concreto, dichos criterios debieron de todas maneras tenerse en cuenta para graduar la sanción.

Adicionalmente, el criterio utilizado y que hace mención a la “*importancia de la conducta*” se trata de un criterio totalmente subjetivo y que no se encuentra establecido en la ley.

- Sobre el *beneficio obtenido por el infractor* entender dicho criterio, como lo hace la Superintendencia, como una referencia a un “costo de oportunidad”, implica confundir el beneficio obtenido con la infracción. Pero adicionalmente, en el presente caso no se obtuvo ningún beneficio del comportamiento reprochado, razón por la cual la falta de dicho criterio debe repercutir en el monto de la sanción, de forma que pueda graduarse en monto inferior que el de los antecedentes cercanos de sanciones pasadas.
- Frente al criterio de *grado de participación de la persona implicada*, este está previsto para casos en los que varios agentes intervienen en una infracción como sería el caso de carteles, dado que el grado de participación de los participantes puede diferir. Adicionalmente, no se acepta que se afirme que la participación de **CONCRETO** tuvo lugar en el actuar de un grupo indeterminado de trabajadores, cuando el acervo probatorio utilizado da cuenta del actuar de un solo empleado de la compañía.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Sobre la *cuota de mercado de la empresa infractora, la parte de sus activos y/o ventas involucrados en la infracción*, en el presente caso la sanción fue calculada con base en la totalidad del patrimonio de **CONCRETO** y sus ingresos operacionales, sin estudiar la porción de estos que efectivamente se vio involucrada en la presunta comisión de la conducta, es decir aquella fracción que involucraría el contrato a adjudicarse mediante el proceso de selección del Tercer Carril Bogotá-Girardot. O aún si no se limitara a dicho proceso en específico, se tuvo que haber tenido en cuenta únicamente la porción de los ingresos operaciones percibidos en el mercado de concesiones.
- En casos anteriores, la Superintendencia ha dado una aplicación diferente a este criterio, manifestando que al tratarse de una obstrucción este criterio no aplica. En otros casos se ha tenido en cuenta, pero no para agravar la sanción sino para evitar hacerla confiscatoria.

2.2. Argumentos planteados por JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

- Llama la atención, en primer lugar, que la sanción impuesta en el presente caso se fundó en la valoración del comportamiento de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**. Incluso, las pruebas practicadas por solicitud de este último, y que estaban ligadas a su defensa personal, fueron utilizadas expresamente para establecer la responsabilidad de **CONCRETO**.
- Resoluta contradictorio sancionar a **CONCRETO** como agente de mercado, por la comisión de una infracción por su representante legal, y no oír a este último dentro del proceso. De esta forma, el no resolver de fondo sus peticiones planteadas durante la actuación se presenta como una violación a su derecho al debido proceso, concretamente a ser oído por la autoridad administrativa.
- No es respetuoso del debido proceso determinar la responsabilidad de una persona jurídica cuyo comportamiento se deriva exclusivamente de la conducta de sus empleados, sin previamente haber certificado precisamente la conducta de dichas personas naturales.
- Si la Superintendencia quería corregir los yerros cometidos por la Delegatura al momento de la imputación, lo correcto hubiera sido declarar la nulidad de todo lo actuado y haber realizado unas nuevas imputaciones y adelantar un nuevo procedimiento ajustado a derecho.
- Como representante legal de la empresa sancionada, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** puede llegar a ver comprometida su responsabilidad y patrimonio. Adicionalmente, existe la posibilidad de que sea sujeto pasivo del inicio de una acción de responsabilidad social en su contra.
- **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, al igual que **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, a pesar de que se haya archivado la investigación en su contra, deben tenerse como terceros afectados por las consecuencias del procedimiento administrativo sancionatorio de la Superintendencia de Industria y Comercio, por lo cual tienen derecho a que se revise su actuación y se valoren sus explicaciones.

TERCERO: Que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 79 del CPACA, por medio de Resolución No. 39572 del 27 de agosto de 2019⁴ esta Superintendencia resolvió sobre las pruebas solicitadas por **CONCRETO** en su respectivo recurso, rechazándolas por considerarlas impertinentes, inconducentes o inútiles. Contra esta decisión **CONCRETO** presentó recurso de reposición por medio de escrito radicado con el No. 18-148510-57 del 26 de septiembre de 2019.

En este sentido, procede el Despacho a resolver el mencionado recurso contra la Resolución No. 39572 del 27 de agosto de 2019, para lo cual inicialmente presentará un breve recuento de los argumentos expuestos por el recurrente, para posteriormente pasar a resolver de fondo sobre los diferentes puntos elevados en el mencionado documento:

⁴ Folios 453 a 456 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

3.1. Argumentos planteados por CONCRETO

- El rechazo “*infundado*” de la totalidad de las pruebas aportadas genera una “*afrenta*” al derecho a la prueba, como garantía fundamental derivada del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.
- Al rechazar la totalidad de las pruebas solicitadas, la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra violando el principio de contradicción y decreto de pruebas. El recurso de reposición es la etapa procesal en la que se hace una verificación de la validez de la decisión tomada por la Entidad, por lo cual las pruebas aportadas están encaminadas a garantizar el principio de contradicción del investigado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio motivó parte de la sanción impuesta a **CONCRETO** en la supuesta negativa de entregar el computador de su representante legal y la presunta manipulación del mismo. Por este motivo no es de recibo establecer que es impertinente la solicitud como prueba de: (i) “*Documento radicado con el No. 16-223755-53 del 23 de marzo de 2017*”; (ii) “*Análisis forense de actividad sobre disco duro preparado por KPMG Advisory Tax & Legal S.A.S.*”; y (iii) dictamen pericial “*cuyo objeto será determinar si lo que se predica del disco duro número serial W4Y2C6DS, según análisis forense de KPMG, también es predicable de la copia puesta a disposición de la Delegatura para la Protección de la Competencia el día 23 de marzo de 2017 (...)*”.
- No es de recibo manifestar que la solicitud como prueba de un dictamen pericial respecto a la cuota de mercado de la empresa y la parte de sus activos y/o ventas involucrados en la infracción no sea conducente, útil o pertinente. Esto toda vez que el objeto de dicha prueba es demostrar la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, pues se busca precisar la información “*sobre los ingresos vinculados con concesiones (...)*”.
- No es cierto que los testimonios de **JORGE HERNÁN JIMENEZ** y **FELIPE ROCHA SILVA** respecto a los mensajes de datos enviados por *WhatsApp* sean inútiles o impertinentes para el proceso. Esto toda vez que lo que buscan es dar otra perspectiva del contexto en que fueron enviados, demostrando que la finalidad de los mensajes era extraña a lo buscado por la Superintendencia.
- Tampoco puede decirse que los testimonios de **JORGE HERNÁN JIMENEZ** y **FELIPE ROCHA SILVA**, así como los de los funcionarios y contratistas de la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto a la forma en que se adelantaron las visitas administrativas y las instrucciones dadas por la Entidad sean inconducentes o impertinentes. Esto, toda vez que el Acta de Visita, que es preparada por la propia Superintendencia, no es la única prueba respecto a lo ocurrido en dichas diligencias. Por el contrario, los “*testimonios de quienes concurrieron personalmente a la visita administrativa resulta plenamente conducente para probar los hechos ocurridos durante esta*”.

3.2. Pronunciamiento del Despacho sobre los argumentos presentados por CONCRETO en su recurso de reposición contra la decisión por la cual se rechazaron pruebas

A continuación se emitirá un pronunciamiento de fondo en relación con los argumentos presentados por **CONCRETO** para pretender la revocación de la Resolución No. 39572 del 27 de agosto de 2019 y, en su lugar, proceder al decreto de las pruebas solicitadas con el recurso de reposición en contra de la Resolución Sancionatoria.

3.2.1. De la violación al derecho a la prueba y al principio de contradicción

CONCRETO manifestó que al haber rechazado la totalidad de las pruebas aportadas en el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria, este Despacho generó una “*afrenta*” contra el derecho a la prueba del investigado, garantía fundamental derivada del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

De igual forma, consideró el recurrente que la decisión de rechazar la totalidad de las pruebas solicitadas es una violación al principio de contradicción contra la decisión de esta Entidad. Lo anterior dado que el recurso de reposición es la etapa procesal en la que se hace una verificación

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de la validez de la decisión tomada por la Entidad, y por tanto las pruebas solicitadas están llamadas a soportar los argumentos de los investigados que contradicen la decisión de la Autoridad.

Sobre este punto, el Despacho manifiesta lo siguiente:

El artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 establece que, si al interponerse recurso de reposición o de apelación contra acto administrativo se hubieren solicitado pruebas, el funcionario que ha de resolverlo debe pronunciarse frente a ellas. En ese sentido y en aplicación del artículo 306 de la misma norma, y con el fin de verificar las solicitudes probatorias realizadas por los recurrentes, es necesario remitirse al régimen probatorio regulado por la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso (en adelante "CGP")–.

En este sentido, el artículo 165 del CGP es claro en señalar que "*son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez*", medios que para ser decretados, practicados y valorados dentro del proceso deben cumplir con los requisitos de (i) pertinencia, (ii) conducencia y (iii) utilidad. Por tal motivo, si la prueba solicitada no reúne estos requisitos la consecuencia legal será el rechazo de la misma, conforme lo dispone el artículo 168 del CGP⁵.

De igual forma, el Consejo de Estado ha señalado la obligación del juez o director del proceso de analizar las solicitudes probatorias que hagan las partes, previo a tomar la decisión de decretar pruebas. Así, el mencionado Tribunal ha establecido:

*"Hay lugar a inadmitir de plano, por parte del Juez, tanto las pruebas inconducentes como las legalmente prohibidas o ineficaces; las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las superfluas. Lo anterior **impone al Juez la obligación de analizar las solicitudes de pruebas que eleven las partes y de considerar si las pruebas correspondientes cumplirán, o no, con los requisitos de legalidad, conducencia y pertinencia, respecto de los hechos objeto del proceso, para proceder así a su decreto o, por el contrario, denegar su práctica**"*⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto).

En virtud de lo anterior, no es posible establecer de manera irrefutable, como lo pretende el recurrente, que existe una obligación por parte de la autoridad, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, de decretar todas y cada una de las pruebas solicitadas por las partes en un proceso, con el único argumento de garantizar su derecho a la prueba y a la contradicción, máxime si se tiene en cuenta que en el proceso ya se surtió un periodo probatorio y de instrucción.

De esta forma, si bien este Despacho reconoce y protege el derecho que tienen los investigados a presentar todos los medios de prueba que pretendan hacer valer dentro de una actuación administrativa, esto no exime de manera alguna a esta Autoridad de hacer un análisis riguroso y detallado sobre dichos medios, con el fin de poder determinar si los mismos son conducentes, pertinentes y útiles en su cometido. Esto, lejos de ser un capricho de la Entidad, se trata de un mandato legal, soportado en la posición de los diferentes tribunales nacionales, que busca garantizar el buen desarrollo de las actuaciones administrativas.

Ahora bien, en el caso concreto, se advierte apartada de la realidad la afirmación del recurrente respecto a que se produjo un rechazo "*infundado*" de todos los medios de prueba que solicitó junto con su recurso de reposición contra la Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019. Por el contrario, la resolución ahora recurrida hizo un análisis juicioso respecto a cada uno de los medios de prueba solicitados, individualizándolos y explicando, de manera clara y concreta, las razones por las cuales no fueron considerados procedentes por esta Superintendencia.

⁵ Artículo 168. Rechazo de plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles. Debe dejarse la salvedad, que en armonía con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, establece que contra el acto administrativo que niegue pruebas procede el recurso de reposición frente a las pruebas negadas.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto del 28 de mayo de 2013, Rad. 38455, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Por este motivo, no es de recibo la afirmación respecto a que las pruebas solicitadas en el recurso presentado contra la Resolución Sancionatoria fueron rechazadas de manera “*infundada*” por parte de esta Superintendencia.

Igualmente, debe recordarse al recurrente que a lo largo de la presente actuación administrativa se le ha garantizado en todo momento su derecho a la defensa, a la prueba y contradicción. Así, está ampliamente demostrado en el Expediente que **CONCRETO** conoció oportunamente de la imputación que se le realizó⁷, presentó descargos⁸ y solicitó pruebas⁹, las cuales fueron decretadas¹⁰ y valoradas al momento de expedir la Resolución Sancionatoria¹¹. De igual forma, frente a esta última, **CONCRETO** tuvo la oportunidad de presentar su respectivo recurso de reposición¹² y volver a aportar y solicitar nuevas pruebas, que fueron debidamente estudiadas por esta Entidad¹³ a la luz del ordenamiento nacional, con el fin de determinar su pertinencia, conducencia y utilidad. Finalmente, se le dio la oportunidad al investigado de recurrir la decisión de rechazar las pruebas que fueron solicitadas en el recurso en contra de la Resolución Sancionatoria.

Por este motivo, este Despacho no encuentra razón alguna en el argumento del recurrente respecto a que se generó una violación a su derecho a la prueba. Por el contrario, a lo largo del procedimiento administrativo tuvo todas las oportunidades procesales existentes para presentar y solicitar pruebas, algunas de las cuales fueron decretadas y otras rechazadas, siempre en cumplimiento de la ley y una vez esta Entidad hubiera analizado y estudiado las mismas con el fin de determinar su conducencia, pertinencia y utilidad para el proceso.

3.2.2. De la impertinencia de los siguientes medios de prueba: (i) documento radicado con el No. 16-223755-53 del 23 de marzo de 2017; (ii) Análisis forense sobre disco duro preparado por KPMG Advisory Tax & Legal S.A.S.; y (iii) el dictamen pericial sobre copia de disco duro puesta a disposición de la Delegatura

Para **CONCRETO** no puede establecerse la impertinencia de los siguientes elementos de prueba solicitados en su recurso de reposición contra la Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019: **(i)** “Documento radicado con el No. 16-223755-53 del 23 de marzo de 2017”; **(ii)** “Análisis forense de actividad sobre disco duro preparado por **KPMG Advisory Tax & Legal S.A.S.**”; y **(iii)** dictamen pericial “cuyo objeto será determinar si lo que se predica del disco duro número serial **W4Y2C6DS**, según análisis forense de **KPMG**, también es predicable de la copia puesta a disposición de la Delegatura para la Protección de la Competencia el día 23 de marzo de 2017 (...)”.

Lo anterior toda vez que, según el recurrente, La Superintendencia de Industria y Comercio motivó parte de la sanción impuesta a **CONCRETO** en la supuesta negativa de entregar el computador de su representante legal y la presunta manipulación del mismo, hechos estos que son desmentidos con las pruebas solicitadas.

Al respecto, este Despacho manifiesta lo siguiente:

Como ha sido ya reiterado, la sanción contra **CONCRETO** en la Resolución Sancionatoria tuvo lugar por la comisión de las siguientes conductas:

*“(i) [...] instrucciones dadas por el presidente y representante legal de la empresa, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, a los demás empleados de la compañía respecto a la forma como debían limitar sus respuestas en el marco de las declaraciones adelantadas por esta Entidad; (ii) las órdenes de borrar información de los teléfonos, correos electrónicos y computadores de los funcionarios de la compañía; y (iii) la existencia de un actuar conjunto*

⁷ Folios 69 a 81 y 104 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸ Folios 135 a 156 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹ Folios 135 a 156 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁰ Folios 190 al 191 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹¹ Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

¹² Folios 288 a 395 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

¹³ Folios 453 a 456 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

por parte de diferentes empleados de **CONCRETO** con el objetivo de impedir que esta Superintendencia obtuviera acceso a todos los equipos y medios de prueba que considerara necesarios para el ejercicio de sus funciones de inspección"¹⁴.

Ahora bien, debe mencionarse, que respecto a la última de dichas conductas reprochadas, esto es "la existencia de un actuar conjunto por parte de diferentes empleados de **CONCRETO** con el objetivo de impedir que esta Superintendencia obtuviera acceso a todos los equipos y medios de prueba que considerara necesarios para el ejercicio de sus funciones de inspección", la misma no consistió, como erróneamente lo pretende hacer ver el recurrente, en la no entrega física o manipulación del computador institucional del presidente de la compañía.

De hecho, y como está expresamente establecido en la Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019, lo que este Despacho reprochó no fue la manipulación o no entrega del computador del presidente de la compañía, sino la existencia de una serie de conductas por parte de diferentes empleados de la misma para ocultar y evitar que la Superintendencia accediera a los equipos de cómputo institucionales durante la visita, lo cual no tenía otro objetivo visible que el de impedir que esta Entidad pudiera adelantar en debida forma sus funciones.

Así, a continuación se transcriben apartes de la Resolución Sancionatoria en los que se abordaron estos mismos argumentos, los cuales ahora se reiteran:

*"En tercer lugar, el Despacho evidenció cómo **CONCRETO**, por medio de sus empleados, adelantó actuaciones con el fin de obstruir el acceso a los funcionarios de esta Superintendencia a los equipos de cómputo institucionales de la empresa, específicamente al asignado al presidente y representante legal de la empresa.*

(...)

*(...) este Despacho encuentra que lo que realmente evidencia es la forma cómo los empleados de **CONCRETO** buscaron ocultar el computador de oficina de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, con el único fin de que esta Superintendencia no pudiera acceder a la información de su interés y que pudiera contener dicho equipo.*

(...)

*(...) Sin embargo, como se puso en evidencia, contrario a lo anterior, lo que buscaron los empleados de **CONCRETO** fue ocultar la ubicación real del computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (...).*

(...)

*En este sentido, no se encuentra ningún tipo de justificación en la estrategia desplegada por **CONCRETO**, la cual se evidencia como un claro intento por frustrar las gestiones de la Superintendencia de Industria y Comercio (...) se buscó hacer caer en error a esta Entidad respecto a cuál era el equipo de trabajo del presidente de la compañía (...)"¹⁵ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

En este sentido, evidentemente la conducta sancionada consistió en una serie de sucesos, desplegados por los empleados de **CONCRETO**, para impedir el buen desarrollo de la actuación administrativa, lo cual puso en total riesgo las facultades de esta Superintendencia como entidad de inspección, vigilancia y control.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que la sanción fue impuesta por la existencia de un actuar obstructivo por parte del investigado, que estuvo conformado por múltiples acciones, entre ellas, las órdenes dadas a los empleados de la empresa para borrar información, las instrucciones de cómo responder a las preguntas de la Autoridad y los actos descritos anteriormente encaminados a ocultar los equipos de cómputo institucionales de gran relevancia para el desarrollo de la actuación administrativa.

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por este motivo, no es cierto que el reproche realizado por esta Superintendencia se haya dado por la no entrega de un computador o la manipulación de este.

Ahora bien, el recurrente hace mención a un aparte de la Resolución Sancionatoria en que se hace referencia a la posible manipulación del computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, la cual se transcribe a continuación:

*"Ahora bien, respecto al argumento sobre la entrega por parte de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** de su clave de acceso al computador y la posterior radicación en la sede de esta Superintendencia de un Back Up completo de su equipo de trabajo, este Despacho debe mencionar que este hecho de manera alguna exime de responsabilidad a **CONCRETO**. Lo anterior, toda vez que, como se verá a continuación, dicho equipo de cómputo fue objeto de múltiples manipulaciones posteriores a la primera visita administrativa, por lo cual no existe certeza alguna de que no se haya alterado la información que reposaba en el mismo y que pudo haber sido de interés para esta Entidad"¹⁶ (Subraya fuera de texto).*

Sobre esto, debe precisarse que dicho aparte se encuentra incluido dentro uno de los acápites dirigidos a dar respuesta a los argumentos de los investigados, en este caso específico, al argumento respecto a que habían hecho entrega de toda la información solicitada por la Autoridad.

De esta forma, lo que estableció en ese momento este Despacho fue que el argumento de los investigados de haber entregado de manera posterior a las visitas un *Back Up* del computador del representante legal de la compañía, **no eximía de responsabilidad a los investigados por los hechos ocurridos durante las visitas, más no que la manipulación del computador fuera la razón, o una de las razones, de la sanción impuesta.**

Así, esta Superintendencia consideró en dicho momento procesal que la entrega del *Back Up* del computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** de manera posterior no eximía a los investigados de responsabilidad. Esto, dado que en casos como este, en el que se demostró la firme intención del investigado de ocultar información soterradamente, no podía tenerse certeza de que la eventual entrega de información sea completa.

