

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN NÚMERO 11705 DE 2016

Radicación 14-282958

(14 MAR 2016)

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

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 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 2 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2012, 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.

SEGUNDO: Que de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política de Colombia *"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"*.

TERCERO: Que de acuerdo con los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para realizar visitas administrativas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica. De igual forma, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia legal para solicitar a personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, comunicaciones, libros, papeles de comercio, libros de contabilidad y demás documentos privados que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

CUARTO: Que el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas, previa solicitud de explicaciones, por la obstrucción de investigaciones y actuaciones administrativas, y 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.

QUINTO: Que de conformidad con el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, es función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia *"Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial"*.

SEXTO: Que por medio del oficio radicado bajo el número 13-249612-17 del 27 de agosto de 2014¹, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura") ordenó practicar visita administrativa de inspección en las instalaciones de **DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S.** (en adelante "**DISCOVERY**"), ubicado en la

¹ Credencial de visita administrativa radicada con el No. 13-249612-17, folio 1 del Cuaderno Publico No.1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo hace referencia al radicado con el No. 14-282958.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

Autopista Medellín Kilómetro 7.1 Celta Trade Park, Bodega 2 Lote 41 Funza, Cundinamarca, con el fin de recopilar información relacionada con los procesos de contratación estatal en los cuales había participado, visita que se llevó a cabo el 27 de agosto de 2014 por los funcionarios de la Delegatura comisionados para tal fin.

SÉPTIMO: Que como consta en el Acta de visita administrativa del 27 de agosto de 2014², presuntamente se presentaron algunos hechos que habrían podido conllevar a la obstrucción de una actuación administrativa y/o a la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, los cuales se resumen a continuación:

7.1. La diligencia de la visita administrativa de inspección se inició a las 9:30 a.m. en las instalaciones de **DISCOVERY** con la presencia de los funcionarios comisionados por la Superintendencia de Industria y Comercio y fue atendida por **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO**, quien se desempeñaba como Gerente General de **DISCOVERY** para la época de los hechos³.

7.2. Durante el desarrollo de dicha diligencia, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio procedieron a solicitar información respecto de la participación de **DISCOVERY** dentro del proceso de selección número SASI-013-2013 adelantado por el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**. En tal virtud, **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO** identificó que el responsable del proceso de contratación estatal era **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** quien ostentaba el cargo de Director Cuentas Gobierno de **DISCOVERY** para la época en que se desarrollaron los hechos objeto del presente trámite.

7.3. En el curso de la diligencia, **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO** manifestó que **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** no se encontraba en las instalaciones de la empresa, por lo cual procedió a llamarlo para que se hiciera presente.

7.4. A las 12:00 p.m. **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** se presentó en las instalaciones de **DISCOVERY** con quien se adelantó diligencia de testimonio que inició a las 12:30 p.m. Finalizada la diligencia de testimonio, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio solicitaron que se les permitiera el acceso y la inspección al equipo de cómputo de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, marca SONY – Vaio S/N: 545282820002541 con el fin de realizar la toma de la imagen parcial de la información contenida dentro del mismo y continuar con la realización del procedimiento forense. Sin embargo, dicha petición fue rechazada por la Gerente General manifestando lo siguiente:

"No nos estamos negando, vamos a buscar asesoría en el tema sobre la entrega de información, nuestro abogado nos pidió un tiempo para poder asesorar mejor sobre el asunto, para verificar hasta qué (sic) punto estamos obligados a entregar información de esta manera, sin orden de autoridad competente".⁴

7.5. Ante la negativa por parte de la Gerente General de suministrar la información solicitada, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio procedieron a leer y explicar el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009, norma que garantiza el tratamiento reservado de la información de carácter confidencial. Así mismo se procedió a advertir sobre las sanciones en que se podría incurrir por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, incluyendo la obstrucción de investigaciones y/o la omisión de acatar en debida forma las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, establecidas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. Es importante resaltar que pese a que la visita administrativa finalizó a las 3:50 p.m., en ningún momento los funcionarios de esta Superintendencia recibieron respuesta de la presunta consulta elevada por **DISCOVERY** a su abogado, ni les fue permitido el acceso al computador de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**.

