



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2012  
14372 ( ) 15 MAR 2012

Radicación No. 11- 1329

Por la cual se impone una sanción

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

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

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que de conformidad con lo establecido en la Ley 1340 de 2009<sup>1</sup> y en el Decreto 4886 de 2011<sup>2</sup>, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales.

**SEGUNDO:** Que de acuerdo con los numerales 62<sup>3</sup> y 63<sup>4</sup> del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, que subrogó los numerales 38 y 39 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, esta Entidad está facultada para realizar visitas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan, así como para solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

**TERCERO:** Que el numeral 11 del artículo 3º del Decreto 4886 de 2011, que subrogó el numeral 13 del artículo 3º del Decreto 1687 de 2010, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multa, previa solicitud de explicaciones, por la inobservancia de las instrucciones u órdenes que imparta en desarrollo de sus funciones o por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información que se requieran para el correcto ejercicio de las mismas.

**CUARTO:** Que el 2 de mayo de 2011, dentro de la actuación radicada con el número 11-1329, 3 personas del Grupo de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, se hicieron presentes en las instalaciones de la empresa

<sup>1</sup> Ley 1340 de 2009, artículo 6.

<sup>2</sup> Decreto 4886 de 2011, artículo 1, numeral 2.

<sup>3</sup> **Artículo 1 Decreto 4886 de 2011. Funciones generales.** "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."

<sup>4</sup> (...) 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."

CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., a efectos de practicar una visita administrativa para la exhibición de documentos dentro de la actuación referenciada.

**QUINTO:** Que la credencial por la cual se ordenó la visita administrativa a la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA. iba dirigida al señor Ricardo Godoy Arteaga en su calidad de Gerente y Representante Legal; sin embargo, en la fecha en que se llevó a cabo la visita administrativa, no se encontraba presente el señor Godoy por lo que la misma fue atendida por el señor Héctor Julio Gómez y la señora Jannett Arévalo Ramírez, en su calidad de socios de la empresa.

**SEXTO:** Que en desarrollo de la visita administrativa, y conforme a las funciones conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio por los numerales 38 y 39 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010 vigente para la época de los hechos<sup>5</sup>, los delegados de la Entidad solicitaron la inspección de los computadores del señor Héctor Julio Gómez y del área de contabilidad y de licitaciones de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA.

Ante la solicitud, el señor Gómez inicialmente indicó que no tenía computador, para con posterioridad señalar que no permitía el acceso a la información contenida en los computadores y correos electrónicos, hasta tanto el abogado Gustavo Enrique González Romero, acudiera a la diligencia. Una vez presente en la diligencia, el señor Gustavo Enrique González Romero no presentó documento alguno que lo acreditara como apoderado de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA. No obstante, el señor Héctor Julio Gómez en su calidad de socio como lo acredita el Certificado de Existencia y Representación Legal de la empresa<sup>6</sup>, manifestó que concedía poder verbal al doctor González Romero, el cual no fue reconocido por el Despacho por no cumplir con las solemnidades contempladas en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil.

**SÉPTIMO:** Que tal como lo indica el Acta de visita, el señor Héctor Julio Gómez se mantuvo en la negativa a otorgar acceso a los equipos de cómputo, por lo que los delegados de la Superintendencia le reiteraron las facultades legales que permiten la realización de este tipo de visitas y, procedieron a dar lectura al artículo 1° del Decreto 1687 de 2010, que se encontraba vigente para la época en la que se realizó la visita, poniendo de presente las facultades conferidas a la Entidad en relación con la práctica de visitas, pruebas y solicitud de información, así como la posibilidad de imponer multas, de acuerdo con el numeral 13 del artículo 3° del Decreto 1687 de 2010 y el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, ante el incumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por esta Superintendencia.

El señor Héctor Julio Gómez señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio se excedía en sus competencias y solicitó los documentos mediante los cuales presuntamente se daba inicio al proceso, ante lo cual, se le informó que en la credencial de visita consta que el proceso que originaba dicha actuación se encontraba en etapa de averiguación preliminar.

<sup>5</sup> Estos numerales fueron subrogados por los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011.

<sup>6</sup> Ver folios 421 y 422 que obran en el expediente 11-1329.

**OCTAVO:** Que el 21 de junio de 2011, en atención a lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011<sup>7</sup>, que subrogó el numeral 13 del artículo 4 del Decreto 1687 de 2010, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó a los señores Héctor Julio Gómez<sup>8</sup> y Jannett Arévalo Ramírez<sup>9</sup>, en su calidad de socios de la empresa, así como al señor Ricardo Godoy Arteaga<sup>10</sup>, en su calidad de gerente de la misma, rendir las explicaciones que estimaren pertinentes y aportar o solicitar las pruebas que pretendieran hacer valer dentro de la actuación iniciada por el presunto incumplimiento de instrucciones<sup>11</sup>. Para esto se les concedió un plazo que vencía el 29 de junio de 2011.

