



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

RESOLUCIÓN **69816** DE 2021  
( **28 OCT 2021** )

Radicado No. 21-161666

*“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD-HOC**

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019<sup>1</sup> (en adelante, “Resolución No. 27305 de 2019”), la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro de la investigación radicada con el No. 18-148510, sancionó a **CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.** (en adelante, “**CONCRETO**”), por incurrir 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 el marco del trámite administrativo con radicado No.16-223755.

**SEGUNDO:** Que en la misma Resolución No. 27305 de 2019, se decidió archivar la investigación en contra de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCRETO** para la época de los hechos), respecto a la supuesta vulneración del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, por encontrarse que dichos investigados no ostentaban la calidad de agentes de mercado. En consecuencia, y en virtud de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, “CPACA”)<sup>2</sup>, en el **ARTÍCULO CUARTO** de la Resolución No. 27305 de 2019, se ordenó lo siguiente:

*“REMITIR copia de la presente Resolución a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia, con el fin de que evalúe si existe mérito suficiente para iniciar una actuación administrativa contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, por incurrir en la responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en lo relacionado con la infracción al régimen de protección de la competencia imputada a **CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.** en el presente acto”.*

**TERCERO:** Que en virtud de lo anterior, y luego de incorporar al expediente de la presente investigación copia auténtica certificada de algunos folios del expediente radicado con el No. 18-148510 y realizar el correspondiente análisis, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la “Delegatura”), mediante Resolución No. 35525 del 10 de junio de 2021 (en adelante,

<sup>1</sup> Folio 4 de la CUADERNO PÚBLICO FÍSICO del Expediente. Ruta: CP2/Folio 259 al 277 CP2.pdf. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 21-161666.

<sup>2</sup> Ley 1437 de 2011. Art. 41: “La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla”.

*Amalia*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

“Resolución No. 35525 de 2021” o “Resolución de Apertura”<sup>3</sup>, abrió una investigación y formuló pliego de cargos contra:

(i) **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCONCRETO**) con el fin de determinar si en el curso de las visitas administrativas de inspección adelantadas en el trámite administrativo de radicado No. 16-223755, incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado el incumplimiento de instrucciones y la obstrucción de la investigación por parte de **CONCONCRETO**.

(ii) **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCONCRETO** para la época de los hechos) con el fin de determinar si en el curso de las visitas administrativas de inspección adelantadas en el trámite administrativo de radicado No. 16-223755, incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado el incumplimiento de instrucciones y la obstrucción de la investigación por parte de **CONCONCRETO**.

La anterior imputación encontró fundamento en el hecho que, para la Delegatura, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCONCRETO**), habría presuntamente colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta de **CONCONCRETO**, consistente en el incumplimiento de instrucciones y la obstrucción de la actuación administrativa que adelantaba la Superintendencia de Industria y Comercio con el radicado No. 16-223755, toda vez que, en el marco de las visitas administrativas de los días 7 y 22 de septiembre de 2016, habría ordenado a empleados de **CONCONCRETO** y a funcionarios de **VINCI CONCESSIONS COLOMBIA S.A.S.** (en adelante “**VINCI CONCESSION**”) (i) eliminar información relevante para el desarrollo de la investigación adelantada por la Delegatura; (ii) ocultar su equipo de cómputo; y (iii) alterar el contenido de las declaraciones que tendrían que rendir ante la Delegatura.

Por su parte, para la Delegatura, **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCONCRETO** para la época de los hechos) habría adelantado conductas idóneas para colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar la obstrucción de la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio con el radicado No. 16-223755. Lo anterior, al haber buscado hacer pasar un equipo de cómputo de la sala de juntas como el asignado al presidente de la compañía.

**CUARTO:** Que una vez notificada la Resolución de Apertura, **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCONCRETO** para la época de los hechos) presentó su escrito de descargos y solicitó pruebas<sup>4</sup>. Por su parte, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCONCRETO**) presentó escrito de **RECUSACIÓN** contra el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia<sup>5</sup> y, posteriormente, radicó su escrito de descargos y solicitud de pruebas<sup>6</sup>.

A través de la Resolución No. 43398 del 14 de julio de 2021<sup>7</sup>, el Delegado para la Protección de la Competencia no aceptó las causales de recusación alegadas por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y trasladó el escrito de **RECUSACIÓN** al Superintendente de Industria y Comercio, quien lo rechazó de plano por medio de la Resolución No. 48552 del 2 de agosto de 2021<sup>8</sup>.

A través de la Resolución No. 49157 del 4 de agosto de 2021, la Delegatura resolvió sobre la práctica de pruebas<sup>9</sup>, decretando las que consideró conducentes, pertinentes y útiles para efectos de la

<sup>3</sup> Consecutivo 21-161666-11 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente.

<sup>4</sup> Consecutivo 21-161666-40 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente.

<sup>5</sup> Consecutivo 21-161666-41 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente.

<sup>6</sup> Consecutivo 21-161666-42 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente.

<sup>7</sup> Consecutivo 21-161666-46 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente.

<sup>8</sup> Consecutivo 21-161666-54 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente.

<sup>9</sup> Consecutivo 21-161666-57 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente.

*Amal*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

investigación administrativa. Posteriormente, mediante Resolución No. 53705 del 24 de agosto de 2021<sup>10</sup>, se rechazó un recurso de reposición presentado por **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**<sup>11</sup> contra la Resolución No. 49157 del 4 de agosto de 2021, y declaró cerrada la etapa probatoria de la presente actuación administrativa.

Finalmente, mediante radicado No. 21-161666-104 del 25 de agosto de 2021, la Delegatura dio traslado del Expediente al Superintendente de Industria y Comercio para que procediera con el trámite administrativo.

**QUINTO:** Que una vez trasladado el Expediente al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, este último, por medio de escrito con radicado No. 21-344604 del 30 de agosto de 2021<sup>12</sup>, dirigido a la **MINISTRA DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO** y estando dentro del término legal establecido en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, manifestó encontrarse impedido para conocer del presente trámite administrativo.

En virtud de lo anterior, mediante Resolución 964 del 14 de septiembre de 2021<sup>13</sup>, la **MINISTRA DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO** aceptó el impedimento formulado por el Superintendente de Industria y Comercio y ordenó el envío del expediente a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para la designación del Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc que conocería del caso.

Mediante Decreto No. 1197 del 4 de octubre de 2021<sup>14</sup>, se designó a **ANDRÉS CÁRDENAS MUÑOZ**, en su condición de Viceministro de Comercio Exterior, como Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc, para conocer y decidir sobre todos los asuntos que deba atender en relación con la investigación radicada con el No. 21-161666 que adelanta la Superintendente de Industria y Comercio contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCRETO** para la época de los hechos).

**SEXTO:** Que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, así como con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y teniendo en cuenta la información que obra en el Expediente, se procederá a establecer si **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCRETO** para la época de los hechos) incurrieron en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado el incumplimiento de instrucciones y la obstrucción de la investigación por parte de **CONCRETO**, sancionada por el Superintendente de Industria y Comercio por medio de la Resolución No. 27305 de 2019.

Para determinar su responsabilidad, se analizarán los siguientes aspectos: (i) facultades legales de la Superintendencia de Industria y Comercio; (ii) la participación de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCRETO** para la época de los hechos) en la conducta desplegada por **CONCRETO** durante las visitas adelantadas en el marco de la actuación administrativa con radicado No. 16-223755; y (iii) las explicaciones rendidas por los investigados frente a los cargos que les fueron imputados, con el fin de concluir si tienen respaldo fáctico o jurídico.

<sup>10</sup> Consecutivo 21-161666-101 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente.

<sup>11</sup> Consecutivo 21-161666-93 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente.

<sup>12</sup> Acumulado al Expediente No. 21-161666.

<sup>13</sup> Consecutivo 21-161666-113 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente.

<sup>14</sup> Consecutivo 21-161666-114 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente. Archivo: 21161666—0011400002.

*Andrés*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

### 6.1. Sobre la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para ordenar la práctica de visitas administrativas

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

Para el ejercicio de esta especial función de policía administrativa económica, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 le atribuyen a 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:

(...)

**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**”.* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

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 por la misma Corte Constitucional, que en sentencia C-165 de 2019 manifestó:

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

"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"<sup>15</sup>.

## 6.2. Sobre la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar el incumplimiento de órdenes y la obstrucción de sus actuaciones administrativas

El ordenamiento jurídico nacional incluyó la posibilidad para la Superintendencia de Industria y Comercio de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omite acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por la Entidad y/o se obstruyan 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 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.

(...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original).

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 instrucciones y las obstrucciones de las actuaciones administrativas que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio revisten la misma gravedad de las conductas catalogadas como anticompetitivas, toda vez que desconocen la autoridad de la 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 incluso 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.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

*Andrés*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

*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 (...)<sup>16</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Por su parte, la norma determina que, de igual forma, son responsables quienes colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen cualquier conducta que resulte violatoria del régimen de protección de la competencia, incluyendo la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones y la obstrucción de las investigaciones.

Al respecto, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece 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:

(...)

**16. 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.**

(...). (Subraya y negrilla fuera del texto original).

En conclusión, no cabe duda 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 las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y obstruir las actuaciones de esta Autoridad, así como el colaborar, facilitar, ejecutar, tolerar o autorizar las conductas antes descritas.

Visto lo anterior, es importante mencionar que si bien las conductas relacionadas con la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones y la obstrucción de las investigaciones hacen parte del régimen de libre competencia, estas están previstas en el ordenamiento jurídico nacional con el fin de proteger bienes jurídicos diferentes a los protegidos por las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y, por tanto, cuentan con regulaciones específicas respecto a su alcance y al procedimiento que debe surtir para hacerlas cumplir.

De esta forma, se ha establecido un procedimiento administrativo de carácter general para las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, el cual está detallado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mientras que, por el otro lado, se establecieron procedimientos de carácter especial, encaminados a aplicarse en casos puntuales y específicos dentro del régimen de libre competencia, como la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información y/o las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia o la obstrucción de sus actuaciones administrativas.

Así las cosas, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con las facultades necesarias para iniciar el trámite administrativo en cuestión en virtud de lo establecido por el Decreto 4886 de 2011 y, así mismo, sancionar las conductas reprochadas.

<sup>16</sup> 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 imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

De esta forma, el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 pone en evidencia la existencia de una función particular en cabeza del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, consistente en iniciar e instruir el trámite especial en eventos de incumplimientos de órdenes y obstrucción de las actuaciones de esta Entidad.

En este sentido, dicha norma señala lo siguiente:

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

(...)

**12. Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes o instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones** o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial.

(...)”. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Como puede observarse, la norma especial en materia de libre competencia en Colombia contempla la existencia de una función específica consistente en la facultad de iniciar e instruir los tramites de solicitud de explicaciones en los casos de omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información y las ordenes que imparta en cualquier momento la autoridad de competencia, así como por la obstrucción de las actuaciones adelantadas por esta Entidad.