OCTAVO: Que de conformidad con el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, por medio de la comunicación radicada con el número 14-282958-0 del 24 de diciembre de 2014⁵, inició el presente trámite por el

² Folio 7 a folio 12 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³ Folio 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴ Folio 8 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵ Folio 1 a folio 6 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

posible incumplimiento de instrucciones y la eventual obstrucción de la visita administrativa realizada el 27 de agosto de 2014, y requirió a **DISCOVERY**, para que en ejercicio de su derecho de defensa, rindiera las explicaciones que estimara pertinentes y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer dentro del presente trámite administrativo.

NOVENO: Que mediante escrito radicado con el número 14-282958-1 del 19 de enero de 2015⁶, **DISCOVERY**, por intermedio de su representante legal **WILLIAM AUGUSTO SILVA BUSTOS** dio respuesta a la solicitud de explicaciones, sin que se solicitara la práctica de pruebas, presentando los siguientes argumentos:

- Que **DISCOVERY** había atendido los requerimientos hechos por esta Delegatura durante la visita administrativa del 27 de agosto de 2014 mediante comunicaciones identificadas con radicado número 13-249612-30⁷ y número 13-249612-32⁸.
- Que respecto de la petición de inspeccionar el computador de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, es una persona extraña a **DISCOVERY**, por ser un *"tercero independiente que se dedica al tema de negocios y licitaciones de orden gubernamental (contratación con el Estado), el cual, cuando obtiene negocios participa a nombre de nuestra empresa y de ser adjudicado (sic) y exitosa la contratación obtiene como contraprestación unos dividendos u (sic) comisiones de dichos negocios, pero siempre bajo el estricto cumplimiento de las condiciones propias de cada negociación"*⁹.
- Que las herramientas de trabajo de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** son *"de su uso y propiedad exclusiva"*¹⁰ y que por lo anterior, **DISCOVERY** no tienen la potestad para obligarlo a suministrarlas, especialmente su computador.
- Que el día que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó la visita administrativa, **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** aclaró que ante la solicitud de realizar la imagen parcial de la información contenida en su equipo de cómputo, *"suministraría la información precisa que se requiera, pero bajo su absoluta discrecionalidad como persona independiente dedicado al tema de negocios y licitaciones de gobierno"*¹¹.

DÉCIMO: Que mediante la Resolución No. 7313 del 25 de febrero de 2015¹², adicionada mediante Resolución No. 31584 del 23 de junio de 2015¹³, la Delegatura ordenó la práctica de unas pruebas.

DÉCIMO PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, así como lo ordenado en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y teniendo en cuenta la información que obra en el Expediente, procede este Despacho a establecer si **DISCOVERY** obstruyó la actuación administrativa y/o incumplió las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el curso de la visita administrativa de inspección que se pretendió realizar el 27 de agosto de 2014.

Para determinar la responsabilidad, este Despacho presentará el análisis desde tres aspectos: **i)** facultades legales otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio; **ii)** análisis de la conducta desplegada por **DISCOVERY**, durante la visita administrativa; y **iii)** respuesta a las explicaciones rendidas por la investigada frente al cargo que se le imputó, con el fin de concluir si tienen respaldo fáctico o jurídico.

⁶ Folio 13 a folio 17 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷ Folio 15 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸ Folio 16 y 17 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹ Folio 13 a folio 14 del Cuaderno Publico No.1 del Expediente.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Folio 19 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹³ Folio 189 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

11.1. 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 la libre competencia económica, en su condición de autoridad nacional de protección de la competencia.

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

"Artículo 1. Funciones generales. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o 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.

(...)"

Ahora bien, es importante tener en consideración lo previsto por el artículo 15 de la Constitución Política, que estableció una regla de cardinal importancia que regula las actividades de inspección, vigilancia y control de las autoridades administrativas, en concreto, la posibilidad que estas tienen de solicitar libros de contabilidad y demás documentos privados durante actuaciones en ejercicio de sus funciones.

En efecto, señala el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política que:

"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." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

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

En este sentido, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omita acatar en debida forma las órdenes e instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, o cuando se realice una obstrucción de las actuaciones de la autoridad de competencia, entre otras.