**NOVENO:** Que el 29 de junio de 2011, mediante escrito radicado con el No. 10-1329- -00022, los señores Héctor Julio Gómez González, Jannett Arévalo Ramírez y Ricardo Godoy Arteaga, dieron respuesta a la solicitud de explicaciones y solicitaron el decreto y práctica de pruebas dentro de la actuación adelantada por el incumplimiento de instrucciones. A manera de explicaciones manifestaron lo siguiente:

*"1. En primer lugar, es imperativo indicar que no existe ni ha existido renuencia por parte de la compañía ni de sus socios, para permitir el acceso a la información de la sociedad, simplemente se advierte que se trata de información de carácter confidencial y por lo mismo, se requiere que la solicitud que en tal sentido se ha efectuado, sea de carácter específico.*

*(...) podemos concluir que la Superintendencia sólo está facultada para solicitar información, datos y libros de comercio todos estos (sic) de carácter documental y no lo está para acceder de forma indiscriminada a los equipos de cómputo o a los medios informáticos o a la contabilidad de una sociedad sin que medie una orden previa para tal efecto.*

*3. Por otra parte, no se exhibieron los actos administrativos que soportan la visita administrativa efectuada el 2 de mayo del año en curso ni los actos de delegación o comisión de los funcionarios de la superintendencia que la realizaron, ni se informó el objetivo específico de la diligencia, sino que simplemente se remitió una carta informativa (...), sin que se vislumbrara en tal documento la autorización para el*

<sup>7</sup> "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:

(...)

10. Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por el presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de garantías y aquéllas que tengan como fundamento la aprobación de una integración sometida a condicionamientos".

<sup>8</sup> Oficio radicado con el No. 10-1329- -15.

<sup>9</sup> Oficio radicado con el No. 10-1329- -16.

<sup>10</sup> Oficio radicado con el No. 10-1329- -17.

<sup>11</sup> "Artículo 1 Decreto 4886 de 2011. Funciones generales. "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."

(...) 64. 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."

acceso a los equipos de cómputo y a la contabilidad de la empresa de manera indiscriminada. (...).

4. Igualmente, se debe indicar que hubo al momento de la visita administrativa, una violación al debido proceso y derecho de defensa de la sociedad, en cuanto no se reconoció personería jurídica al abogado de la compañía Enrique González Romero, ni se le permitió el uso de la palabra, arguyendo que no contaba con un poder escrito, desconociendo de esta manera el poder que verbalmente le otorgó en la diligencia el Dr. Héctor Julio Gómez González. (...).

**DÉCIMO:** Que mediante la Resolución No. 43105 del 22 de agosto de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

*"Ordenar a la Secretaria General de la Superintendencia de Industria y Comercio que expida copia autentica de los siguientes documentos, con destino al expediente No.11-1329:*

*" (...)*

1. *Copia del acto administrativo que dio origen a la indagación en la que se ordeno (sic) la visita administrativa que nos ocupa, queja o auto de oficio que avoca conocimiento de indagación preliminar.*

2. *Copia del acto administrativo que ordeno (sic) la visita administrativa practicada el pasado 2 de mayo.*

3. *Copia del acto administrativo por el cual el Superintendente de Industria y Comercio confiere facultades de policía judicial en el Dr. Julio Cesar Castañeda Acosta – Coordinador del Grupo de Protección para la Competencia.*

4. *Copia del manual de funciones del Dr. Julio Cesar Castañeda Acosta - Coordinador del Grupo de Protección para la Competencia.*

5. *Copia del Manual de Funciones de María del Pilar Calderón – Funcionario Técnico Administrativo Abogada de la Delegatura de Protección a la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

6. *Copia e (sic) los contratos de prestación de servicios de Marielena Roza Covaleda Contratista Abogada – Economista y Carlos Felipe Dovale Ingeniero Delegatura de Protección a la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

7. *Copia del acto administrativo mediante el cual el Coordinador Grupo de Trabajo de Protección de la Competencia, en el evento de tenerlas delega funciones de policía judicial para efectuar las visitas administrativas en los funcionarios María del Pilar Calderón, Marielena Roza y Carlos Felipe Dovale.*

*(...)"*

*"Téngase para efectos de la solicitud del representante legal de CONSTRUCTORA INCA S.A.S, al solicitar como prueba "La relación de los procesos licitatorios de los que se requiere información", el documento informe de "Comisión de Seguimiento a*

la Contratación Distrital", elaborado por Gustavo Petro, el senador Luis Carlos Avellaneda y el concejal Carlos Vicente de Roux<sup>12</sup>.

(...)"