A continuación se transcribe el aparte de la Resolución Sancionatoria en que se hace referencia a lo anterior:

*"Adicionalmente, debe recordarse que esta Superintendencia ha manifestado en anteriores ocasiones, que la razón de ser de que la autoridad se movilice al sitio en el que presuntamente se encuentran determinados documentos es precisamente determinar, in situ, su existencia, y proceder a su recaudo con el objeto de **asegurar la prueba** y, con ello, proceder a estudiar el mérito de abrir una investigación formal¹⁷. **Por este motivo, el hecho de aceptar que se exime de responsabilidad a los investigados por la posterior entrega de información a las visitas adelantadas por esta Entidad eliminaría el factor sorpresa y la seguridad de la Entidad de estar recaudando la información sin ningún tipo de modificación** (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto).*

De esta forma, y dejado en claro que la sanción contra **CONCRETO** no obedeció a la no entrega del computador institucional de su representante legal o de la manipulación de este, las pruebas documentales y periciales aportadas por el sancionado encaminadas a demostrar la no manipulación de dicho equipo resultan improcedentes.

Esto toda vez que, como incluso fue mencionado en la resolución recurrida, aún en el hipotético caso que fueran decretadas y quedara demostrada la no manipulación del equipo de cómputo de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, este hecho en nada afectaría la decisión de esta Entidad de que durante la actuación administrativa **CONCRETO** realizó diferentes conductas obstructivas que tenían como único objetivo impedir el buen desarrollo de las visitas y dificultar el posible acceso de la Autoridad a los equipos que pudiera considerar de gran relevancia para sus funciones.

¹⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2

¹⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 44585 del 22 de julio de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por este motivo, no serán de recibo los argumentos del recurrente sobre este punto y se ratificará la decisión de rechazar los medios de prueba acá analizados.

3.2.3. De la solicitud de dictamen pericial respecto a la cuota de mercado de la empresa y la parte de los activos involucrados en la infracción

Para **CONCRETO** no es de recibo manifestar que la solicitud como elemento de prueba de un dictamen pericial respecto a la cuota de mercado de la empresa y la parte de sus activos y/o ventas involucrados en la infracción no es útil o pertinente. Esto teniendo en cuenta que el objeto de dicha prueba no es otro que el de demostrar la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio en el presente caso, al precisar la información sobre los ingresos vinculados con concesiones *"de manera que se pueda revisar el monto de la multa que resulta absolutamente desproporcionado"*.

De igual forma, sostuvo que al comparar la sanción impuesta en el presente caso con la sanción establecida en un caso de igual naturaleza, mediante la Resolución No. 34942 del 8 de agosto de 2019, resulta abiertamente desproporcional.

Al respecto, este Despacho debe manifestar en primer lugar que, como fue mencionado en la Resolución recurrida, no es pertinente para el proceso un elemento de prueba que busque demostrar la cuota de mercado y los activos vinculados al mismo respecto a un investigado, cuando en el caso en cuestión **no existe un mercado relevante o afectado previamente delimitado**.

Lo anterior, toda vez que los hechos investigados y sancionados tuvieron lugar durante el desarrollo de una etapa preliminar, en la cual esta Entidad apenas se encontraba recopilando información para establecer los méritos suficientes para la apertura formal o no de una investigación.

Por este motivo, precisamente en la Resolución Sancionatoria este Despacho manifestó lo siguiente:

*"[...] Advierte el Despacho que los mismos [criterios del impacto de la conducta y la dimensión del mercado afectado] **no resultan aplicables**, por cuanto la infracción tiene una implicación directa en la actuación administrativa de esta Superintendencia, **pero no un impacto propiamente dicho en el mercado**"¹⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, sobre la mención hecha por el recurrente respecto a los criterios de "cuota de mercado de la empresa infractora" y "activos involucrados en la infracción", debe llamarse la atención que los mismos no fueron utilizados por esta Superintendencia. Así, a continuación se transcribe el aparte de la Resolución Sancionatoria señalado por el recurrente:

*"Finalmente, frente a los criterios referentes a la "cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucradas en la infracción" y al "patrimonio del infractor", **se tendrán en cuenta como criterios de graduación los estados financieros de 2018, así como los ingresos operacionales de CONCRETO en ese año**, con el fin de que la sanción no resulte desproporcional, confiscatoria o expropiatoria, pero tampoco irrisoria de manera tal que se desvirtúen los objetivos del derecho sancionatorio del Estado"*¹⁹ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, el criterio utilizado por esta Superintendencia hizo referencia únicamente a la información financiera del año 2018 de **CONCRETO**, sin hacer en ningún momento mención a la supuesta cuota de mercado de la empresa infractora. Lo anterior, toda vez que, como ya fue reiterado, en el presente caso no existía un mercado afectado previamente delimitado.

Ahora bien, sobre la referencia hecha por el recurrente respecto a la desproporción de la sanción en el presente caso, al contrastarla con la sanción impuesta en otro proceso de igual naturaleza a través de la Resolución No. 34942 del 8 de agosto de 2019 de esta Superintendencia, debe decirse lo siguiente:

¹⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2

¹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Para **CONCRETO**, en dicha ocasión esta Entidad impuso una multa por el incumplimiento de requerimientos y la obstrucción de una actuación administrativa por parte de una empresa, por un monto equivalente al 2.57% de la multa máxima aplicable, esto es "23.515 SMLMV menos a la *impuesta a CONCRETO, que corresponde al 26.1% de la multa máxima potencialmente aplicable*".

Al respecto, este Despacho debe manifestar que no resulta procedente la comparación de las multas impuestas por esta Superintendencia en el presente caso con las impuestas en el proceso decidido a través de la Resolución No. 34942 del 8 de agosto de 2019, toda vez que los supuestos de hecho de cada uno de los procedimientos adelantados fueron totalmente diferentes, y aunque en ambos casos el actuar de los investigados encuadraba dentro de la conducta señalada como incumplimiento de instrucciones y obstrucción a una actuación administrativa, no por esto pueden ser considerados como semejantes. De esta forma, mal haría este Despacho en tratar como iguales dos situaciones que en realidad no lo son.

No obstante lo anterior, y aún en el hipotético caso en que se aceptara que los supuestos de hecho de ambos casos fueran semejantes y/o comparables, de todas maneras resultaría improcedente hacer dicha comparación sobre las sanciones impuestas, utilizando como criterio el número de SMLMV que represente cada multa, o peor aún, el porcentaje de la multa máxima aplicable, toda vez que como ha sido reiterado, al momento de establecer el monto final de la sanción a imponer en cada caso, esta Superintendencia utiliza la información financiera de los involucrados con el fin de evitar que la multa resulte desproporcionada, confiscatoria o expropiatoria, pero tampoco irrisoria de manera tal que se desvirtúen los objetivos del derecho sancionatorio del Estado. De tal suerte, las multas obedecen a la situación financiera particular de cada sancionado, lo que torna incorrecta y desacertada cualquier comparación basada en los SMLMV que represente la multa o el porcentaje de la multa máxima que representa.

Así las cosas, se insiste en que no resulta posible realizar una comparación de las multas impuestas a dos sancionados con base en el número de SMLMV que representen o el porcentaje respecto a la multa máxima aplicable, aun cuando su conducta sea exactamente la misma. Esto teniendo en cuenta que en cada caso esta Superintendencia analizará la situación financiera de los involucrados para poder evitar la imposición de una multa que resulte confiscatoria.

Por lo anterior, este Despacho mantiene su decisión de no encontrar útil ni pertinente el decreto de la prueba en cuestión.

3.2.4. De los testimonios de FELIPE ROCHA, JORGE HERNÁN JIMÉNEZ y los funcionarios y contratistas de la Superintendencia de Industria y Comercio

El recurrente sostuvo que no es acertado manifestar que los testimonios de **JORGE HERNÁN JIMENEZ** y **FELIPE ROCHA SILVA** respecto a los mensajes de datos enviados por *WhatsApp* sean inútiles o impertinentes para el proceso, toda vez que lo que buscan es dar otra perspectiva del contexto en que fueron enviados, demostrando que la finalidad de los mensajes era extraña a lo buscado por la Superintendencia.

De igual forma manifestó que tampoco puede decirse que los testimonios de **JORGE HERNÁN JIMENEZ** y **FELIPE ROCHA SILVA**, así como los de los funcionarios y contratistas de la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto a la forma en que se adelantaron las visitas administrativas y las instrucciones dadas por la Entidad sean inconducentes o impertinentes, toda vez que el Acta de Visita, que es preparada por la propia Superintendencia, no es la única prueba respecto a lo ocurrido en dichas diligencias. Por el contrario, los "*testimonios de quienes concurren personalmente a la visita administrativa resulta plenamente conducente para probar los hechos ocurridos durante esta*".

Al respecto este Despacho manifiesta lo siguiente:

Como fue precisado en la Resolución recurrida, lo que busca la evaluación de la utilidad de un medio probatorio es determinar si el mismo **aporta elementos nuevos a la discusión**, o si por el contrario **resulta simplemente repetitivo dentro del proceso**, por encontrarse ya otros elementos pertinentes y conducentes que busquen demostrar los mismos hechos objeto de la prueba bajo análisis.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, respecto a los testimonios de **JORGE HERNÁN JIMENEZ** y **FELIPE ROCHA SILVA** sobre los mensajes de datos enviados por *WhatsApp*, se reitera que a la fecha existen diferentes elementos de prueba, los cuales ya fueron introducidos en el Expediente debido a su conducencia, pertinencia y utilidad, y que permiten entender y determinar el contexto en el cual fueron enviados los mensajes de texto y su efecto real en la decisión de borrar o no información.

Así, se cuenta con el testimonio de: (i) **JORGE HERNÁN JIMÉNEZ**²⁰; (ii) **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**²¹; (iii) **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**²², representante legal de la empresa **VINCI CONCESSIONS**; y (iv) **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**²³, todos los cuales hacen referencia a los mensajes de texto cruzados con el presidente de la compañía sancionada, y que fueron objeto de escrutinio en la presente investigación, su contexto y el efecto de los mismos en borrar o no información.

Nótese adicionalmente que todos los anteriores testimonios corresponden a empleados de la compañía, quienes fueron remitentes y receptores de los mensajes de texto que fueron analizados en la presente actuación administrativa. Por este motivo, no se entiende la afirmación hecha por el recurrente respecto a que en el "(...) expediente únicamente consta una perspectiva del contexto en que se dieron los mensajes de datos enviados a través de la plataforma *Whatsapp*".

Por este motivo, este Despacho confirma que los testimonios de **FELIPE ROCHA SILVA** y **JORGE HERNÁN JIMÉNEZ**, poco o nada aportaran de nuevo al Expediente, y por el contrario resultan repetitivos y superfluos respecto al punto relacionado con el contexto en el cual fueron intercambiados los mensajes de texto entre los empleados de CONCRETO y el hecho de si fue o no eliminada alguna información con base en los mismos.

Finalmente, sobre los testimonios de **JORGE HERNÁN JIMENEZ** y **FELIPE ROCHA SILVA**, así como los de los funcionarios y contratistas de la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto a la forma en que se adelantaron las visitas administrativas y las instrucciones dadas por la Entidad, debe decirse lo siguiente:

Por un lado, como fue ya expuesto por este Despacho, los mencionados testimonios respecto a la forma en que se adelantaron las diferentes visitas administrativas en las instalaciones de **CONCRETO** y las instrucciones dadas en las mismas por parte de esta Entidad resultarían superfluos e inútiles, toda vez que los hechos que pretenden probarse con los mismos están consignados en las diferentes actas de visita administrativa²⁴ que obran en el Expediente. Incluso, también se cuenta ya con el testimonio del mismo **JORGE HERNÁN JIMÉNEZ**²⁵, en el cual se tratan los temas relacionados con la información solicitada y aportada por los empleados de la empresa investigada durante las visitas administrativas del año 2016.

Ahora, si bien es cierto se cuenta con las Actas de Visitas, las cuales, hay que aclarar que aunque son redactadas por los funcionarios de la Superintendencia son firmadas también por los empleados de las empresas visitadas, ello no obsta para que se presenten otros medios de prueba, los cuales en todo caso también deben evaluarse a la luz de su utilidad para el proceso.

En este sentido, recibir el testimonio de las mismas personas que constan en el Acta y que firmaron la misma, resulta repetitivo e inútil para todos los propósitos del proceso.

Por otro lado, estos testimonios solicitados, además de inútiles y superfluos, resultan igualmente impertinentes. Lo anterior, toda vez que se reitera que la sanción impuesta por este Despacho por medio de la Resolución Sancionatoria no se dio por el supuesto hecho de que durante el curso de las visitas administrativas de inspección se hubiere solicitado información y los

²⁰ Folio 63 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²¹ Folio 63 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²² Folio 65 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²³ Folio 207 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

²⁴ Folios 2 a 9, Folios 10 a 19, Folios 20 a 26, Folios 27 a 41 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁵ Folio 63 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

investigados se hubieren negado a entregarla. Por el contrario, la sanción tuvo lugar por la comisión y adopción de una serie de conductas para ocultar y eliminar información relevante para la investigación, alterar el contenido de las declaraciones de los empleados de la compañía y obstruir el acceso a equipos de cómputo institucionales al momento de realizar las visitas.

Por esta razón, el Despacho confirma su decisión respecto a que los testimonios de **FELIPE ROCHA SILVA, JORGE HERNÁN JIMÉNEZ** y los funcionarios y contratistas de la Superintendencia de Industria y Comercio resultan inútiles e impertinentes para el presente proceso.

Así las cosas, y en virtud de las anteriores razones, este Despacho decide confirmar en todas sus partes la Resolución No. 39572 del 27 de agosto de 2019.

CUARTO: Que de conformidad con el artículo 80 del CPACA, este Despacho procede ahora a resolver los recursos de reposición presentados por **CONCRETO** y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** contra la Resolución Sancionatoria, dando respuesta a sus argumentos en los siguientes términos:

4.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución Sancionatoria, es importante llamar la atención respecto del hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas a velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales, previsto especialmente en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, los cuales catalogan expresamente esta prerrogativa como un interés colectivo, establecen que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y señalan que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

En este sentido, las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos; incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de "consumidores" en algún punto de la cadena de valor a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica.

Ahora bien, con el fin de garantizar el cumplimiento de las normas de libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio, como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, tiene la facultad de imponer sanciones a quien viole dicho ordenamiento, con el fin de disuadir futuros incumplimientos a la norma, garantizando el buen funcionamiento de los mercados nacionales y el bienestar de los consumidores.

De igual forma, y de conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, le corresponde también 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 la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras, las siguientes funciones:

"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 1130 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 República.

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

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

(...)"

Al respecto, 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 en relación con las actividades de inspección, vigilancia y control que ejercen las autoridades administrativas. En concreto, esta disposición alude a la posibilidad que tienen estas autoridades de solicitar libros de contabilidad y demás documentos privados durante actuaciones que adelanten en ejercicio de sus funciones:

"**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***". (Negritas y subrayado fuera de texto).

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

Dicha facultad fue avalada expresamente por la Corte Constitucional, que en sentencia C-165 de 2019 manifestó:

*"De esta forma, en el marco de las visitas de inspección, las superintendencia están facultadas para, entre otras: (i) ingresar a las instalaciones de las empresas y examinar sus archivos; (ii) recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete; (iii) 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; y (iv) tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa"*²⁶.

En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, a quien omita acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y/o obstruya sus actuaciones, entre otros.

En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dispone lo siguiente:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, **incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de**

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

(...). (Negrillas y subrayado fuera del texto).

A partir de lo anterior, es posible establecer que la norma prevé como una modalidad de conducta infractora del régimen de protección de la libre competencia económica “(...) *la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, [así como] la obstrucción de las investigaciones (...)*”.

De esta forma, se entiende que los incumplimientos de órdenes y/o instrucciones, así como las obstrucciones de las actuaciones administrativas que adelante esta Superintendencia revisten la misma gravedad que las conductas catalogadas como anticompetitivas, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular. Esta postura ha sido respaldada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“En opinión de la Sala por la forma en que está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que el legislador considera igualmente censurable que se desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como **la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.***

Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, (...)²⁷. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

En conclusión, no cabe duda de que a la luz del ordenamiento jurídico nacional, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos, acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también incumplir instrucciones y obstruir las actuaciones de esta Autoridad.

Bajo este contexto, a continuación procederá a darse respuesta a los diferentes argumentos presentados por los recurrentes en sus respectivos recursos contra la Resolución Sancionatoria, teniendo en cuenta que este Despacho durante la presente actuación administrativa dio cuenta que **CONCRETO** adelantó una serie de conductas obstructivas de la investigación, que pusieron en riesgo la facultad investigativa de esta Entidad.

Dichas conductas consistieron en: (i) instrucciones dadas por el representante legal de la empresa a diferentes empleados de alto rango, sobre la forma como debían limitar los requerimientos de esta Superintendencia respecto al objeto de la visita; (ii) órdenes e instrucciones de borrar información relacionada con el proceso de contratación adelantado por la compañía, que era el objeto de las visitas; y (iii) la puesta en marcha de una obstrucción para que los funcionarios de la Delegatura no lograran tener acceso a algunos de los equipos de cómputo institucionales de gran relevancia para el ejercicio de sus funciones, específicamente al equipo de uso corporativo del presidente de la empresa.

4.2. Argumentos relacionados con la violación al debido proceso en virtud de la aplicación de un procedimiento no establecido en la ley

CONCRETO manifestó en su recurso que la Superintendencia de Industria y Comercio violó el debido proceso en la presente actuación administrativa, al seguir un procedimiento que no está expresamente establecido en la ley. A criterio del recurrente, la Entidad aplicó una pluralidad de apartes de “*ritualidades diferentes, que hacen del todo confuso determinar el trámite que, a criterio de la Superintendencia, era procedente*”.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 17 de Mayo de 2002. Rad. No.: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De esta forma, y una vez analizados los argumentos respecto al procedimiento surtido en el presente caso, este Despacho debe manifestar que no coincide con la posición del recurrente, toda vez que el trámite de solicitud de explicaciones aplicado en el presente caso está expresamente establecido en la ley, obligando a remitirse a la norma de carácter general únicamente en caso de vacíos normativos.

Así, a continuación pasará a resumirse la regulación especial que expresamente trata la materia en cuestión, con el fin de poder determinar cuáles son los vacíos procesales que deben ser llenados con lo establecido en el artículo 51 del CPACA, norma general en materia de estos trámites incidentales en el proceso administrativo. Por lo anterior, se pone de presente que de la norma especial puede desprenderse lo siguiente:

- El trámite incidental de solicitud de explicaciones en materia de libre competencia debe ser iniciado e instruido por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011) y sancionado por el Superintendente de Industria y Comercio (numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011).
- La sanción que ha de imponerse en virtud a las facultades otorgadas por el Decreto 4886 de 2011, se hará en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, norma que establece lo siguiente:

"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 mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.***

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto).

- La caducidad de la facultad sancionatoria para este tipo de trámites incidentales, al igual que para cualquier trámite respecto a las normas que componen el régimen de libre competencia, es de 5 años, de acuerdo al artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece:

"Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción **por la violación del régimen de protección de la competencia** caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conducta de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado". (Subraya y negrilla fuera de texto)

Como puede observarse, en términos generales, el trámite incidental de solicitud de explicaciones en materia de libre competencia está debidamente reglamentado en la ley especial. Así, dicha normatividad establece (i) las conductas sujetas a este trámite; (ii) la autoridad competente para darle inicio; (iii) la autoridad competente para decidir si sancionar o no; (iv) el monto de las sanciones a imponer; y (v) el término de caducidad de la acción en cabeza de esta Superintendencia.

Ahora bien, existe un vacío normativo evidente en la norma especial, el cual hace referencia al término para que los investigados presenten sus respectivas explicaciones.

De esta forma, y haciendo entonces remisión al artículo 51 del CPACA por los motivos anteriormente expuestos, se encuentra que dicha norma establece un término de 10 días a los investigados para presentar las respectivas explicaciones.

En virtud de lo anterior, se concluye que el procedimiento aplicable al trámite de solicitud de explicaciones en materia de libre competencia dispone, en términos generales, que la Delegatura dará inicio al trámite administrativo, otorgándole a los investigados un término de 10 días hábiles para presentar explicaciones y aportar las pruebas que consideren útiles, pertinentes y conducentes

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

para argumentar su defensa. Finalmente, el Superintendente de Industria y Comercio emitirá una decisión final por medio de resolución motivada.