En este orden de ideas, es el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia quien tiene la facultad de iniciar dicho trámite, contra aquellas personas que con su conducta hayan omitido acatar en debida forma las órdenes de esta Entidad o hayan obstruido una actuación administrativa, mientras que es el Superintendente de Industria y Comercio quien tiene la facultad de imponer la sanción correspondiente, en caso de encontrarse probada la infracción, en los términos establecidos en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, norma que dispone lo siguiente:

**“Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.** Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

**11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones,** el incumplimiento de la obligación 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.

(...)”. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De acuerdo a las normas anteriormente transcritas, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con las facultades legales necesarias para iniciar, instruir y sancionar los trámites de solicitud de explicaciones en los casos de omisión de cumplimiento de órdenes dadas por esta Entidad, obstrucción a sus actuaciones, entre otros, tal y como el que nos incumbe en el presente caso.

Ahora bien, establecidas las facultades legales de la Entidad para iniciar y sancionar conductas de incumplimiento de instrucciones u obstrucciones a las actuaciones administrativas, a continuación pasará a resumirse la regulación especial que detalla el procedimiento que debe surtirse en estos casos. Así, se pone de presente que de la norma especial puede desprenderse lo siguiente:

*Handwritten signature*

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- 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 decidido 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, para quienes incurran en la conducta, y el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, para quienes participen en calidad de facilitadores, ejecutores, etc.
- 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 del texto original).

Como puede observarse, en términos generales, el trámite 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 la actuación; **(iv)** el monto de las sanciones a imponer; y **(v)** el término de caducidad de la acción en cabeza de la Superintendencia.

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 para presentar explicaciones y aportar las pruebas que consideren útiles, pertinentes y conducentes 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 descrito previamente ha sido avalado por la 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 Tribunal<sup>17</sup> 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**

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. No. 25000 23 24 000 2008 00137 01.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

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. (...)**. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

A su vez, existen decisiones de otros jueces administrativos que no han encontrado reproche alguno en el procedimiento hasta acá explicado. Así, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., en una providencia judicial en que 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**”<sup>18</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

En igual sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>19</sup>, 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**”. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Por último, en reciente decisión del 10 de septiembre de 2021, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca volvió a confirmar su aval respecto al procedimiento administrativo acá aplicado:

“(...) Contrario a lo mencionado por la demandante, sostiene la SIC que el procedimiento administrativo que se debe adelantar es el previsto en el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011. Es decir, que: (i) el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es el encargado de instruir el trámite (numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011); (ii) el trámite que se debe seguir para eventos de renuencia a suministrar información, no otorgar acceso a archivos y en general desatender instrucciones de la autoridad, es el de solicitud de explicaciones; (iii) quien impone la sanción es el Superintendente de Industria y Comercio (numeral 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011); (iv) el monto a imponer como sanción es de hasta 100.000 smlmv para personas

<sup>18</sup> Juzgado Primero (1) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2016. Rad. No. 110013334001205 00132 00.

<sup>19</sup> 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 imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

*jurídicas y 2000 smlmv para personas naturales (artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009); (iv) el término de caducidad de la facultad sancionatoria es de 5 años (artículo 27 de la Ley 1340 de 2009).*

(...)

**La Sala concluye que la norma prevé un procedimiento especial tratándose de la conducta del incumplimiento de instrucciones que conllevan a la obstrucción de la investigación, y este es el trámite de solicitud de explicaciones que prevé el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, pues una conducta es la de infringir las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas y otra muy distinta la del incumplimiento de instrucciones de la SIC.**

(...)

**Finalmente, no está demás señalar que con el procedimiento administrativo adelantado por la SIC –trámite de solicitud de explicaciones-, se le garantizó el ejercicio del derecho de defensa a la parte demandante, como pasa a explicarse<sup>20</sup>.**  
(Subraya y negrilla fuera de texto original).

De esta forma, se encuentra que el procedimientos administrativo seguido en la presente actuación, se ajusta a derecho y tiene fundamento, tanto en la norma como en la jurisprudencia administrativa.

### **6.3. Sobre la conducta sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019**

El Superintendente de Industria y Comercio, a través de la Resolución No. 27305 de 2019, encontró demostrado que **CONCRETO** adelantó una serie de conductas encaminadas a obstruir las visitas administrativas de los días 7 y 22 de septiembre de 2016 adelantadas por funcionarios de la Delegatura, las cuales se dieron en el marco del trámite administrativo con radicado No. 16-223755.

Dichas conductas consistieron en: (i) instrucciones a diferentes empleados de alto rango de la compañía sobre la forma como debían responder a las preguntas y requerimientos que pudieran ser hechos por la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de la actuación; (ii) órdenes e instrucciones de borrar información relacionada con los diferentes procesos de contratación; y (iii) evitar que los funcionarios de la Delegatura lograran tener acceso a algunos de los equipos de cómputo institucionales de gran relevancia para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la Entidad.

De esta forma, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que **CONCRETO** obstruyó las actuaciones de dicha Entidad, poniendo en riesgo y eventualmente frustrando la capacidad de la Entidad de recopilar las pruebas que considerara útiles, pertinentes y conducentes para lograr establecer, de la manera más informada posible, la existencia de una posible conducta anticompetitiva, razón por la cual se impuso la respectiva sanción a **CONCRETO**.

Visto lo anterior, se procede a analizar el comportamiento individual de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCRETO** para la época de los hechos) durante las actuaciones administrativas que tuvieron lugar en el marco del trámite administrativo de Radicado No. 16-223755, de forma que se pueda establecer si los mismos colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron el incumplimiento de instrucciones y la obstrucción de la investigación por parte de **CONCRETO**.

<sup>20</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A". Sentencia del 10 de septiembre de 2021. Rad. No. 110013334006201500007-01.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

#### **6.4. Sobre la conducta y responsabilidad de JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

En el presente caso, y luego de analizar la totalidad de los elementos probatorios que obran en el Expediente, es posible concluir que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCRETO** para la época de los hechos) ejecutaron las diferentes conductas desplegadas por **CONCRETO** durante las visitas administrativas que tuvieron lugar en el marco del trámite administrativo de radicado No. 16-223755, y que fueron sancionadas por el Superintendente de Industria y Comercio a través de la Resolución No. 27305 de 2019, encaminadas a obstruir las facultades de inspección de la Entidad.

En efecto, se evidenció que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** ejecutó la obstrucción de la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio durante las visitas administrativas realizadas en las instalaciones de **CONCRETO**, toda vez que en su calidad de representante legal de la compañía: **(i)** dio órdenes de borrar y ocultar información que podía ser relevante para la actuación adelantada por la Delegatura; **(ii)** buscó la forma de ocultar su equipo de cómputo corporativo durante las actuaciones de la Superintendente de Industria y Comercio; y **(iii)** dio instrucciones sobre la forma como debían responderse posibles preguntas de la Delegatura en el marco de las visitas.

Por su parte, **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** habría ejecutado la actuación tendiente a ocultar el equipo de cómputo corporativo de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** durante las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, lo que configuró una obstrucción de la actuación administrativa.

En este sentido, a continuación se presentarán los diferentes elementos probatorios que permitieron llegar a las anteriores conclusiones.

##### **6.4.1. Órdenes de borrar y ocultar información**

En primer lugar, la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Resolución No. 27305 de 2019, encontró probado que **CONCRETO** adelantó actuaciones con el fin de borrar y ocultar información solicitada por la Superintendencia de Industria y Comercio en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control en materia de libre competencia económica. A continuación se evidenciará cómo **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, en su calidad de representante legal y presidente de la compañía, ejecutó dichas actuaciones.

Así, los elementos probatorios que obran en el Expediente dan cuenta que, desde que tuvo noticias de las visitas administrativas del 6 y 7 de septiembre de 2016 en las instalaciones de **CONCRETO**, el representante legal de la empresa manifestó la intención de eliminar información tanto de su computador como de su correo electrónico, de forma que la Autoridad de Competencia no tuviera acceso a la misma. Ejemplo de lo anterior es que compartió con los demás empleados de la compañía su intención de “limpiar” su computador una vez tuvo conocimiento de las visitas.

A continuación se presenta la transcripción de la conversación que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** sostuvo con otros funcionarios de alto rango dentro de la compañía el 7 de septiembre de 2016, relacionada con la información que reposaba en los computadores y correos electrónicos corporativos a su nombre y que podían llegar a ser solicitados por los funcionarios de la Superintendencia:

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

“(…)”

*[Handwritten signature]*

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: 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: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: A Felipe le pidieron la clave de Gmail?

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Jorge Hernán puede averiguar si uno puede negarse a compartir la clave de Gmail?

De: **FELIPE ROCHA SILVA**

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

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Y uno tiene que dar la clave de Gmail?

De: **FELIPE ROCHA SILVA**

Contenido: Que Jorge Hernán confirme pero si estoy seguro que negarse manda el mensaje equivocado.

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Pero es mucha información confidencial de la compañía 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**

Contenido: 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**

Contenido: Jorge Yo quisiera: Nombrar abogado y que nos diga cómo debemos actuar. En todas las diligencias puede haber un abogado acompañándonos? Que diligencia es esto? Hay proceso abierto?

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

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

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

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

De: **JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO**

Contenido: Ya te van a llamar de Posse Herrera

De: **JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO**

Contenido: Alessia, Gabriel Sánchez, HERNAN Paneso

De: **JORGE HERNÁN JIMENES JARAMILLO**

Contenido: Ya llegaron 4 funcionarios a Bogotá. Hablamos con Julio.

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Ya hablé con ellos.

*Andrés*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: **Me dicen que hay que entregar información. Mi cautela es con la normalización de los accionistas. Tengo Info en mi computador**<sup>21</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Sobre lo anterior, debe llamarse la atención que la conversación recién transcrita tuvo lugar el 7 de septiembre de 2016, a las 12:06:07 PM, esto es, cuando ya los empleados de **CONCRETO** habían rendido declaraciones y habían entregado información durante 2 días a los funcionarios de la Superintendencia, habiendo sido informados no solo del objeto de la visita y las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de autoridad de inspección, vigilancia y control, sino también del hecho de que los empleados de la compañía objeto de la visita no podían eliminar o alterar el contenido de los equipos de cómputo o los correos electrónicos que fueran solicitados. Cuenta de esto da la copia del “Acta Parcial de Visita Administrativa **CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.**” del 6 de septiembre de 2016 que obra en el Expediente, en la cual se evidencia lo siguiente:

*“Una vez presentes en dicho lugar, fuimos recibidos en el piso cuarto por **JORGE HERNAN JIMENEZ**, en su calidad de Secretario General y Representante Legal para asuntos jurídicos, a quien se le hizo entrega de la credencial de visita administrativa que faculta al Despacho para realizar la respectiva diligencia, previa exhibición de los carné que identifica a los miembros del mismo, como pertenecientes a la Superintendencia de Industria y Comercio. De la credencial de visita administrativas se dejó la copia original (**1 FOLIO**) como firma de recibido, y se deja constancia que a el Secretario General se le explicó el objeto de la presente diligencia administrativa.*

(...)

