



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

RESOLUCIÓN NÚMERO № 20277 DE 2016

(22 ABR 2016)

Radicado No. 14-282951

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, 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. 820 del 20 de enero de 2016¹ (en adelante “Resolución Sancionatoria”) la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a **GENERACIÓN COLOMBIA S.A.** (en adelante “**GENERACIÓN**”) por contravenir lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dado que su conducta en desarrollo de una visita administrativa adelantada en sus instalaciones, constituyó una obstrucción a la actuación administrativa identificada con radicado No. 14-80428.

En términos generales, este Despacho tuvo en cuenta que la Representante Legal de **GENERACIÓN** y una funcionaria que se desempeñaba como jefe de licitaciones de esa sociedad, impidieron que la Superintendencia tuviera acceso al computador y correo electrónico asignado a la jefe de licitaciones de la compañía, en los cuales reposaba la documentación de **GENERACIÓN** relativa a su participación en procesos públicos de contratación.

La negativa de permitir el acceso a la información mencionada se dio bajo el argumento de que existía una instrucción de la Junta Directiva que determinaban que para el uso de la información de la sociedad relacionada con su participación en licitaciones, debía estar presente el abogado de la empresa. Estos argumentos se esgrimieron a pesar de que la representante legal y la jefe de licitaciones de la sociedad, quienes atendían la diligencia, estaban presentes y que el computador y la cuenta de correo electrónico solicitados estaban materialmente disponibles.

Este Despacho señaló en la Resolución Sancionatoria que los trámites internos de una compañía no justifican la negativa del administrado a permitir el acceso de la Autoridad a los documentos que requiera para el cabal cumplimiento de sus funciones. Al respecto, este Despacho indicó que el Estado es quien define las condiciones de modo, tiempo y lugar en el que se deben atender sus requerimientos, y el administrado mal podría condicionar el momento y el contenido de la información a la que la Autoridad puede acceder.

Sobre este particular, esta Superintendencia ha sostenido que *“pretender que un administrado defina a la Autoridad cuándo, cómo y dónde puede adelantar sus visitas administrativas no solo elimina el factor sorpresa de este tipo de diligencias, y con ellas la posibilidad de encontrar elementos probatorios suficientes para la detección de este tipo de conductas ilegales, sino que al supeditar el actuar del Estado a la voluntad de los administrados lleva a una incoherencia propia de*

¹ Folios 118 a 130 el Cuaderno Público No. 1 del Expediente No. 14-282951. En adelante, cada vez que en el presente Acto Administrativo se haga alusión al “Expediente”, se está haciendo referente al trámite identificado con el radicado No. 14-282951.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

que sean los mismos agentes vigilados por el Estado, quienes definan las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que el Estado puede vigilar sus actividades"².

SEGUNDO: Que mediante escrito radicado con No. 14-282951-27 del 22 de febrero de 2016³, **GENERACIÓN** interpuso oportunamente recurso de reposición en contra de la Resolución Sancionatoria, argumentando lo siguiente:

