



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

RESOLUCIÓN NÚMERO № 6 1 4 8 9 DE 2018

(27 AGO 2018)

Radicación 15-150620

VERSIÓN ÚNICA

*“Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción
y se adoptan otras decisiones”*

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de facultades legales, especialmente las previstas en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 8051 del 8 de febrero de 2018¹ (en adelante Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** (en adelante **JV INGENIERÍA**) 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 obstruir una actuación administrativa que adelantaba la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de una visita administrativa.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, **JV INGENIERÍA**, mediante comunicación radicada con el No. 15-156020-27 del 15 de marzo de 2018², interpuso recurso de reposición contra dicho acto administrativo y solicitó su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

- La Superintendencia de Industria y Comercio, cuando explicó sus facultades legales para ordenar visitas de inspección y solicitar el suministro de datos, informes y documentos, pareció olvidar que tales poderes deben estar estrechamente relacionados con el objeto de la investigación, de manera que las pruebas que se recauden deben enmarcarse en tal fin, deben ser pertinentes y conducentes, y deben ser idóneas para probar el hecho correspondiente.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no está facultada para conocer en ningún caso información que no tenga relación con los asuntos bajo su inspección, vigilancia y control, menos aún aquella que sobrepase el objeto de la visita correspondiente. Por ende, la información personal del representante legal de **JV INGENIERÍA** no hace parte de los documentos o pruebas que puede legalmente conocer la Superintendencia, pues no es respecto de tal sujeto y menos aún en relación con esa información sobre la que se ordenó la práctica de la visita del 26 de mayo de 2015.
- **JV INGENIERÍA** de ninguna manera dejó de atender las órdenes del Despacho y mucho menos obstruyó la investigación, pues permitió el acceso a todos los datos solicitados y entregó toda la información que le fue requerida dentro del plazo que la misma Entidad le fijó.

¹ Folios 109 a 129 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente No. 15-150620. En adelante, cada vez que en el presente acto administrativo se haga alusión al Expediente, se está haciendo referencia al trámite identificado con el radicado No. 15-150620.

² Folios 133 a 153 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

- El acta de inspección del 26 de mayo de 2015 evidencia que, contrario a lo sostenido por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución Sancionatoria, **JV INGENIERÍA** en ningún caso realizó conductas que pudieran configurarse como obstrucción a tal diligencia.
- Como prueba de lo anterior, consta en el acta de visita que el Representante Legal de la sociedad, al conocer que se estaba adelantando la visita, procedió a viajar desde San Bernardo del Viento para atender personalmente la diligencia. Incluso, los comisionados de la Superintendencia suspendieron la diligencia para permitir que el Representante Legal alcanzara a llegar a las oficinas el mismo día en que cursó la visita administrativa. Esto constituye una prueba del interés de la empresa en colaborar.
- El acta de la visita de inspección del 26 de mayo de 2015 en ninguna parte señala que la sociedad **JV INGENIERÍA**, a través de su representante legal, haya realizado actos de obstrucción a tal diligencia. Por el contrario, en tal documento se afirma y evidencia que la sociedad permitió la práctica de numerosos testimonios, toma de videos, revisión de correos electrónicos de personal de la compañía (entre ellos, el de la gerencia) y que incluso se efectuó la entrega de información física a los funcionarios de la Superintendencia.
- Cuando los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio solicitaron acceso al computador personal del señor **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** y al correo jamador@jvingenieros.com, este en ningún momento se negó a que se inspeccionara la información de **JV INGENIERÍA** contenida en tales sistemas. Lo que solicitó fue que no se accediera a su información personal, pues la autoridad administrativa no tenía facultad para acceder a tales datos. Esto no puede ser entendido como una obstrucción y mucho menos como un incumplimiento de una orden.
- En cuanto al computador asignado a **SNEIDER VÁSQUEZ**, tal y como consta en las pruebas que obran en el Expediente, se les permitió a los funcionarios comisionados acceder al mismo, quienes revisaron los datos contenidos en tal ordenador, con lo cual es claro que en este caso tampoco hubo obstrucción ni incumplimiento. Así las cosas, el Despacho está obviando evaluar pruebas que son de gran importancia y que evidencian que **JV INGENIERÍA** no debe ser objeto de sanción alguna.
- Cuando el Despacho solicitó documentos sobre el consorcio **INDUSTRIA Y BAHÍA, JV INGENIERÍA**, a través de su representante legal, además de dar las explicaciones correspondientes, entregó todos los documentos físicos de tal consorcio que reposaban en los archivos de la sociedad.
- El ánimo de colaboración del representante legal de **JV INGENIERÍA** se demuestra en que la Superintendencia fijó una fecha para que hiciera llegar determinada información a la Entidad, lo cual se cumplió a cabalidad y dentro del término establecido para el efecto.
- De conformidad con lo dispuesto en el acta de visita, la diligencia de la Superintendencia de Industria y Comercio fue ordenada respecto de **JV INGENIERÍA** con el fin de "*recopilar información relacionada con su participación en procesos de contratación pública*". Por ende, la única información sobre la cual podía recaer la inspección era sobre aquella que versara sobre procesos de esa naturaleza en los que fuera parte tal sociedad.
- El hecho de que **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** actúe como representante legal de la sociedad sobre la cual recayó la visita, en ningún caso permite que la orden de inspección dada sobre la sociedad se extienda a su información personal. La persona jurídica es un ente de derecho, individual y diferente a sus socios, representantes y administradores.
- El objeto de la diligencia no tenía relación alguna con **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** ni su información personal tenía injerencia en la investigación. Tanto es así que jamás se le solicitó la entrega de datos o información pertenecientes a él como persona natural.
- La Superintendencia no tiene ni ha tenido facultad para solicitar información personal del representante legal de **JV INGENIERÍA**, ya que tales datos no son el objeto de la investigación y tampoco existe indicio alguno que dé a entender que tal información puede ser útil para la investigación o que tiene relación con lo investigado.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