*Se deja constancia que el proceso de descarga de las cuentas de correo electrónico identificados con el dominio: **jburitica@concreto.com**, **frocha@concreto.com** y **jgsaldarriaga@concreto.com**, que corresponden a las cuentas de **JUAN PABLO BURITICÁ**, **FELIPE ROCHA** y **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA**, de **CONCRETO** respectivamente, se realizará desde las instalaciones del **LABORATORIO DE INFORMÁTICA FORENSE** (en adelante **LIF**) de la Superintendencia de Industria y Comercio. Se deja constancia que el Despacho presenta las siguientes instrucciones:*

**1. No cambiar la clave de acceso hasta que el LIF notifique mediante email la descarga exitosa de las cuentas de correo electrónico.**

**2. Los usuarios de las cuentas de correo se comprometen a no borrar ningún mensaje de correo electrónico por ningún medio hasta la descarga sea exitosa**<sup>22</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, no obstante las anteriores aclaraciones hechas por los funcionarios de la Delegatura desde el inicio de la actuación, las cuales además evidentemente fueron transmitidas a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL** por los demás empleados de la compañía, quienes le manifestaron que “*negarse [a dar acceso a la información] manda el mensaje equivocado*”, el representante legal de la empresa fue insistente en verificar la posibilidad de “*limpiar*” su computador y correo electrónico, negarse a dar información o dar la clave de acceso a su cuenta *Gmail*.

Posteriormente, el 22 de septiembre de 2016, funcionarios de la Delegatura volvieron a acercarse a las instalaciones de **CONCRETO**, con el fin, entre otros, de tomar las declaraciones de algunos empleados que no habían estado presentes en los días 6 y 7 de septiembre del mismo año.

Sin embargo, se evidenció que dicho día, **CONCRETO** volvió a adelantar diferentes conductas con el fin de obstruir el buen desarrollo de la visita, buscando eliminar y ocultar información que

<sup>21</sup> Consecutivo 21-161666-3 del CUADERNO RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO. Ruta: 16-223755-APP-BOGOTA-GIRARDOT/ARCHIVOS/chat-1854[10209903].txt

<sup>22</sup> Folio 4 del CUADERNO PÚBLICO FÍSICO del Expediente. Ruta: CP1/Folio 2 al 42 CP1.pdf.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

podía llegar a ser de alta importancia para la Entidad y la actuación que se encontraba adelantando. Dicha conducta fue ejecutada por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, a pesar de que en las visitas anteriores había sido informado, por diferentes fuentes, de la obligación de poner a disposición de los miembros de la Delegatura la información que fuera solicitada y, en especial, de no eliminar ningún tipo de documento o datos que estuvieran contenidos en los equipos corporativos de la empresa visitada.

Así, las pruebas que obran en el Expediente dan cuenta que el 22 de septiembre de 2016, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** envió mensajes por la plataforma *WhatsApp* a **FELIPE ROCHA SILVA**, vicepresidente de inversión de **CONCRETO** y a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, representante legal de **VINCI CONCESSIONS**, solicitándoles borrar todos los mensajes de texto (chats) que tuvieran relación con “Tercer Carril” y “Colpatria”.

Dicha información, no cabe duda, podía ser de gran interés para la Superintendencia de Industria y Comercio pues, como era de conocimiento de los administrados, el objeto de la actuación administrativa que se estaba adelantando era precisamente obtener toda la información que tuviera relación con su participación en los diferentes procesos de selección en los que hubiera participado, específicamente, el relacionado con el Tercer Carril Bogotá-Girardot.

De hecho, tan era de conocimiento esta situación de los investigados, que desde las visitas del 6 y 7 de septiembre, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** manifestó que el “*el mayor riesgo es que enreden la adjudicación antes de la firma del contrato*”<sup>23</sup>, haciendo clara referencia al contrato derivado del proceso de selección para la construcción del Tercer Carril Bogotá-Girardot, que justamente era el objeto principal de las visitas administrativas, tal y como lo señalaban las credenciales administrativas de visita.

A continuación se presentan los mencionados mensajes. Nótese que incluso **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** ordena borrar el mismo chat donde se encuentra impartiendo las instrucciones respecto de borrar los chats relacionados con “Tercer Carril” y “Colpatria”, denotando plena consciencia de la conducta ilícita:

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 también**<sup>24</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Participantes: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **FELIPE ROCHA SILVA**

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**  
Contenido: **Revisar chats y borrar todo lo de tercer y Colpatria. Hay muchos.**

**Borrar este también**<sup>25</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, habiendo sido interrogado posteriormente por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la finalidad de esos mensajes, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** confirmó que los mismos hacían referencia a asuntos relacionados con el proceso de selección para la construcción

<sup>23</sup> Consecutivo 21-161666-3 del CUADERNO RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO. Ruta: 16-223755-APP-BOGOTA-GIRARDOT/ARCHIVOS/chat-1854[10209903].txt

<sup>24</sup> Consecutivo 21-161666-3 del CUADERNO RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO. Ruta: 16-223755-APP-BOGOTA-GIRARDOT/ARCHIVOS/chat-1880[10209919].txt

<sup>25</sup> Consecutivo 21-161666-3 del CUADERNO RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO. Ruta: 16-223755-APP-BOGOTA-GIRARDOT/ARCHIVOS/chat-1882[10209921].txt

*Paul*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

del Tercer Carril Bogotá-Girardot, objeto principal de la actuación administrativa de la Autoridad. De manera puntual, se refería a las etapas previas a la presentación de la oferta, en dónde **CONCRETO** tuvo ciertos acercamientos con Constructora Colpatria, los cuales podían ser de interés para la Autoridad de Competencia. Así lo afirmó el investigado el 8 de agosto de 2018:

**“APODERADO JUAN LUIS ARISTIZABAL VÉLEZ:** El 22 de septiembre, que es la fecha usted nos comentaba se realizó la segunda visita, la Superintendencia en la imputación, en la solicitud de explicaciones, puso de presente un chat en el que usted le solicita a Bernardo Serafim y a Felipe Rocha, me voy a permitir leer del folio de la hoja tercera de la Resolución, creo que es el folio setenta del Expediente, el mensaje transcrito. Un mensaje en el que usted le indica primero a Bernardo Serafim “Hola, favor revisar chats y borrar todo lo de Tercer Carril y Colpatria”. Y a continuación cita la Delegatura un mensaje enviado tal vez un minuto después a Felipe Rocha en el que le dice “Revisar chats y borrar todo lo de Tercer y Colpatria. Hay muchos”. De acuerdo con la explicación que usted nos dio hace un momento ¿usted nos podría explicar a qué se refería con esos mensajes enviados a esas dos personas?

**JUAN LUIS ARISTIZABAL VÉLEZ:** Eh, yo le envíe mensajes a Felipe Rocha y a Bernardo Serafim respecto a Tercer Carril y Colpatria porque quería hacer referencia a la participación de Colpatria en todo este proceso y a unas conversaciones que hubo en los días anteriores a la entrega de la propuesta nuestra en la licitación, en la cual yo me encontraba de vacaciones por cerca de tres semanas, y la única comunicación que tuve yo de este proceso fue con Felipe Rocha y Bernardo Serafim a través del chat. Colpatria en el año 2015 fue la primera compañía que aproximó a CONCRETO para solicitarle estudiar la licitación Bogotá-Girardot, porque había una persona que era como una...Bogotá-Girardot...un funcionario de la concesión anterior de Bogotá-Girardot estaba trabajando, o era funcionario de Constructora Colpatria. Se hicieron conversaciones iniciales, se evaluó la posibilidad de entrar conjuntamente con Colpatria al proceso de licitación o de estudio de la propuesta Bogotá-Girardot. Después hablamos con Vinci, inclusive hubo momentos en donde la posibilidad era participar Vinci-Colpatria-Concreto. Finalmente tomamos la decisión de ir solamente con el grupo Vinci, e iniciamos todo el proceso que ya le mencioné que tuvo la dificultad de pre calificación conjuntamente con Vinci Highways. Durante el proceso de preparación de la oferta y ante las dificultades financieras de Conalvias, el originador, siempre estuvo en el mercado la posibilidad de que alguna compañía colombiana o una de las compañías que estaban pre calificadas en el proceso pudieran acceder al contrato a través de Conalvias. Vinci en su momento consideró esa oportunidad, hubo bancas de inversiones que salieron al mercado a buscar potenciales compradores del contrato o la estructuración original del contrato y en algún momento se consideró la posibilidad de hacerlo. Nosotros consultamos abogados e inclusive yo solicité que se hicieran consultas ante la superintendencia financiera de qué implicaciones podría tener esto. Para CONCRETO y para mí personalmente me mencionaron, o me dijeron, o me decían que era una posibilidad. A mí no me gustaba nunca, desde el punto de vista del riesgo reputacional de Conalvias por todos los procesos que tenía abiertos por corrupción y sobre todo por la dificultad de tener un socio que iba a complicar mucho el cierre financiero. Para mí era una posibilidad que estaba fuera de hacerla e inclusive hicimos consultas porque la única alternativa era nosotros cerrar nuestro proceso de presentar propuesta y entrar a Conalvias, hicimos unas consultas desde el punto de vista jurídico si era posible no presentar propuesta...eh y acceder al contrato a través de Conalvias. Los abogados a los cuales consultamos nos dijeron que sí era posible pero que nos iban a hacer efectiva la póliza de seriedad de la oferta. Esa póliza era una póliza por una cifra superior a 8 mil millones de pesos y además del impacto económica, las pólizas de seriedad de la oferta son fáciles de conseguir siempre y cuando una compañía siempre cumpla. Pero si a uno le hacen efectiva una póliza de seriedad de la oferta con seguridad se vuelve supremamente complejo volver a conseguir en el futuro una póliza de seriedad de oferta. En las semanas previas a la entrega de nuestra propuesta, al cierre de la licitación, Colpatria volvió a aparecer con la intención de entrar al equipo. Para mí ya era mucha contaminación y mucho ruido. Inclusive Colpatria trajo un cuarto proponente que era Globalvía. Esto ya era bastante complicado y como en ese momento era quizás la preocupación más grande que tenía yo para que nuestro competidor Conalvias pudiera hacer argumentación ante la ANI de que algo había

*Arrib*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

estado en el proceso que pudiera afectarnos en la descalificación o en la eliminación del proceso...para mí, lo que más me preocupaba era que nos eliminaran o nos descalificaran o que aplazaran la firma del contrato porque se iba a hacer algún tipo de investigación al respecto. Nosotros no tuvimos contacto con ninguno de los demás proponentes, que nosotros sepamos Colpatria no tuvo ningún contacto con los demás proponentes, inclusive ni siquiera sabemos si tenía algo...había hablado en algún momento con Conalvías porque al final Conalvías se presentó con una firma ecuatoriana. Entonces para mí, en su momento, cuando dijeron... y lo único que se me ocurrió cuando dijeron “la SIC vino de nuevo” es “borre Tercer Carril y Colpatria” y yo no dije “borre otros proponentes, borre OHL, borre Solarte, borre los chinos” porque yo no tenía ninguna preocupación de que en ningún chat mío o en ningún correo o en ningún chat o mensaje tanto de todas las personas que prepararon la oferta como los míos hubiese alguna referencia a los demás proponentes o alguna propuesta en la cual se hubiera podido establecer que hubo una ilegalidad dentro del proceso en términos de la competencia”<sup>26</sup>.