Así, debe mencionarse que el procedimiento de carácter incidental descrito previamente ha sido avalado por la misma jurisprudencia administrativa en casos tramitados en aplicación del Decreto 01 de 1984 y antes de la vigencia de la Ley 1340 de 2009, en dónde el mismo Consejo de Estado aprobó la existencia de la etapa probatoria mencionada. Al respecto, dicho Tribunal²⁸ consideró que:

“(…) El Decreto 2153 de 1992, como antes se anotó, faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para “Imponer las sanciones pertinentes (...) por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia” (artículo 2º, núm. 2º).

(...)

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

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

Ahora bien, el recurrente manifestó, basado en la sentencia del 31 de agosto de 2018 del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., que “*tal como lo conoce la Superintendencia, existe ya el antecedente concreto en que el juez competente, sin ningún espacio para la duda, ha manifestado que “la omisión de cumplir o acatar las instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y la obstrucción de una investigación, (...) previo proceso administrativo sancionatorio que debe adelantarse en los términos especiales del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, (...)”*”.

Al respecto, es menester aclarar dos cuestiones en relación con la providencia judicial referida. La primera, es que de conformidad con la jurisprudencia²⁹ de la Corte Constitucional, para que las decisiones de los jueces sean eficaces, es necesario que ellas sean ciertas, es decir, que su existencia no sea cuestionada. Escenario este último que tiene lugar con la interposición de los mecanismos ordinarios de impugnación (i.e. recurso de apelación). En tal medida, la ley procesal exige una serie de condiciones que contribuyen a dotar de certeza las decisiones judiciales, entre ellas, el atributo de firmeza que permite determinar a partir de qué momento la decisión judicial es inalterable.

En tal medida, este Despacho puede advertir que la providencia judicial³⁰ referida por el recurrente es una sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. en primera instancia, decisión que fue objeto de recurso de apelación, concedido en el efecto

²⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. No. 25000 23 24 000 2008 00137 01.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-548 de 1997.

³⁰ Juzgado Sexto (6) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., Sección Primera. Sentencia del 31 de agosto de 2018. Rad. No. 110013334006 2015 00007 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

suspensivo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³¹, según lo previsto en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual es una decisión que no goza de firmeza.

La segunda, que sin perjuicio de la falta de firmeza de la providencia judicial invocada por los recurrentes, la *ratio decidendi* de la misma es contraria a decisiones de otros jueces administrativos y, adicionalmente, desconoce el precedente establecido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En efecto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., en una providencia judicial en que también se debatía un problema jurídico en relación con el supuesto desconocimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en su *ratio decidendi* consideró que:

"[L]os derechos de audiencia y defensa, previsto como parte integrante del procedimiento administrativo previsto por el legislador fueron respetados y garantizados por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, habiendo dado la oportunidad al demandado para que rindiera explicaciones, solicitare pruebas, se pronunciara frente a las pruebas decretadas, controvertir el material probatorio recaudado; materializándose con ello las garantías previas del debido proceso, desarrollados jurisprudencialmente."³²
(Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Como si lo anterior no fuera razón suficiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³³, al referirse a las mismas etapas procedimentales surtidas en la presente actuación administrativa tampoco encontró ningún reparo o violación al debido proceso administrativo.

"(...) se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó explicaciones a la E.A.A.B S.A. E.S.P. debido a la inobservancia de las instrucciones emitidas en la visita de 30 de octubre de 2012 y, en ese sentido, se aprecia que dicha empresa pudo aportar y solicitar las pruebas que pretendiera hacer valer, concediéndole para ello un término que vencía el 26 de noviembre de 2012; sin embargo, la E.A.A.B S.A. E.S.P. no allegó ningún escrito de explicaciones al respecto, tampoco aportó ni solicitó la práctica de prueba alguna que desvirtuara la actuación administrativa iniciada en su contra (...)

*En consecuencia, **la Sala no encuentra vulnerado el debido proceso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio** y, por ello, no prospera el cargo formulado."*(Negrillas y subrayado fuera de texto original).

Como puede apreciarse, es evidente que la providencia judicial referida por **CONCRETO** como fundamento para alegar un supuesto "*error craso de procedimiento*" que derivó en una vulneración al debido proceso, no puede tener ningún tipo de aplicación en la presente actuación administrativa en razón a que (i) no goza de firmeza y, en cualquier caso, (ii) su *ratio decidendi* es contraria a decisiones de otros jueces administrativos y, adicionalmente, (iii) desconoce el precedente establecido por su superior, esto es, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Por todo lo anterior, esta Superintendencia encuentra que, contrario a lo alegado por los investigados, el procedimiento seguido en el presente caso se ajustó en todo momento a las normas vigentes en la materia, sin desconocer en ninguna medida las garantías ni los derechos procesales de los administrados. Por este motivo, no se encuentran procedentes las solicitudes principal y subsidiarias hechas por los recurrentes respecto a revocar la Resolución Sancionatoria e iniciar un nuevo trámite bajo el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 por la supuesta existencia de un "*yerro procesal*".

³¹ Rama Judicial. Consulta de procesos. Disponible en: <https://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprosesos/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=QjoUGtRlrdSgwtRjkh15evTvOiA%3d>

³² Juzgado Primero (1) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2016. Rad. No. 110013334001205 00132 00.

³³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A". Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 250002341000 2015 00326 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4.3. Argumentos relacionados con la violación al debido proceso por no pronunciarse sobre las explicaciones de JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

CONCRETO y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** consideraron en sus respectivos recursos de reposición que esta Superintendencia vulneró el debido proceso al no pronunciarse de fondo en la Resolución Sancionatoria respecto a las explicaciones dadas por las personas naturales, a saber, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**.

Lo anterior, dado que, en su criterio, no encontraron sentido en que la Entidad proceda a establecer la responsabilidad de las personas naturales en un proceso separado, teniendo en cuenta que su conducta constituyó la omisión sancionada en este caso. De esta forma, consideran necesario calificar de manera previa la conducta de las personas naturales para poder posteriormente establecer la responsabilidad de la persona jurídica.

Cuestionan además el hecho que, a pesar de no haber resuelto de fondo sobre las explicaciones de los empleados de la compañía, las pruebas que estos aportaron al proceso, y que estaban ligadas a su defensa personal, fueron utilizadas para valorar la conducta de **CONCRETO**.

Por su parte, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** manifestó que tiene interés y legitimación para solicitar que sus explicaciones sean tenidas en cuenta y debidamente valoradas, pues la sanción impuesta a **CONCRETO** en el presente caso tuvo lugar por una conducta suya, lo cual le ha ocasionado profundos inconvenientes al interior de la empresa. Esto debido a su calidad de representante legal, la cual le ha implicado atender "*requerimientos de los diferentes órganos corporativos; en adición a la posibilidad de ser sujeto pasivo de la acción de responsabilidad social*".

Finalmente, los recurrentes sostuvieron que esta Superintendencia, de encontrar un error en la imputación hecha por la Delegatura, debió haber declarado la nulidad de todo lo actuado y haber dado inicio de nuevo al proceso con los ajustes considerados necesarios.

Al respecto, este Despacho presentará los argumentos y sustentos por los cuales considera que la posición de los recurrentes es improcedente:

En primer lugar, debe recordarse que de acuerdo al artículo 98 del Código de Comercio de Colombia, el principal efecto de la constitución de una sociedad es que la misma, "(...) *una vez constituida, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*" (Negrilla y subraya fuera de texto).

A su vez, el artículo 633 del Código Civil define a las personas jurídicas como "(...) *una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*".

En virtud de lo anterior, la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** ha manifestado que:

"[E]s claro que en nuestro ordenamiento jurídico las personas jurídicas tienen su propia personalidad, cualidad que adquieren cuando para su constitución se ha observado la totalidad de los requisitos previstos en la ley, de acuerdo con la estructura o tipo societario que se pretende, y que las válida para contraer obligaciones y adquirir derechos"³⁴.

En este orden de ideas, puede concluirse que **CONCRETO** conformaba una persona jurídica autónoma e independiente de sus asociados y administradores, con capacidad suficiente para adquirir derechos y obligaciones en el marco del desarrollo de sus negocios, y un patrimonio independiente del cual podía disponer para adelantar toda clase de actos jurídicos y afrontar, activa o pasivamente, las acciones judiciales o administrativas de que fuera sujeto.

Y es que en virtud de lo anterior, el ordenamiento nacional ha incluso entendido que las personas jurídicas, como es el caso de **CONCRETO**, son consideradas aptas para ser partes procesales independientes en un proceso judicial o administrativo.

Al respecto, el Código General del Proceso, en su artículo 53, dispone que:

³⁴ Superintendencia de Sociedades. Concepto No. 220-1218 del 15 de enero de 2003.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"Artículo 53 – Capacidad para ser parte: *Podrán ser parte en un proceso:*

1. *Las personas naturales y jurídicas (...)"* (Subraya y negrilla fuera de texto).

Por este motivo, este Despacho recuerda que durante la presente actuación administrativa se investigó la conducta de tres personas independientes, esto es **CONCRETO, JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**.

Así, y por tratarse de sujetos procesales con la capacidad de afrontar de manera independiente el proceso, se imputó a cada uno de ellos la vulneración al régimen de libre competencia en virtud de sus conductas, dándoles la oportunidad a cada uno de presentar sus respectivas explicaciones y aportar pruebas en aras de establecer su defensa.

De igual forma, este Despacho estudió, en el momento procesal correspondiente, la conducta de cada uno de los sujetos procesales mencionados, de manera independiente, valorando la imputación hecha y las pruebas obrantes en el Expediente, para poder finalmente tomar una decisión respecto a la responsabilidad individual de cada uno de los involucrados.

Por esta razón, y una vez analizada la imputación particular contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, se llegó a la conclusión que la misma era errónea, y por tanto, en aras de garantizar el principio de congruencia y su derecho a la defensa, tomó la decisión de dar por terminada la actuación administrativa en su contra, archivando la misma.

Por este motivo, y habiendo sido archivada la actuación contra las personas naturales, carecía de sentido analizar de fondo sus explicaciones, toda vez que con el archivo de la investigación desaparecían los supuestos que hacían necesarias las explicaciones de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**. Además, de no ser así, se hubiera generado un desgaste administrativo adicional, valorando y pronunciándose sobre unas explicaciones que estaban destinadas únicamente a justificar la actuación de unas personas naturales que de todas maneras verían archivada la investigación en su contra.

Por este motivo, este Despacho se mantiene en su posición de no encontrar necesario el pronunciarse respecto a las explicaciones dadas por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** en el presente proceso, toda vez que desde el inicio de la Resolución Sancionatoria se dio a conocer que se archivaría la actuación administrativa en su contra.

Por otro lado, no le encuentra tampoco razón este Despacho a los recurrentes respecto a que el no haberse pronunciado de fondo sobre las explicaciones de los empleados de **CONCRETO** involucrados en la actuación administrativa, se produjo una violación al debido proceso y al derecho a la defensa de esta última.

Lo anterior, toda vez que como está plenamente acreditado, la presente investigación surtió todos los trámites y etapas procesales exigidas por la ley, dando la posibilidad a cada uno de los investigados, incluyendo a CONCRETO, de presentar todos los argumentos y explicaciones que consideraran pertinentes en su defensa.

Incluso, los recurrentes pasan por alto que dentro de la actuación administrativa se tomaron las declaraciones y testimonios tanto de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**³⁵ como de **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**³⁶, por lo cual tampoco es cierto el hecho que se haya sancionado a **CONCRETO** sin haber "oído" a las dos personas naturales involucradas en el presente trámite.

Así, no se encuentra sustento en afirmar que la defensa de **CONCRETO** se veía supeditada al análisis sobre las explicaciones de otros investigados, pues la primera vio garantizada en todo momento la posibilidad de dar sus explicaciones y de aportar todas las pruebas que, siendo pertinentes, útiles y conducentes, buscaran negar su responsabilidad en la presente actuación.

Por este motivo, no se encuentra cómo pudo violarse el debido proceso y el derecho a la defensa de un investigado, que como sujeto procesal independiente, presentó explicaciones, aportó pruebas y se le valoraron todos sus argumentos en la Resolución Sancionatoria.

³⁵ Folio 207 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³⁶ Folio 63 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

De igual modo, sobre la afirmación de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** respecto a que sus explicaciones debieron haber sido valoradas dado que presentaba un interés en el proceso, toda vez que por su calidad de representante legal podría llegar a ser sujeto pasivo de la acción social de responsabilidad establecida en el régimen societario, este Despacho manifiesta lo siguiente:

El hecho que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** pueda llegar a ser sujeto pasivo de acciones establecidas en otro régimen legal de nuestro ordenamiento, en este caso poco o nada obliga a esta Superintendencia para valorar sus explicaciones en el presente proceso. En efecto, cada procedimiento adelantado por las respectivas autoridades administrativas o judiciales, es independiente, y por tanto, de ser cierto que la compañía iniciara una acción de responsabilidad contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, éste tendría, en el marco de dicha actuación, la oportunidad procesal de aportar sus explicaciones y las pruebas que soporten sobre las mismas. Así, será la autoridad competente, quien llegado el momento, tendrá la obligación de valorar y pronunciarse sobre las explicaciones dadas por el investigado.

En este orden de ideas, la obligación de este Despacho en el marco de la actuación que nos ocupa era el de valorar las explicaciones y pruebas a la luz de los hechos y la imputación realizada en contra de cada investigado. En este sentido, al haberse identificado un error en la imputación inicial hecha a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y haberse decidió archivar la investigación en su contra, valorar sus explicaciones hubiera implicado un desgaste administrativo innecesario y contrario a los principios de eficacia y economía administrativa.

Así, no se encuentra procedente de ninguna manera la solicitud de pronunciarse sobre las explicaciones de un investigado a quien, desde el inicio del acto administrativo recurrido, se encontró que debía archivársele la investigación, por el hecho que dada su condición de representante legal podría ser sujeto pasivo de otras acciones legales.

Ahora, respecto al argumento presentado sobre que era necesario establecer, de manera previa, la responsabilidad de las personas naturales para poder establecer posteriormente la responsabilidad de **CONCRETO** este Despacho considera lo siguiente:

El artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual modifica el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece lo siguiente:

“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 mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.***

(...). (Subraya y negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que modifica el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece 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.*

(...). (Negrillas y subrayado fuera del texto).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Ahora bien, de la lectura de las normas anteriormente citadas puede desprenderse que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 sanciona a cualquier agente de mercado que con su actuar infrinja cualquiera de las disposiciones del régimen de libre competencia. No obstante, dicha norma no dispone de ninguna manera que para la imposición de la sanción, la Superintendencia deba previamente haber establecido la responsabilidad de las personas naturales vinculadas a dicho agente de mercado.

Por el contrario, el mencionado artículo exige únicamente, para la imposición de una multa, el demostrar que un agente de mercado, sea persona natural o jurídica, haya infringido alguna de las disposiciones del régimen de libre competencia.

Caso contrario ocurre con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, norma que dispone textualmente que cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere, una conducta violatoria de las normas de la libre competencia, será sujeto a una sanción por parte de esta Superintendencia.

De lo anterior, es claro que este artículo sí dispone de una serie de verbos rectores que dependen de la comisión previa de una práctica anticompetitiva. No de otra forma puede entenderse que colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar son verbos que exigen la existencia de una conducta principal que pueda precisamente facilitarse, autorizarse, ejecutarse o tolerarse.

En este orden de ideas, este Despacho considera que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, para la imposición de la sanción a **CONCRETO** por la violación de las normas de libre competencia, en virtud del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, no debió calificarse en primer lugar la conducta de las personas naturales relacionadas con dicho agente de mercado.

Ahora bien, respecto al argumento relacionado con el hecho que la Superintendencia estableció la responsabilidad de **CONCRETO** haciendo uso de medios probatorios aportados por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y que se encontraban ligados a su defensa personal, como lo fue la declaración de parte que este último rindió ante esta Entidad en el marco de la presente actuación, solo resta advertir que en virtud del principio de comunidad de la prueba, independientemente de quien aporte la prueba, la misma una vez practicada pasa a ser propiedad del proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

*“Así, desde la perspectiva del Artículo 29 de la Constitución Política y para la defensa de su interés particular dentro del proceso, cada parte tiene la facultad de acercarse a los medios de prueba desde dos perspectivas distintas: (i) para solicitar y aportar aquéllas pruebas que apoyan su causa – donde asume la inacción o desacierto en ese cometido – y (ii) para conocer y contradecir las que pretenden oponerse en su contra. **Una vez practicadas, las pruebas pasarán a ser parte del proceso (principio de comunidad de la prueba) y deberán ser analizadas por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica o persuasión racional acogidas por nuestro ordenamiento procesal**”³⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

En igual sentido, la doctrina en la materia ha establecido lo siguiente:

*“Las partes o los sujetos procesales en términos generales, tienen la tendencia a referirse a las pruebas invocando una supuesta propiedad o disponibilidad, **esto no es cierto cuando son aportadas o practicadas en el proceso.***

‘Mi prueba’ (término usado por el sujeto correspondiente), se transforma una vez en el proceso en prueba para él.

Pero no solamente el aspecto externo de la prueba es adquirido para el proceso, también lo es el resultado de la actividad probatoria de cada parte, y no se puede pretender que las pruebas se aprecien en lo favorable a la parte que la petición o aportó”³⁸ (subraya y negrilla fuera de texto).

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-790 de 2006.

³⁸ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio. La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado.* Librería Ediciones del Profesional Ltda. Décimo octava Edición. 2011. Pág. 69-70.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

En este sentido, el argumento de los recurrentes respecto a que se utilizaron medios de prueba aportados y ligados con la defensa personal de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** carece de total sustento. Lo anterior toda vez que dichos medios de prueba, una vez aportados, decretados y practicados, como efectivamente lo fueron, pasaron a convertirse en propiedad del proceso, y por tanto debían ser analizados por este Despacho en su conjunto, tal y como lo establece el artículo 176 del CGP, el cual reza:

*“Artículo 176. – **Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.*

(...)”.

Finalmente, respecto al argumento según el cual, de haberse identificado un error en la imputación hecha por la Delegatura, lo correcto hubiera sido haber declarado la nulidad de todo lo actuado y haber iniciado de nuevo el procedimiento sancionatorio, este Despacho debe manifestar que tal y como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia evidenció un error en la imputación de las personas naturales, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**. Sin embargo, frente a **CONCRETO** no se evidenció ningún tipo de irregularidad en lo actuado.

Por este motivo, y en aras de corregir las irregularidades presentadas frente a las personas naturales, el Despacho tomó la decisión de archivar la investigación en su contra y remitir de nuevo el Expediente a la Delegatura para que analizara la existencia o no de mérito para abrir una investigación por la presunta responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Sin embargo, dado que frente a **CONCRETO** no se evidenció ninguna inconsistencia ni irregularidad, y en cumplimiento de los principios de eficacia y economía procesal establecidos en los numerales 11 y 12 del artículo 3 del CPACA, este Despacho no podía decretar la nulidad sobre todo lo actuado frente a **CONCRETO**, lo cual hubiera implicado revivir una serie de etapas procesales ya surtidas y que no se vieron en ningún momento viciadas de nulidad. Por lo anterior, no era procedente declarar la nulidad de todo lo actuado en el presente caso.

4.4. Argumentos relacionados con la violación al derecho a la intimidad de los investigados

CONCRETO manifestó en su recurso de reposición que en el presente caso se presentó una vulneración al debido proceso, toda vez que los mensajes de *WhatsApp* que fueron utilizados como prueba consistían en conversaciones privadas de los empleados de la compañía, amparadas por el derecho a la intimidad. En esta medida, consideró que dichos medios de prueba deben ser considerados nulos de pleno derecho.

De igual forma, el recurrente consideró que esta Superintendencia realizó un “*parfraseo tergiversado*” de la Sentencia C-165 de 2019 para ampliar la facultad de la Entidad en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

En este sentido, procede a explicarse porque, contrario a lo manifestado por el recurrente, (i) los mensajes de *WhatsApp* valorados como prueba en el presente caso no pueden ser considerados como documentos amparados por el derecho a la intimidad; y (ii) no se realizó un “*parfraseo tergiversado*” de la la Sentencia C-165 de 2019.