- Pensar de otra manera sería tanto como permitir que las entidades administrativas pudieran inmiscuirse sin límite alguno en la intimidad de las personas, en situaciones donde además de carecerse de facultad para ello, no existe siquiera un móvil o justificación que permita pesar en que la información personal del tercero ayudará a probar o esclarecer hechos de la investigación. Tan es cierto que no existe tal indicio que la Superintendencia de Industria y Comercio se limitó a pedir la información únicamente de **JV INGENIERÍA** y nunca la del representante legal.
- Debido a que en el correo jamador@jvingeneria.com y en el computador de uso personal de **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** se almacena su información personal, este último tenía derecho a solicitar que se le permitiera extraer la misma para evitar que se le trasgrediera su derecho fundamental a la intimidad, e incluso, le asistía el derecho a pedir que la información que se consultara en tales sistemas y se extrajera fuera solo referida a **JV INGENIERÍA**, como en efecto lo solicitó.
- No puede sancionarse a una empresa como consecuencia del ejercicio de un derecho superior (derecho a la intimidad), el cual fue legal y debidamente ejercido por el representante legal de **JV INGENIERÍA**.
- En este caso se evidencian numerosas transgresiones al derecho fundamental al debido proceso, comenzando por la negativa de la Superintendencia de Industria y Comercio de tener como pruebas los documentos ante ella radicados por **JV INGENIERÍA** el 5 de junio de 2015 a través de oficio No. 15-100053-41-00. La solicitud de esta prueba fue efectuada por la empresa y resuelta de manera negativa mediante la Resolución 81647 de 2015, contra la cual **JV INGENIERÍA** interpuso recurso que fue resuelto de manera negativa por la Resolución No. 103655 de 2015.
- La violación al debido proceso se hace también evidente cuando la Superintendencia de Industria y Comercio inició un proceso sancionatorio contra **JV INGENIERÍA** por una presunta obstrucción y no atención de sus órdenes, olvidando que en la diligencia los funcionarios delegados accedieron al computador asignado a **SNEIDER VÁSQUEZ** y desconociendo también que el representante legal de la empresa permitió el acceso a su computador personal y a sus correos electrónicos – solicitando que solo se inspeccionara la información de la empresa– y además radicó en la Entidad la información solicitada dentro del término establecido, incluso indicando por correo electrónico los enlaces de descarga para acceder a tal información.
- Las irregularidades van más allá de lo narrado. A través del escrito 15-150620 1 de julio de 2015, la Superintendencia inició el trámite que nos ocupa y solicitó que **JV INGENIERÍA** ejerciera su derecho de defensa dando las explicaciones respectivas y solicitando pruebas. La empresa solicitó como prueba documental el oficio radicado con el No. 15-100053-41-00 del 5 de junio de 2015, a través del cual aportó los documentos requeridos por la Autoridad en el marco de la visita. No obstante lo anterior, la Entidad negó la prueba por impertinente, aun cuando demostraba el cumplimiento de las órdenes impartidas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio inició un proceso sancionatorio en contra de **JV INGENIERÍA** y paralelamente le negó de manera reiterada y tajante una prueba que demostraba de forma clara y fehaciente que en efecto sí había cumplido con lo ordenado. De haberse tenido en cuenta la prueba dentro del trámite, el proceso habría quedado sin sustento. Esto da cuenta de una violación al debido proceso de la empresa y de una estrategia reprochable de la Autoridad para imponer su sanción.
- Si bien las normas citadas de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 le permiten a la Autoridad, cuando se encuentre en ejercicio de sus funciones, obtener información del titular sin que medie autorización de su parte, lo cierto es que en ningún caso se le requirió al señor **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** la entrega de su información personal, por lo cual, como titular de la misma, no se vio en ningún caso obligado a cumplir con algo que no fue ordenado.
- El representante legal de **JV INGENIERÍA**, ejerciendo su derecho a la intimidad, solicitó tiempo para separar la información personal de la que correspondían a la sociedad, para así entregar lo requerido por la Entidad. Tan cierta era su disposición de entregar la información que, tal y como consta en el acta del 26 de mayo de 2015, indicó que *“el día de mañana 27 de mayo de 2015, si la abogada asesora eterna lo permite, autorizará el acceso al computador”*.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

- La información personal de **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** no cumple con el requisito de ser pertinente para verificar el cumplimiento de disposiciones legales. Tan no se consideró pertinente, que la Entidad no la solicitó en el marco de la visita, e incluso fijó plazo para que **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** separara lo personal de lo correspondiente a **JV INGENIERÍA**. De haberse considerado necesaria y pertinente tal información (con lo cual se habría transgredido el derecho a la intimidad), la Superintendencia habría emitido orden expresa de mostrarla y no habría fijado término adicional para hacer su depuración.
- Si el deseo del representante legal hubiera sido obstruir o no entregar la información solicitada, simplemente se habría opuesto a permitir el acceso a su correo, no habría facilitado documentos físicos de su archivo y mucho menos habría allegado la información solicitada por la Superintendencia dentro del término fijado por la Entidad.
- Infortunadamente, datos y documentos personales se encontraban entremezclados con la información de **JV INGENIERÍA** requerida por el Despacho. Respecto de esta última nunca se alegó confidencialidad ni reserva, sino que por el contrario siempre existió disposición de entrega, como en efecto se hizo dentro del término otorgado. Solo existía riesgo de transgredírsele al señor **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** su derecho a la intimidad si no se le permitía separar la información personal de la correspondiente a **JV INGENIERÍA**.
- Contrario a lo que pretende hacer creer la Superintendencia de Industria y Comercio, en ningún caso **JV INGENIERÍA** pretendió limitar el alcance de la visita a la información del **CONSORCIO INDUSTRIA Y BAHÍA**, pues según lo dispuesto en el acta, fueron los propios funcionarios comisionado por la entidad quienes solicitaron de manera expresa la información relativa a tal consorcio.
- Aunque el Despacho manifieste que el proceso sancionatorio que aquí nos ocupa es independiente del resultado de la investigación de prácticas restrictivas de la competencia, no puede olvidarse que son asuntos relacionados entre sí. En este caso, no solo no se presentó obstrucción ni desacato a las órdenes dadas por la entidad en desarrollo de la mencionada visita, sino que incluso habiendo **JV INGENIERÍA** entregado a la Superintendencia la información requerida (para lo cual se le dio plazo hasta el 5 de junio 2015), tampoco encontró mérito para iniciar proceso por prácticas restrictivas de la competencia. Esto es una prueba contundente de que no hubo falta alguna y pone de presente la improcedente e injusta que es la sanción que se pretende imponer.
- La sanción que se pretende imponer es excesiva, pues transgrede de manera directa el principio de proporcionalidad que rige cualquier actuación sancionatoria por parte del Estado.
- Los criterios para modular la sanción son taxativos. No obstante lo anterior, en lo que se refiere al primer criterio (impacto que la conducta tenga sobre el mercado), la Superintendencia contradictoriamente anunció inicialmente que no lo aplicaría pero posteriormente dijo que sí lo haría pero de una manera diferente (no sobre el impacto respecto del mercado sino sobre la conducta propiamente dicha), lo cual debe considerarse una transgresión directa al debido proceso y a los derechos del investigado. De manera arbitraria, la Entidad interpretó y subjetivó el criterio.
- La Superintendencia afirmó que la conducta sí es relevante en cuanto impidió que se diera el factor sorpresa. Sin embargo, el factor sorpresa nunca se eliminó, pues la visita del 26 de mayo de 2015 se realizó sin darse previo aviso alguno a **JV INGENIERÍA**. Cosa diferente es que la información no hubiera resultado relevante ni que de esta se desprendiera conducta alguna que diera lugar a afectar la competencia.
- En cuanto al criterio correspondiente al beneficio obtenido por el infractor con la conducta, este se usó de forma forzada por el Despacho cuando en realidad no es aplicable, pues **JV INGENIERÍA** no obtuvo provecho de carácter económico ni de ninguna otra naturaleza.
- Frente al criterio de grado de participación de la persona implicada, este tampoco sería aplicable, ya que no es cierto que a través del representante legal de **JV INGENIERÍA** se haya impedido la práctica de la visita administrativa y es claro también que la diligencia incluso se desarrolló hasta altas horas de la noche, sin haberse negado acceso a los documentos solicitados.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

- En relación con el criterio de patrimonio del infractor, existe discrepancia con lo analizado por el Despacho, ya que en caso de insistirse en la imposición de una sanción, la Superintendencia debe tener en cuenta la variación de la situación financiera y patrimonial que ha venido sufriendo **JV INGENIERÍA** desde el año 2015 hasta la fecha, pues tales circunstancias han desmejorado de manera sustancial. De tenerse en cuenta la situación patrimonial de la empresa de 2015 se estaría causando un grave perjuicio a dicha sociedad y se estarían desconociendo principios como el de proporcionalidad, favorabilidad, equidad, entre otros.
- Para probar tal detrimento, se anexan los estados financieros de la compañía con corte a 31 de diciembre de 2017, así como documentos que acreditan algunas deudas e incluso reestructuraciones de créditos a los que se ha visto avocada la sociedad.
- De obligarse a **JV INGENIERÍA** al pago del valor de la sanción impuesta en la resolución recurrida, esta podría ser arrastrada a una grave crisis financiera y económica que podría conllevar su liquidación.
- La Resolución 8051 de 2018 debe revocarse en su totalidad por nulidad, toda vez que transgredió derechos de **JV INGENIERÍA** al debido proceso, defensa y contradicción, conforme con lo establecido en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).
- Las afirmaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con el desacato de órdenes y la obstrucción e impedimento de la visita por parte **JV INGENIERÍA** carecen de fundamento y validez. La resolución recurrida adolece de falsa motivación y transgrede los derechos al debido proceso, contradicción y defensa de la empresa.