De esta forma, e independientemente del resultado que haya arrojado la posterior investigación por presuntas conductas anticompetitivas en el proceso de selección para la construcción del Tercer Carril Bogotá-Girardot, lo cierto es que **CONCRETO** adelantó una serie de conductas ejecutadas por su presidente y representante legal, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, que deliberadamente buscaron entorpecer la actividad investigativa de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto a todos los hechos que rodearon dicho proceso de contratación.

En otras palabras, no es posible tomar como un evento aislado y desafortunado los mensajes enviados por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** a **FELIPE ROCHA SILVA** y a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, pues lo cierto es que, teniendo conocimiento respecto al objeto de las visitas de la Superintendencia de Industria y Comercio, y a pesar de haber sido informado con anterioridad de su deber de colaborar y no manipular la información, envió instrucciones directas y contundentes a sus subalternos y socios de eliminar información que podría haber sido relevante para la actuación que se estaba adelantando.

De hecho, en la declaración rendida en la presente actuación administrativa el 19 de agosto de 2021, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** afirmó que con posterioridad a las primeras visitas, cuando se le puso al tanto de las mismas, su reacción fue de molestia al enterarse que se había entregado información a la Superintendencia de Industria y Comercio, a pesar de ser esta una obligación de los administrados:

“**DELEGATURA:** Señor Aristizábal, una vez usted tuvo conocimiento de esta visita, ¿cuáles fueron sus actuaciones posteriores a la notificación que le hizo el señor Jorge Hernán?”

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** Básicamente fue enterarme un poco de lo que había sido el procedimiento a través de la línea telefónica, y manifestar al doctor Jorge Hernán Jiménez, secretario general, que me preocupaba mucho que ante una visita que no sabíamos de parte de quien venían o no había entendido yo exactamente de parte de quien venían, que habíamos entregado toda la información, me molestó muchísimo. Luego, a mi regreso a Colombia, tenemos reunión de comité directivo todos los lunes y yo me molesté mucho en el Comité Directivo porque habíamos entregado información estratégica de la compañía, archivos de mucho valor para la compañía desde el punto de vista estratégico, archivos de los procesos de licitación, sin haber verificado si quiera si los debíamos o no entregar y sin haber verificado la identidad de las personas y si realmente correspondían a identidades de funcionarios de alguna entidad del gobierno. Además de eso solicite en el comité de presidencia que para futuras visitas se contactaran abogados especialistas en los temas porque se mencionó temas tributarios como la DIAN o temas penales como la Fiscalía o algún otro tipo de proceso jurídico y entonces que teníamos que tener abogados especialistas para prepararnos para futuras eventuales reuniones de este tipo”<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Folio 10 del CUADERNO PÚBLICO FÍSICO del Expediente. Min: 19:54

<sup>27</sup> Consecutivo 21-161666-97 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente. Min: 9:16

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Nótese que, como ya fue expuesto anteriormente, los funcionarios de la Delegatura se identificaron correctamente al momento de realizar las visitas administrativas, pusieron en conocimiento de los empleados de **CONCRETO** el objeto de la visita y las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio, todo lo cual fue transmitido al presidente de la compañía, por lo cual su molestia y reproche a quienes entregaron dicha información solo evidencia la intención de impedir el correcto desarrollo de la actuación.

En este punto, vale la pena mencionar que los investigados han sostenido a lo largo de la actuación, que la actitud de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** lo único que evidenciaba era la sorpresa de un empresario que recibía la visita de una autoridad administrativa y que, por tanto, se mostraba cauteloso respecto a la información reservada de la compañía. Incluso, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** afirmó durante su declaración del 19 de agosto de 2021<sup>28</sup> que su preocupación era que la información de la empresa, al quedar en manos de la Superintendencia de Industria y Comercio, se pudiera filtrar a sus competidores o el público en general, y que nunca se buscó ocultar información relacionada con una posible violación a las normas de libre competencia económica.

Sobre estos argumentos, debe mencionarse en primer lugar que, si bien es cierto que este tipo de actuaciones pueden generar dudas y cautela en los administrados respecto a la información que deben compartir a la Autoridad, no es menos cierto que en el presente caso los funcionarios de la Delegatura no solo pusieron de presente a los empleados de **CONCRETO** las facultades legales de la Entidad para recopilar dicha información, sino que además dieron a conocer detalladamente el procedimiento que sería utilizado para recopilarla y almacenarla, de forma que la misma no fuera divulgada a terceros. Tan es así, que **FELIPE ROCHA SILVA** le manifestó a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) que *“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”*<sup>29</sup>.

En segundo lugar, tal y como ha sido reconocido por la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>30</sup>, en el hipotético caso de aceptar que la única preocupación de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** fuera el evitar filtraciones de aspectos corporativos, como el proceso de capitalización de la empresa y de la normalización tributaria de sus accionistas, esto, bajo ningún punto de vista, podría entenderse como una justificación válida para querer ocultar información a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Lo anterior, pues no puede entenderse como 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 y sus funciones y facultades legales, la cual deberá ser entregada de manera completa al momento de ser solicitada<sup>31</sup>.

De esta forma, no correspondía a **CONCRETO** y sus empleados, específicamente su representante legal, establecer autónomamente qué tipo de información pondrían a disposición de la Entidad y cual no.

Finalmente, en tercer lugar, y como se evidenció de una de las cadenas de mensajes transcritas anteriormente, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** tuvo contacto con tres (3) abogados externos de la empresa, quienes le manifestaron que, independientemente de sus temores, debía *“entregar información”* a los funcionarios que adelantaban la visita. Así las cosas, el representante legal de la empresa investigada fue informado de su obligación de poner a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio la información que fuera solicitada, al menos, por dos fuentes distintas. Por un lado, los demás empleados de la compañía, quienes tuvieron contacto con los funcionarios de la

<sup>28</sup> Ibídem. Min: 33:31

<sup>29</sup> Consecutivo 21-161666-3 del CUADERNO RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO. Ruta: 16-223755-APP-BOGOTA-GIRARDOT/ARCHIVOS/chat-1854[10209903].txt

<sup>30</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 51905 del 3 de octubre de 2019.

<sup>31</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 9045 del 12 de abril de 2019.

*Andrés*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Delegatura, y que advirtieron que el eliminar o esconder información podría mandar “*el mensaje equivocado*”, y, por el otro lado, por los asesores jurídicos externos de la empresa. No obstante, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** insistió en seguir solicitando la eliminación de información requerida objeto de la visita en el marco de la investigación que se estaba adelantando.

En este sentido, no cabe duda que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** ejecutó la conducta obstructiva a través de una serie de órdenes y actividades encaminadas a eliminar u ocultar información en el trámite administrativo que se encontraba adelantando la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual sin duda alguna puso en riesgo la capacidad investigativa de la Entidad.

#### **6.4.2. Actuaciones encaminadas a ocultar equipos de cómputo corporativos**

En segundo lugar, en la Resolución No. 27305 de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que **CONCRETO** adelantó actuaciones con el fin de obstruir el eventual acceso de los funcionarios de la Delegatura a los equipos de cómputo institucionales de la empresa, específicamente al asignado al presidente y representante legal. Dicha conducta, habría sido ejecutada por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCRETO** para la época de los hechos).

Como prueba de lo anterior, se tuvo acceso a una conversación de *WhatsApp* del 22 de septiembre de 2016 entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, en la cual dichos funcionarios trataron asuntos relacionados con la visita administrativa que se estaba realizando en las instalaciones de la empresa. En dichos mensajes se puede evidenciar que buscaron la forma de ocultar el computador del presidente de la compañía en caso que fuera solicitado por los funcionarios de la Delegatura.

De manera puntual se puede constatar que, con posterioridad a unas conversaciones sostenidas con sus abogados externos, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** analizaron la forma de que, en caso que fuera solicitado el computador del presidente de la compañía, se presentara un equipo que en realidad no le pertenecía, y acordaron la respuesta que debía darse a los funcionarios de la Delegatura en caso de que estos preguntaran al respecto.

A continuación se transcribe el mensaje enviado por **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**:

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.**

*Andi*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

4. En conclusión, puede pasar que no soliciten nada más que su indagatoria, y en caso de pedirle el equipo, será necesario aportarlo<sup>32</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De lo anterior se evidencia que los funcionarios de **CONCRETO** analizaron la forma de poner a disposición de los miembros de la Delegatura un computador que evidentemente no era el de uso del presidente de la compañía, y, establecer una justificación en caso de que el mismo fuera requerido. Además, llama la atención la advertencia hecha por **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** de que “*lo que haya borrado (archivos, correos, etc), pueden ser reconstruidos por los equipos forenses*”, pues teniendo en cuenta que, como ya fue expuesto anteriormente, desde las primeras visitas **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** manifestó su intención de “limpiar” su computador, dicha afirmación parecería confirmar que se mantenía la intención de eliminar y ocultar información a los funcionarios de la Entidad.

Por otro lado, se encontraron elementos de prueba que darían cuenta que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** se plantearon incluso la posibilidad de adquirir un equipo computador nuevo o hacer pasar el computador de la sala de juntas como el del presidente.

A continuación se transcribe la comunicación entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** del 22 de septiembre de 2016 en dónde se hace referencia a la adquisición de un nuevo computador para ponerlo a disposición de los funcionarios de la Delegatura que adelantaban la visita en dicha fecha:

Participantes: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

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

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: Dice el abogado que van detrás de los correos principalmente

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: Le ponemos el computador de la junta? Ese es

De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: Hay presentaciones, juntas<sup>33</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, debe mencionarse que los investigados han argumentado que las anteriores conversaciones fueron consecuencia de que los abogados externos de la compañía informaron que la Delegatura iba principalmente tras los correos electrónicos, por lo que su conducta estaba encaminada a poner a disposición cualquier equipo electrónico por el cual tuvieran acceso a los mismos. Al respecto, debe resaltarse que los empleados de **CONCRETO** tenían conocimiento previo de que la Superintendencia, en el ejercicio de sus funciones, podría solicitar el computador del presidente de la compañía y no limitarse a los correos electrónicos.

Lo anterior dado que de acuerdo a los requerimientos hechos en las visitas anteriores, era absolutamente predecible que se solicitaría el computador, el celular y demás equipos institucionales del presidente de la compañía, con el fin de revisar no solo los correos electrónicos, sino también toda la información y documentos comerciales relacionados con el objeto de la visita que pudieran estar en dichos equipos.