"Tener como prueba con el valor probatorio que les corresponde para efectos del procedimiento de incumplimiento de instrucciones los documentos con radicados 11-1329-10, 11-1329-13, 11-1329-15, 11-1329-16, 11-1329-17 y 11-1329-22 que obran a folios 399, 418 a 422, 428 a 435 y 442 a 445 del cuaderno 3 del expediente con radicado 11-1329"<sup>13</sup>.

**DÉCIMO PRIMERO:** Que mediante la Resolución No. 66716 del 25 de noviembre de 2011 y la Resolución No. 5181 del 10 de febrero de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó adicionar pruebas a la investigación que se adelanta por el incumplimiento de instrucciones. Se decretaron las siguientes pruebas, respectivamente:

(...)

-Matricula (sic) Mercantil actualizada de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA.

- Balance General de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO para los años 2010 y 2011.

- Estado de Pérdidas y Ganancias de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO para los años 2010 y 2011".

(...)

DEPARTAMENTO DE REGISTRO MERCANTIL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

- Copia del último formulario de renovación de la matricula (sic) mercantil de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., identificada con número de Nit.: 830127258-0

CONSTRUCTORA ARKGO LTDA.

- Balance General de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., para el año 2011. En caso de no haberse aprobado al mes de Febrero de 2012, se solicita el envío del Balance General de Prueba con corte a 31 de Diciembre de 2011.

- Estado de Resultados de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., para el año 2011. En caso de no haberse aprobado al mes de Febrero de 2012, se solicita el envío del Estado de Resultados de Prueba con corte a 31 de Diciembre de 2011.

<sup>12</sup> La presente prueba fue pedida en la solicitud de explicaciones por los señores Godoy, Arévalo y Gómez. Se deja constancia que por error mecanográfico en el acto de pruebas se hizo referencia a la empresa CONSTRUCTORA INCA S.A.S., en lugar de CONSTRUCTORA ARKGO LTDA.

<sup>13</sup> Ver folios 6025 y 6026 del expediente 11-1329.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que conforme con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, así como en el numeral 13 del artículo 3° del Decreto 1687 de 2010, subrogado por el numeral 11 del artículo 3° del Decreto 4886 de 2011, y teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, esta Superintendencia procede a establecer si la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., incumplió las instrucciones impartidas por esta Entidad y obstruyó la actuación e investigación administrativa al abstenerse de permitir el acceso a la información contenida en los computadores de las áreas de contabilidad y licitaciones de la empresa, como se referenció en el considerando Sexto de la presente Resolución, en desarrollo de la visita administrativa realizada el 2 de Mayo de 2011, practicada dentro de la actuación administrativa No. 11-1329.

### **12.1. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de prácticas comerciales restrictivas**

La Ley 1340 de 2009 en su artículo 6 establece que la Autoridad Nacional en materia de Protección de la Competencia es la Superintendencia de Industria y Comercio.

### **12.2. Facultades para la práctica de la visita**

Con la expedición del Decreto 4886 de 2011, que subrogó el Decreto 3523 de 2009 y el Decreto 1687 de 2010, se señalaron las facultades y funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio indicando, entre otras, en su artículo 1 numeral 62, la de realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete. En el numeral 63, por su parte, expresamente se señala la facultad para solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

En virtud de estos preceptos, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, sin que exista una restricción legal para ello, diferente al ejercicio de sus funciones.

Como se observa en las diferentes pruebas que obran en el expediente<sup>14</sup>, los delegados de la Entidad que participaron en la actuación tenían dentro de sus funciones las de

<sup>14</sup> En efecto, se observa, en primer lugar, que el Coordinador del Grupo de Protección de la Competencia tiene entre sus funciones la de orientar la ejecución de las labores del grupo, participar en su realización y supervisar el cumplimiento de las mismas. El cargo de técnico administrativo, por su parte, señala como funciones las siguientes:

"1. Apoyar la práctica de pruebas que permitan verificar el cumplimiento de las normas reglamentarias vigentes.

2. Apoyar en la práctica de pruebas para recabar información que suministre elementos de juicio para adelantar la actuación correspondiente".

Por su parte, en el contrato de prestación de servicios No. 231 de 2011 se señala:

"Cláusula Segunda: (...) 2. Apoyar la preparación de requerimientos de información en los casos de prácticas restrictivas de la competencia, competencia desleal administrativa e integraciones empresariales. (...) 5. Participar en algunas diligencias de obtención de información apoyando a los funcionarios de la entidad en los casos de prácticas restrictivas de la competencia, competencia desleal administrativa e integraciones empresariales. (...) 7. Apoyar en la realización de visitas administrativas en los casos de prácticas restrictivas de la competencia, competencia desleal administrativa e integraciones empresariales".