TERCERO: Que una vez analizados los argumentos expuestos por el recurrente y de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo (CPACA), este Despacho resolverá el recurso de reposición presentado por **JV INGENIERÍA** contra la Resolución Sancionatoria, en los siguientes términos:

3.1. Sobre los argumentos relacionados con la conducta de **JV INGENIERÍA**

En su recurso, **JV INGENIERÍA** manifestó que de ninguna manera dejó de atender las órdenes del Despacho y mucho menos obstruyó investigación alguna, pues permitió el acceso a todos los datos solicitados y entregó toda la información que le fue requerida, en el tiempo previsto para tal efecto. En línea con lo anterior, sostuvo que el acta de inspección del 26 de mayo de 2015 deja ver que, contrario a lo sostenido por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución Sancionatoria, ni **JV INGENIERÍA** ni su representante legal realizaron conductas que pudieran configurarse como incumplimientos u obstrucciones, pues tal documento deja constancia de que diferentes elementos probatorios pudieron recaudarse efectivamente.

En respuesta a estos argumentos, vale la pena poner de presente los siguientes apartes del acta de visita del 26 de mayo de 2015:

*"(...) el Despacho solicitó a **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** acceso al correo electrónico gerencia@jvingenieros.com y jamador@jvingenieros.com; al respecto **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** manifestó que permite que el despacho acceda al correo gerencia@jvingenieros.com puesto que en este correo se maneja información 100% laboral, mas no permite el acceso al correo jamador@jvingenieros.com en razón de que en este correo tiene información personal y laboral. Asimismo el Despacho solicitó acceso al computador que usa en las oficinas de **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, solicitud a la que se opuso **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** en razón a que en dicho computador maneja información personal y laboral. El Despacho, dentro de la diligencia de testimonio informó que la información se mantendría en reserva, sin embargo, **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** se negó a permitir acceso al correo jamador@jvingenieros.com y al computador que se encuentra en las oficinas debido a que manifiesta que contienen información personal, el Despacho preguntó si en dicho correo manejaba información laboral al igual que en el computador que se encuentra en la oficina a lo que **JUAN CARLOS AMADOR CARASCAL** respondió que sí pero que correspondía a un computador personal y a un correo personal (...).*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

(...)³.

"(...) Siendo las 7:00 pm se solicita acceso al computador identificado con la placa PC010HS129 – HS129052612096 – SERIAL C5510GNC58-111800955 MARCA XTsh, de **SNEIDER VÁSQUEZ** auxiliar de ingeniería, quien en ese momento no se encontraba en la oficina (ni ningún otro empleado en razón a que laboran hasta las 6 p.m. y a que el despacho no solicitó que se quedaran), con el fin de extraer copia de la carpeta del usuario con la herramienta forense FTK imager licenciada por la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**. Sin embargo, el Representante Legal manifiesta que no puede autorizar el acceso a dicho computador sin previa autorización de su abogada externa y, adicionalmente, no tiene conocimiento de la información que tiene el computador, salvo la información de dos procesos de selección que se encuentran en dicho computador a los que hizo referencia en el testimonio. El Despacho manifiesta que al ser computadores de la empresa, el Representante Legal tiene la capacidad para autorizar el acceso a los equipos, sin embargo, **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** sigue negando el acceso mientras no tenga autorización por parte de su asesora jurídica quien no responde el celular, debido a que se encontraba de viaje.

El Despacho procede a informar que es posible continuar la diligencia siempre y cuando se selle una de las oficinas con el equipo de cómputo en ella, con el fin de proteger la inalterabilidad de la información, a lo que el representante legal se niega y manifiesta que el día de mañana se puede llevar a cabo la extracción de la información, siempre y cuando se pueda comunicar con la asesora externa y ella así lo autorice, pero que no permite el sellamiento de la oficina.

Dentro de la diligencia el Despacho reitera que el no acatamiento de los requerimientos realizados en la diligencia puede llevar a una inobservancia o incumplimiento de instrucciones de acuerdo a lo establecido en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, de los cuales se hizo lectura en el transcurso de la visita.

(...)⁴.

De lo anterior se colige que, contrario a lo manifestado por el recurrente, el acta de visita deja claro que **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL**, en su calidad de representante legal de la sociedad, efectivamente desplegó una serie de conductas que se configuran como una clara y evidente obstrucción a la actuación administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la medida en que: (i) impidió que los funcionarios de esta Superintendencia accedieran a la cuenta de correo electrónico jamador@jvingenieros.com; (ii) no permitió la inspección del computador que la empresa le tenía asignado para sus funciones, aludiendo que en ellos reposaba información personal; (iii) no permitió el acceso al contenido del computador del auxiliar de ingeniería **SNEIDER VÁSQUEZ**; y (iv) negó la posibilidad de llevar a cabo el sellamiento de una de las oficinas con los equipos de cómputo requeridos adentro (como el de **SNEIDER VÁSQUEZ**), con la finalidad de garantizar la inalterabilidad de la información contenida en tales ordenadores.

Así las cosas, no cabe duda para el Despacho de que **JV INGENIERÍA** sí incumplió las órdenes de esta Entidad y obstruyó la visita administrativa del 26 de mayo de 2015, pues en lugar de prestar su colaboración con la autoridad y permitir abierta e incondicionalmente el desarrollo de la actuación de inspección, como era su obligación constitucional y legal, decidió imponer trabas para la obtención de la información requerida y desconocer con ello las instrucciones de la Autoridad de Competencia, lo cual llevó a que la visita no se desarrollara de la forma esperada y no fuera posible acceder a todos documentos requeridos por esta Entidad.

Ahora bien, el recurrente puso de presente una serie de hechos que, a su parecer, serían demostrativos del cumplimiento de las instrucciones emitidas por esta Superintendencia y del interés de la empresa en colaborar, a saber:

- El Representante Legal de la sociedad, tal y como consta en el acta de la diligencia, al conocer que se estaba adelantando la visita, procedió a viajar desde San Bernardo del Viento para atenderla personalmente.

³ Folios 10 y 11 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴ Folio 12 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

- La sociedad permitió la práctica de numerosos testimonios, toma de videos y la revisión de correos electrónicos de personal de la compañía (entre ellos, el de la gerencia).
- Cuando el Despacho solicitó documentos sobre el consorcio **INDUSTRIA Y BAHÍA, JV INGENIERÍA**, a través de su representante legal, además de dar las explicaciones correspondientes, entregó todos los documentos físicos de tal consorcio que reposaban en los archivos de la sociedad.
- En cuanto al computador asignado a **SNEIDER VÁSQUEZ**, tal y como consta en las pruebas que obran en el Expediente, se les permitió a los funcionarios comisionados acceder al mismo, quienes revisaron los datos contenidos en tal ordenador, con lo cual es claro que en este caso tampoco hubo obstrucción ni incumplimiento.
- La Superintendencia fijó una fecha para que hiciera llegar determinada información a la Entidad, lo cual se cumplió a cabalidad y dentro del término establecido para el efecto.

Al respecto, el Despacho pone de presente que todos y cada uno de esos argumentos resultan impertinentes, en la medida en que ninguno logra explicar ni mucho menos justificar el incumplimiento y la obstrucción que son objeto de reproche en la presente actuación administrativa, los cuales, de conformidad con lo expuesto y de acuerdo con la solicitud de explicaciones que hizo esta Superintendencia, son específicamente los siguientes:

- "No se permitió acceder al correo electrónico jamador@jvingenieros.com
- Se impidió el acceso al equipo de cómputo de **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL**.
- Se impidió el acceso al equipo de cómputo de **SNEIDER VÁSQUEZ** identificado con placa No. PC010HS129 – HS129052612096 – SERIAL C5510GNC58-111800955 MARCA XTsh.
- Se negó al **DESPACHO** la posibilidad de llevar a cabo el sellamiento de las oficinas de **JV INGENIERÍA** con la finalidad de garantizar la inalterabilidad de la información contenida en los equipos de cómputo de **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** y **SNEIDER VÁSQUEZ**⁵.