En primer lugar, debe recordarse que la Corte Constitucional ha definido el derecho a la intimidad como aquél que “(...) *hace parte de la esfera o espacio de la vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico*”³⁹ (Negrilla y subraya fuera de texto).

De esta forma, debe indicarse que, a pesar de la oposición del recurrente, la misma Corte Constitucional ha reconocido la existencia de ciertos límites al derecho a la intimidad, como lo son

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-594 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. Por esto, a pesar de ser un derecho fundamental, el derecho a la intimidad **no resulta absoluto**.

Lo anterior se encuentra amparado en el artículo 15 de la Constitución Política, el cual señala:

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

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

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

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

En este sentido, se evidencia como la misma Constitución establece ciertos límites al derecho a la intimidad, dando facultades a las entidades con funciones de inspección, vigilancia y control de solicitar la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados.

Así, y en relación con la Superintendencia de Industria y Comercio, sus funciones de inspección, vigilancia y control en materia de protección de la libre competencia derivan del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, que indica:

"Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. 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". A su vez, el numeral 2, del artículo 1 del Decreto 4886 del 23 de diciembre de 2011 dispone que 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**" (Subraya y negrilla fuera de texto).

A su vez, el numeral 4 del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal establece que esta Superintendencia ejerce funciones permanentes de policía judicial en materia de libre competencia⁴⁰.

En virtud de lo anterior, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en desarrollo de la facultad constitucional consagrada en el artículo 15 antes citado, establecen que son funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras, 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 1130 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 adicione las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de República.

⁴⁰ "Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control".

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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.

(...)” (Negrilla fuera de texto).

Lo anterior fue ratificado por la Corte Constitucional, que en sentencia C-165 de 2019 estableció:

“De esta forma, en el marco de las visitas de inspección, las superintendencias están facultadas para, entre otras: (i) ingresar a las instalaciones de las empresas y examinar sus archivos; (ii) **recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete;** (iii) **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;** y (iv) tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa” (Negrilla y subraya fuera de texto).

Así las cosas, y con fundamento en las normas previamente analizadas, es claro entonces que esta Superintendencia cumple efectivamente con funciones de inspección, vigilancia y control, las cuales se traducen en vigilar los diferentes mercados nacionales, razón por la cual, con fundamento en el artículo 15 de la Constitución Política, está plenamente facultada para **exigir** la presentación de libros de contabilidad y **demás documentos privados**, sobre los cuales no le es oponible ningún tipo de reserva amparada en el derecho a la intimidad.

Ahora bien, respecto a la naturaleza de **documento privado** de los mensajes de *WhatsApp* analizados en el caso concreto, se manifiesta lo siguiente:

En la sentencia C-165 de 2019, supuestamente “tergiversada” por esta Entidad, la Corte manifestó lo siguiente:

“Así, la Corte no comparte la interpretación del demandante por virtud de la cual la revisión de los documentos contenidos en computadores, tablets y correos electrónicos **institucionales**, es decir de propiedad de las empresas y para fines empresariales, constituyen una interceptación o registro en los términos del inciso 3° del artículo 15 de la Constitución. De acuerdo con lo expuesto, los documentos contenidos en dichos medios, en principio, están relacionados con la actividad del comerciante. Por ello, harían parte de la categoría de “documentos privados” a los que las superintendencias pueden acceder para fines de inspección y vigilancia en virtud del inciso 4° del artículo 15 de la Constitución” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Una lectura e interpretación superficial del párrafo anteriormente citado lleva a concluir, como lo hace el recurrente, que la Corte estableció que los documentos contenidos exclusivamente en computadores, *tablets* y correos electrónicos de propiedad de las empresas y para fines empresariales, constituyen **documentos privados** y por tanto no se encuentran cobijados por el derecho a la intimidad.

Sin embargo, dicha interpretación omite de manera clara el hecho que la Corte no solo se limita a establecer que los documentos contenidos en dichos dispositivos electrónicos enunciados son considerados como **documentos privados**, sino que, adicionalmente, establece el criterio fundamental para establecer qué debe entenderse en general por **documento privado**, sujeto a ser solicitado por las entidades con funciones de inspección, vigilancia y control, como el caso de esta Superintendencia.

Así, de leerse con cuidado el párrafo citado, puede evidenciarse puntualmente que para la Corte los documentos contenidos en computadores, *tablets* y correos electrónicos institucionales hacen parte de la categoría de **documentos privados** a los que las superintendencias pueden acceder

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

para fines de inspección y vigilancia por el hecho de estar relacionados con la actividad del comerciante.

De esta forma, salta a la vista que para la Corte, los documentos contenidos en computadores, *tablets* y correos electrónicos institucionales hacen parte de la categoría **documentos privados**, por el hecho de estar relacionados con la actividad del comerciante.

Así, para el máximo tribunal Constitucional, el elemento esencial para determinar la calidad de **documento privado** sujeto a inspección y vigilancia por parte de la Superintendencia no es, como lo trata de hacer ver el recurrente erróneamente, el dispositivo móvil en que se encuentre dicho documento, sino su relación o no con la actividad del comerciante.

Esta interpretación además va acorde con lo manifestado en ocasiones anteriores por la Corte Suprema de Justicia, quien dispuso que: **(i)** la documentación que puede ser recolectada por las entidades de inspección son aquellas que estén relacionadas con el negocio de la empresa; y **(ii)** que el hecho que a través de sistema de mensajería (como correos electrónicos, o en nuestro caso *WhatsApp*), de carácter institucional, se transmitan comunicaciones privadas de los empleados, no significa de ninguna manera que deban entonces considerarse de naturaleza personal y privada, protegidos por el derecho a la intimidad. De esta forma, la citada sentencia manifestó lo siguiente:

*"A fin de evitar, por ende, cualquiera de esas indebidas injerencias, las partes del proceso y el funcionario encargado de la controversia, deberán sujetar sus actuaciones a la normatividad legal pertinente y circunscribir la probanza a lo estrictamente necesario, según los hechos que sustentan la misma. En consecuencia, unas y otro deberán velar porque la documentación cuya presentación se persiga, y que en efecto se exhiba, en tratándose de los papeles del comerciante, **sea en verdad la correspondencia y los comprobantes relacionados con sus negocios.**"*

(...)

*De lo anterior se desprende, que si en tales direcciones de correo "empresariales" existían comunicaciones privadas de los trabajadores a quienes se había confiado su uso, tal estado de cosas tuvo por causa **que ellos optaron por transmitir a través de esas cuentas, misivas suyas, ajenas a la sociedad y/o al trabajo que hacían**"⁴¹ (Negrilla fuera de texto).*

De esta forma, la información contenida en el teléfono móvil de carácter institucional se considera relacionada con la actividad de la compañía, razón por la cual puede ser sujeta a inspección por parte de esta Superintendencia o cualquier otra autoridad Estatal con dichas facultades.

De no ser así, cualquier información relacionada con un proceder anticompetitivo consignado en dispositivos móviles institucionales sería inmune a las consecuencias jurídicas que de éste se derivan, tornando en imposible la labor de vigilancia que cumple esta Entidad. Nótese que aceptar esta posición (como la que sugiere el recurrente) constituiría una invitación para que, por ejemplo, los miembros de un cartel coordinaran su conducta a través de mensajes en sus teléfonos inasequibles para la autoridad, o que, como en el caso concreto, se fraguaran estrategias y se tomaran decisiones que entorpecieran y pusieran en alto riesgo las facultades de esta Superintendencia.

Por último, debe resaltarse que los mensajes de *WhatsApp* utilizados en el presente caso como prueba, tienen una clara relación, única y exclusivamente, con asuntos empresariales y de naturaleza institucional. De hecho, el contenido de los mensajes utilizados como prueba hace referencia al desarrollo de las visitas administrativas en cuestión y a información de carácter institucional, motivo por el cual no puede argumentarse que se trataba de conversaciones de naturaleza privada entre los empleados de **CONCRETO**. Incluso, tal y como se evidencia del Acta de Visita del 22 de septiembre de 2016⁴², durante dicha diligencia se le informó a los investigados que la información de carácter netamente **personal** que obrara en sus equipos institucionales no sería utilizada y sería asegurada y mantenida en reserva, lo cual se ha cumplido a cabalidad.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del cuatro de septiembre de 2007. Rad. No. 05001-22-03-000-2007-00230-01.

⁴² Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Por todo lo anterior, en virtud del artículo 15 de la Constitución Política, la Superintendencia de Industria y Comercio tenía plenas facultades para exigir y revisar los mensajes de *WhatsApp* que tuvieran relación con la actividad económica de la compañía y sus empleados, sin necesidad de requerir orden judicial para esto.

4.5. Argumentos relacionados con la violación del secreto profesional

CONCRETO consideró en su recurso que en el presente caso, un gran número de mensajes de *WhatsApp* utilizados como prueba por la Superintendencia se encontraban protegidos por el artículo 74 de la Constitución, el cual hace referencia a la protección del secreto profesional. Lo anterior, toda vez que se trataba de la retransmisión de información privilegiada e inviolable entre abogado y su cliente. Así, el recurrente manifiesta que el secreto profesional es inviolable, por lo cual las pruebas utilizadas debieron haber sido excluidas del proceso.

A continuación este Despacho pasará a exponer los argumentos por los cuales no considera acertado el argumento de **CONCRETO**:

En primer lugar, debe manifestarse que para la Corte Constitucional el secreto profesional consiste en la información reservada o confidencial que se conoce por el ejercicio de determinadas profesiones⁴³ y que se encuentra cubierta por un derecho-deber⁴⁴ en cabeza de los profesionales⁴⁵.

Así, esta misma corporación ha establecido que se trata de un aspecto esencial en el ejercicio de determinadas profesiones⁴⁶, tal y como lo dejó ver en la Sentencia T-708 de 2008:

*“Adicionalmente, desde el ángulo del profesional, puede afirmarse que existe un derecho-deber a conservar el sigilo, puesto que de lo contrario, de verse compelido a revelar lo que conoce, irremisiblemente perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento. **También cada profesión, particularmente las ligadas a la prestación de servicios personalísimos**, tienen el interés legítimo de merecer y cultivar la confianza pública y, por lo tanto, estigmatizan y sancionan a los miembros que se abandonan a la infidencia y a la divulgación de lo que siempre debe quedar confinado dentro del impenetrable espacio de lo absolutamente reservado.”* (negrilla fuera de texto original) Esta Corporación ha definido el contenido de ese derecho a partir de la salvaguarda de la confianza que depositan las personas entre otras, con ocasión de ciertas ocupaciones” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Finalmente, un hecho de gran importancia consiste en que, en virtud de lo establecido en el artículo 74 de la Constitución, el secreto profesional es inviolable. Esto también ha sido reconocido por el máximo Tribunal Constitucional en su Sentencia C-264 de 1996:

*“Como en el caso del derecho a la vida, **en el del secreto profesional la Carta no dejó margen alguno para que el legislador señalara bajo qué condiciones puede legítimamente violarse un derecho rotulado “inviolable”**. Esa calidad de inviolable que atribuye la Carta al secreto profesional, determina que no sea siquiera optativo para el profesional vinculado por él, revelarlo o abstenerse de hacerlo. Está obligado a guardarlo”* (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta forma, el ordenamiento nacional reconoce la existencia de un derecho-deber en cabeza de ciertas profesiones⁴⁷, que por su condición de prestadores de servicios de carácter personalísimos

⁴³ Corte Constitucional. Auto 006 de 1993.

⁴⁴ Se ha catalogado el secreto profesional como un derecho-deber toda vez que además de proteger derechos fundamentales de los propietarios de la información, en él descansa de igual forma la confianza que requieren los profesionales como abogados, médicos, contadores, entre otros, para el ejercicio de sus labores. Corte Constitucional. Sentencia T-151 de 1996 (“En el secreto profesional descansa parte muy importante de la confianza que debe surgir y permanecer entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación. Mal se podría asegurar el éxito de la gestión confiada a aquél si los temores de quien requiere sus servicios le impiden conocer en su integridad los pormenores de la situación en que se ocupa”).

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2012.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

están obligados a no divulgar la información reservada o confidencial que hayan conocido por el ejercicio de sus profesiones. De igual forma, ha quedado claro que dicho derecho-deber que configura el secreto profesional es inviolable, tal y como lo dispone la misma Constitución Política de Colombia.

Ahora bien, en el caso en concreto debe ponerse de presente, en primer lugar, que a pesar de que el recurrente manifiesta que *"un importante número de mensajes de datos, transmitidos a través de la plataforma WhatsApp y que la Superintendencia utiliza como fundamento para la resolución recurrida, se encuentran bajo la protección del artículo 74 constitucional"* por ser la retransmisión de información entre abogado y su cliente, la realidad es que solo **uno** de los múltiples mensajes analizados en este caso tiene relación con la supuesta *"retransmisión de información"* entre abogado y cliente.

Dicha comunicación se refiere a la que se transcribe a continuación:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

"De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: **Hablamos con un abogado de Posse que trabajó en la Super;**

Conclusiones:

1. Ud tiene cita a las 4 PM pero no indicaron expresamente que debía presentarse con Computador.

2. Si le preguntan por su herramienta para ver correos, debemos tener en su mesa un equipo que está a su disposición para conectarse a su correo en la oficina.

Y que su equipo está en su casa; solo si lo preguntan.

3. Ahora bien, si le solicitan el computador de la casa, lo debe aportar teniendo en cuenta que lo que haya borrado (archivos, correos, etc.), pueden ser reconstruidos por los equipos forenses.

4. En conclusión, puede pasar que no soliciten nada más que su indagatoria, y en caso de pedirle el equipo, será necesario aportarlo"⁴⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Nótese que el mensaje transcrito no consiste en una comunicación entre un abogado y su cliente, o en una exteriorización por parte del abogado de cierta información confidencial recibida por el ejercicio de sus funciones, sino que consiste simplemente en **la retransmisión interna entre dos empleados de la compañía de lo hablado con los abogados.**

Incluso, puede evidenciarse que el anterior texto lo que contiene son las conclusiones sacadas por **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** de su conversación con *"un abogado de Posse que trabajó en la Super"*.

En este sentido, mal haría en considerarse que dicho mensaje de *WhatsApp* corresponde a información confidencial cobijada por el secreto profesional. De ser así, bastaría para los administrados en todos los casos con manifestar que las comunicaciones internas entre sus empleados consistían en retransmisiones de instrucciones de sus asesores jurídicos para evitar que las mismas sean valoradas por esta Superintendencia en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, y no obstante lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-538 de 1997 delimitó el alcance del secreto profesional, estableciendo que la información protegida en virtud de este hace referencia a **información que se encuentra estrictamente ligada con el derecho a la intimidad de las personas.** Así, el máximo Tribunal Constitucional manifestó:

*"El secreto profesional impone a los profesionales que a consecuencia de su actividad se tornan depositarios de la confianza de las personas que descubren o dejan entrever ante ellos **datos y hechos de su vida privada**, destinados a mantenerse ocultos a los demás, el deber de conservar el sigilo o reserva sobre los mismos. La inviolabilidad del secreto **asegura la intimidad de la vida personal y familiar de quien hace partícipe al profesional de asuntos y circunstancias que sólo a él incumben y que sólo con grave***

⁴⁸ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

detrimento de su dignidad y libertad interior podrían desvelarse públicamente.
(Subraya y negrilla fuera de texto).

Por lo anterior, la Corte estableció que debe delimitarse la intimidad del propietario de la información, en aras de poder determinar el alcance de la protección garantizada por el secreto profesional:

“La inviolabilidad del secreto profesional, presupone la previa delimitación de la intimidad del sujeto cuyos datos y hechos constituyen su objeto”.

A su vez, inmediatamente después la Corte manifiesta que el alcance de la intimidad que busca protegerse con el secreto profesional no es la misma para todas las personas, y especialmente, que existe una gran diferencia en este aspecto entre las personas naturales y los “comerciantes”, entendidas estas como las personas jurídicas. Así, manifestó la Corte:

“De otro lado, las profesiones no están todas en el mismo radio de cercanía de la intimidad personal o familiar, ni el control del Estado sobre ellas debe ser siempre idéntico.

4. Sin excluir del todo una determinada zona de reserva, el comerciante no está en lo que se refiere a la intimidad en la misma situación en que se encuentra la persona natural. La actividad del comerciante se desenvuelve externamente. La suerte de la empresa trasciende el estrecho círculo de sus dueños. Los trabajadores, acreedores, consumidores, proveedores y el fisco, entre otros, tienen interés directo o mediato en la actividad empresarial y en sus vicisitudes. El objeto de la empresa, en ningún sentido, es el de sustraerse de la actividad social. Por el contrario, la unidad económica se inserta en un determinado mercado, que por definición es una institución social que reúne un número indeterminado de agentes y sujetos. El número y las condiciones de las transacciones que realiza, son definitivas para la vida de la empresa. La actividad comercial es una materia densamente regulada por la ley. Una de las múltiples manifestaciones de la intervención del Estado se concreta en las exigencias de información que recaen sobre las sociedades comerciales y demás sujetos económicos, tanto con miras a controlar el tráfico y sus riesgos como por razones de orden tributario”
(Subraya y negrilla fuera de texto).

Lo anterior, para finalmente concluir que el derecho a la intimidad de las personas jurídicas, a pesar de existir efectivamente, no abarca un ámbito tan amplio como el de las personas naturales. Así, dispone la Corte:

“Mientras que respecto de las personas naturales la intimidad, como correlato de su dignidad, abarca un aspecto significativo e inalienable de su vida y de su proyección existencial, tratándose de las personas jurídicas mal puede hablarse de este concepto. El ente corporativo no puede metafóricamente aspirar a tener el derecho de estar solo. En su caso, la ley establece otro tipo de garantías como las relativas a la reserva documentaria y al secreto industrial. En todo caso, la libertad de empresa como derecho constitucional impide que la ley imponga restricciones que sean irrazonables o desproporcionadas y que, por ende, afecten su núcleo esencial. Igualmente, la libertad de asociación representa un dique adicional contra la arbitrariedad de los poderes públicos, que de lo contrario podrían entre otros actos obligar a suministrar informaciones que carecieran de interés general y cuya divulgación lesionara injustamente los legítimos intereses de la empresa” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Puede concluirse entonces que al momento de determinar el alcance del secreto profesional, y establecer qué tipo de información está cobijada o no por dicho derecho-deber, el ejercicio que debe hacerse consiste en delimitar la intimidad del propietario de la información.

En este contexto, y teniendo en cuenta que el alcance y cubrimiento del derecho a la intimidad de las personas jurídicas no es tan amplio como el de una persona natural, puede concluirse que la información que se encuentra cobijada por el secreto profesional debe ser información que afecte el núcleo esencial de dicha persona jurídica, o cuya divulgación lesione injustamente los legítimos intereses de la empresa.

En este orden de ideas, este Despacho no encuentra cómo en el caso concreto la comunicación sostenida entre **CONCRETO**, por intermedio de algunos de sus empleados, y los asesores legales de la compañía respecto a la forma como debían recibir la visita administrativa adelantada

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

por esta Superintendencia, puede ser considerada información que afecte el núcleo esencial de la empresa, o que lesione **injustamente** los legítimos intereses de la misma.

En dicha comunicación, como puede evidenciarse, únicamente se hace referencia a la forma como debía atenderse la visita administrativa objeto de discusión.

Por este motivo, este Despacho no considera de manera alguna que se haya faltado o se haya vulnerado el secreto profesional, toda vez que en su concepto la comunicación tenida entre **CONCRETO** y sus abogados externos, y que fue transcrita anteriormente, no contiene información confidencial y reservada que pueda considerarse amparada bajo el secreto profesional.

Por último, y en gracia de discusión, incluso en el caso hipotético en el que se aceptara que la comunicación previamente transcrita estuviera cobijada por el secreto profesional, debe decirse que, existirían en el Expediente un importante número de mensajes adicionales que evidencian órdenes e instrucciones directas de la presidencia de la compañía, y que no tenían relación alguna con la asesoría prestada por los abogados externos de la sociedad sancionada.

Por este motivo, así se hubiera excluido del proceso el mensaje de *WhatsApp* anteriormente transcrito, la decisión de este Despacho no se hubiera visto alterada.

Por este motivo, el Despacho no acogerá los argumentos de los recurrentes sobre este respecto.