Por último, en el Contrato No. 028 de 2011, se estipuló:

practicar pruebas o apoyar su práctica, circunstancia que le fue informada a la Empresa que sería objeto de la visita administrativa. En efecto, mediante la comunicación radicada con el número 11-1329, del 2 de Mayo de 2011, el Coordinador del Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia señaló expresamente los nombres de las personas que en representación de la Entidad realizarían la visita; asimismo, se indicó que el objeto de la actuación era *"obtener información relacionada con los procesos de licitación y adjudicación en los que ésta ha participado"*, anunciando asimismo, que dicha diligencia se realizaba en virtud de las facultades y funciones asignadas a esta Superintendencia por los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010, hoy subrogados por el Decreto 4886 de 2011.

Adicionalmente, los funcionarios y contratistas de la Superintendencia, en el momento de practicar la visita administrativa, indicaron de forma amplia los preceptos legales señalados que contienen las facultades comentadas, tal como consta en el acta de visita<sup>15</sup>.

En esa medida, y como se desarrolla más adelante, no es cierto que no se hubiera informado a las personas que se encontraban presentes en la diligencia cuáles eran las facultades en virtud de las que actuaba la Entidad y sus delegados, ni mucho menos que los mismos no contaran con facultades para acceder a toda la documentación de la Empresa, sin importar que la misma se encontrara en medios magnéticos.

Así, la desobediencia a las instrucciones por parte del señor Héctor Julio Gómez, socio de CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., como consta en el Acta de visita, implicó la obstrucción a las labores de esta Superintendencia, resultó injustificada y constituye un acto de desconocimiento y desacato a las instrucciones impartidas por los funcionarios en el curso de la visita referida.

### **12.3. Facultades para imponer sanciones por incumplimiento de instrucciones y obstrucción a las actuaciones e investigaciones administrativas**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para imponer sanciones por la *"violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta (...)"*.

Asimismo, el citado artículo establece que la Superintendencia podrá *"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"*.

"OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: (...) 2. Apoyar en la revisión de los procedimientos establecidos en materia de prácticas restrictivas de la competencia, competencia desleal administrativa, cámaras de comercio e integraciones. (...) 8. Las demás que contribuyan a garantizar el cumplimiento de la orden de prestación de servicios y las que por su naturaleza le sean atribuibles conforme al objeto y alcance de la misma".

<sup>15</sup> Ver folio 399 que obra en el expediente 11-1329.

De igual manera, el numeral 11 del artículo 3° del Decreto 4886 de 2011, que subrogó el numeral 13 del artículo 3° del Decreto 1687 de 2010, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer este tipo de sanciones, en los siguientes términos:

*"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 de texto).*

Respecto a la anterior normativa se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia C-228 de 2010 señalando lo siguiente:

*"(...) una de las características del derecho administrativo sancionador es la posibilidad de establecer, por parte del legislador, conductas a partir de proposiciones normativas amplias y genéricas, susceptibles de concretarse por la autoridad que ejerce la potestad de control. Basta entonces que el legislador establezca la conducta genérica objeto de reproche administrativo, pudiéndose delegar a la entidad que ejerce la función de inspección, vigilancia y control la posibilidad de definir el contenido concreto del tipo sancionable, dentro del marco de referencia previsto por la ley (...)"*

Así, es importante señalar que la inobservancia, por parte de una persona jurídica o natural, de las instrucciones que imparte la Superintendencia de Industria y Comercio, tendientes a establecer si se están cumpliendo las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, resulta tan censurable como las mismas conductas que atentan contra esas normas<sup>16</sup>. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

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

*"Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia que en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, como a las que alude el numeral 21 del artículo 2º, que autoriza a la Superintendencia para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en aspectos relativos a la protección del consumidor, la promoción de la competencia y la propiedad industrial, facultad ésta frente a la cual*

<sup>16</sup>Resolución 023322 de 2007 de la Superintendencia de Industria y Comercio.



*el artículo 4º no estableció consecuencia jurídica alguna en caso de que dichos destinatarios no atiendan las referidas instrucciones; 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, lo que en el fondo se traduce en que en esas condiciones jamás se podría imponer sanción por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”<sup>17</sup>.*

Lo anterior es más claro si el incumplimiento no consiste simplemente en la falta de envío de una información concreta a la Entidad, sino en la negativa de acceso, por parte de un posible investigado, a los documentos y pruebas que será necesario analizar dentro de una investigación.

Así pues, en ejercicio de las facultades mencionadas, esta Entidad podrá sancionar a cualquier persona que obstruya una actuación o investigación administrativa y se abstenga de acatar las instrucciones que se impartan en desarrollo de una visita administrativa, incluyendo la autorización para acceder a los archivos y correos electrónicos de los funcionarios de la empresa a la cual se practica la visita.