- Contrario a lo manifestado en la Resolución Sancionatoria, la visita administrativa en la que se presentaron los hechos investigados se llevó a cabo en un ambiente de colaboración y no de obstrucción. En ningún momento, como se desprende del Acta de la diligencia, se vislumbró alguna conducta entorpecedora o engañosa por parte de los empleados de **GENERACIÓN**. Prueba de ello, es que los demás documentos que fueron solicitados por la Superintendencia se entregaron, y que **MÓNICA GUASCA CAICEDO**, pese a no ser empleada de la sociedad, estuvo dispuesta a rendir testimonio y dar respuesta sobre todas y cada una de las actividades de la sociedad que le constaban.
- En ningún momento se denegó el acceso a la información, sino que simplemente se solicitó a la autoridad un plazo prudencial para poder entregarla, garantizando los derechos de otros propietarios de información contenida en el computador y correo electrónico requeridos. En este sentido, y dado que el abogado de las compañías no podía asistir ese día por estar fuera de la ciudad celebrando su cumpleaños, se pidió que la diligencia fuera aplazada hasta el día siguiente.
- La presencia del abogado de las compañías que compartían domicilio en el lugar de la diligencia, entre las cuales se encuentra **GENERACIÓN**, era necesaria para garantizar los derechos de aquellas sociedades que no estaban siendo visitadas y cuya información podía ser extraída si se permitía el acceso al computador, lo cual a su vez habría implicado una extralimitación de funciones por parte de los funcionarios de la Superintendencia que adelantaban la diligencia.
- Se solicitó como prueba que se practicara una nueva visita administrativa para que la Superintendencia pudiera acceder a la información que requería y de esta forma verificara, a través de los avanzados sistemas forenses que tiene, que la información no había sido modificada o alterada con posterioridad a la diligencia originaria. Sin embargo, esta prueba se negó y **GENERACIÓN** fue sancionada sin haberse verificado que la información del computador que requería la Autoridad había sido manipulada.
- La Superintendencia no le permitió a **GENERACIÓN** demostrar sus explicaciones en la medida en que le negó tres pruebas solicitadas que resultaban importantes para sustentar sus argumentos: (i) le negó tener como prueba los certificados de existencia y representación legal de las demás sociedades con las que comparte domicilio, lo cual pretendía demostrar la cohabitación de múltiples compañías en el lugar visitado; (ii) le negó el testimonio del abogado de las compañías, quien podía explicar los motivos de su imposibilidad de asistir a la diligencias; y (iii) le negó la visita administrativa con la que pretendía que la Superintendencia obtuviera los documentos que requería y determinara la inexistencia de modificaciones sobre ella.
- La multa impuesta resulta desproporcionada y confiscatoria en la medida en que, pese a representar solo el 0.42% de la máxima multa aplicable, el valor impuesto es un duro golpe a las finanzas de la sociedad y, con ello, se genera un riesgo latente para la continuación del desarrollo de su objeto social. La Superintendencia fijó la multa en el 5.01% del valor del patrimonio de **GENERACIÓN**, lo cual representa una injusticia. Esta sociedad no ha repartido utilidades con el fin de consolidar un patrimonio robusto que sirva de garantía para el Estado en la ejecución de los múltiples contratos que ha celebrado con él. Así las cosas, era más justo usar las utilidades obtenidas en 2014 y no su patrimonio para dosificar la multa.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, **GENERACIÓN** solicitó que se revoque la sanción impuesta y se archive la investigación a su favor o que, en subsidio de su petición principal, la Superintendencia revise el monto de las sanciones y las disminuya.

² Folio 124 del cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³ Folios 131 a 143 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción”

TERCERO: Que una vez estudiados los argumentos expuestos por el recurrente y de conformidad con el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, este Despacho pasa a resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 820 del 20 de enero de 2016, en los siguientes términos:

3.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la inexistencia de obstrucción y la supuesta colaboración de los empleados de la sociedad

Para el Despacho no puede ser de recibo el argumento según el cual no existió obstrucción, sino que por el contrario **GENERACIÓN** y sus empleados prestaron la debida colaboración a la autoridad. Como resulta claro de la Resolución Sancionatoria, lo que se reprochó fue la negativa puntual frente a la solicitud de esta Superintendencia sobre los documentos que, relacionados con la participación de esa sociedad en procesos de contratación con el Estado, se encontraran en el computador y correo electrónico que la misma sociedad le asignó a su jefe de licitaciones, **MÓNICA GUASCA CAICEDO**.

En esta medida, no resulta relevante para determinar la responsabilidad de **GENERACIÓN** por ese hecho puntual, que en el resto de la diligencia la sociedad sancionada hubiere colaborado con la Autoridad, pues el acatamiento del deber jurídico de colaboración respecto de las demás solicitudes de información que formuló esta Entidad en desarrollo de la visita, no elimina la responsabilidad que le corresponde por no haber permitido que esta Superintendencia extrajera la información digital obrante en el computador y en el correo electrónico que se pidieron.

La colaboración u obstrucción parcial, que para los efectos prácticos tienen la misma naturaleza, es también reprochable al igual que una negativa absoluta, pues el simple desconocimiento de las facultades de la Autoridad dificulta el cumplimiento de sus funciones de protección de la libre competencia económica. Con esa conducta se genera un daño irremediable a la instrucción de los trámites administrativos que la Superintendencia adelanta, limitando su capacidad probatoria para determinar la posible ocurrencia de conductas anticompetitivas en el mercado y, de paso, la posibilidad de fijar los remedios necesarios para restablecer la competencia efectiva.

No se puede desconocer que la principal fuente de material probatorio para este tipo de trámites, después de los procesos de beneficios por colaboración, son precisamente los documentos que se logran compilar en desarrollo de visitas administrativas en etapa preliminar, donde el factor sorpresa le garantiza a la Superintendencia contar con información espontánea, y le impide a los agentes ocultar, modificar o destruir aquellos documentos que pudieran demostrar la eventual ocurrencia de un conducta anticompetitiva, la que precisamente por su carácter de ilegal tiende a ocultarse.