4.6. Argumentos relacionados con la falta de prueba sobre la alteración del computador institucional de JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

CONCRETO manifestó en su recurso de reposición que no es cierto que fuera previsible para los empleados de la compañía que la Superintendencia fuera a requerir el computador institucional del presidente de la compañía. Por el contrario, estaba en cabeza de la Autoridad el hacer la solicitud expresa al momento de la visita.

De igual forma, manifiesta el recurrente que las pruebas por medio de las cuales buscó demostrarse que se alteró el computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** no son conducentes. Así, la Superintendencia presumió la mala fe de los investigados, no quedando demostrado dentro del proceso la alteración de dicho equipo.

Al respecto, este Despacho manifiesta lo siguiente:

En primer lugar, tal y como lo reconoce el recurrente en su escrito, aquello que es previsible es lo que se puede “*conjeturar por algunas señales o indicios de lo que ha de suceder*”. Por este motivo, no comparte este Despacho el argumento respecto a que, en el presente caso, le era imposible a los empleados de la compañía conjeturar la posibilidad de que fuera solicitado el computador del presidente de la empresa. Esto dado a que existen diferentes elementos de prueba en el Expediente que demuestran lo contrario.

Así, como prueba de lo anterior, se presentan los siguientes hechos:

(i) Desde la primera visita del día 7 de septiembre de 2016, cuando los funcionarios de la Delegatura ya se encontraran en las instalaciones de la empresa, se evidenció la clara preocupación de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** porque fuera solicitada la información contenida en su computador, al punto que manifestó incluso su inquietud de si debía “*limpiar*” el mismo o no. Lo anterior se evidencia en las comunicaciones de *WhatsApp* cruzadas con otros de los empleados de la empresa:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ, FELIPE ROCHA SILVA y JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: *Esta noche llamo a Jorge para que me diga si yo debo estar el jueves en Medellín o si cumplo agenda en Bogotá con Juan Guillermo. **También si limpio un poco mi computador y lo ponemos de nuevo en el escritorio. Verificar si lo que copian es el computador o acceden a Gmail para saber si hay que borrar correos.*** Recuerden

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que yo tengo cadenas de todo el proceso de entrada de Vinci⁴⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto).

(ii) En segundo lugar, el día 22 de septiembre de 2016, durante la segunda visita adelantada por los funcionarios de la Delegatura, desde antes de que fuera tomada la declaración de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, los funcionarios de la Delegatura solicitaron los datos del computador institucional de este mismo, tal y como se evidencia a continuación:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

"De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: Juan Luis,

¿Hablaste con Juan Guillermo? Pidieron del teléfono y computador: serial, marca, número y fecha de asignación. Necesitamos instrucciones antes de preparar información. Volverán a las 4 PM para hablarte y recibir esta información solicitada⁵⁰

(iii) Incluso, ese mismo 22 de septiembre, los abogados externos de **CONCRETO** pusieron de presente la posibilidad de que fuera solicitado el computador de presidencia:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

"De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: Hablamos con un abogado de Posse que trabajó en la Super;

Conclusiones:

1. Ud tiene cita a las 4 PM pero no indicaron expresamente que debía presentarse con Computador.

2. Si le preguntan por su herramienta para ver correos, debemos tener en su mesa un equipo que está a su disposición para conectarse a su correo en la oficina.

Y que su equipo está en su casa; solo si lo preguntan.

3. Ahora bien, si le solicitan el computador de la casa, lo debe aportar teniendo en cuenta que lo que haya borrado (archivos, correos, etc.), pueden ser reconstruidos por los equipos forenses.

4. En conclusión, puede pasar que no soliciten nada más que su indagatoria, y en caso de pedirle el equipo, será necesario aportarlo⁵¹. (Subraya y negrilla fuera de texto).

(iii) Finalmente, durante su testimonio el día 8 de agosto de 2018, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** manifestó que el hecho de saber que podían ir por su computador y correo electrónico lo hizo entrar en pánico. Así, se transcribe aparte de la mencionada declaración:

"**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**: (...) El hecho de que volvieran [los funcionarios de la Superintendencia] el 22 de septiembre, me generó bastante temor. Ya habían transcurrido unos días más desde la primera visita, habíamos hecho muchas especulaciones, y ya estábamos realmente cerca de la firma del contrato (...)

(...)

(...). Cuando me anunciaron la segunda visita, y sobre todo que me decían que iban por el computador y los correos electrónicos, realmente yo posiblemente entré en pánico, me asuste demasiado. El computador mío es uno de los computadores donde se consolida mucha información de muchas áreas de la compañía (...)"⁵² (Subraya y negrilla fuera de texto).

⁴⁹ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁰ Folio 63 del Cuaderno Público del Expediente.

⁵¹ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵² Folio 207 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De esta forma, se observa que tanto el presidente de la compañía, como los demás empleados de **CONCRETO**, tenían suficientes indicios y señales para prever que era posible que se pidiera dicho equipo computador institucional y, como quedó demostrado en el proceso, fue precisamente por esta situación que los empleados de la compañía adelantaron diferentes acciones para poner a disposición de la Delegatura, en caso de que lo solicitara, un computador que no correspondía al realmente utilizado por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y no dar información respecto a la ubicación real de este último.

De tal suerte, no es de recibo el argumento respecto a que no existen elementos en el Expediente que demuestren que los empleados de **CONCRETO** pudieran prever que fuera solicitado el equipo de cómputo del presidente de la compañía.

Ahora bien, en segundo lugar, respecto al argumento relacionado con la inconducencia de los medios de prueba utilizados para demostrar la alteración del equipo de cómputo de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, este Despacho debe manifestar que la mención hecha en la Resolución Sancionatoria a los diferentes procedimientos a los que se sometió el computador del presidente de **CONCRETO** fueron enumerados con el único objetivo de demostrar la razón por la cual esta Entidad considera que se generaron dudas respecto a la no manipulación de este equipo, sin embargo, nunca se manifestó de manera cierta que dicho computador hubiera sido manipulado, como lo pretende hacer ver el recurrente.

*"Ahora bien, respecto al argumento sobre la entrega por parte de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** de su clave de acceso al computador y la posterior radicación en la sede de esta Superintendencia de un Back Up completo de su equipo de trabajo, este Despacho debe mencionar que este hecho de manera alguna exime de responsabilidad a **CONCRETO**. Lo anterior, toda vez que, como se verá a continuación, dicho equipo de cómputo fue objeto de múltiples manipulaciones posteriores a la primera visita administrativa, por lo cual no existe certeza alguna de que no se haya alterado la información que reposaba en el mismo y que pudo haber sido de interés para esta Entidad"⁵³ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, y como ha sido reiterado a lo largo del proceso, se insiste en que la manipulación del equipo institucional de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** no fue la razón por la cual se tomó la decisión de sancionar a la empresa investigada. Por el contrario, la sanción impuesta en el presente caso fue consecuencia de una serie de conductas para obstruir y poner en riesgo la recopilación por parte de la Autoridad de toda la información considerada útil, pertinente y conducente para la investigación que estaba adelantando, configurando una obstrucción de la misma en los términos del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Por este motivo, se encontró que independientemente de si los investigados pusieron a disposición de esta Entidad con posterioridad una copia del computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, o si este había sido alterado o no, el hecho reprochable a todas luces en el presente caso fue que durante las visitas adelantadas en el mes de septiembre de 2016, este último, junto con otros empleados de **CONCRETO**, buscaron la forma de eliminar y ocultar información y poner a disposición de la Entidad, en caso de ser requerido, un computador que no era el de uso institucional del presidente de la compañía, conociendo que en caso de solicitarse debían entregar el computador requerido.

Por este motivo, este Despacho no encuentra procedentes los argumentos presentados en tal sentido en el respectivo recurso a este respecto.

4.7. Argumentos relacionados con la supuesta indebida valoración de los mensajes de datos obtenidos de la plataforma *WhatsApp*

CONCRETO manifestó en su recurso de reposición que en el presente caso se realizó una indebida valoración de los mensajes de datos obtenidos de la plataforma *WhatsApp*. En su criterio, este Despacho analizó dichos mensajes de manera sesgada e incompleta, tomando acápites parciales y descontextualizados.

⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Así, manifestó que la principal preocupación revelada en los mensajes hacía referencia a un proceso de capitalización de la empresa y a la normalización tributaria que se encontraban realizando sus accionistas, y no frente a la existencia de una conducta anticompetitiva.

De igual forma, el recurrente consideró que respecto a los mensajes encontrados y que hacían referencia a “borrar información”, estos trataban únicamente sobre los hechos de la licitación Tercer Carril Bogotá-Girardot que guardaban relación con Colpatria. No obstante, la Superintendencia tiene en su poder información que esta última trató únicamente sobre una propuesta presentada por Colpatria en la etapa inicial del proceso, y que nunca se materializó, y que, por el contrario, confirma que entre **CONCRETO** y Colpatria no se dio una práctica restrictiva de la competencia.

Finalmente, sostuvo que de “los varios terabytes” extraídos por la Superintendencia de los equipos de la empresa investigada y sus empleados, no extraña la Entidad ninguna información relacionada con el “tercer carril”. Por el contrario, obtuvo toda la información que buscaba, con la que dio apertura a la investigación con radicado No. 16-223755.

A continuación se presentan las razones por las cuales este Despacho encuentra que los argumentos del recurrente son improcedentes.

En primer lugar, debe mencionarse, en gracia de discusión, que en el hipotético caso de aceptar que la intención de los mensajes no fuera expresamente la de ocultar información sobre la existencia de una práctica anticompetitiva, sino el evitar filtraciones de un proceso de capitalización de la empresa y de la normalización tributaria de sus accionistas, esto no eximiría de responsabilidad alguna a la empresa sancionada.

Lo anterior, dado que bajo ningún punto de vista puede entenderse que es facultativo del administrado determinar el tipo de información que será suministrada a las autoridades administrativas de inspección, vigilancia y control, sino que son estas las que tienen la facultad de determinar el tipo de información que será requerida, de acuerdo al objeto de la visita, la cual deberá ser entregada de manera completa al momento de ser solicitada⁵⁴.

De esta forma, no correspondía a **CONCRETO** y sus empleados establecer autónomamente qué tipo de información pondrían a disposición de la Entidad y cual no. Como es bien sabido, la Delegatura tiene plenas facultades para establecer y solicitar toda la información de carácter institucional que tenga relación con el objeto de la visita y las funciones de esta Entidad⁵⁵, la cual en el presente caso se trataba de los procesos de contratación de la empresa visitada con el Estado. Como se advierte, lo anterior nada tiene que ver con la supuesta capitalización y normalización que mencionan los recurrentes.

También debe reiterarse que en caso que los administrados hubieran considerado que cierta información recolectada por la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de una de las visitas no tuviera relación alguna con el objeto de la investigación, existían etapas procesales posteriores, con plenas garantías, para que solicitaran la extracción de dicha información del Expediente. Esta circunstancia fue expresamente reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C-165 de 2019, al establecer:

*“En esta línea, advierte la Corte que las visitas de inspección son diligencias administrativas en las que la SIC recauda diferentes elementos probatorios, relacionados con el objeto de la investigación en cada caso, que se den en el marco de las funciones de la SIC. El hecho de que los investigados no puedan recurrir la decisión de realizar una visita de inspección **no significa que las reglas referentes al decreto, práctica, contradicción y admisibilidad de las pruebas no sean aplicables**. Por el contrario, como se expuso, estas reglas resultan plenamente aplicables y por tanto el derecho de defensa de los investigados no se ve afectado⁵⁶. **Una vez iniciada la investigación administrativa los investigados podrán contradecir todas las pruebas y podrán alegar, por ejemplo, que los documentos que fueron recaudados durante las visitas de inspección carecen de pertinencia, utilidad y conducencia y por tanto deben ser rechazados, situación que***

⁵⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 9045 del 12 de abril de 2019.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-505 de 1999.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente (Subraya y negrilla fuera de texto).

Por este motivo, no es de recibo el argumento de **CONCRETO** respecto a que los mensajes analizados se justifican debido a que su intención era la de evitar filtraciones de información de carácter societario y tributario de la empresa y sus accionistas.

Ahora bien, debe ponerse de presente que, no obstante lo anterior, de la lectura y análisis de los mensajes de *WhatsApp* y demás elementos de prueba que reposan en el Expediente, de todas maneras puede evidenciarse que la intención de eliminar y ocultar información no se limitaba exclusivamente a la capitalización y normalización tributaria mencionada como se intenta hacer ver. Por el contrario, puede advertirse que existía un igual "temor" porque esta Superintendencia encontrara información relacionada con el proceso de contratación "Tercer Carril Bogotá-Girardot", el cual evidentemente se encontraba dentro del objeto de las visitas.

Así, a continuación se transcribe, de manera completa, la conversación del día 7 de septiembre de 2016 entre **JORGE HERNÁN JIMENEZ**, secretario general, **FELIPE ROCHA SILVA**, vicepresidente de inversión, y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, presidente y representante legal principal de **CONCRETO**, en la cual se expusieron las preocupaciones principales que generaban las visitas:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ, FELIPE ROCHA SILVA y JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO

De: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

Saludos. Espero que esto sea confidencial como dicen. Respecto a la crisis lo más importante es que todos digamos lo mismo y lo mínimo posible. **El mayor riesgo es que enreden la adjudicación antes de la firma del contrato.**

Hay que involucrar a Bernardo y contarle lo que está pasando para que la respuesta de él sea la misma y lo mínimo posible

De: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

Respecto a la Superfinanciera Jorge va a verificar si haber retrasado y/o contado la participación de VC como lo hicimos puede causarnos problemas. El mensaje común debe ser que VC tenía interés en participar desde el comienzo pero no pudo hacerlo por documentación. Que nos asesoró en la oferta y cuando ganamos iniciamos el proceso de incluirlos en el grupo.

De: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

Esta noche llamo a Jorge para que me digan si yo debo estar el jueves en Medellín o si cumplo agenda en Bogotá con Juan Guillermo. **También si limpio un poco mi computador y lo ponemos de nuevo en el escritorio. Verificar si lo que copian es el computador o acceden a Gmail para saber si hay que borrar correos. Recuerden que yo tengo cadenas de todo el proceso de entrada de Vinci.**

De: FELIPE ROCHA SILVA

Juan Luis agregaría para conocimiento de todos los que no estuvieron en el proceso. Que a pesar de que Vinci nos acompañó en todo el proceso solo hasta el final firmamos un MOU antes de la entrega de la oferta, porque teníamos algunas diferencias que negociamos al final. Este documento no lo han pedido pero existe y no tiene nada de raro lo podemos circular si lo creemos pertinente.

De: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

Ok.

De: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

A Felipe le pidieron la clave de Gmail?

De: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

Jorge Hernan puede averiguar si uno puede negarse a compartir la clave de Gmail?

De: FELIPE ROCHA SILVA

Si señor. Hoy lo tienen ellos todo el día. Cuando terminen el backup nos avisan para poder cambiar la contraseña.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Y uno tiene que dar la clave de Gmail?

De: **FELIPE ROCHA SILVA**

Que Jorge Hernan confirme pero si estoy seguro que negarse manda el mensaje equivocado.

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Pero es mucha información confidencial de la compañía en manos de terceros. No es solo por este proceso. *Imagínese todo lo que hay en nuestros correos que es información estratégica de la compañía.*

De: **FELIPE ROCHA SILVA**

Lo que nos explicaron es que eso queda encriptado y después del proceso nadie puede tener acceso, eso si la información queda allá. Por lo que explicaron parece seguro... pero si es bueno que Jorge averigüe y Jaime entienda el proceso (es muy técnico)

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Jorge

Yo quisiera:

Nombrar abogado y que nos diga cómo debemos actuar.

¿En todas las diligencias puede haber un abogado acompañándonos?

¿Qué diligencia es esto? ¿Hay proceso abierto?

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

¿Podemos negarnos a dar más información? Que un abogado nos diga si podemos solicitar a la supersociedades porque nos investigan.

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Y para ser más estricto, como verificó si realmente son de la supersociedades?

De: **JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO**

Ya te van a llamar de Posse Herrera,

De: **JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO**

Alessia, Gabriel Sánchez, Hernan Paneso

De: **JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO**

Ya llegaron 4 funcionarios a Bogotá. Hablamos con Julio.

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Ya hablé con ellos

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Me dicen que hay que entregar información. Mi cautela es con la normalización de los accionistas. Tengo Info en mi computador⁵⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Esta primera conversación entre los empleados de **CONCRETO** evidencia su preocupación frente a la visita. Sin embargo, y contrario a lo manifestado por los recurrentes, si bien es cierto que se puso de presente la “cautela” frente al proceso de normalización de los accionistas, no es menos cierto que desde el inicio manifestaron que el mayor riesgo era que se “enredara” la adjudicación del contrato “Tercer Carril Bogotá-Girardot” antes de la firma del mismo, proceso que sí hacía parte del objeto de la visita administrativa que se estaba adelantando.

De la comunicación transcrita pueden obtenerse las siguientes conclusiones: (i) la visita del día 7 de septiembre de 2016 en las instalaciones de **CONCRETO** generó preocupación en los directivos de la compañía respecto a la posible obtención de información que pudiera “enredar” la adjudicación del contrato “Tercer Carril Bogotá-Girardot”; (ii) el presidente de **CONCRETO** manifestó desde un inicio su intención de “limpiar” su computador y de evitar dar su contraseña del correo electrónico de Gmail; y (iii) se acordó entre los participantes de la conversación limitar y dar las mismas declaraciones, siendo estas lo mínimas posibles frente a las preguntas que pudiera hacer la Superintendencia.

⁵⁷ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por otra parte, el día 22 de septiembre de 2016, en el transcurso de una segunda visita administrativa en el marco de la misma averiguación preliminar, se presentó la siguiente conversación entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, en la cual vuelve a evidenciarse que los investigados tenían pleno conocimiento que la información que buscaba recolectar la Delegatura tenía relación con el proceso de contratación "Tercer Carril Bogotá-Girardot", por lo cual no es procedente el argumento según el cual lo que buscaba evitarse era que esta Entidad tuviera acceso a información de tipo societaria o tributaria de la compañía.

A continuación se transcribe, de manera completa, la mencionada conversación:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

De: ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

Contenido: Hablamos con un abogado de Posse que trabajó en la Super;

Conclusiones:

1. Ud tiene cita a las 4 PM pero no indicaron expresamente que debía presentarse con Computador.

2. Si le preguntan por su herramienta para ver correos, debemos tener en su mesa un equipo que está a su disposición para conectarse a su correo en la oficina.

Y que su equipo está en su casa; solo si lo preguntan.

3. Ahora bien, si le solicitan el computador de la casa, lo debe aportar teniendo en cuenta que lo que haya borrado (archivos, correos, etc.), pueden ser reconstruidos por los equipos forenses.

4. En conclusión, puede pasar que no soliciten nada más que su indagatoria, y en caso de pedirle el equipo, será necesario aportarlo.

De: ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

*¿Quiere que nos veamos en algún lugar antes de venir a su cita?
¿O en la oficina?*

De: ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

Ya fueron a las oficinas de otros oferentes; OHL, los Chinos y Delton

De: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

Puedo conseguir un Apple nuevo con solo correo y mostrar mi IPAD como segunda herramienta de trabajo.

De: ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

Dice el abogado que van detrás de los correos principalmente

De: ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

¿Le ponemos el computador de la junta? Ese es

De: ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

Hay presentaciones, juntas

De: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

Le pide a Claudia que le diga a Juan Carlos que suba al Movich por mi

De: ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

¿Ya?

De: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

Si

De: ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

Ya mismo; instalo el equipo de la sala de juntas en su mesa

De: ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Que no envíes por este ningun what.....”⁵⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto).

De la anterior comunicación puede evidenciarse que los directivos de **CONCRETO** tenían pleno conocimiento del objeto de la visita, y que por tanto no tendrían razón para preocuparse por la obtención de información relacionada con temas ajenos a la misma. No de otra manera podría explicarse la advertencia hecha por parte de **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** respecto a la visita que se había adelantado a otros proponentes en el proceso de contratación “Tercer Carril Bogotá-Girardot” como lo eran OHL, “*los Chinos*” y Delton (esta última haciendo referencia a la empresa “Benton S.A.S.” quien participó en el proceso de licitación en cuestión).