<sup>32</sup> Consecutivo 21-161666-3 del CUADERNO RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO. Ruta: 16-223755-APP-BOGOTA-GIRARDOT/ARCHIVOS/chat-1888[10209927].txt

<sup>33</sup> Ibidem.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Por este motivo, el intento por no poner a disposición el equipo de cómputo en mención no puede justificarse en el hecho que los asesores externos hubieran manifestado que la Superintendencia iba solo detrás de los correos electrónicos dado que, además de ser incorrecto pues como entidad de inspección, vigilancia y control la Autoridad de Competencia tiene plena facultad de solicitar en cualquier momento todo tipo de equipo y documentos institucionales<sup>34</sup>, la compañía y sus empleados estaban en la obligación de tener a disposición toda la información y equipos corporativos, en su estado natural, sin ninguna manipulación, de forma que no se pusiera en ningún momento en riesgo la capacidad de recopilar la información real que se pudiera considerar útil, conducente y pertinente para el desarrollo de sus funciones.

Además, llama la atención que, como obra en el Expediente, el 9 de septiembre de 2016, esto es, dos días después de las primeras visitas administrativas, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** ordenó hacer una copia simple de su computador en un disco externo, para posteriormente enviar su equipo de cómputo a un proceso de cambio de disco duro por parte del fabricante del equipo, proceso que se estaba adelantando en los días en que la Superintendencia se encontraba practicando las segundas visitas administrativas. Lo anterior se evidencia en la certificación aportada por los investigados y que se presenta a continuación:

### Imagen No. 1. Certificación estado del computador de JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ de fecha 15 de agosto de 2018

Bogotá D.C., 15 de agosto de 2018.

Señores  
Superintendencia de Industria y Comercio  
Delegatura para la Protección de la Competencia  
Ciudad.

Radicación: 18-148510  
Asunto: Respuesta a requerimiento elevado el 8 de agosto de 2018.

JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VELEZ, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de investigado dentro del asunto de la referencia y obrando en el término otorgado, doy cumplimiento al requerimiento elevado el pasado 8 de agosto del año curso en la audiencia de testimonio en la cual rendí mi declaración:

Así las cosas, la explicación solicitada se efectúa en los siguientes términos:

1. El 6 y 7 de septiembre de 2016, el computador marca Apple I Mac serie SC02P834EFY10 se encontraba ubicado en la oficina de presidencia de Conconcreto S.A. y estaba asignado a mi uso como Presidente de la Compañía.
2. El día 9 de septiembre de 2016 se hizo copia backup del disco duro del computador Apple I Mac serie SC02P834EFY10 con la información que tenía hasta esa fecha. Dicha copia instalada fue aportada a la Superintendencia de Industria y Comercio en marzo de 2017, en virtud del ofrecimiento hecho por mí dentro de un testimonio rendido ante esta entidad.
3. Para el 23 de septiembre de 2016, el computador Apple I Mac serie SC02P834EFY10 no se encontraba en la oficina de presidencia, este estaba ubicado en un cuarto útil o de depósito de informática en la sede de Conconcreto ubicada en San Pablo, Medellín, lugar en donde se estaba haciendo un cambio de disco duro de mayor capacidad. Como sustento de esta afirmación anexo la factura de Apple Center (marcada con letra impresa con la palabra reparación).

**Fuente:** Folio 4 del CUADERNO PÚBLICO FÍSICO del Expediente. Ruta: CP2/Folio 209 al 216 CP2.pdf/Folio 10.

Al respecto, debe mencionarse que el hecho que para la época de la segunda visita administrativa el equipo computador *Apple I Mac* de serie SC02P834EFY10, asignado a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, se encontrara en un proceso de cambio de disco duro en las instalaciones del fabricante, se presenta como una inconsistencia en la conversación anteriormente transcrita entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, según la cual se informaría

<sup>34</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

*Paula*

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

a esta Superintendencia que el computador de presidencia se encontraba en la casa de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**. Dicha inconsistencia se presenta como un elemento adicional de la intención de ocultar la ubicación real del equipo de cómputo de presidencia de la compañía a los miembros de la Superintendencia de Industria y Comercio en caso de solicitarlo.

En segundo lugar, debe mencionarse que, aun cuando los investigados han buscado argumentar que el hecho de haber realizado una copia del computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** el 9 de septiembre de 2016, que posteriormente fue aportada a la Superintendencia de Industria y Comercio, demuestra que no se eliminó información del mismo, y que por tanto no se obstruyó la actuación administrativa, lo cierto es que, por un lado, el reproche que se hace en el presente caso es el de haber adelantado gestiones para ocultar el computador en caso de ser requerido por los funcionarios de la Delegatura en los días en que se adelantaban las visitas administrativas. Por otro lado, dicha copia realizada sobre el computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** el 9 de septiembre de 2016 tampoco garantiza que la información en ella contenida fuera la totalidad de la información que reposaba en el equipo de cómputo de presidencia antes de que la Superintendencia de Industria y Comercio iniciara sus labores investigativas. De hecho, lo anterior fue confirmado por **JHON FREDY SORA HERNÁNDEZ**, perito que rindió concepto en la presente actuación por solicitud de los investigados, quien manifestó:

*"DELEGATURA: Una pregunta, usted mencionaba que ustedes hicieron una imagen, en el momento en que usted estaba haciendo una aclaración entre cual era la diferencia entre recolección forense e imagen, señaló puntualmente cuáles eran las diferencias. En esta certificación se señala que en CONCRETO cambiaron el disco duro del IMac cuyo serial coincide con el que ustedes refieren en el dictamen. Es decir, el IMac al cual ustedes le hicieron la extracción de la información del disco. Esa copia, nos indicaron el día de ayer que son copias que no se hacen a través de un procedimiento con aplicaciones de tipo forense. ¿Eso es relevante? que yo le diga, yo le entrego un computador con una copia que no se hace a través de una aplicación forense para que usted haga un dictamen. ¿Eso es relevante?"*

***JHON FREDY SORA HERNÁNDEZ: Si, sí es relevante porque, de hecho, tengo entendido que de eso se trata toda esta investigación de técnica forense. Y es que CONCRETO entregó una copia simple a la Superintendencia pero pues no...al ser una copia simple no hay certeza de que esa información sea igual a la que está en el disco duro (...)**"<sup>35</sup>*

Por último, llama la atención que el mismo **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** manifestó en su declaración del 8 de agosto de 2018, que las visitas adelantadas le generaron "temor" dado que estaba muy pronto a realizarse la firma del contrato adjudicado en el proceso de selección para la construcción del Tercer Carril Bogotá-Girardot, el cual era un contrato muy grande para la compañía y, por tanto, quería evitar a toda costa que se encontrara información obrante en los computadores y demás equipos de la oficina que pudiera implicar su descalificación en el proceso.

Así, se transcribe a continuación un aparte de lo manifestado por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** el 8 de agosto de 2018 ante esta Entidad:

*"**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 (...)*

(...)

*(...) Este contrato es un contrato grande e importante. En el pasado Constructora Concreto había perdido, o ha perdido, muchos contratos porque en el proceso de adjudicación o licitatorio surgen mínimos detalles que lo pueden a uno descalificar o que lo pueden retirar del proceso de la competencia. Cuando me anunciaron la segunda visita,*

<sup>35</sup> Consecutivo 21-161666-100 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente. Min: 57:39

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

**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 (...)

(...)

(...) *Bogotá-Girardot es un contrato bastante importante para la compañía, era el primer contrato que nos ganábamos con nuestro socio Vinci y se había firmado un pacto de transparencia con la ANI, y uno dice hombre, con tanta información disponible, en tantos computadores pues alguna cosa puede pasar que lo inhabilite o lo descalifique a uno de un proceso licitatorio. Entonces en ese momento yo entré en pánico por la segunda visita, y ahí se desencadena todo este proceso*<sup>36</sup>.

En virtud de todo lo anterior, se encuentra que existen suficientes elementos de prueba que evidencian que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCRETO** para la época de los hechos) ejecutaron la conducta de **CONCRETO**, en el marco de las visitas administrativas que se estaban adelantando por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, encaminada a evitar poner a disposición de la Entidad la información requerida y sus equipos de trabajo, lo cual configuró una clara obstrucción a las actividades de la Autoridad.

#### **6.4.3. Actuaciones encaminadas a dar instrucciones sobre la forma como debían responderse las preguntas de la Delegatura**

Por último, la Resolución No. 27305 de 2019 de la Superintendencia de Industria y Comercio evidenció que el 7 de septiembre de 2016, día en que se estaba adelantando una de las visitas administrativas por parte de la Entidad en las instalaciones de **CONCRETO**, siendo las 11:57:24 a.m., los empleados de dicha compañía **JORGE HERNÁN JIMENEZ**, secretario general, **FELIPE ROCHA SILVA**, vicepresidente de inversión, y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, presidente de **CONCRETO**, sostuvieron comunicaciones por medio de un grupo en la aplicación de mensajería *WhatsApp* denominado "*Grupo Dir*", tal y como se muestra en la siguiente imagen obtenida de los celulares institucionales por el equipo forense de la Superintendencia de Industria y Comercio:

#### **Imagen No. 2. 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:** Consecutivo 21-161666-3 del CUADERNO RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO. Ruta: 16-223755-APP-BOGOTA-GIRARDOT/ARCHIVOS/chat-1854[10209903].txt

A través de dicho grupo, los empleados de **CONCRETO** discutieron sobre los diferentes requerimientos hechos durante las visitas administrativas de los días 6 y 7 de septiembre de 2016. De manera puntual, llama la atención que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** instruyó expresamente a los funcionarios de la empresa para que, ante eventuales preguntas por parte de los funcionarios de la Delegatura, limitaran al máximo sus respuestas.

<sup>36</sup> Folio 10 del CUADERNO PÚBLICO FÍSICO del Expediente. Min: 11:30.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

A continuación se transcribe el aparte de la conversación de *WhatsApp* mencionada:

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

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: 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**<sup>37</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Como puede observarse, dichas instrucciones emitidas por el representante legal de la compañía a los demás empleados, pusieron en riesgo la visita en mención, o posibles actuaciones futuras de la Superintendencia, pues se buscó que las declaraciones que pudieran ser practicadas no fueran libres y espontáneas, lo que, sin duda, obstruía el desarrollo de las actuaciones administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio.