En otras palabras, el hecho de que el representante legal de la sociedad visitada se hubiera desplazado de un lugar a otro para atender la diligencia, que los funcionarios comisionados de esta Superintendencia hubieran podido obtener una parte de la información solicitada (acceso parcial), que se hubieran recaudado documentos físicos (mas no electrónicos) de un consorcio que era de interés para esta Entidad (acceso parcial), y que se hubiera dado un plazo extra para otorgar cierta información, no justifica ni hace menos gravoso el hecho de que, en el marco de la diligencia, se hubieran concretado las conductas obstructivas referidas.

Adicionalmente, se reitera en este punto lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria, en el sentido de que el procedimiento de incumplimiento de instrucciones y/u obstrucción de actuaciones administrativas se inicia precisamente a partir de acciones de incumplimiento u obstrucción, y no a partir de aquellas conductas que el administrado, en cumplimiento de su deber, sí adelantó y atendió debidamente. Las personas jurídicas y/o naturales tienen la obligación de cumplir con los requerimientos, solicitud y/o órdenes impartidas por las autoridades competentes –en este caso, por la Autoridad de Competencia de acuerdo con lo establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009–, razón por la cual el comportamiento de una persona natural o jurídica que se adecúe a su deber legal mal podría ser investigado por la autoridad.

Ahora bien, en relación con la afirmación según la cual se les permitió a los funcionarios comisionados acceder al computador de **SNEIDER VÁSQUEZ**, quienes habrían revisado los datos contenidos en tal ordenador, se resalta que tal afirmación está sesgada y no es consecuente con el requerimiento real realizado durante la diligencia objeto de estudio. Se aclara en este punto que el requerimiento concreto que hizo esta Superintendencia en el marco de la visita administrativa llevada a cabo el 26 de marzo de 2015 no fue simplemente "acceder" al computador de tal auxiliar o "ver" los documentos contenidos

⁵ Folios 4 y 5 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

en tal ordenador, sino además extraer "copia de la carpeta del usuario", tal y como se desprende de lo dispuesto en el acta de visita:

*"(...) Siendo las 7:00 pm se solicita acceso al computador identificado con la placa PC010HS129 – HS129052612096 – SERIAL C5510GNC58-111800955 MARCA XTsh, de **SNEIDER VÁSQUEZ** auxiliar de ingeniería, quien en ese momento no se encontraba en la oficina (ni ningún otro empleado en razón a que laboran hasta las 6 p.m. y a que el despacho no solicitó que se quedaran), con el fin de extraer copia de la carpeta del usuario con la herramienta forense FTK imager licenciada por la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**. Sin embargo, el Representante Legal manifiesta que no puede autorizar el acceso a dicho computador sin previa autorización de su abogada externa (...)”⁶. (Subrayas fuera del texto).*

De lo anterior se colige que el incumplimiento en lo que concierne al computador de **SNEIDER VÁSQUEZ** se sigue predicando a pesar de las explicaciones ofrecidas, en la medida en que está claro que no se permitió el acceso y extracción de cierta información electrónica que era interés de los funcionarios de esta Entidad.

Respecto de la afirmación según la cual hubo cumplimiento de **JV INGENIERÍA** en la medida en que envió la información que se le requirió a esta Superintendencia dentro del plazo previsto para tal efecto, se resalta que tal afirmación parte nuevamente de una base equivocada en relación con los hechos que son objeto de reproche en la presente actuación administrativa. Al respecto, se aclara que al finalizar la visita los funcionarios comisionados hicieron un requerimiento de la siguiente información, la cual debía ser allegada a esta Entidad a más tardar el 5 de junio de 2015:

1. Libro de accionistas de la sociedad **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**
2. Estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2014.
3. Contratos suscritos entre **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** y el personal de la coordinación de licitaciones.
4. Propuestas presentadas dentro de los procesos de selección en los cuales haya participado **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** dentro de los tres (3) últimos años (2013, 2014, 2015) en los cuales haya salida (sic) adjudicatario. Se aclara que se debe incluir las propuestas en las cuales se haya presentado de forma conjunta (ya sea en consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura) y de forma independiente”⁷.

Si bien es cierto que, tal y como lo adujo el recurrente, tal información fue efectivamente enviada a la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del plazo otorgado mediante escrito radicado con el No. 15-100053-41-00 del 5 de junio de 2015, también lo es que este hecho, nuevamente, no explica ni mucho menos justifica el actuar renuente que se presentó en el marco de la diligencia, en relación con el correo electrónico jamador@jvingenieros.com y los computadores cuya extracción de información y sellamiento en oficinas se impidió. Así las cosas, no se puede confundir el cumplimiento de un requerimiento de información concreto que se hizo al finalizar la visita administrativa, con el incumplimiento de las instrucciones precisas y determinadas que se impartieron durante el desarrollo de la misma, pues es exclusivamente respecto de este último que recae el juicio de reproche de la presente actuación. En virtud de lo expuesto, los argumentos presentados en este sentido se rechazan por improcedentes.

Por otro lado, el recurrente manifestó que contrario a lo que pretende hacer creer la Superintendencia de Industria y Comercio, en ningún caso **JV INGENIERÍA** pretendió limitar el alcance de la visita a la información del **CONSORCIO INDUSTRIA Y BAHÍA**, pues según lo dispuesto en el acta, fueron los propios funcionarios comisionados por la entidad quienes solicitaron de manera expresa la información relativa a tal consorcio.

Para responder este argumento, se pone de presente que según lo dispuesto en el acta de visita, el objeto de tal diligencia era *"obtener información relacionada con la participación de **JV INGENIERÍA CONSTRUCCIONES S.A.S.** en procesos de contratación pública"*. De lo anterior se colige que los funcionarios de esta Superintendencia no estaban limitados a obtener información exclusivamente del **CONSORCIO INDUSTRIA Y BAHÍA**, sino de cualquier otro que fuera de su interés, de conformidad con la averiguación preliminar de carácter confidencial que estaba adelantándose en ese entonces.

⁶ Folio 12 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷ Folios 7 (reverso) del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. El requerimiento de tal información consta en el folio 15 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

Ahora bien, frente a la afirmación según la cual fueron los mismos funcionarios comisionados los que limitaron el objeto de la diligencia, vale la pena poner de presente la siguiente cita del acta de visita:

*"Siendo las 8:06 p.m. **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** se comunicó telefónicamente con **MARÍA LUCELLY CÁCERES OVALLE** identificada con C.C. No. 24.582.307 de Calarcá y T.P. 147.638 C.S.J., asesora jurídica externa de **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, quien manifestó que debía permitir el acceso a la información que se encuentre relacionada con el asunto puntual que les compete y que sea motivo de la averiguación preliminar. El despacho manifiesta, que en razón a que no se permite el sellamiento de una de las oficinas para dar seguridad al proceso de obtención de la información y en razón a que el objeto de la visita de acuerdo a la credencial entregada es "recopilar información relacionada con su participación en procesos de contratación pública" se debería tener acceso a los computadores en los cuales contengan (sic) información relacionada con los procesos selección. En este sentido, el Representante Legal manifiesta que en razón a que no se le informó el objeto puntual de la visita, el (sic) solo está dispuesto a dar información respecto al consorcio industria y bahía (toda la que sea requerida) de acuerdo a que se manifestó que era proceso de selección en general y este en particular (sic), y que la carpeta física que contiene la información de dicho consorcio se entrega en este momento en diez (10) folios. Adicionalmente **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** afirma que si se le informa el motivo puntual de la visita, él estaría dispuesto a entregar toda la información que tenga al respecto"⁸. (Subrayas fuera del texto).*

Del aparte transcrito es posible concluir que: (i) los funcionarios comisionados por esta Superintendencia fueron claros en señalar que el objeto de la visita administrativa no estaba circunscrito a un proceso de selección en concreto, sino que, por el contrario buscaba "*recopilar información relacionada con su participación en procesos de contratación pública*", y (ii) fue el recurrente quien manifestó que solo estaba dispuesto a dar información respecto del **CONSORCIO INDUSTRIA Y BAHÍA**, ya que se había manifestado interés en ese proceso en particular y además contenía información física de tal proceso.