Por lo anterior, sigue causando absoluta sorpresa a este Despacho que se manifieste que la preocupación principal de los empleados de la empresa investigada se concentrara exclusivamente en el proceso de capitalización de la compañía y en el proceso de normalización tributaria de sus accionistas, temas que en nada tenían relación con las visitas adelantadas por la Delegatura a los principales proponentes en la licitación pública para la construcción del Tercer Carril entre Bogotá y Girardot.

Finalmente, pero no de menor monto, son los mensajes de texto enviados el mismo 22 de septiembre de 2016 por parte de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** a **FELIPE ROCHA SILVA** y a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, en donde se solicitó el eliminar información relacionada con “Tercer Carril y Colpatría”. A continuación se transcriben las mencionadas comunicaciones:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: *Hola*

Favor revisar chats y borrar todo lo de tercer carril y Colpatría.

Eliminar este también⁵⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y FELIPE ROCHA SILVA

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: **Revisar chats y borrar todo lo de tercer y Colpatría. Hay muchos.**

Borrar este también⁶⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Los mensajes transcritos reflejan los reales motivos de preocupación de los directivos de **CONCRETO**, los cuales en nada tenían que ver con los procesos de normalización tributaria que los accionistas de la compañía se encontraban adelantando. Por el contrario, evidencian una clara preocupación por eliminar información relacionada con el proceso de licitación Tercer Carril Bogotá-Girardot.

Bajo este contexto, pasa el Despacho a manifestarse sobre el argumento de los recurrentes según el cual, dentro de la Resolución Sancionatoria se hizo una indebida valoración de los mensajes recién transcritos por supuestamente haber desconocido que los mismos hacían referencia únicamente a los asuntos del proceso licitatorio “Tercer Carril Bogotá-Girardot” que tuvieran relación con Colpatría, los cuales, según el recurrente, está demostrado que no representaron ninguna conducta anticompetitiva.

Al respecto, debe reiterarse que las visitas adelantadas en el mes de septiembre de 2016 se circunscribían a una etapa de averiguación preliminar, en donde la Superintendencia se encontraba recopilando toda la información posible que tuviera relación con los procesos de contratación estatal

⁵⁸ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁹ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶⁰ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

en que hubiera participado **CONCRETO**, en especial con el relacionado con el “Tercer Carril Bogotá-Girardot”.

En este sentido, al momento de los hechos, no era posible concluir que la Delegatura tuviera pleno conocimiento de en qué consistía la relación de la empresa investigada con la Constructora Colpatria, ni mucho menos si en la misma se había configurado una práctica anticompetitiva o no.

Por el contrario, dado que dicha relación con Colpatria se enmarcaba dentro de lo que claramente era el objeto de la prueba, existía la plena obligación de los administrados de tener a disposición la información para los funcionarios de la Delegatura, y evitar interferir con la investigación que se estaba llevando a cabo.

Finalmente, sobre el hecho que, según los recurrentes, dentro de “*los varios terabytes*” extraídos por la Superintendencia de los equipos de la empresa investigada y sus empleados, no se extraña ninguna información relacionada con el “tercer carril”, y por el contrario se obtuvo la información suficiente para dar paso a la apertura de la investigación, debe mencionarse que tal y como fue presentado en la Resolución Sancionatoria, el hecho que durante las visitas adelantadas en el marco de la actuación preliminar se haya recopilado y obtenido por parte de funcionarios de **CONCRETO** la información solicitada, no puede eximir de responsabilidad a la empresa sancionada, toda vez que sus altos directivos desplegaron conductas para obstruir la labor de Entidad de recaudar la información que en ese momento se considerara pertinente, útil y conducente para la investigación.

Por este motivo, el hecho de que finalmente se haya podido recopilar cierta información, que permitió a la Delegatura llegar a la conclusión que existían méritos suficiente para realizar una imputación de cargos, no puede de ninguna manera justificar una conducta a todas luces reprochable y que obstaculizó el buen desarrollo de las actividades de esta Superintendencia como entidad con funciones de inspección, vigilancia y control en los mercados nacionales.

Por todo lo anteriormente expuesto, este Despacho no acoge el argumento **CONCRETO** respecto a una supuesta indebida valoración de los medios probatorios existentes.

4.8. Argumentos relacionados con la supuesta indebida valoración del testimonio de JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

CONCRETO consideró que en el presente caso existió una indebida y selectiva valoración de la declaración de su presidente, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**. Esto, toda vez que la misma fue solicitada por dicho investigado como prueba en el proceso, por lo cual llama la atención que al haberse archivado la investigación en su contra, dicha prueba hubiera sido tenida en cuenta. Adicionalmente, dicho testimonio no fue valorado en su integridad, y por el contrario, se le asignó un valor probatorio de confesión, obviando los requisitos legales para dicho medio de prueba.

Por último, adujo que en la mencionada declaración quedó claro el móvil de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, el cual no fue otro que el de evitar filtraciones de información relevante en el proceso de normalización tributaria de los accionistas de la compañía.

Al respecto, no se hará referencia en este punto sobre los argumentos relacionados con el hecho que el testimonio fue aportado por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** al proceso y sobre la supuesta intención de este último de evitar filtraciones de información relevante en el proceso de normalización tributaria de los accionistas de la compañía, toda vez que estos asuntos ya fueron resueltos anteriormente en la presente Resolución.

Ahora bien, frente al argumento según el cual **CONCRETO** considera que este Despacho otorgó un valor de confesión al testimonio rendido durante la presente actuación administrativa por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, debe advertirse que en ninguna parte de la Resolución Sancionatoria se hace referencia al testimonio del presidente de la compañía sancionada como una confesión. Todo lo contrario, se le dio, a lo largo del proceso, el carácter de testimonio de parte, medio de prueba legalmente regulado en el artículo 198 y ss. del CGP.

Así, debe recordarse que desde la expedición de la Ley 1564 de 2012 (CGP), el legislador otorgó valor probatorio al testimonio de parte, contrario a lo establecido anteriormente en el antiguo Código de Procedimiento Civil, y diferenciándolo de esta manera del medio de prueba de la confesión.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De igual forma, lo que se hizo en el presente caso fue valorar el testimonio de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** en conjunto con los demás medios probatorios que obran en el Expediente y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tal y como lo ordena el artículo 176 del CGP.

De esta forma, no se encuentra razón en los argumentos del recurrente, por lo cual serán desestimados.

4.9. Argumentos relacionados con la entrega de toda la información solicitada durante el transcurso de las visitas administrativas del mes de septiembre de 2016

CONCRETO manifestó en su recurso de reposición que hizo entrega de la totalidad de la información que le fue requerida durante las visitas administrativas, por lo cual no habría lugar a una obstrucción a la investigación.

De igual forma, puso de presente que las visitas de inspección adelantadas carecieron de tema de prueba definido, al no establecer de manera concreta el hecho particular que buscaban probar. Lo anterior dificultó el verificar que se estuviera entregando toda la información relacionada, lo cual haría imposible la imposición de una sanción por la presunta obstrucción de la investigación o por la omisión de acatar las órdenes de la Superintendencia.

Respecto a la entrega de toda la información solicitada en el transcurso de las visitas administrativas, este Despacho procede a reiterar lo manifestado al respecto en la Resolución Sancionatoria, en dónde dicha discusión fue abordada plenamente:

*"Al respecto, se pone de presente que efectivamente, durante las visitas adelantadas en los meses de septiembre de 2016 y marzo de 2017, esta Superintendencia pudo recolectar cierta información, entregada por los empleados de **CONCRETO** de acuerdo a las solicitudes realizadas. Sin embargo, también obra en el Expediente prueba suficiente que demuestra que los empleados de **CONCRETO** sostuvieron conversaciones internas en las que quedó clara la intención de borrar y ocultar información.*

(...)

Por su parte, el hecho que se haya entregado cierta información a los funcionarios de esta Superintendencia los días en que se llevaron a cabo las visitas, no puede de ninguna forma eximir de responsabilidad a CONCRETO. Sobre esto, es de suma importancia que se entienda que las visitas administrativas son una práctica que se desprende de las funciones de inspección, vigilancia y control que le otorga la ley y, por tanto, es la Autoridad de competencia quien, de manera unilateral, tiene la facultad de decidir la fecha, hora y forma en que se llevará a cabo la visita, y sobre todo, la información que deberá ser entregada por parte de los administrados.

Así, este Despacho sostiene que bajo ningún punto de vista debe entenderse que es facultativo del administrado determinar el tipo de información que será suministrada a las autoridades administrativas de inspección, vigilancia y control, sino que son estas las que tienen la facultad de determinar el tipo de información que será requerida, la cual deberá ser entregada de manera completa y sin ningún tipo de modificación o alteración.

Precisamente, como lo ha manifestado este Despacho, lo que se pretende con este tipo de visitas no anunciadas es recaudar todo el material que pueda ser relevante para determinar la posible infracción de las normas de competencia y evitar que la prueba se sustraiga o modifique con anterioridad a que la Autoridad de Competencia la tenga en su poder y la asegure de acuerdo con los protocolos propios de su naturaleza.

Por este motivo, lo que se espera de una persona natural o jurídica que es sujeto de una visita administrativa es que allegue toda la información solicitada y realice todas las actividades y gestiones necesarias para que la Autoridad de competencia pueda adelantar sus funciones, y no que, por el contrario, ponga en marcha actuaciones que obstruyan el buen desarrollo de la respectiva visita⁶¹ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Ahora bien, respecto al argumento relacionado con la falta de tema de la prueba durante las visitas administrativas del mes de septiembre de 2016, este Despacho debe poner de presente que esta

⁶¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

situación no es cierta. En efecto, como fue puesto en evidencia por el propio recurrente, en las credenciales de visita adelantadas en el mes de septiembre de 2016 se estableció que tendrían como objeto el obtener información relacionada con los procesos de selección contractual con el Estado celebrados en los que hubiera participado **CONCRETO**⁶². Adicionalmente, de los mensajes de texto analizados en el presente caso, y que obran en el Expediente, se evidencia de manera clara que los directivos y empleados de la empresa visitada tenían plena claridad que el tema y objeto de las visitas era el proceso de contratación estatal “Tercer Carril Bogotá-Girardot”, tal y como pasa a evidenciarse a continuación:

(i) En la conversación del día 7 de septiembre de 2016 entre **JORGE HERNÁN JIMENEZ**, secretario general, **FELIPE ROCHA SILVA**, vicepresidente de inversión, y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, presidente y representante legal principal de **CONCRETO**, se mencionó de manera clara que el mayor riesgo que evidenciaban con la visita era que “enredaran” la adjudicación antes de la firma del contrato:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ, FELIPE ROCHA SILVA y JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Saludos. Espero que esto sea confidencial como dicen. Respecto a la crisis lo más importante es que todos digamos lo mismo y lo mínimo posible. **El mayor riesgo es que enreden la adjudicación antes de la firma del contrato**⁶³ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, no cabe duda que la adjudicación a la que se hacía referencia en dicho mensaje consistía en el contrato resultante de la licitación pública “Tercer Carril Bogotá-Girardot”.

(ii) En la conversación entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** se hizo referencia a que la Delegatura ya había realizado visitas a otros proponentes en la licitación en cuestión:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

“De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Ya fueron a las oficinas de otros oferentes; OHL, los Chinos y Delton

(...)”⁶⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Los “oferentes” a los que hacía referencia **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** en el anterior mensaje hicieron parte de las diferentes figuras asociativas que presentaron propuesta en la licitación “Tercer carril Bogotá-Girardot”.

(iii) Finalmente, los mensajes enviados el 22 de septiembre de 2016 por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** a **FELIPE ROCHA SILVA** y a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** solicitando eliminar chats relacionados con “tercer carril y Colpatria”, que se presentan a continuación, no dejan duda de que se tenía pleno conocimiento del objeto y tema de la visita administrativa que se estaba adelantando en esas fechas:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Hola

Favor revisar chats y **borrar todo lo de tercer carril y Colpatria**.

Eliminar este también⁶⁵. (Subraya y negrilla fuera de texto).

⁶² Expediente 16-223755, Folio 2 del Cuaderno No. 1

⁶³ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶⁴ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶⁵ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y FELIPE ROCHA SILVA

"De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Revisar chats y borrar todo lo de tercer y Colpatría. Hay muchos.

Borrar este también⁶⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta forma, no es de recibo el argumento de los recurrentes respecto a que se desconocía por completo el objeto y tema de las visitas administrativas adelantadas por la Delegatura en el mes de septiembre del año 2016, lo cual, en su criterio, impide que se concluya que hubo una obstrucción a la investigación que dé lugar a una sanción como la impuesta en el presente caso.

Por el contrario, lo que puede evidenciarse de un análisis conjunto y completo de todos los elementos de prueba que han sido puestos de presente por este Despacho, y que motivaron la Resolución Sancionatoria, es que los investigados tuvieron desde el primer momento pleno conocimiento del objeto de las visitas y que, precisamente por esta razón, adelantaron una serie de actuaciones con el fin de impedir o dificultar el acceso a la información directamente relacionada con el objeto de la visita.

4.10. Argumentos relacionados con la falta de tipicidad de la conducta

Para **CONCRETO** existe una falta de tipicidad de la conducta reprochada por los siguientes motivos:

(i) La Superintendencia careció de claridad respecto a la conducta reprochada en el presente caso. Así, y a pesar de que existía la obligación en cabeza de la Entidad de definir el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta sancionada, así como precisar cuál fue la orden o instrucción que fue desconocida por la empresa sancionada, esto no ocurrió;

(ii) No se tuvo en cuenta que al borrar mensajes enviados por la aplicación *WhatsApp*, los mismos permanecen en el disco de almacenamiento del dispositivo. Por esta razón, no es posible concluir que la supuesta orden de revisar y borrar dichos chats pudiera tener el efecto de obstruir, estorbar o impedir la acción de la Superintendencia. Por el contrario, la Autoridad no cumplió con la carga de demostrar que efectivamente se borró información;

(iii) Los mensajes y las órdenes de borrar información contenida en las comunicaciones realizadas a través de *WhatsApp* se dieron después que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera tenido acceso a toda la información considerada relevante. Por este motivo, incluso dichos mensajes resultan ineficaces para ocultar y eliminar información, pues la misma ya había sido recolectada por los funcionarios de la Entidad;

(iv) Una lectura contextualizada de los mensajes de datos intercambiados el día 7 de septiembre de 2016 por medio de la aplicación *WhatsApp* evidenciaría que los mismos no tenían el objeto de truncar las funciones de la Delegatura y sus funcionarios. Por el contrario, no se tuvo en cuenta que una visita como la adelantada en las instalaciones de la empresa perfectamente puede generar reacciones no premeditadas por quien las recibe, razón por la cual manifestaciones expresadas en ese estado de consciencia deben ser matizadas. Finalmente, se reitera que las solicitudes de borrar información, y aparentes órdenes de homogeneizar las declaraciones, se explican en aspectos que eran ajenos al tema de prueba de las visitas de inspección.

(v) Lo único que puede evidenciarse de los mensajes de datos intercambiados por los empleados de **CONCRETO** es que: no existía una intención de ocultar información u obstruir una investigación, sino una legítima preocupación frente a la visita y las amplias facultades de la Delegatura; consistían solamente en una retransmisión del consejo del abogado externo de la compañía; y que el real interés de los empleados de la compañía era el permitir que la visita se llevara a cabo de manera ágil y sin contratiempos.

⁶⁶ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(vi) Por último, no puede desconocerse que a pesar de no haber sido solicitado por la Delegatura, se puso a disposición de la Autoridad una copia de una unidad de almacenamiento grabada con un *Back Up* del computador de uso privativo de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**.

De esta forma, procede este Despacho a dar respuesta a cada una de las preocupaciones expresadas por el recurrente sobre este punto:

4.10.1. Sobre la falta de claridad en la conducta reprochada

A continuación se explicarán las razones de fondo por las cuales no se comparte la posición de **CONCRETO** respecto a que no existió claridad sobre la conducta reprochada en el presente caso.

Así, en primer lugar, debe mencionarse que en la Resolución No. 35525 de 2018, por medio de la cual se dio apertura a la presente actuación, se imputó a los investigados la posible comisión de algunas de las conductas establecidas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, entre estas, el incumplimiento de solicitudes, órdenes e instrucciones impartidas por la Delegatura y la obstrucción la actuación administrativa con radicado No. 16-223755.

De esta forma, en dicha Resolución, previa descripción de los hechos y pruebas existentes hasta el momento, la Delegatura resolvió:

*"ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS (...) para **determinar si** en el curso de la averiguación preliminar adelantada en el marco de la actuación administrativa identificada con el radicado No. 16-223755 incurrieron en la conducta prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 consistente en incumplir las solicitudes, órdenes e instrucciones impartidas por al Delegatura para la Protección de la Competencia y obstruir la actuación administrativa referida" (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, partiendo de la mencionada imputación, este Despacho analizó las conductas de los investigados, así como los diferentes elementos probatorios aportados a lo largo de la actuación, y concluyó que con su conducta **CONCRETO** había incumplido instrucciones y obstruido la actuación administrativa con radicado No. 16-223755. Lo anterior puede evidenciarse en el extracto de la Resolución Sancionatoria que se transcribe a continuación:

*"ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.**, identificada con NIT. 890.901.110-8, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al incumplir instrucciones y obstruir una actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución" (Subraya y negrilla fuera de texto).*

A lo largo de la Resolución Sancionatoria puede evidenciarse que dicha conclusión no fue fortuita, sino que la misma fue saliendo a luz a medida que iban analizándose los diferentes medios de prueba obrante en el Expediente. Así, a continuación se transcriben extractos de ciertos apartes de la Resolución Sancionatoria que demuestran cómo este Despacho fue concluyendo que las conductas reprochadas configuraron una obstrucción de la actuación administrativa y un incumplimiento de instrucciones:

"Establecida la facultad de este Despacho para sancionar conductas encaminadas a la obstrucción de las actuaciones administrativas en cabeza de esta Superintendencia, o el incumplimiento de órdenes o instrucciones dadas por esta Entidad, se pone de presente que este Despacho evidenció, de acuerdo a las pruebas que obran en el Expediente, que CONCRETO, por intermedio de su presidente y representante legal, adelantó una serie de conductas encaminadas deliberadamente a obstruir las visitas administrativas de los días 7 y 22 de septiembre de 2016, de forma que esta Superintendencia no pudiera recopilar toda la información institucional necesaria para su investigación"⁶⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto).

⁶⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

“En el presente caso, este Despacho encuentra que de acuerdo al acervo probatorio que reposa en el Expediente, puede evidenciarse que la conducta de CONCRETO configuró una obstrucción de la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio durante las visitas administrativas llevadas a cabo los días 7 y 22 de septiembre de 2016, en los términos del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009⁶⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto).

“(…) la conducta desplegada por **CONCRETO** en el presente caso, reúne las características para ser considerada como una infracción al régimen de protección de la libre competencia por constituir un incumplimiento de las instrucciones dadas y una obstrucción a las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009⁶⁹ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, no encuentra justificación alguna este Despacho en el argumento de que no existió claridad respecto a las conductas que fueron reprochadas por esta Superintendencia. Por el contrario, encuentra probado que a lo largo de la actuación se dejó claridad sobre las conductas que finalmente fueron sancionadas.

Ahora bien, sobre la supuesta falta de cumplimiento por parte de la Superintendencia de su obligación de definir de manera exacta la acción, hecho u omisión constitutivo de las conductas en cuestión, debe manifestarse lo siguiente:

Respecto a la obstrucción de la actuación administrativa, a lo largo de la Resolución Sancionatoria se pusieron de presente los múltiples elementos de prueba que demostraron las acciones específicas de **CONCRETO**, a través de su representante legal y empleados, para obstruir el buen desarrollo de la actuación administrativa con radicado No. 16-223755.

Dichas acciones consistieron en:

(i) Instrucciones dadas por el representante legal de la empresa a diferentes empleados de alto rango, sobre la forma como debían responder a los requerimientos de esta Superintendencia. Como prueba de esto se presentó la conversación del día 7 de septiembre de 2016 entre **JORGE HERNÁN JIMENEZ**, secretario general, **FELIPE ROCHA SILVA**, vicepresidente de inversión, y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, presidente y representante legal principal de **CONCRETO**, en la cual este último instruyó a los demás directivos de la empresa a responder lo mismo y “*lo mínimo posible*”:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ, FELIPE ROCHA SILVA y JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Saludos. Espero que esto sea confidencial como dicen. Respecto a la crisis lo más importante es que todos digamos lo mismo y lo mínimo posible. El mayor riesgo es que enreden la adjudicación antes de la firma del contrato.