#### **12.4. Del incumplimiento de instrucciones por parte de CONSTRUCTORA ARKGO LTDA.**

En el presente caso, revisada el acta de la visita administrativa realizada en las instalaciones de CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., se encuentra que efectivamente el señor Héctor Julio Gómez, quien atendió la visita en su calidad de socio de dicha empresa, no permitió el acceso a los computadores y a los correos electrónicos de la empresa, aduciendo las razones que se transcriben a continuación:

*“ (...) quiero recabar que de modo alguno estoy obstruyendo la visita de los funcionarios comisionados; tan solo estoy solicitando que dicha visita se acople a las garantías constitucionales y legales en que ha de enmarcarse todo procedimiento administrativo y judicial, por tal motivo insisto en que se me debe presentar el auto de apertura de la indagación preliminar que dio origen a la inspección; de igual forma de la orden judicial que se requiere para el evento de inspeccionar los computadores y las bases de datos de la empresa, en tratándose de una información que hace parte de reservas frente a terceros. Una vez la Superintendencia tenga estos requerimientos con gusto atenderé la diligencia, como he atendido las múltiples visitas y registros de entidades como la Contraloría Distrital, la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación (...)”<sup>18</sup>.*

Por su parte, y aún cuando el incumplimiento de la Ley no sirve de excusa, conforme con en el Acta de visita los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, ilustraron y advirtieron a los socios de CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., sobre las

<sup>17</sup> Sentencia de 17 de Mayo de 2002. Recurso de apelación contra la sentencia de 23 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893). Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Actor: GILLETTE DE COLOMBIA S.A. Y OTROS, demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

<sup>18</sup> Ver folio 419.

normas aplicables y las consecuencias de incumplir una instrucción en desarrollo de una visita administrativa.

Adicionalmente, se indicó en el transcurso de la diligencia, que el proceso dentro del cual se había programado la visita, se encontraba en etapa de averiguación preliminar y, en consecuencia, toda la información que reposaba en el expediente, se encontraba sujeta a reserva, conforme con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 155 de 1959, como lo ha señalado la jurisprudencia:

*"...Dichas diligencias previas se hallan apenas en curso, y actualmente no se ha abierto investigación formal en relación a las investigadas, lo que implica que las piezas procesales que hacen parte de la investigación preliminar sean de carácter reservado, de conformidad con el artículo 13 de la ley 155 de 1.959 que en armonía con el 12 y en los que respecta a la actuación que genera la violación de sus normas, estipula: "La investigación de carácter estrictamente reservado, se adelantará mediante la existencia de informes sobre producción, importaciones, utilización de materias primas nacionales y extranjeras, sistemas de distribución y ventas; por medio de visitas a las referidas empresas y, en general, mediante la obtención de todas las pruebas indispensables[...]"<sup>19</sup>. (Subraya fuera del texto)*

Como se explicó expresamente en la diligencia, es la reserva de la etapa inicial de la investigación la que también explica la imposibilidad de presentar la decisión de apertura de la misma; por esta razón, tampoco es de recibo el argumento presentado tanto en la visita como en las explicaciones según el cual, la negativa de la Empresa tuvo lugar por cuanto la Entidad no presentó la decisión mencionada.

Cabe mencionar que la Superintendencia, en ocasiones anteriores, ha sancionado empresas por incumplimiento de instrucciones durante visitas administrativas o de inspección. Así se dispuso en la Resolución No. 24112 de 2005, mediante la cual se sancionó a la SOCIEDAD PORTUARIA DE SAN ANDRÉS S.A., como se expone a continuación:

*"(...) dicho comportamiento impidió a esta Entidad llevar a cabo la diligencia programada, y así desarrollar la función de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales.*

*En este orden de ideas, el comportamiento de la sociedad San Andrés Port Society S.A (Sociedad Portuaria de San Andrés S.A.) representada por Rodolfo Gallardo Hooker, no es admisible, dado que esta Entidad no puede estar sujeta a la voluntad de los administrados tendiente a impedir el ejercicio de sus funciones legales. En esa medida, la actitud asumida durante la visita administrativa a la sociedad portuaria, por sus funcionarios, resultó absolutamente injustificada y constitutiva de desobediencia lo que acarrea la imposición de sanciones por parte de esta Entidad."*

Así, con base en lo consignado en el acta de la visita referida, y teniendo en cuenta que el artículo 1° del Decreto 4886 de 2011, le otorga plenas facultades a la Superintendencia

<sup>19</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", expediente No. 2500023240002003-00547-01, sentencia de fecha 17 de julio de 2003.

de Industria y Comercio para "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 (...)", así como para "Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones", se concluye que los delegados de la Superintendencia que realizaron la visita administrativa a las instalaciones de CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., el 2 de Mayo de 2011, actuaron conforme a la ley al solicitar la revisión de los computadores y los correos electrónicos institucionales de algunos de los empleados de dicha empresa, esto por cuanto contaban con plenas facultades legales para su inspección.