Consecuencia de lo anterior es que este tipo de conductas se sancionen de igual forma que la comisión misma de la practica restrictiva de la competencia, pues de lo contrario se estaría generando un incentivo perverso para que los agentes del mercado prefieran obstruir los trámites que permitir que la Superintendencia obtenga las evidencias que pueden comprometer su responsabilidad.

En virtud de lo anterior, la colaboración parcial brindada durante la diligencia, así como la disposición posterior de **GENERACIÓN** para que la Superintendencia pueda, ahora sí, tener acceso al computador que requirió en desarrollo de la visita, no elimina la responsabilidad que le corresponde por cuanto se trata de un acto obstructivo consumado, que no se puede subsanar con una nueva visita administrativa.

Por lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

3.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la solicitud de un plazo prudencial para entregar la información.

Tampoco es de recibo el argumento según el cual no existió una negativa de entregar la información requerida por la Autoridad, sino una simple solicitud de un plazo prudencial, pues contrario a las afirmaciones del recurrente, no existe justificación alguna para solicitar un plazo para entregar una información que está disponible desde el mismo momento en que fue requerida.

Así, el motivo de esa solicitud aplazatoria de la diligencia era que el apoderado de las sociedades pudiera estar presente al momento de la extracción de la información, pues consideraron que la

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

Superintendencia podría en ese momento vulnerar sus derechos y los de las demás sociedades con las que compartía domicilio.

Al respecto, valga la pena aclarar que la decisión de mezclar la información comercial de diferentes sociedades mal podría servir como excusa para impedirle a la Autoridad acceder a la información que requiere, máxime cuando quienes adoptaron tal determinación fueron las mismas sociedades y no la Superintendencia de Industria y Comercio. Es deber de todo comerciante tener a disposición de las autoridades competentes la información relacionada con sus actividades comerciales, y el riesgo de haber mezclado la información comercial con la de otras sociedades no puede ser transmisible a la Superintendencia.

Por lo anterior, no existen motivos para justificar la negativa de **GENERACIÓN** a que la Superintendencia extrajera la información contenida en el PC y correo electrónico que la misma sociedad destinó para sus actividades comerciales en procesos de contratación con el Estado.

Sobre la imposición de condiciones injustificadas para la entrega de la información que requiere esta Superintendencia en desarrollo de visitas administrativas, este Despacho manifestó:

*"Partiendo de los argumentos ofrecidos durante la visita administrativa de inspección, se tiene que la negativa de permitir el acceso de los funcionarios de la Superintendencia al computador y correo electrónico de **MÓNICA GUASCA CAICEDO** atendía a que dicho acceso requería la presencia del asesor jurídico externo de la sociedad según instrucciones de la Junta Directiva de la sociedad. Sobre la necesidad de que el asesor jurídico externo esté presente en la diligencia como requisito previo y necesario para poder llevarla a cabo, este Despacho coincide plenamente con lo manifestado por los funcionarios comisionados cuando afirmaron que "un abogado con poder debidamente conferido podría presenciar la diligencia pero que su ausencia no constituye un obstáculo para llevar a cabo la inspección en los términos que señale el Despacho, con el sustento normativo que lo faculta"⁴.*

No existe motivo o argumento jurídico válido para que la Superintendencia de Industria y Comercio deba supeditar el ejercicio y cumplimiento de sus funciones establecidas en la Constitución y la ley, por una instrucción interna del agente visitado que imponía el aplazamiento de la diligencia hasta tanto se encontrara presente su asesor jurídico externo en la diligencia, incluso para realizarla en menos de 24 horas como se propuso.

Este Despacho rechaza categóricamente el argumento que subyace de la explicación dada en desarrollo de la visita consistente en que procedimientos internos de los administrados sean oponibles a la Autoridad de Competencia para el ejercicio de sus funciones. Una postura como esta haría nugatorias las facultades que la Ley le otorgó a esta Superintendencia y dejaría el cumplimiento de sus funciones a merced de la voluntad de los agentes del mercado"⁵.