En este punto, se aclara que el hecho de que los funcionarios comisionados hubieran preguntado por un proceso de contratación pública en particular no quiere decir que con ello restringieron el objeto de la visita o que no podían requerir la exhibición o el recaudo otros elementos probatorios contentivos de información relacionada con procesos de contratación distintos. Además, no es el agente visitado quien tiene la facultad de definir qué es viable entregar información relacionada con el proceso de selección.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

los resultados de la otra. Incluso, es preciso recordar que de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la obstrucción de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio constituye una infracción autónoma e independiente del régimen de protección de la libre competencia económica.

En virtud de lo anterior, el hecho de que se pruebe, por ejemplo, la ocurrencia de un cartel en el mercado, no permite predicar ni mucho menos suponer un incumplimiento de instrucciones o una obstrucción de la actuación por parte de los agentes que fueron requeridos en el desarrollo de la investigación correspondiente. Así mismo, el hecho de que un agente visitado o requerido incumpla las instrucciones emitidas por esta Autoridad u obstruya diligencias no permite predicar la efectiva ocurrencia de un comportamiento restrictivo por parte de los sujetos investigados (aunque en ciertas ocasiones podría constituir un indicio en contra).

En línea con lo anterior, lo único que prueba el hecho de que, hasta el momento, no se haya abierto investigación formal en la actuación administrativa en el marco de la cual se ordenó la visita objeto de estudio, es que aún se están recaudando elementos probatorios que permitan acreditar la presunta ocurrencia o inexistencia de una conducta anticompetitiva en el mercado. El hecho de que tal actuación siga en fase de averiguación preliminar jamás serviría para explicar o demostrar que **JV INGENIERÍA** prestó una colaboración eficaz durante la visita o no incurrió en obstrucción alguna, pues lo anterior únicamente se puede predicar a partir del comportamiento desplegado en el desarrollo de tal diligencia. Así las cosas, se rechazará el argumento por resultar a todas luces infundado.

3.2. Sobre la reserva legal de los documentos y la información personal contenida en los computadores y correos electrónicos requeridos

JV INGENIERÍA reiteró en su recurso de reposición que cuando los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio solicitaron acceso al computador personal del señor **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** y al correo jamador@jvingenieros.com, este en ningún momento se negó a que se inspeccionara la información de **JV INGENIERÍA** contenida en tales sistemas. Al respecto, aclaró que lo que solicitó fue que no se accediera a su información personal, pues la autoridad administrativa no tenía facultad para acceder a tales datos. Esto, a su parecer, no puede ser entendido como una obstrucción y mucho menos como un incumplimiento de una orden.

En el mismo sentido, sostuvo que no puede sancionarse a una empresa como consecuencia del ejercicio de un derecho superior (derecho a la intimidad), el cual fue legal y debidamente ejercido por el representante legal de **JV INGENIERÍA**. Así las cosas, debido a que en el correo jamador@jvingenieria.com y en el computador de uso personal de **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** se almacena su información personal, este último tenía derecho a solicitar que se le permitiera extraer la misma para evitar que se le trasgrediera su derecho fundamental a la intimidad, e incluso, le asistía el derecho a pedir que la información que se consultara en tales sistemas y se extrajera fuera solo referida a **JV INGENIERÍA** –como en efecto lo solicitó–.

Al respecto, se recuerda que la Resolución Sancionatoria explicó de forma extensa cuáles son la facultades de esta Superintendencia en lo que se refiere a recaudo de información, las razones por las cuales su carácter reservado no es oponible a la Autoridad y los deberes que tiene esta última de salvaguardar la información confidencial que eventualmente llegue a estar inmiscuida en el material probatorio que recaude. En este sentido, se reitera que:

- El último inciso del artículo 15 de la Constitución Política dispone expresamente que "(...) 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".
- De conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 4886 de 2011, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales. En ejercicio de esta atribución, le es aplicable plenamente a esta Entidad lo previsto en el último inciso del artículo 15 de la Constitución Política.
- En el Decreto 4886 de 2011, por medio del cual se modificó la estructura de esta Superintendencia, se determinaron las funciones de sus dependencias y se dictaron otras disposiciones. En los numerales 62 y 63 del artículo 1 de tal decreto se previeron como funciones de la Entidad, entre

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

otras, la de 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 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.

- El artículo 20 de la Ley 57 de 1985, por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales, dispone expresamente que *“el carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones”*. La norma también aclara que les corresponde a tales autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de sus funciones.
- El artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), señala que *“[e]l carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones”*.
- El literal a) del artículo 10 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 (*por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*) establece que no es necesaria la autorización del titular de los datos personales para efectos de su tratamiento cuando se trate de *“información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales”*, debiéndose aclarar que, el concepto de *“tratamiento”*, según el literal g) del artículo 3 de la referida Ley Estatutaria 1581 de 2012, incluye la recolección u obtención de los datos personales.
- El artículo 15 de la Ley 1340 de 2009 les permite a las personas –naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras– respecto de quienes se recauda información, solicitar que la misma sea archivada en cuadernos reservados del expediente, con el fin de que en caso de que se llegara a iniciar formalmente una investigación administrativa, dicha información permanezca fuera del alcance del público, como lo está durante la averiguación preliminar de conformidad con la reserva que la cobija.
- Es la propia ley la que establece las consecuencias para los administrados (inspeccionados, vigilados o controlados) derivadas del incumplimiento de la obligación de suministrar la información a la autoridad que lo requiera para el correcto ejercicio de sus funciones: imposición de sanciones pecuniarias (multas). Así lo dispone de manera general el artículo 51 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y de manera especial los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 (Ley de Competencia).

Así las cosas, a partir de una interpretación sistemática de la normativa expuesta, puede afirmarse que la Superintendencia de Industria y Comercio, en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, cuenta con la facultad o prerrogativa constitucional y legal de solicitar a cualquier persona (natural o jurídica, de derecho público o de derecho privado, nacional o extranjera) papeles de comercio, documentos e información de cualquier tipo que repose en soportes físicos o electrónicos, sin que le sea oponible su eventual carácter reservado o confidencial, con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica.

Sin embargo, como igualmente se advirtió en la Resolución Sancionatoria, tal autorización para obtener la información de ninguna manera significa que la autoridad esté relevada de garantizar los derechos de los administrados a que se mantenga la debida reserva que corresponda, cuando a ella haya lugar. Así, al tiempo que la Autoridad está facultada constitucional y legalmente para proceder con la aducción de toda la información privada de personas naturales y jurídicas, tiene la carga de guardar la reserva correspondiente, utilizar como evidencia únicamente aquella que resulte pertinente para los fines de la actuación administrativa y desechar aquella que verse sobre hechos ajenos y no relacionados con la correspondiente investigación.

Por ende, la hipotética existencia de información personal que presuntamente reposaba en los computadores y en la cuenta de correo electrónico de la compañía solicitados no puede bajo ninguna óptica constituir una razón válida para obstruir la actuación de la Autoridad de Competencia y, por esta vía, impedir el acceso y extracción de la información electrónica requerida. Lo que procedía en este caso era que la empresa visitada permitiera el acceso y las gestiones de copiado requeridas, solicitara posteriormente una diligencia de depuración en las instalaciones de la Superintendencia de Industria

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

y Comercio –de considerarlo necesario–, y/o requiriera que aquello que considerara confidencial se guardara en expedientes reservados. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechazará nuevamente por resultar infundado.