#### **12.5. De la obstrucción a la actuación e investigación administrativa por parte de CONSTRUCTORA ARKGO LTDA.**

Tal y como consta en el Acta de visita, la persistencia de la conducta adoptada por el señor Gómez al no permitir el acceso a la información solicitada durante el desarrollo de la visita, aun cuando el Despacho le ilustró sobre las facultades que permitían el desarrollo de dichas actuaciones, impidió el ejercicio de las labores de inspección, vigilancia y control atribuidas a esta Superintendencia, en el desarrollo de sus funciones administrativas.

Por lo tanto, la conducta del señor Gómez más allá de configurar un incumplimiento a las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, constituye una obstrucción a la actuación e investigación administrativa, toda vez que obstaculizó el correcto ejercicio de las funciones de la Entidad e impidió el eventual desarrollo de la investigación.

En este sentido se pronunció en la Resolución No. 65997 del 23 de noviembre de 2011, mediante la cual se sancionó a la empresa MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A.

"(...)

*Para efectos de establecer el monto de la sanción a imponer es necesario tener en cuenta que todo aquel que obstruya la inspección, vigilancia y control que realiza esta Superintendencia sobre un determinado mercado con el fin de proteger la competencia, está afectando el ejercicio de las funciones de la Entidad y con ello impide el esclarecimiento de unos hechos que, de ser conocidos por la autoridad de competencia, permitiría enriquecer el acervo probatorio de una investigación y garantizar el desarrollo del mercado.*

"(...)"

Esta actuación reviste especial gravedad pues la negativa de un posible investigado para que la Entidad acceda a la información que necesita analizar para determinar si hubo o no una violación al régimen de competencia, podría convertirse en el mecanismo para evitar el ejercicio de las funciones de la autoridad de competencia, convirtiéndose en un aliciente para el desconocimiento de este tipo de disposiciones.

En consecuencia y con fundamento en los aspectos ilustrados, este Despacho concluye que la sociedad CONSTRUCTORA ARKGO LTDA obstruyó la actuación administrativa adelantada por esta Superintendencia al no permitir el acceso a la información solicitada.

durante la visita administrativa, circunstancia que seguramente tendrá efectos negativos ante el desarrollo de una eventual investigación en la que será imposible contar con toda la información que se encontraba en poder de la Constructora. Ahora bien, a continuación pasa este Despacho a analizar los argumentos presentados en respuesta a la solicitud de explicaciones con el fin de establecer si los mismos, justifican o validan el incumplimiento y la obstrucción a las que se ha hecho referencia.

#### **12.6 De los argumentos expuestos durante la visita administrativa y al momento de rendir explicaciones**

Teniendo en cuenta que en el curso de la visita el señor Héctor Julio Gómez presentó como argumento para abstenerse a la revisión de los computadores, la aparente reserva de los documentos y la violación de su derecho a la intimidad, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 2 de la Ley 527 de 1999, la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada a través de correo electrónico constituye un mensaje de datos, cuya validez y fuerza vinculante, conforme con la misma Ley, es la misma que la de un documento que conste en medios físicos.

Establecido lo anterior, se tiene que si los documentos del comerciante constan en archivos magnéticos o en mensajes enviados o recibidos a través del correo electrónico, dichos documentos son igualmente sujetos a examen por parte de las autoridades de vigilancia y control, sin que opere el derecho de reserva del que trata el artículo 61 del Código de Comercio, conforme con el cual:

*"ARTICULO 61. <EXCEPCIONES AL DERECHO DE RESERVA>. Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente".*

*"Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas".*  
(Subraya fuera de texto)

Así mismo, el Código de Comercio establece que los funcionarios del Gobierno podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común:

*"ARTICULO 63. <EXHIBICION O EXAMEN DE LIBROS DE COMERCIO ORDENADO DE OFICIO>. Los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público, solamente podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante en los casos siguientes:*

1) *Para la tasación de los impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones;*

2) Para la vigilancia de los establecimientos de crédito, las sociedades mercantiles y las instituciones de utilidad común;

3) En la investigación de delitos, conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, y

4) En los procesos civiles conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil".  
(Subraya fuera de texto)

Ahora bien, se recuerda lo establecido por el artículo 15 de la Constitución Política respecto del derecho a la intimidad:

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

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

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

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

Como se puede observar, por mandato constitucional el Estado debe respetar el derecho a la intimidad personal y familiar de todos los habitantes del territorio colombiano, sin perjuicio de la facultad de los organismos de vigilancia y control para exigir la presentación de los documentos propios de la actividad del comerciante.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que los correos electrónicos institucionales constituyen documentos inherentes a la actividad del comerciante, éstos pueden ser exhibidos e inspeccionados por las autoridades de vigilancia y control conforme a las facultades otorgadas por la ley.