Hay que involucrar a Bernardo y contarle lo que está pasando para que la respuesta de él sea la misma y lo mínimo posible⁷⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto).

(ii) Órdenes e instrucciones de borrar información relacionada con el proceso de contratación adelantado por la compañía, que era el objeto de las visitas. Como prueba de lo anterior, entre muchas otras, se presentaron los reveladores mensajes de texto enviados el 22 de septiembre de 2016 por parte de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** a **FELIPE ROCHA SILVA** y a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, en donde se solicitó eliminar información relacionada con “Tercer Carril y Colpatria”. A continuación se transcriben las mencionadas comunicaciones:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

⁶⁸ Ibídem.

⁶⁹ Ibídem.

⁷⁰ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Contenido: *Hola*

Favor revisar chats y **borrar todo lo de tercer carril y Colpatría.**

Eliminar este también⁷¹. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y FELIPE ROCHA SILVA

"De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: **Revisar chats y borrar todo lo de tercer y Colpatría. Hay muchos.**

Borrar este también⁷² (Subraya y negrilla fuera de texto).

(iii) Finalmente, la puesta en marcha de acciones para buscar obstruir a los funcionarios de la Delegatura para que logran tener acceso a algunos de los equipos de cómputo institucionales de gran relevancia para el ejercicio de sus funciones. Como prueba de lo anterior se presentaron, entre otras, las conversaciones de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, en las cuales se evidencia cómo estos altos directivos de la compañía buscaron poner a la vista de los funcionarios de la Delegatura un computador que no correspondía al que posiblemente solicitarían los funcionarios durante la visita.

Así, se transcribe a continuación, de manera completa, la mencionada conversación:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

"De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: *Hablamos con un abogado de Posse que trabajó en la Super;*

Conclusiones:

1. *Ud tiene cita a las 4 PM pero no indicaron expresamente que debía presentarse con Computador.*

2. **Si le preguntan por su herramienta para ver correos, debemos tener en su mesa un equipo que está a su disposición para conectarse a su correo en la oficina.**

Y que su equipo está en su casa; solo si lo preguntan.

3. *Ahora bien, si le solicitan el computador de la casa, lo debe aportar teniendo en cuenta que lo que haya borrado (archivos, correos, etc.), pueden ser reconstruidos por los equipos forenses.*

4. *En conclusión, puede pasar que no soliciten nada más que su indagatoria, y en caso de pedirle el equipo, será necesario aportarlo.*

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

*¿Quiere que nos veamos en algún lugar antes de venir a su cita?
¿O en la oficina?*

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Ya fueron a las oficinas de otros oferentes; OHL, los Chinos y Delton

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Puedo conseguir un Apple nuevo con solo correo y mostrar mi IPAD como segunda herramienta de trabajo.

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Dice el abogado que van detrás de los correos principalmente

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

*¿**Le ponemos el computador de la junta?** Ese es*

⁷¹ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷² Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**
Hay presentaciones, juntas

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**
Le pide a Claudia que le diga a Juan Carlos que suba al Movich por mi

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**
¿Ya?

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**
Si

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**
Ya mismo; instalo el equipo de la sala de juntas en su mesa

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**
Que no envíes por este ningún what.....⁷³ (Subraya y negrilla fuera de texto).

En este sentido, debe resaltarse que por obstruir debe entenderse "estorbar el paso, cerrar un conducto o camino"⁷⁴ y estorbar debe entenderse como "poner dificultad u obstáculo a la ejecución de algo"⁷⁵. Así, la obstrucción de una actuación administrativa no es otra cosa que la ejecución de acciones que **dificultan u obstaculizan** el buen desarrollo de una investigación o actuación administrativa.

De esta forma, y visto lo anterior, no cabe ninguna duda que en el presente caso existieron acciones adelantadas por **CONCRETO**, a través de sus empleados y altos directivos, que dificultaron la investigación administrativa de esta Superintendencia. Esto, toda vez que dichas conductas generaron absoluta incertidumbre sobre si en los equipos y documentos recopilados por la Delegatura se encontraba realmente toda la información relacionada con el objeto de la visita, o si en las declaraciones recibidas se ocultó información. Situación ésta que sin lugar a dudas frustró el propósito de las mismas, el cual no es otro que asegurar que la información no se modifique y que el material que se recaude se realice de manera espontánea⁷⁶ y sin alteración alguna.

Por este motivo, la obstrucción, en criterio de este Despacho, quedó plenamente determinada.

Ahora bien, respecto al incumplimiento de instrucciones, debe manifestarse que los mensajes ya descritos demuestran que **CONCRETO** omitió acatar en debida forma la instrucción general que tienen todos los administrados de colaborar, pero sobre todo, de no entorpecer o buscar dificultar (obstruir) las investigaciones adelantadas por las entidades administrativas con funciones de inspección, vigilancia y control, como lo es esta Superintendencia.

Dicha instrucción se encuentra enmarcada en las actividades de policía administrativa que ejerce esta Entidad por medio de sus funciones de inspección, vigilancia y control en materia de libre competencia y que implican la obligación de todos los administrados de comportarse de manera honesta y leal, evitando entorpecer de cualquier forma el desarrollo de dichas funciones que están encaminadas a garantizar el interés general.

De esta forma, el Despacho no encuentra sustento alguno en el argumento del recurrente respecto a que esta Entidad omitió establecer de manera clara cuales fueron las conductas sancionadas y determinar por medio de qué hechos, acciones u omisiones específicas se habían perfeccionado.

Vale la pena en este punto señalar que en su recurso, **CONCRETO** manifestó que "brilla por su ausencia" la referencia a una orden o instrucción precisa dada a los empleados de la empresa y que no haya sido acatada por los mismos, lo cual en su criterio impedía la imposición de la multa. Al respecto, vuelve a reiterarse que la sanción impuesta por este Despacho por medio de la Resolución Sancionatoria no se dio por el hecho que durante el curso de las visitas administrativas

⁷³ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷⁴ Definición de la Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=QpvTrMf>

⁷⁵ Definición de la Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=GvYmCCw>

⁷⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 9045 del 12 de abril de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de inspección los investigados se hubieren negado a entregar información, sino por una serie de conductas para obstruir las facultades de esta Superintendencia.

4.10.2. Sobre la falta de efectos reales de la instrucción de borrar información y chats relacionados con el proceso licitatorio Tercer Carril Bogotá-Girardot

Para el recurrente, el Despacho no tuvo en cuenta que al borrar mensajes enviados por la aplicación *WhatsApp*, los mismos permanecen en el disco de almacenamiento del dispositivo. Por esta razón, no es posible concluir que la supuesta orden de revisar y borrar dichos chats pudiera tener el efecto de obstruir, estorbar o impedir la acción de la Superintendencia. Por el contrario, la Autoridad no cumplió con la carga de demostrar que efectivamente se borró información.

Al respecto, para el Despacho es claro que este argumento bajo ninguna óptica podría eximir de responsabilidad al recurrente, toda vez que, por el contrario, implica que esta Superintendencia hubiera tenido que adelantar actuaciones y gestiones adicionales para lograr encontrar la información relevante ocultada deliberadamente por la investigada, lo cual no es nada diferente a, precisamente, dificultar y obstruir las gestiones de investigación de esta Entidad.

Adicionalmente, y como se mencionó anteriormente, el hecho que el presidente y representante legal de la empresa investigada hayan solicitado e instruido a sus empleados y demás directivos de la compañía el eliminar información relacionada con el objeto de la visita, generaron total incertidumbre sobre si en los equipos y documentos recopilados por la Delegatura se encontraba realmente toda la información relacionada con el objeto de la visita.

De esta forma, no cabe duda que se generó el efecto de frustrar el propósito de las visitas, el cual no era otro que asegurar que la información de importancia no fuera modificada o alterada.

4.10.3. Sobre la falta de capacidad de los mensajes de *WhatsApp* para obstruir una investigación

Para **CONCRETO**, los mensajes y las órdenes de borrar información contenida en las comunicaciones realizadas a través de *WhatsApp*, se dieron después que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera tenido acceso a toda la información considerada relevante. Por este motivo, dichos mensajes resultan ineficaces para ocultar y eliminar información, pues la misma ya había sido recolectada por los funcionarios de la Entidad.

Este Despacho encuentra que este argumento carece de sustento por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, un gran número de los mensajes de *WhatsApp* analizados tuvieron lugar precisamente durante el transcurso de las diferentes visitas administrativas que tuvieron lugar en septiembre de 2016, en el marco de la investigación con radicado No. 16-223755.

Así, los mensajes cruzados entre **JORGE HERNÁN JIMENEZ, FELIPE ROCHA SILVA** y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** el 7 de septiembre de 2016 tuvieron lugar a las 11:57 A.M., como puede evidenciarse en la siguiente imagen:

Imagen No. 1. Copia de la imagen obtenida por el equipo forense de la Superintendencia del grupo de WhatsApp "Grupo Dir"

Hora de inicio: 9/7/2016 11:57:24 AM(UTC+0)

Actividad más reciente: 9/7/2016 3:02:06 PM(UTC+0)

Participantes: 573104245442@s.whatsapp.net Juan, Felipe Rocha/Concreto Felipe Rocha/Concreto, Jorge H Jimenez Jorge H Jimenez

De:

Marca de hora: 9/7/2016 11:57:24 AM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

joined

De:

Marca de hora: 9/7/2016 11:57:24 AM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

created the group "Grupo Dir"

Fuente: Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Sin embargo, y como puede evidenciarse del Acta de Visita de dicha fecha⁷⁷, la misma inició a las 10:13 A.M. y culminó a las 3:30 P.M., hora en que se firmó la mencionada Acta.

Vuelve a reiterarse que en los mensajes cruzados por los directivos de la compañía investigada del 7 de septiembre, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** dio la instrucción de que las respuestas debían ser las mismas y lo mínimas posible.

De igual forma, se recuerda que en fechas posteriores la Delegatura obtuvo declaraciones precisamente de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, tal y como consta en Acta de Visita del día 22 de septiembre de 2016,⁷⁸ y **JORGE HERNÁN JIMENEZ**, de acuerdo al Acta de Visita del día 13 de marzo de 2017⁷⁹, de las cuales no puede tenerse certeza si fueron espontáneas, completas o ciertas, dada las instrucciones que pueden evidenciarse en los mensajes de *WhatsApp* analizados.

De nuevo, este Despacho pone de presente que el efecto de las conductas reprochadas en el presente caso es precisamente el hecho que se generó incertidumbre, no solo respecto a la información existente en los equipos y documentos recopilados por la Delegatura, sino también respecto a la veracidad y exactitud de las declaraciones que pudieran dar los empleados de la compañía durante la actuación administrativa.

Por otro lado, no puede perderse de vista que la sanción impuesta en este caso no corresponde a los hechos ocurridos en una sola visita administrativa. Por el contrario, y como lo establece la norma, la obstrucción se realizó en diferentes momentos de la actuación administrativa, poniendo en riesgo la capacidad de esta Superintendencia de recopilar la información veraz durante toda la etapa preliminar y lo corrido de la investigación⁸⁰.

Por estos motivos, el Despacho no encuentra procedentes los argumentos del recurrente sobre este punto.

4.10.4. Sobre la falta de intención de obstruir la actuación de la Superintendencia

Para **CONCRETO** una lectura contextualizada de los mensajes de datos intercambiados el día 7 de septiembre de 2016 por medio de la aplicación *WhatsApp* evidenciaría que los mismos no tenían el objeto de truncar las funciones de la Delegatura y sus funcionarios.

Por el contrario, no se tuvo en cuenta que una visita como la adelantada en las instalaciones de la empresa perfectamente puede generar reacciones no premeditadas por quien las recibe, las cuales deben ser matizadas.

Por último, **CONCRETO** reitera que las solicitudes de borrar información, y aparentes órdenes de homogeneizar las declaraciones, se explican en aspectos que eran ajenos al tema de prueba de las visitas de inspección. Así, en realidad lo único que puede evidenciarse de los mensajes de datos intercambiados por los empleados de **CONCRETO** es que: (i) no existía una intención de ocultar información u obstruir una investigación, sino una legítima preocupación frente a la visita y las amplias facultades de la Delegatura; (ii) dichos mensajes consistían solamente en una retransmisión del consejo del abogado externo de la compañía; y (iii) que el real interés de los empleados de la compañía era el permitir que la visita se llevara a cabo de manera ágil y sin contratiempos.

Al respecto, este Despacho encuentra que las pruebas que fueron analizadas y utilizadas como sustento de la sanción impuesta en el presente caso, dan cuenta suficiente de que los empleados y

⁷⁷ Folios 10 a 19 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷⁸ Folios 20 a 26 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷⁹ Folios 45 a 51 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸⁰ De la Resolución No. 35525 del 24 de mayo de 2018 de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se dio apertura a la presente actuación administrativa de Solicitud de Explicaciones, puede desprenderse precisamente que la imputación hecha a **CONCRETO** fue por “(...) la realización de los comportamientos (...) que habrían configurado una obstrucción a la actuación administrativa adelantada por la Delegatura y una omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones formuladas en el marco de esta actuación” (Subraya fuera de texto).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

directivos de **CONCRETO** efectivamente manifestaron cierta inquietud sobre las facultades de esta Superintendencia para recolectar información. Sin embargo, también dejan en evidencia que aun cuando dichas facultades les fueron aclaradas en múltiples ocasiones por los funcionarios de la Delegatura y los abogados y asesores externos de la compañía, continuaron enviando mensajes de texto solicitando la eliminación de información relacionada con el objeto de la visita.

Así, a continuación se presentan extractos de las diferentes conversaciones en donde se evidencia que los directivos de **CONCRETO** tenían pleno conocimiento de que era su deber hacer entrega de toda la información y equipos que fueran solicitados por los funcionarios de la Delegatura, y que por el contrario, no podían adelantar acciones encaminadas al ocultamiento de los mismos.

La primera conversación que se volverá a traer a colación al respecto, es la sostenida el día 7 de septiembre de 2016 entre **JORGE HERNÁN JIMENEZ, FELIPE ROCHA SILVA** y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** a las 11:57 A.M.

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ, FELIPE ROCHA SILVA y JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO

"(...)

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Jorge

Yo quisiera:

Nombrar abogado y que nos diga cómo debemos actuar.

¿En todas las diligencias puede haber un abogado acompañándonos?

¿Qué diligencia es esto? ¿Hay proceso abierto?

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

¿Podemos negarnos a dar más información? Que un abogado nos diga si podemos solicitar a la supersociedades porque nos investigan.

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Y para ser más estricto, como verificó si realmente son de la supersociedades?

De: **JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO**

Ya te van a llamar de Posse Herrera

De: **JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO**

Alessia, Gabriel Sánchez, Hernan Paneso

De: **JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO**

Ya llegaron 4 funcionarios a Bogotá. Hablamos con Julio.

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Ya hablé con ellos

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Me dicen que hay que entregar información. Mi cautela es con la normalización de los accionistas. Tengo Info en mi computador⁸¹ (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta forma, se evidencia cómo desde las primeras visitas, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, presidente de **CONCRETO**, tenía pleno conocimiento de su obligación de hacer entrega de toda la información que fuera solicitada durante la visita.

En segundo lugar, el día 22 de septiembre de 2016, se presentó la conversación entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, en la cual vuelve a evidenciarse que incluso los asesores externos de la compañía ratificaron la obligatoriedad de entregar información solicitada por la Delegatura.

Así, se transcribe a continuación extracto de la mencionada conversación:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

⁸¹ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

“De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: *Hablamos con un abogado de Posse que trabajó en la Super;*

Conclusiones:

1. *Ud tiene cita a las 4 PM pero no indicaron expresamente que debía presentarse con Computador.*

2. *Si le preguntan por su herramienta para ver correos, debemos tener en su mesa un equipo que está a su disposición para conectarse a su correo en la oficina.*

Y que su equipo está en su casa; solo si lo preguntan.

3. *Ahora bien, **si le solicitan el computador de la casa, lo debe aportar** teniendo en cuenta que lo que haya borrado (archivos, correos, etc.), pueden ser reconstruidos por los equipos forenses.*

4. *En conclusión, puede pasar que no soliciten nada más que su indagatoria, y **en caso de pedirle el equipo, será necesario aportarlo***⁸² (Subraya y negrilla fuera de texto).

Ahora bien, no obstante lo anterior, y teniendo pleno conocimiento al respecto, el presidente de la compañía remite los siguientes mensaje en donde solicita a **FELIPE ROCHA SILVA** y a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** eliminar información relacionada con “Tercer Carril y Colpatría”, lo cual era, como ya se vio, el objeto de la visita:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: *Hola*

*Favor revisar chats y **borrar todo lo de tercer carril y Colpatría.***

Eliminar este también⁸³. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y FELIPE ROCHA SILVA

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: ***Revisar chats y borrar todo lo de tercer y Colpatría. Hay muchos.***

Borrar este también⁸⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Además, dichos mensajes, analizados en conjunto con los demás elementos probatorios, dan cuenta que, a pesar de conocer las amplias facultades de la Delegatura para recoger información relacionada con el objeto de sus visita, se buscó hasta el último momento ocultar información, obstruyendo de esta forma la investigación e incumpliendo la instrucción de atender las diferentes actuaciones administrativas de forma leal y honesta, sin entorpecer las mismas.

Por este motivo, no puede ser de recibo el argumento del recurrente consistente en que los mensajes analizados muestran que buscó permitirse que la visita se llevara a cabo de manera ágil y sin contratiempos, siguiendo los consejos de los abogados y sin intención de obstruir la investigación.

Todo lo contrario, las acciones de **CONCRETO**, por medio de sus empleados y directivos, fue precisamente la de buscar ocultar y eliminar información, con el fin de obstaculizar la visita y, además, contrariando las recomendaciones de sus asesores externos de entregar toda la información.

⁸² Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸³ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸⁴ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por este motivo, el Despacho no encuentra sustento en el acervo probatorio respecto a los argumentos presentados sobre este punto.

4.10.5. Sobre la entrega del *Back Up* del computador del Presidente de la compañía

Por último, **CONCRETO** manifestó que no puede desconocer que a pesar de no haber sido solicitado por la Delegatura, se puso a disposición de la Autoridad una copia de una unidad de almacenamiento grabada con un *Back Up* del computador de uso privativo de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**.

Al respecto, procede este Despacho a reiterar las consideraciones que se dieron en la Resolución Sancionatoria sobre este punto y que dan respuesta a lo manifestado en el recurso:

*"Adicionalmente, debe recordarse que esta Superintendencia ha manifestado en anteriores ocasiones, que la razón de ser de que la autoridad se movilice al sitio en el que presuntamente se encuentran determinados documentos es precisamente determinar, in situ, su existencia, y proceder a su recaudo con el objeto de **asegurar la prueba** y, con ello, proceder a estudiar el mérito de abrir una investigación formal⁸⁵. Por este motivo, el hecho de aceptar que se exime de responsabilidad a los investigados por la posterior entrega de información a las visitas adelantadas por esta Entidad eliminaría el factor sorpresa y la seguridad de la Entidad de estar recaudando la información sin ningún tipo de modificación, lo cual se garantiza con el hecho de verificar la documentación necesaria el día de la visita, en el momento y lugar establecido de manera unilateral por la Autoridad⁸⁶*

4.11. Argumentos relacionados con la falta de una conducta de carácter corporativo

Para **CONCRETO**, en el presente caso existe una ausencia de vínculo entre la conducta reprochada y el comportamiento corporativo de la empresa. Así, tal y como se había puesto de presente anteriormente, la compañía sancionada cuenta con un sistema de Gobierno Corporativo encaminado a evitar las dificultades que representa la separación de propiedad y administración. De esta forma, cuenta con "*una administración enfocada a la rendición de cuentas y responsabilidad en la toma de decisiones*".

No obstante, la Superintendencia decidió sancionar a la persona jurídica investigada a partir del comportamiento de una persona natural y no de un comportamiento colectivo o una práctica corporativa. Además, no se tuvo en cuenta que durante el transcurso de las visitas, por el contrario, se atendieron todas las solicitudes de información hechas por la Delegatura.