Por otro lado, el recurrente sostuvo que si bien es cierto que las normas citadas de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 le permiten a la Autoridad, cuando se encuentre en ejercicio de sus funciones, obtener información del titular sin que medie autorización de su parte, lo cierto es que en ningún caso se le requirió al señor **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** la entrega de su información personal, por lo cual, como titular de la misma, no se vio en ningún caso obligado a cumplir con algo que no fue ordenado.

En este sentido, el Despacho concuerda en que nunca se le pidió a **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** la entrega de su información personal, sino la revisión y copia de aquella contenida en su cuenta de correo institucional y su computador laboral, por lo cual la afirmación, además de ser confusa, resulta fuera de contexto. Sobre el particular, se aclara que fue precisamente ante el requerimiento información empresarial que hizo esta Entidad que el sujeto requerido desplegó conductas obstructivas, en la medida en que condicionó la correspondiente entrega a autorizaciones de su asesora jurídica y a una depuración hecha por él mismo de lo que calificó como información personal “entremezclada”.

En efecto, el recurrente sostuvo que, infortunadamente, datos y documentos personales de **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** se encontraban entremezclados con la información de **JV INGENIERÍA** requerida por el Despacho, y que en virtud de tal situación, el Despacho debe entender que existía riesgo de transgredírsele al señor **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** su derecho a la intimidad si no se le permitía separar la información personal de la correspondiente a **JV INGENIERÍA**.

Pues bien, frente a lo anterior el Despacho considera necesario dejar claridad sobre lo siguiente. El correo electrónico que los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio requirieron en el marco de la visita administrativa, si bien estaba asignado a **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** (jamador@jvingenieros.com), tenía terminación o dominio “@jvingenieros.com”, lo cual permite afirmar, como se ha dispuesto líneas atrás, tenía carácter empresarial y que, por ende, su utilización debía referirse a la transmisión de datos relacionados con la actividad de la compañía. Teniendo en cuenta que el fin primordial de este tipo de cuentas es servir de herramienta laboral para los propósitos de la empresa, y considerando además que de conformidad con los artículos 10 de la Ley 527 de 1999 y 4 del Decreto 266 de 2000 se asimilaron a los documentos tradicionales los mensajes electrónicos de datos para fines probatorios, es posible concluir que la información contenida en la cuenta referida es susceptible de revisión y recaudo por parte de la Autoridad, en la medida en que representa un documento de comercio o un instrumento laboral más.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que si en direcciones de correo “empresariales” existen comunicaciones privadas de los trabajadores a quienes se ha confiado su uso, tal situación se debe a que ellos optaron libremente por transmitir a través de esas cuentas asuntos ajenos a la sociedad y a su trabajo, hecho que no transforma la cuenta en personal. Incluso, ha señalado que tal situación es equiparable a que un trabajador decida guardar escritos privados en alguna de las carpetas de archivo de la empresa donde labora, situación que no permite alegar una vulneración del derecho a la intimidad o una violación de correspondencia en caso de que una autoridad (como un juez o, en este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio) exija la exhibición y reproducción de tales instrumentos de trabajo:

“7.3. Apreciada el acta contentiva de la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos, (...) es posible concluir que la totalidad de los mensajes de datos intervenidos y grabados en desarrollo de la mentada diligencia, se extrajo del servidor de la empresa contra la que se decretó la prueba y, en particular, de las direcciones de correo electrónico de que es titular la sociedad Química Amtex S.A. (con la dirección que tiene la terminación o el “dominio” @amtex.com.co) y cuya utilización ésta asignó a sus funcionarios, se entiende, como una herramienta de trabajo, para el cumplimiento de sus labores. Dado lo anterior, es razonable deducir que la correspondencia allí contenida atañe, de manera general, a las actividades ordinarias de la compañía y, por ende, no es correspondencia “privada” de los funcionarios, sino “institucional”, objeto, claro está, de la exhibición de documentos decretada (...).”

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

Tal constatación, per se, descarta que los mensajes de datos en que los accionantes cifran su reclamo, hubiesen sido obtenidos de direcciones de correo electrónico en relación con las cuales ellos, o los otros funcionarios de Química Amtex S.A. citados a este diligenciamiento, fueran sus exclusivos titulares, por haberlas "abierto" con alguna de las compañías que proveen tal servicio de manera general (v. gr. hotmail, gmail, yahoo, etc.), esto es, que la comentada prueba recayera en cuentas de correo personales o privadas de los referidos empleados .

(...)

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.

(...)

7.5. En el entendido que los mensajes de datos se asimilan a los documentos tradicionales, como se previó en los ya mencionados artículos 10º de la Ley 527 de 1999 y 4º del Decreto 266 de 2000, la situación de que da cuenta este caso, equivale al supuesto en que un trabajador decida guardar escritos privados en alguna de las carpetas de archivo de la empresa donde labora (v. gr. un consecutivo) y que luego de que ese legajador fuera exhibido y reproducido en cumplimiento de la orden impartida en proceso judicial, protestara por la vulneración de su intimidad o por la violación de su correspondencia⁹⁹.

Lo mismo se predica de los computadores que fueron requeridos en el marco de la visita administrativa, en la medida en que tales ordenadores estaban asignados a empleados de la sociedad objeto de inspección y estaban ubicados en tal espacio para el correcto ejercicio de sus labores.

En virtud de lo expuesto, los argumentos presentados en este sentido se rechazarán por improcedentes, pues evidentemente no le asiste razón al recurrente al aducir que la causa para condicionar –y con ello obstruir– la entrega de información solicitada era válida y justa.

3.3. Sobre los argumentos relacionados con los fines perseguidos por la visita administrativa

En su recurso, **JV INGENIERÍA** sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando explicó sus facultades legales para ordenar visitas de inspección y solicitar el suministro de datos, informes y documentos, pareció olvidar que tales poderes deben estar estrechamente relacionados con el objeto de la investigación, de manera que las pruebas que se recauden deben enmarcarse en tal fin, deben ser pertinentes y conducentes, y deben ser idóneas para probar el hecho correspondiente.

En este sentido, afirmó que de conformidad con lo dispuesto en el acta de visita, la diligencia de la Superintendencia de Industria y Comercio fue ordenada respecto de **JV INGENIERÍA** con el fin de "recopilar información relacionada con su participación en procesos de contratación pública", por lo cual la única información sobre la que podía recaer la inspección era aquella que versara sobre procesos de esa naturaleza en los que fuera parte tal sociedad. En línea con lo anterior, la información personal del representante legal de **JV INGENIERÍA** no hacía parte de los documentos o pruebas que

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

Además, se recuerda que la fase de averiguación preliminar es reservada y que, en virtud de tal carácter confidencial, no le es atribuible al sujeto requerido o visitado determinar ni mucho menos deducir qué es pertinente o no para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de libre competencia económica. Así las cosas, si se requirió información contenida en instrumentos de trabajo (como la cuenta de correo institucional y el computador laboral) asignados a **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL**, esto se debe a que en tales elementos, por ser empresariales, podía haber datos relevantes relacionados con la actividad comercial de la empresa visitada, y especialmente, con los procesos de contratación estatal en los que participaba **JV INGENIERÍA**. Aquello que no hubiera estado relacionado con tal objeto y hubiera estado contenido en dicha información electrónica, como se dispuso en secciones precedentes, habría sido sencillamente descartado por la Delegatura en su correspondiente análisis.

En virtud de lo expuesto, los argumentos se rechazarán por resultar improcedentes.

Por otro lado, el recurrente sostuvo que la información personal **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** era tan impertinente para el objeto de la diligencia, que la Entidad fijó un plazo para que separara lo personal de lo correspondiente a **JV INGENIERÍA**. De haberse considerado necesaria y pertinente tal información (con lo cual se habría transgredido el derecho a la intimidad), la Superintendencia habría emitido orden expresa de mostrarla y no habría fijado término adicional para hacer su depuración.