Lo anterior fue precisado por la Corte Suprema de Justicia, que mediante Sentencia 23001 de Septiembre 24 de 2007 de la Sala de Casación Civil, manifestó que:

"Los mensajes de correo electrónico transmitidos a través de cuentas institucionales no se consideran correspondencia privada, porque estas cuentas tienen como fin primordial la transmisión de datos relacionados con las actividades ordinarias de la empresa. Por esta razón dichos mensajes pueden ser exhibidos y e inspeccionados judicialmente, son admisibles como medios de prueba y gozan de plena eficacia jurídica".

(Subraya fuera de texto)

La anterior posición ha sido reiterada por esta Superintendencia en decisiones anteriores, en las que se ha precisado que los papeles del comerciante deben ser exhibidos ante

orden de la autoridad. Entre otras, así lo estableció en la sanción impuesta mediante la Resolución No. 5010 de 1999:

*"Nuestra Constitución Política dispone que para efectos tributarios o judiciales y para 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.*

*"Ahora bien, en cuanto a la reserva de papeles, razón tiene el interesado en señalar que los libros de comercio son reservados, pero eso no significa que la administración no pueda dar aplicación al mandato contenido en el artículo 20 de la ley 57 de 1985, donde se menciona que el carácter reservado será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, correspondiendo a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer".*

Los archivos y mensajes electrónicos de los comerciantes pueden ser exhibidos por instrucción de la autoridad, sin que por este motivo se vulnere el derecho a la reserva o a la intimidad de los trabajadores. Por lo tanto, la conducta de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., durante el transcurso de la visita, configura una obstrucción a la actuación administrativa y a la eventual investigación a desarrollar, así como un incumplimiento de las instrucciones impartidas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, en virtud de sus facultades administrativas.

En este sentido, es importante señalar que la Entidad actúa en ejercicio de facultades de policía administrativa por lo que no es aplicable lo señalado en la Sentencia C-336 de 2007 en la que se estudió la constitucionalidad de una norma del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, se observa que incluso fue la misma Corte Constitucional la que expresamente restringió la aplicación de lo dispuesto en esa providencia, aunque también en el ámbito penal, al indicar que no tendría aplicación frente a las diligencias de allanamiento y registro:

*"Conviene precisar también que la consulta selectiva en estas bases de datos personales, tampoco puede confundirse con los registros que se realizan en el marco de una diligencia de allanamiento y registro sobre ciertos objetos como archivos, documentos digitales, videos, grabaciones, que constituyen típicas diligencias de registro y que, como tales, se rigen por el numeral 2 del artículo 250 de la Constitución y los artículos 219 a 238 de la Ley 906 de 2004, los cuales no son objeto del presente estudio de constitucionalidad".*

En segundo lugar, tampoco resulta de recibo el argumento expuesto al momento de rendir explicaciones de acuerdo con el cual no se permitió la revisión de la información en tanto la petición de la Entidad no fue específica. Al respecto, se observa en los documentos que hacen parte de la actuación que expresamente se señaló que el objeto de la revisión recaía sobre la documentación relacionada con los procesos de contratación en los que hubiera participado la empresa; la cantidad o complejidad de la información, eran circunstancias que debían ser evaluadas por la Entidad y no una razón que justificara la negativa de la empresa para acceder al computador del señor Gómez.

Por último, en relación con el abogado de la empresa, es pertinente señalar que no se ha presentado una violación del derecho al debido proceso no solo por cuanto, como se dijo en la visita, no se presentó poder con las formalidades exigidas por la Ley entre otras cosas por cuanto fue otorgado por una persona que, a pesar de ser socio, no tenía la representación legal de la Empresa, sino porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, durante las visitas que se realizan en la actuación preliminar que adelanta la Entidad, no se requiere la participación de un abogado.

En efecto, en cuanto a la constitución de apoderado dentro de las actuaciones por la presunta vulneración de las normas de protección de la competencia, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 35 del Decreto 196 de 1971 en el sentido de que, salvo norma especial<sup>20</sup>, no se requiere de apoderado para actuar ante las autoridades administrativas. En efecto, dicha disposición señala:

*"Salvo los casos expresamente determinados en la ley no se requiere ser abogado para actuar ante las autoridades administrativas (...)".* En este sentido, en las mencionadas actuaciones solo habría lugar a constituir apoderado dentro de la investigación, pues en esta etapa es que existe un investigado a quién se le ha efectuado una imputación con base en unos hechos, situación que no ocurre en las actuaciones previas. Sobre el particular el Consejo de Estado señaló<sup>21</sup>:

*"Respecto a la apreciación de la demandante en el sentido de que también fue violado el derecho de defensa de los declarantes por cuanto no estaban asistidos por defensor alguno, debe precisarse, en primer lugar, que por no tratarse de una sindicación de carácter penal en contra de los declarantes no se hacía necesario el que estuviesen representados por apoderado; (...)".*

De acuerdo con lo expuesto, este Despacho considera que la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA. obstruyó la actuación e incumplió de manera injustificada las órdenes e instrucciones impartidas con el fin de llevar a cabo la visita administrativa programada para el 2 de mayo de 2011.