Así las cosas, haber condicionado la entrega de la información a la presencia de un abogado, el cual solo podía atender la diligencia al día siguiente por estar celebrando su cumpleaños fuera de la ciudad, simplemente estaba intentando subordinar las facultades del Estado a su voluntad y, con ello, determinar las condiciones en las que esta Autoridad puede ejercer sus funciones de vigilar los mercados. La presencia del abogado de las empresas para permitirle al Estado cumplir sus funciones resulta del todo fuera de lugar y no existe norma jurídica alguna que lo establezca.

Si bien **GENERACIÓN** tenía todo el derecho de tener un abogado presente, su ausencia no implicaba que no se pudiera adelantar la diligencia y, en consecuencia, no es justificante para eximir la responsabilidad administrativa que le atañe por no permitir que los funcionarios comisionados por esta Entidad extrajeran la información.

En esta medida, al estar la información disponible durante la diligencia, y no existir justificación válida para no haberla entregado en su momento, este Despacho mantendrá su decisión de sancionar a **GENERACIÓN** por obstruir una investigación al desatender la solicitud de información que hizo esta Entidad frente a la información comercial de **GENERACIÓN** que obraba en el computador y correo electrónico de su jefe de licitaciones, **MÓNICA GUASCA CAICEDO**.

⁴ Folio 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵ Folios 122 y 123 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción”

3.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con que la Superintendencia cuenta con equipos forenses capaces de detectar la alteración.

No son de recibo los argumentos del recurrente relacionados con que no podía haberse sancionado hasta tanto no se demostrara, a través de los equipos forenses de la Superintendencia, que había manipulado o modificado la información que requería la Autoridad. En efecto, la obstrucción de la investigación se tipifica con el simple hecho de no permitirle a la Autoridad obtener la información, no por la manipulación o alteración de la evidencia digital, circunstancia que ameritaría un reproche adicional e independiente.

De otra parte, al no permitir extraer la información, o al menos identificar la evidencia digital, no es posible hacer un arqueo digital para saber: **(i)** si el equipo es el mismo; **(ii)** si siendo el mismo tiene en su interior el mismo disco duro; y **(iii)** si teniéndolo, conserva aún los mismos documentos que existían en el momento de la diligencia.

Al respecto, este Despacho motivó lo siguiente en la Resolución Sancionatoria:

*“Ahora bien, el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio cuente con herramientas forenses para el manejo de evidencia digital no implica, como lo pretende hacer ver **GENERACIÓN**, que los administrados puedan abstenerse de colaborar con ella en desarrollo de las visitas administrativas de inspección que adelanta, bajo el supuesto de que la Autoridad puede determinar, con posterioridad, la existencia de la información y la posible manipulación de la misma. Lo anterior, no es cierto: **(i)** porque la existencia de herramientas tecnológicas de la Autoridad no exime a los administrados de su deber de colaborar y atender en debida forma las solicitudes de información y las ordenes e instrucciones que imparte; **(ii)** porque al impedir el acceso de la Superintendencia a los equipos, así como correos electrónicos, se está privando a la Entidad de tener una muestra originaria para determinar, llegado el caso, la existencia de manipulación o alteración de la evidencia digital resultante; y **(iii)** porque el riesgo de pérdida de la información no puede trasladarse a la autoridad investigadora, pues una pérdida de elementos materiales probatorios afectaría sustancialmente la capacidad que tiene esta Superintendencia para proteger eficientemente los mercados, puesto que esta Entidad no tiene como fin principal sancionar las obstrucciones que se puedan generar con la pérdida de elementos probatorios, sino sancionar con base en ellos las conductas que afectan la competencia en los mercados y corregir, en la medida de sus posibilidades, las afectaciones que esas conductas generan al dinamismo propio de los mercados.*

Con todo, si bien la Superintendencia podría llegar a determinar la existencia de una manipulación de la información obrante en un computador con posterioridad de una visita, esta posibilidad mal podría servir como una excusa jurídicamente atendible para desconocer las funciones legales de esta Entidad y autoridad derivada de ellas”⁶.

Como se desprende de lo anterior, la capacidad informática de la Superintendencia no es una patente de corso para que los agentes visitados no le permitan a esta Entidad obtener la información que considere pertinente recabar en desarrollo de sus diligencias.

3.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con que la Superintendencia no le permitió al recurrente demostrar sus explicaciones.

No es de recibo que esta Superintendencia haya vulnerado el derecho de defensa del recurrente al no haberle decretado tres pruebas que pretendía hacer valer para soportar sus alegatos. Este Despacho recalca que los argumentos presentados por el recurrente para sostener lo anterior ya fueron decididos por la Delegatura para la Protección de la Competencia cuando resolvió⁷ el recurso de reposición que interpuso **GENERACIÓN** frente a la negativa probatoria.