De hecho, nótese que en el mensaje anterior se hacía referencia a la necesidad de contactar a “Bernardo”, haciendo referencia a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (representante legal de **VINCI CONCESSIONS** para la época de los hechos), para que “*la respuesta de él sea la misma y lo mínimo posible*”. Posteriormente, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** dio la instrucción sobre lo que debía ser el mensaje común respecto a la participación de **VINCI CONCESSIONS** en el proceso de licitación para la construcción del tercer Carril Bogotá-Girardot:

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

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: 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**<sup>38</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Llama la atención, que lo anterior corresponde de manera exacta a las respuestas dadas por **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (representante legal de **VINCI CONCESSIONS** para la época de los hechos) en declaraciones ante funcionarios de la Delegatura el 17 de febrero de 2017, durante una visita administrativa:

“**DELEGATURA**: Como para precisar esta historia que usted nos está contando, usted nos mencionada, VINCI no precalificó por un problema administrativo.

**BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**: **Si, yo no estaba, no conozco en detalle, puedo averiguar. Faltó, solo sé que faltó un documento, faltaba presentar una apostilla, faltaba...no sé exactamente. Entonces no se pudo, no se llegó, y entró y hizo la precalificación sola CONCRETO**. Y en ese momento nadie sabía...ustedes tienen que entender la naturaleza de este contrato. Ese contrato fue la primera APP en que hubo manifestación, bueno, la segunda, Devinorte ahora hubo también una manifestación de interés, pero no es común. Entonces fue la misma ANI quien salió buscando postores, **esa es la historia que me dieron, yo no estaba aquí todavía, pero que me han comentado (...)**<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Consecutivo 21-161666-3 del CUADERNO RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO. Ruta: 16-223755-APP-BOGOTA-GIRARDOT/ARCHIVOS/chat-1854[10209903].txt

<sup>38</sup> Consecutivo 21-161666-3 del CUADERNO RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO. Ruta: 16-223755-APP-BOGOTA-GIRARDOT/ARCHIVOS/chat-1854[10209903].txt.

<sup>39</sup> Folio del CUADERNO PÚBLICO FÍSICO del Expediente. Min: 8:59

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Nótese que, aunque el declarante manifestó no conocer en detalle lo sucedido respecto a la participación inicial de **VINCI CONCESSIONS**, confirmó la versión que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** había solicitado se dijera a los funcionarios de la Delegatura, respecto a que **“VC tenía interés en participar desde el comienzo pero no pudo hacerlo por documentación”**.

Finalmente, no puede pasarse por alto que en declaración del 19 de agosto de 2021, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** confirmó que con posterioridad a tener conocimiento de las visitas administrativas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, mantuvo constantes comunicaciones con **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (representante legal de **VINCI CONCESSIONS** para la época de los hechos) con relación a las actuaciones adelantadas por la Entidad. Esta situación, valorada en conjunto con los demás elementos de prueba, permiten inferir que las respuestas obtenidas por los miembros de la Delegatura por parte de estos funcionarios fueron previamente acordadas, pues como ya se puso de presente, desde el primer instante el representante legal de **CONCRETO** buscó unificar la respuesta que debían dar los involucrados a la Superintendencia de Industria y Comercio.

**“DELEGATURA:** Es decir, señor Aristizábal...regáleme un segundo porque no lo puedo compartir, pero bueno, si me regala un segundo le hago una pregunta relacionada con esto que me acaba de decir. Entiendo entonces que sí se dio una indicación, en línea con su respuesta, pero entonces la pregunta que le hace el Despacho está referida es a que le indique si posteriormente a esta visita administrativa, en línea con el chat que le acabo de leer, realizada el 6 y 7 de septiembre de 2016, usted se reunió con Bernardo Saraiva de Nogueira Serafim para comentarle lo acontecido durante la visita administrativa ya mencionada.

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** No recuerdo si hubo reunión física, presencial, entre nosotros dos, o llamadas telefónicas. **Pero sí hubo comunicaciones al respecto la visita.**

**DELEGATURA:** Podría por favor ampliar más lo que está mencionando ¿En qué sentido se reunieron, cuáles fueron los contactos, etc.?

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** No tengo mucho detalle, y de verdad han pasado 4 años, para nosotros era prioritario entender qué era lo que estaba pasando y a qué se debía la investigación, y obviamente las conversaciones giraban mucho entorno a la participación de Constructora Colpatría como la primera compañía que en algún momento había manifestado interés en reunirse con **CONCRETO** para participar en la posible iniciativa privada Bogotá-Girardot, que tenía una etapa de manifestación de interés y de licitación. **Para nosotros había dos coyunturas importantes, y una era que Colpatría nos manifestó interés desde el comienzo, luego hubo rumores de que Colpatría tenía alguna posible alianza, o iba a constituir alguna alianza con otros originadores, o con el originador o con otros proponentes, y nosotros estábamos tramitando la participación de CONCRETO conjuntamente con VINCI, que es accionista de CONCRETO. Habíamos hablado con Colpatría en algunas oportunidades y para mí, y para nosotros en CONCRETO específicamente, nos generaba muchas incertidumbres y temores las descalificaciones en las últimas etapas de las licitaciones, que normalmente ocurren por detalles imprevisibles o mínimos o por suspicacias que se generan por muchas cosas. Entonces en ese momento a mí me preocupaba Colpatría, me preocupaba que Colpatría hubiera estado posiblemente rondando con otros actores, entonces las conversaciones con Bernardo se centraron alrededor de entender que podría o qué efecto podría tener Colpatría o las conversaciones con Colpatría en este proceso.**

**DELEGATURA:** Ok. Señor Aristizábal, ¿usted mencionó al señor Bernardo Saraiva de Nogueira Serafim la preguntas que la Superintendencia le realizó a los funcionarios de **CONCRETO** durante la visita administrativa realizada el 6 y 7 de septiembre de 2016?

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** No lo recuerdo, no puedo llegar hasta tanto detalle. Sin embargo, **posiblemente el sí se enteró, pero no sé si porque yo le haya mencionado o porque Felipe Rocha, que también participó en el proceso y fue investigado...eh...fue interrogado, porque interactuábamos mucho en este momento el doctor Juan**

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

**Guillermo Saldarriaga, el doctor Felipe Rocha, yo, en todo lo que tiene que ver con el contrato Bogotá-Girardot. Pero él posiblemente se enteró, pero no lo recuerdo si yo se lo mencioné o se lo mencionó Felipe Rocha o el doctor Juan Guillermo, que ellos dos sí fueron interrogados.**

**DELEGATURA:** Señor Aristizábal, ¿ordenó usted a alguno de los funcionarios de CONCRETO que se reuniera con el señor Bernardo Saraiva de Nogueira Serafim para mencionarle lo relativo a la visita administrativa adelantada por la Superintendencia el 6 y 7 de septiembre?

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** No lo recuerdo, **pero posiblemente sí porque pues la visita nos generó mucha incertidumbre y obviamente**, pues, era nuestro socios. Era un socio del 50% o es un socio del 50%<sup>40</sup>.

De las anteriores declaraciones, llaman la atención los siguientes puntos: (i) que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** reconoció haber mantenido contactos con **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** (representante legal de **VINCI CONCESSIONS** para la época de los hechos) con relación a las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y que incluso ordenó a otros empleados de la compañía, que habían sido interrogados por la Delegatura previamente, a contactar a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM** para informarle sobre lo sucedido; (ii) que las anteriores declaraciones concuerdan con lo evidenciado en los mensajes de *WhatsApp* del día 7 de septiembre de 2016, en donde se manifestó **“Hay que involucrar a Bernardo y contarle lo que está pasando para que la respuesta de él sea la misma y lo mínimo posible”**; (iii) que en las conversaciones sostenidas entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, se discutió respecto al temor que le generaba al presidente de **CONCRETO** lo ocurrido en la etapa inicial del proceso de selección estudiado, con relación a sus contactos con Constructora Colpatria, empresa que había tenido comunicaciones con diferentes participantes dentro del proceso, situación que a todas luces se presentaba como de gran interés para la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única en materia de libre competencia.

En este orden de ideas, existen suficientes elementos probatorios que dan cuenta de que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, ejecutó las diferentes conductas encaminadas a direccionar las declaraciones de los posibles involucrados en la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, incurriendo así en la responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

#### **6.5. Sobre las explicaciones ofrecidas por JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

A continuación se da respuesta a los argumentos presentados por los investigados en sus explicaciones que no hayan sido abordados en acápite anteriores.

##### **6.5.1. Argumentos relacionados con la supuesta violación al principio del *Non Bis in Idem***

Para los investigados, la presente actuación administrativa representó una violación al principio del *Non Bis In Idem*, toda vez que a través de la Resolución No. 35525 de 2021 se valoraron los mismos hechos por los cuales se había archivado, con anterioridad, una investigación a su favor. Así, sostuvieron que las Resoluciones 27305 y 51905 de 2019 de la Superintendencia de Industria y Comercio valoraron la conducta de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCRETO** para la época de los hechos), razón por la cual con la presente actuación se estaría contrariando la prohibición constitucional de doble juzgamiento.

<sup>40</sup> Consecutivo 21-161666-97 del CUADERNO PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente. Min: 13:59

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Al respecto, debe señalarse que el principio del *Non Bis In Idem* se encuentra previsto en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>41</sup> y en la misma Constitución Política nacional<sup>42</sup>. En virtud de esa garantía, existe una prohibición de doble incriminación, doble juzgamiento y doble sanción por un mismo hecho o circunstancia. Además, es relevante mencionar que el principio del *Non bis in ídem* no es exclusivo del ámbito penal sino que es extensivo al derecho administrativo sancionatorio<sup>43</sup>, lo que incluye los procedimientos administrativos que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sin embargo, como ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de las altas Cortes, esta prohibición no impide que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diferentes investigaciones y sanciones<sup>44</sup>, siempre y cuando cada una de estas atiendan a los siguientes criterios: (i) que la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) que las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; y (iii) que los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades. Como incluso ha sido mencionado por la Superintendencia de Industria y Comercio en ocasiones anteriores, debe revisarse en cada caso “*que el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto, sujetos, acciones, fundamento normativo, alcance y finalidad*”<sup>45</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado de manera extensa lo anterior. Así, en sentencia C-096 de 1993, el alto tribunal sostuvo que:

*“Para que se vulnere el principio de Non bis in ídem previsto en el artículo 29 de la Carta, debe existir identidad de causa, el objeto y la persona a la cual se hace la imputación”.*

Posteriormente, en sentencia del 2002, el máximo tribunal en materia constitucional manifestó:

*“Esta Corte ha precisado que el non bis in ídem veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, **fundamentos normativos** y finalidad y alcances de la sanción”<sup>46</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Igualmente, en el año 2006, la misma Corte volvió a reiterar que:

*“Del anterior recuento, es claro que el principio de non bis in ídem tiene un ámbito de aplicación restringido, esto es, en materia sancionatoria, así mismo que para que se pueda entender vulnerado dicho principio debe haber identidad de sujetos, **fundamentos normativos**, finalidad y alcances de las acciones que se examinen”.* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Finalmente, en sentencia C-478 de 2007, la Corte Constitucional concluyó lo siguiente:

*“Al respecto, ha dejado claro la Corporación que lo que se busca impedir con la aplicación de dicho principio, es que se presente una doble sanción, en los casos en que hay identidad de sujetos, acciones y **fundamentos normativos**, y las sanciones de que se trate persigan una misma finalidad y tengan los mismos alcances*

(...)