Pues bien, teniendo en cuenta que en secciones precedentes ya se dejó claro que nunca se solicitó información personal de **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** sino aquella contenida en cuentas de correo electrónico y computadores empresariales asignados a tal sujeto, que es la Superintendencia la que define qué es pertinente recolectar o no para ejercer debidamente sus funciones, y que en este caso no es posible predicar transgresiones al derecho a la intimidad, no resulta necesario hacer mayores pronunciamientos al respecto.

Por su parte, se aclara que el requerimiento de información que se hizo al final de la visita administrativa y el plazo que se otorgó para su cumplimiento, ni se hizo para que hubiera una depuración de la información personal del representante legal de la empresa, ni permite calificar la pertinencia de la información solicitada en el marco y desarrollo de la diligencia. Tal requerimiento de información versó sobre ciertos documentos que fueron solicitados al inicio de la diligencia y que no fueron obtenidos en su transcurso (específicamente, libros de accionistas, estados financieros, contratos y propuestas presentadas por **JV INGENIERÍA** en los procesos en los que había participado del 2013 al 2015), de manera que lo único que prueba el plazo otorgado para obtener tal información es que en el marco de la diligencia, en efecto, no se pudieron recaudar todos los documentos que se esperaba acopiar. Por lo anterior, el argumento se rechaza por resultar infundado.

3.4. Sobre los argumentos relacionados con la presunta violación al derecho fundamental al debido proceso

JV INGENIERÍA sostuvo en su recurso que en este caso se evidencian numerosas transgresiones al derecho fundamental al debido proceso, comenzando por la negativa de la Superintendencia de Industria y Comercio de tener como pruebas los documentos radicados el 5 de junio de 2015 a través de oficio No. 15-100053-41-00. La solicitud de esta prueba fue efectuada por la empresa y resuelta de manera negativa mediante la Resolución 81647 de 2015, contra la cual **JV INGENIERÍA** interpuso recurso que fue resuelto de manera negativa por la Resolución No. 103655 de 2015.

Sobre el particular, manifestó que mediante el oficio referido se aportaban todos los documentos requeridos por la Autoridad en el marco de la visita, y que no obstante lo anterior, la Entidad negó la prueba por impertinente. En línea con ello, afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio inició un proceso sancionatorio en contra de **JV INGENIERÍA** y paralelamente le negó de manera reiterada y tajante una prueba que demostraba de forma clara y fehaciente que en efecto sí había cumplido con lo ordenado. En su criterio, de haberse tenido en cuenta la prueba dentro del trámite, el proceso habría quedado sin sustento. Esto daría cuenta de una estrategia reprochable de la Autoridad para imponer su sanción.

Finalmente, sostuvo que la Resolución No. 8051 de 2018 debe revocarse en su totalidad y declararse su nulidad, toda vez que todo lo anterior da cuenta de una transgresión de los derechos de **JV INGENIERÍA** al debido proceso, defensa y contradicción, conforme con lo establecido en el artículo

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

137 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

En respuesta a estos argumentos, el Despacho considera pertinente recordar que el oficio radicado el 5 de junio de 2015 a través de oficio No. 15-100053-41-00 respondió a un requerimiento de información hecho al final de la diligencia en relación con los siguientes documentos:

1. Libro de accionistas de la sociedad **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**
2. Estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2014.
3. Contratos suscritos entre **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** y el personal de la coordinación de licitaciones.
4. Propuestas presentadas dentro de los procesos de selección en los cuales haya participado **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.** dentro de los tres (3) últimos años (2013, 2014, 2015) en los cuales haya salida (sic) adjudicatario. Se aclara que se debe incluir las propuestas en las cuales se haya presentado de forma conjunta (ya sea en consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura) y de forma independiente¹⁰.

Tales documentos se destinaron al expediente radicado con el No. 15-100053, mediante el cual se adelanta una averiguación preliminar por presuntas prácticas anticompetitivas. No obstante lo anterior, **JV INGENIERÍA** solicitó que los mismos fueran también incorporados al presente trámite de inobservancia de instrucciones, requerimiento al que la Delegatura no accedió por considerar que tal información no tiene relación alguna con los hechos concretos que se investigan en esta actuación.

Pues bien, como se dispuso anteriormente, si bien es cierto que tal información fue efectivamente enviada a la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del plazo otorgado, también lo es que ni el envío de tales documentos ni su contenido explica o justifica el actuar renuente que se presentó en el marco de la diligencia, en relación con el correo electrónico jamador@jvingenieros.com y los computadores cuya extracción de información y sellamiento en oficinas se impidió. Es precisamente por lo anterior que la Delegatura negó y confirmó su negativa de tener como prueba los documentos aportados mediante el oficio en mención:

“Los documentos aportados al Expediente 15-100053 (diferente al Expediente 15-150620 en el cual se adelanta el presente trámite por inobservancia de instrucciones y obstrucción de investigaciones), mediante oficio 15-100053-00041-0000, no se dirigen a explicar las razones por las cuales no se habrían acatado las órdenes impartidas por esta Superintendencia y consignadas en el acta de visita radicada con el número 15-100053-32-0 que son el asunto mateara del presente trámite administrativo. En este entendido su decreto resulta impertinente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil”¹¹

Así las cosas, como en la documentación suministrada no se acreditaba que durante la visita, contrario a lo consignado en el acta, sí se hubiera permitido el acceso y extracción de la información contenida en la cuenta de correo jamador@jvingenieros.com y en los computadores empresariales requeridos, ni se aducía una causa válida para no haber permitido el recaudo de dicha información en el transcurso de la diligencia, la misma no podía catalogarse como pertinente dentro de la presente actuación administrativa. Por lo anterior, el Despacho avala las decisiones tomadas por la Delegatura en este sentido, y confirma que no es posible predicar una vulneración a los derechos al debido proceso, defensa y contradicción, ni mucho menos alegar una nulidad, con ocasión de dicha negativa.

Adicionalmente, se pone de presente que en el marco de la presente actuación **JV INGENIERÍA** conoció oportunamente de la imputación que se le realizó (solicitud de explicaciones), presentó descargos, solicitó pruebas, conoció el acto de pruebas expedido, presentó recurso en contra de este dentro de la oportunidad prevista para ello, fue debidamente notificado de la sanción impuesta y presentó recurso contra esta última. Lo anterior deja ver que el procedimiento surtido le ha garantizado en todo momento su participación, la posibilidad de presentar sus argumentos de defensa, solicitar y aportar pruebas y, en general, controvertir las diferentes decisiones adoptadas por la administración. Esto reafirma que al recurrente sí se le han garantizado sus derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

¹⁰ Folios 7 (reverso) del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. El requerimiento de tal información consta en el folio 15 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹¹ Resolución No. 81649 de 2015, pág. 3 (folio 38 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente). Confirmada mediante Resolución No. 103655 de 2015.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

En virtud de lo expuesto, los argumentos dispuestos en este sentido y la solicitud de nulidad se rechazarán por resultar infundados.

Por otro lado, **JV INGENIERÍA** sostuvo que las afirmaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio relacionadas con el desacato de órdenes y la obstrucción e impedimento de la visita de su parte carecen de fundamento y validez, lo cual hace que la resolución recurrida adolezca de falsa motivación.