En primer lugar, y respecto a los certificados de existencia y representación legal de las otras sociedades que se domicilian junto con **GENERACIÓN** en el lugar de la visita, este Despacho coincide con la Delegatura en el sentido de que el hecho de que existieran más sociedades en el mismo domicilio nunca fue cuestionado, por la sencilla razón que nada tenía que ver con el objeto de la presente actuación administrativa.

⁶ Folio 125 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷ Resolución No. 35379 del 8 de julio de 2015, Folios 96 a 99 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción”

En segundo lugar, respecto de la solicitud de testimonio del abogado de **GENERACIÓN** para explicar las razones por las cuales no podía asistir a la diligencia, el Despacho debe indicarle al recurrente que el objeto de esta prueba es claramente impertinente por cuanto, como ya se dijo, el hecho de que el abogado no pudiera asistir, aun con la más justificada de las razones, no puede derivar en la imposibilidad para la autoridad de acceder a la información que reposa en el domicilio en donde se está adelantando la visita administrativa. Adicionalmente, el Despacho coincide con la Delegatura en la medida en que el Acta de la diligencia es plena prueba de lo que aconteció en el curso de la diligencia, y que el abogado precisamente no asistió a la diligencia por lo que poco o nada puede aportar al trámite.

Por último, y respecto de la solicitud de practicar una nueva visita administrativa, este Despacho reitera que una nueva visita administrativa o una colaboración posterior, no puede eliminar la responsabilidad generada por los hechos consumados en la visita original.

Teniendo en cuenta todo lo dicho, no sólo no es cierto que la Superintendencia no haya permitido al recurrente demostrar sus argumentos, sino que los mismos no tuvieron la capacidad jurídica de exculpar su comportamiento y, en consecuencia, se mantendrá la decisión sancionatoria.

3.5. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la falta de proporcionalidad de la multa.

El despacho no coincide con el recurrente cuando considera que la multa es desproporcionada y confiscatoria.

En primer lugar, el hecho de haber utilizado el patrimonio del sancionado como criterio para la imposición de la multa no es un capricho de este Despacho, sino que constituye uno de los elementos de dosificación de las multas de personas jurídicas que establece el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, por medio del cual se modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en el cual se establece lo siguiente:

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

(...)

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

(...)

7. El Patrimonio del infractor.

(...)”

En consecuencia, el patrimonio necesariamente debe ser una de las variables a la hora de dosificar una multa, independientemente de que su valor, alto o bajo, sea consecuencia directa de decisiones de los órganos de la sociedad de repartir o capitalizar las utilidades.

Por otra parte, no puede acogerse la teoría de los recurrentes de que la multa deba limitarse a un porcentaje de las utilidades obtenidas en un año fiscal determinado, ya que esto generaría un incentivo perverso en contra de la prevención de conductas anticompetitivas.

Sobre el uso de la utilidad del infractor como criterio de dosificación de la multa, este Despacho ya se ha pronunciado y sostuvo lo siguiente:

“Tampoco pueden aceptarse las afirmaciones hechas por algunos recurrentes, al señalar que la sanción impuesta es confiscatoria por superar ostensiblemente sus utilidades netas. Las utilidades netas del infractor, vistas de manera aislada de otros criterios como el patrimonio y los ingresos operacionales, resultan insuficientes para formarse un juicio sobre el carácter proporcional o no de la sanción. Adicionalmente, resulta paradójico que los investigados acusen a la Administración de utilizar unos criterios supuestamente no previstos en la ley, pero cuando les resulta conveniente a sus intereses sí reclaman la aplicación de un criterio, como lo son las utilidades netas, que no solo no está en la ley colombiana, sino que tampoco lo contempla ninguna de las jurisdicciones del mundo

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción”

estudiadas, pues técnicamente es absurda su aplicación. No son las utilidades el criterio que puede utilizarse en el derecho de la competencia para sancionar, sí lo son los ingresos operacionales o ventas globales, las ventas del producto involucrado en la conducta o el patrimonio del infractor.”⁸

Si limitamos la capacidad sancionatoria a un porcentaje de las utilidades del infractor, un agente del mercado vería la colusión como un gran negocio, no solo porque lo único que puede perder es una porción de lo que puede obtener si viola la libre competencia, sino porque la probabilidad de que sea descubierto y sancionado es siempre relativa.