<sup>41</sup> Art. 8-4 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” y el Art. 14-7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

<sup>42</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 29: “(...) Quien sea sindicado tiene derecho a (...) no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

<sup>43</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-162 de 1998.

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2002.

<sup>45</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021

<sup>46</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2002.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

*A manera de conclusión, esta Corporación ha considerado que es posible juzgar y sancionar un mismo comportamiento en los siguientes casos: (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) cuando las investigaciones y **las sanciones tengan distintos fundamentos normativos**; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto y sujetos”. (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

En este orden de ideas, se concuerda con lo manifestado por la Delegatura en el acto de apertura de la presente actuación administrativa al afirmar que en el presente caso existe un fundamento normativo diferente al que sustentó la actuación identificada con el radicado No. 18-148510, por medio del cual la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **CONCRETO** por haber incurrido 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.

De igual forma, debe recordarse que la presente actuación tuvo como origen la indebida imputación que se había hecho a los investigados en el trámite administrativo con el radicado No. 18-148510, en el cual el Superintendente de Industria y Comercio se abstuvo de pronunciarse respecto a la conducta y responsabilidad de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**.

Adicionalmente, el fundamento legal de la decisión de remitir el expediente a la Delegatura nuevamente para estudiar el comportamiento de dichos investigados, fue el artículo 41 del CPACA, según el cual la Autoridad de competencia podía corregir las irregularidades que se hubieren presentado en el proceso en mención, con el fin de ajustarlas a derecho<sup>47</sup>. En este sentido, el inicio de la presente actuación y el análisis que se realizó respecto a la responsabilidad de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** no corresponde a un nuevo juicio por hechos anteriormente analizados, sino que responde a la necesidad de corregir algunas irregularidades que se habían presentado en una actuación administrativa, en aras de garantizar el derecho de defensa de los administrados, situación que se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico nacional.

En este orden de ideas, no se encuentran procedentes los argumentos de los investigados sobre este aspecto.

#### **6.5.2. Argumentos relacionados con la supuesta violación a la unidad procesal**

Para **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, su responsabilidad por haber infringido lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 es accesoria a la responsabilidad de **CONCRETO** por haber incurrido en una violación a las normas del régimen de libre competencia económica, por lo cual, en su criterio, la valoración de su conducta no podía escindirse sustancial y procesalmente del análisis efectuado en contra de dicha persona jurídica.

Para los investigados, la legislación nacional prohíbe que se adelanten procesos independientes para determinar si un mismo hecho da lugar a sanciones por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. Así, consideraron que quienes sean investigados por su presunta colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia con una conducta violatoria del régimen de libre competencia, deben ser investigados junto a quién se le atribuye la responsabilidad principal y tener el derecho de pronunciarse frente a la responsabilidad de este último, en la medida en que su responsabilidad depende del supuesto que sea imputado al agente de mercado que se dice realizador de la conducta violatoria

Por este motivo, afirmaron que los artículos 36 y 37 de la Ley 1437 de 2011 consagran el principio de unidad procesal al establecer que una misma actuación debe ser adelantada bajo un único expediente.

Al respecto, se advierte que las conductas que realizaron las personas naturales y que son objeto de la presente investigación, fueron inicialmente valoradas como la conducta de un agente de

<sup>47</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

mercado, bajo lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Sin embargo, fue advertido por la Superintendencia de Industria y Comercio que su comportamiento se adecuaba típicamente a lo establecido por el artículo 26 de la ley 1340 de 2009, al tratarse de facilitadores de la conducta realizada por un agente de mercado. Así las cosas, advertida la irregularidad que se presentaba en la actuación administrativa con radicado No. 18-148510, y en virtud de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 1437 de 2011 y en el derecho de defensa, el Superintendente de Industria y Comercio decidió ordenar de oficio la corrección de la misma, para que la actuación que se adelantaba en contra de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** se ajustara a derecho, tomando las medidas necesarias para concluir la, de manera que dichos investigados tuvieran la oportunidad de defenderse de una imputación de cargos correctamente realizada. Por este motivo, y sin pronunciarse respecto a la responsabilidad y conducta de las personas naturales acá investigadas, ordenó la remisión del expediente a la Delegatura para que, en ejercicio de sus funciones, adelantara las actuaciones a que hubiera lugar.

Por otro lado, es importante precisar a los investigados que iniciar y adelantar una investigación contra facilitadores de conductas anticompetitivas cuando se advierte de su participación en las mismas después de haber iniciado y culminado la investigación contra las personas jurídicas infractoras, no es una situación novedosa, única, ni contraria a derecho. Incluso, ya en anteriores oportunidades la Superintendencia de Industria y Comercio ha adelantado investigaciones contra personas naturales facilitadoras de conductas anticompetitivas de manera independiente a las investigaciones respecto a los agentes de mercado infractores del ordenamiento nacional<sup>48</sup>.

Por lo anterior, no se encuentran precedentes los argumentos de los investigados sobre este aspecto.

### **6.5.3. Argumentos relacionados con la supuesta nulidad de algunos elementos de prueba – supuesta violación al secreto profesional**

Para los investigados, en el acto administrativo que da inicio a la presente actuación, la Delegatura empleó pruebas que son nulas de pleno derecho, ya que estas obedecen a mensajes de datos protegidos por la inviolabilidad del secreto profesional. En su criterio, tales mensajes han debido ser excluidos del proceso y su utilización como prueba se encuentra viciada.

Sobre lo anterior, 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 profesiones<sup>49</sup> y que se encuentra cubierta por un derecho-deber<sup>50</sup> en cabeza de los profesionales<sup>51</sup>.

Así, esa misma corporación ha establecido que se trata de un aspecto esencial en el ejercicio de determinadas profesiones<sup>52</sup>, 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*

<sup>48</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 7676 del 27 de febrero de 2017 y Resolución No. 52762 del 27 de agosto de 2015.

<sup>49</sup> Corte Constitucional. Auto 006 de 1993.

<sup>50</sup> 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”).

<sup>51</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2012.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

*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 del texto original).*

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 del texto original).*

De esta forma, el ordenamiento nacional reconoce la existencia de un derecho-deber en cabeza de ciertas profesiones<sup>53</sup>, que por su condición de prestadores de servicios de carácter personalísimos 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.

Visto lo anterior, en el presente caso los investigados alegan la nulidad de una serie de elementos de prueba que, en su criterio, se encuentran protegidos por el secreto profesional, al tratarse de mensajes de texto que evidenciaban la comunicación de los funcionarios de **CONCRETO** con sus abogados. Al respecto, y analizado el Expediente, se encuentra que ninguno de los múltiples mensajes analizados son conversaciones entre los investigados y sus abogados, de hecho, lo que se encontró fue un solo mensaje en el que los investigados mencionan entre ellos lo que habrían hablado con un abogado, lo cual no infringe el alegado secreto profesional.

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”<sup>54</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Consecutivo 21-161666-3 del CUADERNO RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO. Ruta: 16-223755-APP-BOGOTA-GIRARDOT/ARCHIVOS/chat-1888[10209927].txt

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Como puede observarse, 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 en el marco de una investigación administrativa.

En línea con 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 detrimento de su dignidad y libertad interior podrían desvelarse públicamente**”.*  
(Subraya y negrilla fuera del texto original).

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”.*

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 orden de ideas, este Despacho no encuentra cómo en el caso concreto la comunicación sostenida entre funcionarios de **CONCRETO** y los asesores legales de la compañía viole el secreto profesional, pues simplemente se trató de una retransmisión que hacía referencia a la forma como debía atenderse la visita administrativa objeto de discusión. De hecho, si en gracia de discusión se optara por prescindir de dicha prueba, en nada se afectarían las conclusiones que soportan la presente decisión.

Por este motivo, no se acogerán los argumentos de los investigados sobre este respecto.

#### **6.5.4. Argumentos relacionados con la supuesta violación al principio de antijuridicidad**

Para **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, la imposición de una sanción administrativa requiere que la autoridad demuestre que la conducta, además de típica, sea antijurídica. En este sentido, afirmaron que las normas que contienen el régimen de protección de la competencia, Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992 y Ley 1340 de 2009, están encaminadas a proteger la libre competencia económica y sólo en el evento en que un daño se manifieste contra ese bien jurídico protegido hay lugar a sanción, lo cual no ocurrió en el presente caso.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Al respecto, debe manifestarse que la conducta desplegada por los funcionarios de **CONCONCRETO** acá investigados puso efectivamente en riesgo el bien jurídico protegido por la norma en cuestión, el cual es la capacidad de la Autoridad de ejercer correctamente sus funciones de inspección y vigilancia sobre los agentes de los diferentes mercados nacionales.

En este sentido, se expusieron suficientes elementos de prueba que demuestran que durante el tiempo que se dieron las visitas administrativas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio a **CONCONCRETO**, los investigados ejecutaron una serie de conductas con el fin de eliminar información, manipular y esconder equipos de trabajo y decidir de manera coordinada las respuestas que debían darse a los funcionarios de la Delegatura.

Así, de los elementos que fueron presentados anteriormente, no queda duda respecto a que la conducta ejecutada por el presidente de la compañía, por medio de la cual se buscó eliminar información institucional de la empresa para que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuviera acceso a ella, a través de órdenes impartidas a empleados de alto rango, se presenta como una idónea forma de frustrar el objeto de la visita programada por parte de la Entidad, lo que constituye a todas luces una obstrucción flagrante a la actuación adelantada por la Superintendencia.

No cabe duda que el cometimiento de acciones que tenían el fin de burlar y obstruir las visitas administrativas adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, buscando eliminar información respecto a los procesos de selección que eran el principal objeto de la visita, se presenta como una conducta abiertamente reprochable, contraria a las normas de libre competencia, y violatoria de las facultades y funciones de esta Superintendencia, por lo cual bajo ningún punto de vista puede tener justificación alguna.

El presidente de **CONCONCRETO** ejecutó múltiples conductas encaminadas a borrar y ocultar información de los computadores, correos electrónicos y celulares de los empleados de la compañía, buscando que esta Superintendencia no pudiera acceder a la misma y poniendo así en riesgo la función constitucional de inspección, vigilancia y control en cabeza de esta Entidad.

Por otro lado, quedaron demostradas las maniobras fraudulentas, ejecutadas por los investigados, que buscaban llevar indudablemente a un equívoco a los funcionarios de la Delegatura que se encontraban adelantando las visitas administrativas, pues estos no estarían accediendo a la información real del equipo de trabajo del presidente de la empresa objeto de la visita administrativa.

Esta conducta, del todo reprochable, evidenció que los empleados de **CONCONCRETO** buscaban evitar que esta Superintendencia accediera al computador del presidente de la compañía, razón por la cual, como se vio, incluso llegaron a analizar la posibilidad de reemplazarlo por otro equipo de la empresa o incluso adquirir uno nuevo.