**DÉCIMO TERCERO:** Que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer multas a su favor hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluida la omisión de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones que se impartan por parte de esta entidad.

Bajo el anterior precepto, con el fin de determinar el monto de la sanción a imponer a la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA. es necesario realizar las siguientes consideraciones.

Inicialmente, es importante señalar que la actuación de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA. al impedir realizar la visita administrativa ordenada por la Entidad afectó el

<sup>20</sup> El Decreto 2153 de 1992, artículo 52, no exige que el investigado esté representado por apoderado.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 25 de abril de 1996. Magistrado Ponente: Manuel Urueta Ayala.

adecuado desarrollo de las facultades de esta Superintendencia como autoridad de protección de la competencia. Por lo tanto, no acatar una instrucción impartida por la Superintendencia en desarrollo de una actuación administrativa, configura una obstrucción de la función de velar por la protección de la competencia en el mercado, la cual tiene como objetivo garantizar la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. La obstaculización del correcto ejercicio de las funciones de esta Entidad, en un caso como el que nos ocupa, puede tener efectos e impactos importantes frente al interés general, dada la importancia que tiene el sector de la construcción de obras públicas, en tanto involucra recursos de la misma naturaleza y su objeto es siempre destinado a suplir necesidades de toda la población. Por lo tanto, impedir la verificación de su correcto funcionamiento en cuestiones de competencia, dificulta la adecuada protección del interés general. En este sentido, se observa que la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., fue renuente frente a las órdenes e instrucciones impartidas por esta autoridad con lo que se obstruyó el desarrollo de la investigación dentro de la cual se programó como prueba la visita tantas veces referida.

Como se dijo anteriormente y lo ha señalado la jurisprudencia, este tipo de actuaciones son igual de reprochables a la violación misma de las normas de protección de la competencia, pues con ellas no solo se desconoce la autoridad de la Entidad, sino que pueden convertirse en un fuerte incentivo para el desconocimiento de tales disposiciones.

Por otra parte, se tiene en cuenta el patrimonio de CONSTRUCTORA ARKGO LTDA reportado en el 2011 en la renovación de la matrícula mercantil, el cual equivale a \$18.695.133.915 oo.

Así las cosas, al realizar un análisis de los factores agravantes o atenuantes referidos a las personas jurídicas, este Despacho determina que la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA debe ser sancionada con el 3.6% de la multa máxima aplicable, es decir el monto equivalente a DOS MIL CUARENTA MILLONES CIENTO VEINTE MIL PESOS MCT (\$2.040.120.000.oo).

En mérito de lo expuesto, este Despacho

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** IMPONER a CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., una multa de DOS MIL CUARENTA MILLONES CIENTO VEINTE MIL PESOS (\$2.040.120.000.oo), por incumplir lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en particular por obstruir la actuación administrativa que adelanta esta Superintendencia y por incumplir las órdenes impartidas durante el desarrollo de la visita administrativa.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, cuenta corriente N° 062-75438-7, formato de recaudo nacional, código de referencia para pago 03, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio y acreditarse ante la ventanilla de recaudos de esta Superintendencia, ubicada en el piso 3 mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de esta Resolución. El no pago de la multa dentro del plazo indicado genera intereses moratorios del 12% anual y el inicio de las acciones de cobro coactivo.



**ARTÍCULO TERCERO:** NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución al representante legal de la empresa CONSTRUCTORA ARKGO LTDA., y a los señores JANNET ARÉVALO RAMÍREZ y HÉCTOR JULIO GÓMEZ, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición el cual puede interponerse ante el Superintendente de Industria y Comercio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dada en Bogotá, D.C., a los **15 MAR 2012**

El Superintendente de Industria y Comercio

  
**JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO**

Proyectó: Patricia Calderón/Juanita Bodmer  
Revisó: Blanca Castro/ Pablo Márquez  
Aprobó: Carolina Salazar

**NOTIFICACIONES:**

Señor  
**RICARDO GODOY ARTEAGA**  
C.C. 17.055.715  
Representante Legal  
**CONSTRUCTORA ARKGO LTDA**  
NIT. 830.127.258-0  
Calle 108 No. 14b- 49  
Bogotá D.C.

Señora  
**JANNET ARÉVALO RAMÍREZ**  
C.C. 51.836.991  
Calle 108 No. 14b- 49  
Bogotá D.C.

Señor  
**HECTOR JULIO GÓMEZ GONZALEZ**  
C.C. 79.338.877  
Calle 108 No. 14b- 49  
Bogotá D.C.