Tampoco es de recibo que la multa sea confiscatoria o desproporcionada. La dosificación de la multa está plenamente justificada, y en la Resolución Sancionatoria se desglosaron uno a uno los criterios tenidos en cuenta por el Despacho para su fijación. Al respecto, en la Resolución Sancionatoria se afirmó lo siguiente:

“Por su parte, respecto del proceso de dosificación de la multa a imponer, esta Entidad tiene en cuenta las condiciones, características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que acá se reprocha, y en ningún caso esta Entidad busca con su decisión excluir al investigado del mercado o fijar una cifra exigua con relación a su responsabilidad en la afectación causada.

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

La afectación de la competencia en el marco de procesos públicos de contratación constituye una práctica en extremo nociva para el Estado, pues como lo ha manifestado la OECD⁹ en sus “Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas”:

“El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad, así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas.¹⁰ Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo.”

Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado “Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia”. En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal.¹¹

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015.

⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

¹⁰ Cita dentro de la Cita: “En los países de la OCDE, las adquisiciones públicas representan cerca de 15 por ciento del PIB. En muchos países no miembro de la Organización, la cifra es incluso mayor, Véase OCDE, *Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007.”

¹¹ Cfr. OCDE, “*Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia*”, Página 9 “It is widely recognized that government procurement authorities are often victimized by private sector companies through bid rigging and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments- procurement by central Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia’s Gross Domestic Product, a figure

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

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

En cuanto al criterio de la dimensión del mercado sobre el cual se pudo haber adelantado la conducta anticompetitiva que se investigaba, es importante mencionar que al tratarse de una obstrucción de una investigación, este criterio en principio no aplicaría para la dosificación de la multa.

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

*Respecto del grado de participación del implicado, se encontró demostrado que **GENERACIÓN**, con su manera de proceder, incumplió con el deber de acatar en debida forma la solicitud de información formulada por esta autoridad en desarrollo de sus funciones legales, cuya información oportuna interesaba al trámite administrativo que fundó la visita practicada, el cual se vio obstruido por ello. Por ello, y para la dosificación de la multa a aplicar, se tendrá en cuenta el grado o nivel de la omisión de acatamiento, pues la negativa se dio sobre la totalidad de los documentos obrantes en el correo institucional y computador destinado para el manejo de la información relativa a la contratación con el Estado, la cual era el objeto de la diligencia.*

Ahora bien, la conducta procesal de la investigada genera un efecto neutro sobre la dosificación de la sanción, habida cuenta de que el infractor ejerció su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la agravación de la sanción, como tampoco alguna actuación que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa.

Frente a la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción, es importante mencionar que al tratarse de una obstrucción de una investigación, este criterio en principio no aplicaría para la dosificación de la multa.

*Así las cosas, al realizar un análisis de los factores de dosificación referidos, así como los criterios de proporcionalidad que cobijan las decisiones de esta Entidad, este Despacho determina que **GENERACIÓN COLOMBIA S.A.**, será multada con **CUATROCIENTOS QUINCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (415 SMLMV)**; equivalentes a **DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$286'123.825)**. El monto impuesto equivale al 5.01% del valor del patrimonio del infractor a 31 de diciembre de 2014 y al 0.42% de la de la multa máxima aplicable a personas jurídicas¹².*

Por lo anterior, atendiendo a que el recurrente no presenta argumentos con la capacidad de demostrar cómo la multa impuesta es confiscatoria o desproporcional, y que en la Resolución Sancionatoria se explicó completamente el proceso de dosificación de la multa, el valor impuesto no será modificado.

En mérito de lo expuesto,

somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD's 34 member countries. There are over 2,000 organizations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia."

¹² Folios 128 y 129 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción"

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 820 del 20 de enero de 2016, atendiendo a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la **GENERACIÓN COLOMBIA S.A.**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., el 22 ABR 2016

El Superintendente de Industria y Comercio,



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Luis Alberto Castell Borrero
Revisó: Felipe García Pineda
Aprobó: Pablo Felipe Robledo del Castillo

NOTIFICAR:

PERSONA JURÍDICA

GENERACIÓN COLOMBIA S.A.
NIT 830.006.910-6
Apoderado
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
CC. 19.489.933
T.P. 38.447 del C. S. de la J.
Dirección de notificación
Calle 72 No. 6-30 Piso 12
Bogotá D.C.