Al respecto, se aclara que el escrito de solicitud de explicaciones corresponde fielmente a lo dispuesto en el acta de inspección levantada por los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio el día que la visita tuvo lugar, y que la Resolución Sancionatoria no solo tuvo en cuenta la relación de hechos contenida en tales escritos, sino también las explicaciones rendidas por **JV INGENIERÍA**, las cuales no lograron desvirtuar: (i) que **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** "se negó a permitir el acceso al correo jamador@jvingenieros.com y al computador que se encuentra en las oficinas"¹²; (ii) que la negativa de acceso se fundamentó en que dentro de tales instrumentos había información personal (entremezclada con información laboral); y (iii) que cuando se solicitó el acceso al computador de **SNEIDER VÁSQUEZ**, auxiliar de ingeniería de la empresa, el señor **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** se negó nuevamente, manifestando que requería autorización de la abogada externa de la compañía e incluso impidiendo que se hiciera sellamiento de la oficina para garantizar la inalterabilidad de la información. Así las cosas, no es posible aducir una falsa motivación cuando los hechos descritos, que no pudieron desvirtuarse, se fundamentan en la relación objetiva de los hechos acaecidos el día de la visita administrativa que fueron consignados en la correspondiente acta, la cual, se resalta, fue firmada por el mismo **JUAN CARLOS AMADOR CARRASCAL** y demás integrantes de **JV INGENIERÍA** que atendieron la diligencia.

Por lo anterior, los argumentos se rechazarán por resultar igualmente infundados.

3.5. Sobre los argumentos relacionados con los criterios de graduación de la sanción

JV INGENIERÍA afirmó que la sanción impuesta es excesiva, pues transgrede de manera directa el principio de proporcionalidad que rige cualquier actuación sancionatoria por parte del Estado. Adicionalmente, sostuvo que los criterios para modular la sanción son taxativos, pero que no obstante lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio los subjetivó e interpretó de manera arbitraria.

Así, por ejemplo, se afirmó que la conducta era relevante en cuanto impidió que se diera el factor sorpresa, pese a que el factor sorpresa nunca se eliminó, pues la visita del 26 de mayo de 2015 se realizó sin previo aviso. En cuanto al criterio correspondiente al beneficio obtenido por el infractor con la conducta, este se usó de forma forzada por el Despacho cuando en realidad no era aplicable, pues **JV INGENIERÍA** no obtuvo provecho de carácter económico. Y frente al criterio de grado de participación de la persona implicada, este tampoco era aplicable, ya que no es cierto que a través del representante legal de **JV INGENIERÍA** se haya impedido la práctica de la visita administrativa y es claro también que la diligencia incluso se desarrolló hasta altas horas de la noche.

En respuesta a estos argumentos, se aclara que: (i) el factor sorpresa que se vio frustrado y al que se hizo alusión en la Resolución Sancionatoria no se predica de la visita realizada, sino de la información que no pudo ser recaudada *in situ* durante el transcurso de la diligencia; (ii) el hecho de que no haya habido beneficio económico no quiere decir que no haya habido beneficio alguno con la actitud obstructiva, pues es un hecho que no se permitió el acceso y copia de toda la información requerida, con lo cual indefectiblemente se truncó el fin de la visita; y (iii) tal y como se puso de presente en la Resolución Sancionatoria y se confirmó en el presente acto administrativo, sí hubo impedimento, en la medida que los funcionarios comisionados no pudieron recabar la totalidad de la información que era de su interés, comportamiento que ineludiblemente representa un incumplimiento y una obstrucción.

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso traer a colación la siguiente cita del Consejo de Estado, en la que se alude a la discrecionalidad de la Autoridad Administrativa en lo que respecta a la dosificación de las multas:

"(...) la parte actora considera que las sanciones impuestas son expropiatorias en tanto que, en algunos casos, ascienden al 10% de la utilidad neta de algunas de las sancionadas, al

¹² Folio 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente (acta de inspección).

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

tiempo que considera que para dosificar correctamente la multa económica, debieron tenerse en cuenta factores distintos a los balances económicos de las empresas.

(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas **atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.** (...)”¹³. (Negritas fuera de texto).

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

“(…) **la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos** (...)”¹⁴. (Negritas y subrayas fuera de texto).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación **NO** impone en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como Autoridad de Policía Administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un “*razonamiento expreso y especial*” sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Aun así, en el caso concreto se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación aplicados y de la metodología usada por esta Autoridad para definir el monto final de la multa de todos los investigados, que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la valoración de la gravedad de los hechos.

Se resalta en este punto que los incumplimientos de instrucciones y las obstrucciones de actuaciones revisten la misma gravedad de 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.

Así las cosas, los argumentos deben ser rechazados, ya que la dosificación de las sanciones, además de estar motivada, respetó el monto máximo legal y estuvo guiada por los criterios de previstos en la ley, los cuales fueron aplicados con el criterio y la preponderancia debida según la gravedad de los hechos, siempre en concordancia con los parámetros de discrecionalidad que la jurisprudencia y la ley avalan en materia sancionatoria. En otras palabras, si bien la ley contempla diferentes criterios lo cierto es que no todos aplican para todos los casos y, además, según la jurisprudencia de del Consejo de Estado antes citada, la Autoridad puede optar por uno, algunos o todos ellos, según el caso en cuestión y los hechos objeto de estudio.

Finalmente, **JV INGENIERÍA** señaló que, en caso de insistirse en la imposición de una sanción, la Superintendencia debe tener en cuenta la variación de la situación financiera y patrimonial que ha venido sufriendo la empresa desde el año 2015 hasta la fecha, pues tales circunstancias han desmejorado de manera sustancial. Sostuvo también que, de tenerse en cuenta la situación patrimonial de la empresa de 2015 se estaría causando un grave perjuicio a dicha sociedad y se estarían desconociendo principios como el de proporcionalidad, favorabilidad, equidad, entre otros. En línea con lo anterior, afirmó que de obligarse a **JV INGENIERÍA** al pago del valor de la sanción impuesta en la resolución recurrida, esta podría ser arrastrada a una grave crisis financiera y económica que podría implicar su liquidación. Para probar tal detrimento, anexó los estados financieros de la compañía con corte a 31 de diciembre de 2017.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones

Pues bien, sobre la situación financiera de la empresa sancionada, el Despacho se permite indicar que, de acuerdo con la información presentada en los estados financieros allegados, no es cierto que la multa impuesta sea confiscatoria o que tenga el riesgo de llevar a **JV INGENIERÍA** a un cierre inminente de operaciones. En este sentido, se aclara que el hecho de que la multa represente un porcentaje relevante respecto de las utilidades de la empresa no significa necesariamente que la actividad comercial de la misma se vea afectado por el pago. Además, no puede perderse de vista que las multas que se imponen por infracciones al régimen de libre competencia económica –dentro de las que se incluyen los incumplimientos de instrucciones y las obstrucciones de actuaciones administrativas– tienen un fin disuasivo, de manera que no sería lógico que las mismas fuera tan bajas que resultaran irrisorias o no impactaran financieramente en absoluto a la empresa sancionada. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechazará por resultar infundado.

CUARTO: Que mediante radicado No. 15-150620-27 de 15 de marzo de 2018, **ELÍAS ANDRÉS AMAYA OREJARENA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.233.214 y tarjeta profesional No. 165.194 del C.S. de la J., presentó poder otorgado por **JV INGENIERÍA**, razón por la cual se le reconocerá personería jurídica.

No obstante lo anterior, se advierte que el apoderado no reportó ninguna dirección de notificación, por lo cual se seguirán surtiendo las notificaciones correspondientes a la dirección de la sociedad sancionada.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución 8051 del 8 de febrero de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: RECHAZAR las solicitudes de nulidad propuestas por el impugnante de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: RECONOCER personería jurídica a **ELÍAS ANDRÉS AMAYA OREJARENA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.233.214 y tarjeta profesional No. 165.194 del C.S. de la J., como apoderado judicial de **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.**, identificada con NIT 900.561.688-8, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 27 AGO 2018

El Superintendente de Industria y Comercio


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

NOTIFICAR:

JV INGENIERÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.

NIT. 900.561.688-8

Calle 46 No. 4 -104, Oficinas 924-925, Centro de Negocios Alamedas
Montería – Córdoba