Agregó que el uso de la aplicación *WhatsApp*, por donde se transmitieron los mensajes utilizados como prueba por la Entidad, no constituye un comportamiento que pueda ser catalogado como corporativo en el contexto en que fue efectuado. El uso de dicha aplicación es responsabilidad exclusiva de las personas naturales que hayan realizado el registro en la misma y hayan aceptado sus términos y condiciones.

Así, no existe prueba alguna de un documento que provenga directamente de la empresa en el cual esta última dé la orden de no colaborar con la Superintendencia de Industria y Comercio. Las pruebas consisten en mensajes enviados por su representante legal, y por tanto debe recordarse que de acuerdo al artículo 2349 del Código Civil, las empresas no son responsables por las actuaciones de sus trabajadores

Al respecto, el Despacho pone de presente que este mismo punto ya fue ampliamente abordado en la Resolución Sancionatoria, por lo cual a continuación se procede a transcribir lo señalado entonces:

*"De esta forma, en primer lugar, se reconoce que al ser una sociedad del tipo de las anónimas, **CONCRETO** cuenta con una organización y estructura corporativa típica de una sociedad de capital, por acciones, que busca garantizar el buen desarrollo de la compañía y los derechos de sus accionistas.*

⁸⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 44585 del 22 de julio de 2014.

⁸⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, y como lo ha manifestado la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**⁸⁷, el funcionamiento de las sociedades comerciales se fundamenta precisamente en una estructura organizativa, en donde coexisten diversos órganos sociales, cada uno de ellos con sus propias atribuciones y con su propio campo de acción. En el caso de las sociedades anónimas, como **CONCRETO**, tal estructura está conformada por un órgano máximo y de dirección, denominado la Asamblea General de Accionistas, por un órgano de gestión y administración, denominado Junta Directiva, un órgano de representación y ejecución conformado por el Representante Legal, y un órgano de fiscalización, que corresponde al Revisor Fiscal.

Ahora bien, aunque el conjunto de los órganos anteriormente descritos efectivamente cumplen con la gestión social de la compañía, cada uno de ellos cuenta con funciones y competencias específicas otorgadas por la ley o los estatutos sociales, según su naturaleza.

Así fue reconocido por la doctrina, que ha establecido que "**las funciones de cada órgano son poderes propios del mismo, ya que no los recibe por delegación sino en su carácter instrumental**". Así, se hace referencia al órgano de deliberación y decisión (asamblea general de accionistas o junta de socios); al órgano orientador de la administración (junta directiva); **al órgano de ejecución y representación (representante legal)**, y al órgano de fiscalización (revisoría fiscal)⁸⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el fin de resolver el asunto que nos interesa, debe hacerse precisión en que la Junta Directiva es un órgano orientador de la administración que sirve como apoyo al representante legal, expresando, por ejemplo, sus puntos de vista con respecto a la conveniencia de los negocios que se proyectan, formulando las iniciativas que sean del caso, y en general todo lo que tenga que ver con las proyecciones económicas de la empresa⁸⁹. Por su parte, el representante legal de la compañía conforma el órgano de ejecución y representación, en el sentido que son las personas encargadas de hacer presente a la sociedad en sus relaciones con terceros⁹⁰.

En igual medida, el artículo 196 del Código de Comercio otorga facultades ilimitadas al representante legal de una compañía, en su calidad de órgano de ejecución y representación, y en el marco de sus funciones para representar a la sociedad en sus relaciones con terceros. De esta forma, dicha norma establece que las limitaciones a dichas funciones deben estar expresamente pactadas en los estatutos.

Hecha la anterior aclaración, este Despacho reitera que en el caso concreto, la obstrucción a la actuación administrativa de la Superintendencia durante las visitas de los días 6 y 7 de septiembre de 2016 y 22 de septiembre del mismo año tuvo lugar como consecuencia de las conductas desplegadas por **CONCRETO** a través de un grupo de sus empleados, en especial por su presidente y representante legal, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, quien como ya quedó establecido, desde un principio dio instrucciones directas a los demás empleados de la compañía respecto a (i) la forma como debían limitarse las respuestas a los requerimientos hechos por la Entidad; (ii) que se eliminara información relacionada con el proceso de selección Tercer Carril Bogotá-Girardot (el cual era el objeto de la visita); y (iii) para que se tomaran las medidas necesarias con el fin de ocultar su computador institucional y, por el contrario, se presentara un equipo diferente a los funcionarios de la Delegatura.

Así, y contrario a lo manifestado por **CONCRETO**, las actuaciones de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** no pueden ser consideradas como las conductas de un particular, pues las mismas se encuadraban precisamente en el ejercicio de sus funciones como representante legal de **CONCRETO** y, por tanto, comprometían a la sociedad.

Al respecto, tal y como consta en las actas de visitas administrativas que se hicieron en las instalaciones de **CONCRETO**⁹¹, los funcionarios de la Delegatura solicitaron la presencia de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, con el fin de obtener sus declaraciones,

⁸⁷ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-183419 del 26 de diciembre de 2012.

⁸⁸ Narváez, José Ignacio. "Teoría general de las sociedades". Pág. 281.

⁸⁹ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-66812 del 18 de octubre de 2000.

⁹⁰ Reyes Villamizar, Francisco. "Derecho Societario". Pág. 578

⁹¹ Folios 2 a 26 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en su calidad de Presidente y representante legal de la compañía, y no como un empleado particular.

*Incluso, la información que buscó ser recolectada durante las visitas administrativas adelantadas por esta Superintendencia hacía referencia al ejercicio del objeto social de la compañía, y a la participación de esta última en un proceso de selección en específico. Así, las conductas desplegadas por los empleados de **CONCRETO**, y en especial de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, tuvieron como objetivo esconder y eliminar información perteneciente a la compañía, que según los involucrados podía perjudicar a **CONCRETO** en la firma del contrato final de adjudicación del proyecto Tercer Carril Bogotá-Girardot. Por lo anterior, no cabe duda que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** estaba ejerciendo como representante legal y sus conductas claramente excedían su esfera personal.*

*Por lo anterior, este Despacho no tiene duda que la responsabilidad de **CONCRETO** se vio totalmente comprometida en el presente caso a través de la conducta de su presidente y demás funcionarios involucrados en la obstrucción"⁹²*

Como complemento de lo anterior, analizado el "Código de Buen Gobierno Corporativo" de **CONCRETO** que obra en el Expediente⁹³, se evidencia que si bien establece la existencia de una serie de órganos internos de **control**, y unas pautas de comportamiento de la empresa, en ninguna parte se establece que la voluntad corporativa solo se expresa por la concurrencia de voluntades de todos esos órganos como lo sostienen los recurrentes.

Por el contrario, las funciones establecidas para dichos órganos corporativos son las de vigilar y, en caso de ser necesario, sancionar las conductas de los administradores que actúen de forma contraria a dicho "Código de Buen Gobierno Corporativo".

Sin embargo, de ninguna manera puede entenderse que la existencia de dicho Código, elimina las funciones y capacidades legales que ostenta el representante legal de la sociedad, quien es el órgano corporativo que exterioriza la manifestación de voluntad de la sociedad.

Por este motivo, no es de recibo el argumento presentado sobre este punto.

4.12. Argumentos relacionados con la falta de antijuridicidad de la conducta

Para **CONCRETO**, en el presente caso hay una ausencia de antijuridicidad de la conducta reprochada. Lo anterior, dado que nunca se puso en riesgo ni se lesionó el bien jurídicamente tutelado, es decir, la potestad de la Superintendencia de Industria y Comercio para obtener pruebas relativas a la protección de la competencia.

El tema de la prueba de las visitas en cuestión era una presunta colusión en el proceso de licitación pública de la APP Tercer Carril Bogotá-Girardot. En este orden de ideas, el hecho que posteriormente se haya abierto una investigación por prácticas restrictivas de la competencia en relación con dicho proceso, aduciendo información y material probatorio recaudado en las visitas de inspección, da cuenta de que no se lesionó ni se puso en riesgo la capacidad de la Entidad para obtener las pruebas que considerara de utilidad.

Al respecto, al igual que en el punto anterior, este Despacho encuentra que en la Resolución Sancionatoria se dio respuesta amplia y completa sobre este mismo punto en los siguientes términos, en los cuales se insiste nuevamente:

*"Al respecto, este Despacho debe manifestar que, en su criterio y en virtud de las pruebas que obran en el Expediente, la conducta desplegada por **CONCRETO** efectivamente puso en riesgo el bien jurídico protegido, el cual es la protección de la libre competencia a través de la facultad investigativa de esta Superintendencia y la capacidad de ésta de recolectar información que no haya sido previamente manipulada por los administrados.*

⁹² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2.

⁹³ Folios 177 a 189 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Así, si bien este Despacho reconoce que durante las visitas administrativas a **CONCRETO** de septiembre de 2016 y marzo de 2017, los empleados de la compañía pusieron a disposición de los funcionarios de la Delegatura cierta información que les fue solicitada, también es cierto que existen suficientes elementos de prueba en el Expediente que demuestran que durante el tiempo que se dieron las visitas administrativas por parte de esta Entidad a **CONCRETO**, los empleados de esta compañía adelantaron diferentes conductas con el fin de eliminar información, manipular equipos de trabajo y decidir de manera unilateral la información que iba a ser puesta a disposición de esta Superintendencia.

En tal medida, existe evidencia que acredita que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, actuando como representante legal de **CONCRETO**, dio instrucciones directas a los demás empleados de la compañía respecto a (i) la forma como debían limitarse las respuestas a los requerimientos hechos por la Entidad; (ii) que se eliminara información relacionada con el proceso de selección Tercer Carril Bogotá-Girardot (el cual era el objeto de la visita); y (iii) para que se tomaran las medidas necesarias con el fin de ocultar su computador institucional y, por el contrario, se presentara a los funcionarios de la Delegatura un equipo diferente.

Así las cosas, para este Despacho no cabe duda de que las conductas reprochadas por esta Superintendencia a **CONCRETO** y a sus empleados, efectivamente pusieron en riesgo el bien jurídico tutelado, toda vez que se eliminó la certeza para esta Superintendencia de estar recaudando la información y pruebas necesarias para llegar a una conclusión, sin que las mismas hubieran sido manipuladas con anterioridad por los administrados⁹⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto).

4.13. Argumentos relacionados con supuestos errores al graduar la multa

CONCRETO presentó algunos argumentos relacionados con la dosificación de la multa impuesta. En general, indicó que la sanción resultó desproporcional teniendo en cuenta que los empleados de la empresa sí atendieron la visita y entregaron la información que les fue solicitada, y que además, no existe relación entre la sanción impuesta en este caso y las multas establecidas en casos anteriores por incumplimientos y obstrucciones a investigaciones de la Superintendencia.

El Despacho debe desestimar el argumento presentado por varias razones. En primer lugar, porque como ya quedó acreditado a lo largo de la presente actuación administrativa, la conducta de **CONCRETO** sí obstruyó la investigación de la Superintendencia en el marco de las visitas administrativas objeto de análisis. Debe resaltarse en este punto que atender las visitas y responder a ciertas solicitudes de información en nada desdibuja que el actuar de los empleados de la compañía haya resultado obstructivo, por lo que afirmar que la imposición de una multa en este caso no es a lugar porque en algunos momentos sí colaboraron resulta inadmisibles.

De otra parte, es importante aclararle al sancionado que no es pertinente realizar comparaciones entre valores absolutos de las sanciones impuestas en diferentes casos, incluso si las mismas se presentan como salarios mínimos, toda vez que, por un lado, efectuar comparaciones directas es equivalente a descartar las particularidades de cada caso, y por otro, deben tenerse en cuenta factores tales como la multa máxima aplicable y, sobre todo, los indicadores financieros de los agentes sancionados.

A manera de ejemplo, y de nuevo haciendo énfasis en que comparaciones directas resultan ser poco rigurosas e incorrectas, en la Resolución No. 8051 de 2018 –referenciada por **CONCRETO** en su Recurso de Reposición y con la cual erróneamente se compara–, se sancionó una obstrucción de una investigación con una multa superior al 9% del patrimonio del investigado, porcentaje muy superior al del presente caso en que la sanción equivale únicamente aproximadamente al 1,5% del patrimonio de **CONCRETO**. Por lo tanto, teniendo en cuenta las particularidades del presente caso, queda demostrado que la multa impuesta no fue atípica, ni mucho menos ha sido proporcionalmente la más alta históricamente impuesta por esta Superintendencia, y por ende, no fue desproporcional.

Ahora bien, sobre los criterios de dosificación relacionados con el *impacto en el mercado y la dimensión del mercado*, **CONCRETO** manifestó que contrario a lo que indicó la Resolución Sancionatoria sobre que los mismos no resultaban aplicables, la Superintendencia de Industria y

⁹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 de 2019 (Resolución Sancionatoria). Folios 259 a 277 del Cuaderno Público No. 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Comercio debe tener en cuenta que justamente la conducta no generó ningún impacto en el mercado, y que incluso no se definió un mercado para el caso concreto.

Este último punto abordado por el sancionado en el que reconoce que en actuaciones administrativas como esta no se define un mercado, toda vez que no es lógico hablar de afectación en el mercado, fue justamente el argumento utilizado por esta Superintendencia para determinar que los criterios de dosificación referenciados no son aplicables en casos como incumplimientos de instrucciones u obstrucciones de investigaciones. No obstante lo anterior, el Despacho, en la Resolución Sancionatoria, sí resaltó la conciencia de que *"la infracción tiene una implicación directa en la actuación administrativa de esta Superintendencia, pero no un impacto propiamente dicho en el mercado"*, con lo cual la solicitud de **CONCRETO** de que esto sea tenido en cuenta resultaría innecesaria en este punto de la actuación.

Sobre el *beneficio obtenido por el infractor*, **CONCRETO** aseguró que el mismo no puede ser entendido, como lo hace la Superintendencia, como una referencia a un "costo de oportunidad" y agregó que en el presente caso no se obtuvo ningún beneficio del comportamiento reprochado, razón por la cual la falta de dicho criterio debe repercutir en el monto de la sanción.

Frente al particular, el Despacho procederá a explicar al sancionado por qué no le asiste la razón y, en dicha medida, por qué el costo de oportunidad sí puede ser considerado al hacer referencia al beneficio económico obtenido por el infractor con su conducta.

En primer lugar, es importante resaltar que cuando se hace referencia a beneficio, el mismo resulta ser sinónimo de utilidad, conceptos que pueden definirse como la diferencia entre los ingresos y los costos de un agente económico.

En segundo lugar, se aclara que dentro del conjunto de posibles costos económicos –que pueden resultar siendo ingresos para otros agentes– en los que puede incurrirse al realizar una actividad, y que se diferencian de los costos contables, deben considerarse los costos de oportunidad. Los costos de oportunidad son aquellos en los que se incurre al tomar una decisión y no otra. Es decir, la utilidad que deja de percibirse por elegir una alternativa frente a otra. Estos costos no se reflejan contablemente toda vez que no son explícitos, es decir, no son efectivamente erogados por el agente económico. No obstante lo anterior, sí afectan el beneficio obtenido por el mismo.

Lo anterior quiere decir que, en casos como el presente, que hacen referencia a comportamientos que obstruyen investigaciones, existe costo de oportunidad que asume la Autoridad de Competencia, que resulta en utilidad para el sancionado, equivalente a no poder recaudar toda la información documental existente y al generar dudas respecto de las declaraciones que hubiesen rendido los empleados de la empresa por haber recibido órdenes para alterar las mismas.

Es evidente que lo anterior no puede ser cuantificable en la medida en que, como ya se indicó en la Resolución Sancionatoria, al no conocer el contenido de la información, no es posible calificar su valor probatorio. Sin embargo, esta imposibilidad de cuantificación en nada desdibuja el beneficio obtenido por el infractor quien, al obstruir la investigación, se benefició de poner en riesgo la capacidad de la Autoridad de recaudar toda la información que considerara necesaria para adelantar sus funciones.

Así las cosas, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio reconoce que en escenarios de investigaciones por obstrucciones no puede cuantificar el beneficio obtenido por el infractor con la conducta, lo cierto es que sí existe dicho beneficio, con lo cual no podría dejarse de lado este criterio para la dosificación de la sanción.

Por otro lado, **CONCRETO** aseveró que el criterio de *grado de participación de la persona implicada* está previsto solamente para casos en los que varios agentes intervienen en una infracción como sería el caso de carteles. Añadió que no puede afirmarse que en la conducta reprochada participó un grupo de trabajadores cuando, de las pruebas utilizadas por el Despacho, puede darse cuenta del actuar de un solo empleado.

Al respecto, debe manifestarse que, como bien lo sostiene el recurrente, en los casos de acuerdos anticompetitivos el criterio de grado de participación está previsto para establecer de manera correcta y justa el monto de la sanción a imponer a los miembros del cartel, dependiendo de su nivel de participación en el mismo. No obstante, lo anterior no quiere decir que en casos de conductas

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

unilaterales dicho criterio no deba aplicarse, toda vez que, por el contrario, el grado de participación de un agente de mercado en este tipo de casos es total.

Por otro lado, respecto a que las pruebas utilizadas en el presente caso hacían referencia únicamente al actuar de una persona natural, este Despacho debe reiterar que la responsabilidad de **CONCRETO** fue el resultado de un actuar adelantado por un grupo de sus empleados, entre los que se encontraban su representante legal y un número adicional de directivos de la compañía.

Finalmente, sobre la *cuota de mercado de la empresa infractora, la parte de sus activos y/o ventas involucrados en la infracción*, **CONCRETO** solicitó que el Despacho estudiara la proporción de patrimonio o ingresos operacionales involucrada en la comisión de la conducta que, en su criterio, correspondería al contrato a adjudicarse mediante el proceso de selección del Tercer Carril Bogotá-Girardot o, en su defecto, del mercado de concesiones.

Al respecto, el Despacho procederá a explicar por qué la solicitud de la sancionada resulta infundada y no se acogerá. Como ya se ha reiterado tanto en el presente acto administrativo como en la Resolución Sancionatoria, en casos de obstrucción de investigaciones no tiene sentido alguno hablar sobre un mercado relevante o afectado.

Lo anterior, dado que en el caso en cuestión no existe un mercado relevante o afectado previamente delimitado, toda vez que los hechos investigados y sancionados tuvieron lugar durante el desarrollo de una etapa preliminar, en la cual esta Entidad se encontraba recopilando apenas información para establecer los méritos suficientes para la apertura formal o no de una investigación. De igual forma, una vez la Superintendencia solicita explicaciones e inicia un proceso administrativo por una posible obstrucción, dicho procedimiento se desvincula e independiza del que lo originó, apartándose de cualquier definición de mercado relevante o afectado que hubiera podido hacerse.

Teniendo esto presente, tampoco tiene sentido entonces que la Superintendencia de Industria y Comercio, al momento de dosificar la sanción, identifique una proporción de patrimonio, activos, ventas o ingresos operacionales de la empresa que se relacione directamente con la infracción.

No obstante lo anterior, y consciente de que los estados financieros son el mejor indicativo de la capacidad de pago de la empresa, así como ilustrativos de que los niveles de multas no resulten confiscatorias pero tampoco irrisorias para lograr los objetivos de disuasión de las sanciones, este Despacho tiene en cuenta variables como el patrimonio de la empresa –además de acuerdo con lo previsto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009– para dosificar sus sanciones. Así, el Despacho no acogerá la recomendación del sancionado y descartará su argumento por resultar infundado.

Por todo lo anterior, se procederá a confirmar el valor de la sanción impuesta a **CONCRETO** en la Resolución Sancionatoria.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 39572 del 27 de agosto de 2019, de conformidad con lo expuesto en el numeral **TERCERO** de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.** identificada con NIT. 890.901.110-8 y a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.774.008, informándoles que en su contra no proceden recursos.

ARTICULO CUARTO: COMUNICAR la presente Resolución a **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.530.104.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **03 OCT 2019**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Elaboró: T. Posada/A. García
Revisó/Aprobó: A. Pérez

NOTIFICAR:

CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.

NIT 890.901.110-8

JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

C.C. 2.774.008

Apoderado

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

C.C. 79.779.355

T.P. 82.904 del C.S. de la J.

Calle 97 A No. 8-10, Of. 204

Bogotá, D.C.

COMUNICAR:

ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

C.C. 32.530.104

Apoderado

LAURA BUENDÍA GRIGORIU

C.C. 52.268.705

T.P. 108.942 del C. S. de la J.

Calle 97 A No. 8-10, Of. 204

Bogotá, D.C.