Así, no se encuentra ningún tipo de justificación en la estrategia ejecutada por los investigados, la cual se evidencia como un claro intento por frustrar las gestiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual resulta del todo reprochable, pues a través de conductas engañosas y fraudulentas, se buscó hacer caer en error a esta Entidad, afectando su capacidad investigativa.

En este orden de ideas, no cabe duda de que las conductas reprochadas efectivamente pusieron en riesgo el bien jurídico tutelado, toda vez que se eliminó la certeza para la 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 administrados.

#### **6.5.5. Argumentos relacionados con la supuesta violación al derecho de contradicción**

Para **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** se vulneró el derecho a controvertir la responsabilidad administrativa de **CONCONCRETO**, aspecto que consideró de suma relevancia, en la medida en

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

que la responsabilidad por la cual se le investiga es accesoria a la responsabilidad de dicha sociedad, pues así lo prevén los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009

Consideró el investigado que si el presente proceso se motiva en la presunta infracción cometida por **CONCRETO**, tenía el derecho a tener una defensa técnica y a ser escuchado en el proceso sancionatorio por el cual se impuso sanciones a la persona jurídica.

Igualmente, manifestó que la autoridad inicia la presente investigación presuponiendo la responsabilidad de **CONCRETO**, como uno de los elementos de su responsabilidad, lo cual supone una vulneración a los artículos 29 de la Constitución y 3 de la Ley 1437 de 2011 que consagran la garantía constitucional al debido proceso. Afirmó que las autoridades administrativas deben respetar la presunción de inocencia y deben garantizar el derecho de defensa y contradicción. Esto implica que el investigado debe tener el derecho de defenderse respecto de todos y cada uno de los elementos que fundamentan su responsabilidad.

Sobre este aspecto, debe mencionarse inicialmente que no es cierto que se haya vulnerado el derecho de defensa de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** en el trámite administrativo que fue resuelto a través de la Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019, la cual sobra decir, está cubierta por la presunción de legalidad de que trata el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011.

Esto toda vez que en dicho acto administrativo, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró que no era procedente pronunciarse sobre las explicaciones ofrecidas por las personas naturales vinculadas a **CONCRETO**, pues al establecerse desde el inicio de la Resolución que se evidenciaba una irregularidad en la imputación realizada, por sustracción de materia, no era procedente el hacer referencia a dichos argumentos. Nótese que al haberse determinado que las personas naturales ahí investigadas no ostentaban la calidad de agentes de mercado, se produjo una desaparición de supuestos que ocasionaba que la Superintendencia de Industria y Comercio no pudiera pronunciarse sobre la conducta y responsabilidad de los investigados.

Como lo ha manifestado el Consejo de Estado en anteriores ocasiones:

*“Como regla general se entiende por sustracción de materia la desaparición de supuestos, hechos o normas que sustentan una acción, lo cual ocasiona que el juez no pueda pronunciarse porque se ha extinguido la causa que originó acudir a la jurisdicción (...)”<sup>55</sup>.*

En este orden de ideas, no es posible afirmar que el hecho de no haberse pronunciado sobre la responsabilidad y explicaciones de las personas naturales en el acto administrativo por el cual se impusieron sanciones a **CONCRETO** por violación de las normas del régimen de libre competencia económica, constituyó una violación al derecho de defensa y contradicción de dichas personas naturales.

Ahora bien, respecto al argumento de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** con relación a que no ha tenido la posibilidad de controvertir la responsabilidad de **CONCRETO**, debe manifestarse que la presente actuación administrativa se ha caracterizado por respetar al máximo los derechos de defensa de los investigados. De hecho, debe recordarse que precisamente la presente actuación administrativa tuvo origen en la premisa de que los investigados deberían gozar de la oportunidad de defenderse desde el pliego de cargos de una imputación correctamente realizada, por lo que ordenó el archivo de la investigación con radicado No. 18-148510 y se remitió el expediente a la Delegatura para lo pertinente.

En este orden de ideas, también debe precisarse que el objeto de la presente actuación correspondió a determinar si **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron la conducta por la cual se sancionó a **CONCRETO**, para lo cual se respetó en todo sentido su presunción de inocencia. De hecho, no obstante la decisión por la cual se demostró la responsabilidad de **CONCRETO**, la cual

<sup>55</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 27 de febrero de 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

como ya se resaltó goza de presunción de legalidad, en la presente actuación se decretaron y practicaron gran número de las pruebas solicitadas por los investigados para desvirtuar tanto la responsabilidad de **CONCRETO**, como la de ellos como facilitadores de la conducta de dicha empresa, al punto que las pruebas que fueron utilizadas en el trámite administrativo con radicado No. 18-148510 fueron trasladadas a la presente investigación y estuvieron a disposición de los investigados para su contradicción. Se reitera que, desde el inicio de la actuación, las pruebas y argumentos presentados por los investigados para debatir tanto su responsabilidad como la de **CONCRETO** fueron analizadas en detalle, de forma que en el presente acto administrativo se hace un pormenorizado estudio de los diferentes elementos de prueba, valorados de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento nacional, y teniendo en cuenta los argumentos y pruebas presentados por los investigados.

En este sentido, no se encuentra razón en los argumentos de los investigados relacionados con una violación a su derecho de defensa o a los principios de presunción de inocencia.

#### **SÉPTIMO: Monto de la sanción**

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas sobre protección de la libre competencia económica, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"<sup>56</sup>.*

Bajo ese contexto, se advierte que el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa, de acuerdo con los criterios establecidos en el mencionado artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Es importante mencionar que, en el presente caso, frente al criterio de "*persistencia en la conducta infractora*", se advierte que los investigados ejecutaron la conducta de obstrucción de actuación administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Así, en el caso de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, se encontró probado que en su calidad de representante legal de **CONCRETO**, ejecutó las diferentes conductas que fueron encontradas como constitutivas de una obstrucción a la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, conductas que tuvieron lugar en las visitas administrativas que en el marco de la actuación se encontraba adelantando la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>56</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 125 del 2003.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Por su parte, se determinó que **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** ejecutó, junto con **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, la conducta encaminada a obstaculizar el posible acceso a los computadores institucionales que pudieran ser solicitados por los funcionarios de la Entidad durante la visita administrativa que tuvo lugar el 22 de septiembre de 2016.

Respecto al criterio “*impacto que la conducta tenga sobre el mercado*”, el mismo no resulta aplicable, por cuanto la infracción tiene una implicación directa en la actuación administrativa de esta Superintendencia, pero no un impacto propiamente dicho en el mercado. No obstante lo anterior, es preciso mencionar que lo aquí reprochado generó importantes asimetrías de información que impactaron directamente sobre la eficiencia de la Autoridad Administrativa, lo cual representa, en suma, un alto costo de oportunidad, en la medida en que se frustró el el objeto de la visita programada por parte de la Entidad. Al respecto, debe insistirse en que las visitas administrativas de inspección en la etapa preliminar son fundamentales para la Autoridad de Competencia, en la medida en que constituyen la oportunidad idónea para obtener información sobre la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia que, por su propia naturaleza, tiende a ser mantenida en secreto u oculta por los agentes del mercado.

Además de lo anterior, la conducta obstructiva reprochada puede ser considerada una afectación a los recursos públicos tanto de capital como humano destinados a la obtención de la información.

Respecto al criterio de “*reiteración de la conducta prohibida*” no se encontró que los investigados hubiesen sido sancionados con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

La aplicación del criterio de “*conducta procesal del investigado*” genera en este caso un efecto neutro sobre la dosificación de la sanción, habida cuenta que los investigados ejecutaron su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal reprochable.

Finalmente, frente al criterio “*grado de participación de la persona implicada*”, en cuanto a **JUAN LUIS ARISTIZABAL VÉLEZ**, se demostró que ejecutó la obstrucción a la actuación que adelantaba la Superintendencia de Industria y Comercio durante las visitas administrativas realizadas en las instalaciones de **CONCRETO**: (i) al dar las órdenes de borrar y ocultar información que podría ser relevante en la actuación adelantada por la Delegatura para la Protección de la Competencia, (ii) al buscar la manera de ocultar su computador corporativo durante las actuaciones; y, (iii) al dar las instrucciones sobre la forma como debían responderse las posibles preguntas que efectuase la Delegatura para la Protección de la Competencia durante la actuación en mención.

Por su parte, se encontró probado que **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** ejecutó la conducta encaminada a ocultar el computador corporativo de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** durante las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de la visita administrativa que tuvo lugar el 22 de septiembre de 2016, elemento que se constituye en la configuración de la reprochada obstrucción de la actuación administrativa.

De conformidad con lo anteriormente señalado, para el investigado **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCRETO**) se impondrá una multa de **MIL CIENTO VEINTIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.128.488.948,00)** equivalentes a **TREINTA Y UN MIL OCHENTA Y UNA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (31.081 UVT)** por incurrir en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Esta sanción equivale al **62,1%** de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Para la investigada **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de servicios compartidos de **CONCRETO** para la época de los hechos) se impondrá una multa de **CIENTO CINCUENTA Y**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

**NUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$159.537.352,00)**, equivalentes a **CUATRO MIL TRESCINETAS NOVENTA Y CUATRO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (4.394 UVT)** por incurrir en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Esta sanción equivale al **8,8%** de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.774.008, y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, identificada cédula de ciudadanía No. 32.530.104, incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al ejecutar la conducta anticompetitiva desarrollada por **CONSTRUCTORA CONCRETO** y sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019.

**ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER** las siguientes sanciones a las personas naturales mencionadas en el **ARTÍCULO PRIMERO** anterior:

**2.1. A JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.774.008, una multa de **MIL CIENTO VEINTIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.128.488.948,00)** equivalentes a **TREINTA Y UN MIL OCHENTA Y UNA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (31.081 UVT)**.

**2.2. A ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, identificada cédula de ciudadanía No. 32.530.104, una multa de **CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$159.537.352,00)**, equivalentes a **CUATRO MIL TRESCINETAS NOVENTA Y CUATRO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (4.394 UVT)**.

**PARÁGRAFO:** El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen deberán consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

***Vencido el término de pago acá establecido, se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.***

**ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR** a las personas naturales sancionadas que, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, realicen la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** informan que:*

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Mediante Resolución No. **69816** de 2021 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la ley 1340 de 2009.

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

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

**ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.774.008, y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, identificada cédula de ciudadanía No. 32.530.104, entregándoles copia de la misma e informándoles que, en su contra, procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio Ad-Hoc, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, según lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA).

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C, a los **28 OCT 2021**

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD-HOC,**



**ANDRÉS CÁRDENAS MUÑOZ**

**NOTIFICAR:**

**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

C.C. 2.774.008

**ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

C.C. 32.530.104

Apoderado

**GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES**

C.C. 79.779.355

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

comunicaciones@valbuenaabogados.com

gvalbuena@valbuenaabogados.com

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

Bogotá, D.C.