En efecto, el legislador previó como modalidad de conducta infractora al régimen de protección de la libre competencia *"(...) la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta"*, así como *"la obstrucción de las investigaciones (...)"*¹⁴.

¹⁴ Ley 1340 de 2009, Título V. Régimen Sancionatorio, artículo 25

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

A su turno, consagra el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, lo siguiente:

"Artículo 25 Monto de las Multas a Personas Jurídicas. El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

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

- 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 2. La dimensión del mercado afectado.*
- 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.*
- 4. El grado de participación del implicado.*
- 5. La conducta procesal de los investigados.*
- 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.*
- 7. El Patrimonio del infractor.*

Parágrafo. *Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción".*

En conclusión, constituye una infracción al régimen de protección de la competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos, acuerdos o abusos de posición dominante, sino también obstruir las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio o incumplir las instrucciones por ella impartidas.

11.2. Sobre la conducta de DISCOVERY

En el caso concreto, la actuación de **DISCOVERY** configuró una obstrucción de la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio el 27 de agosto de 2014, al impedir el acceso de los funcionarios a la información contenida en el computador del Director Cuentas Gobierno del proceso contractual No. SASI-013-2013, **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, circunstancia que afectó el adecuado desarrollo de las funciones de esta Entidad como autoridad nacional de protección de la competencia.

En relación con la conducta de **DISCOVERY** durante la visita administrativa realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio, el 27 de agosto de 2014, en el Acta respectiva se lee lo siguiente:

"(...)

*Una vez terminada la diligencia testimonial de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** el Despacho solicitó el acceso del equipo de cómputo de marca **SONY -Vaio** con Serial No. 545282820002541 a cargo del Director de Cuenta Gobierno, con el fin de realizar la imagen parcial de la información contenida en el equipo y continuar con la realización del procedimiento forense, el cual se explicó clara y concisamente en presencia de **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO** y **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, resaltando que*

“Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación”

este procedimiento tenía como finalidad garantizar la inalterabilidad de la información recaudada.

Con base a la solicitud anteriormente expuesta, la Gerente General se negó a suministrar la información y solicitó dejar textualmente en el acta la siguiente cita:

“No nos estamos negando, vamos a buscar asesoría en el tema sobre la entrega de información, nuestro abogado nos pidió un tiempo para poder asesorar mejor sobre el asunto, para verificar hasta qué punto estamos obligados a entregar información de esa manera, sin orden de autoridad competente”

(...)

Teniendo en cuenta la reiterada negativa al suministro de la información solicitada por el Despacho en el transcurso de la visita, los funcionarios terminaron la diligencia administrativa siendo las 3:50 p.m.

(...)”

Se configura de esta manera por parte de **DISCOVERY**, una conducta de obstrucción de la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio al no cumplir con las instrucciones y requerimientos impartidos a sus funcionarios durante la visita administrativa llevada a cabo el 27 de agosto de 2014 en las instalaciones de **DISCOVERY**.

La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que este tipo de conductas 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 Superintendencia de Industria y Comercio, sino que además resultan ser instrumentos idóneos para obstaculizar el acceso a las pruebas que eventualmente pueden dar cuenta de la comisión de conductas anticompetitivas que afectan al mercado y a los consumidores.

Así pues, la renuencia y falta de colaboración con la autoridad desplegada por **DISCOVERY** en el curso de la visita administrativa de inspección que se adelantó el 27 de agosto de 2014, reúne las características para ser considerada como una infracción al régimen de protección de la libre competencia por constituir una obstrucción de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, prevista en la Ley 1340 de 2009. Se trata de una diligencia programada por esta Entidad en ejercicio de sus funciones de inspección, control y vigilancia sobre protección del régimen de libre competencia; consistente en la visita de inspección administrativa a un agente del mercado, decretada en el curso de una averiguación preliminar.

Así las cosas, en el presente caso **DISCOVERY**, en lugar de prestar su colaboración con la autoridad y permitir el desarrollo de la visita administrativa de inspección, como era su obligación legal y constitucional, decidió obstruir el cumplimiento de las funciones de esta Superintendencia y desconocer las instrucciones de la autoridad de competencia, incluso ante las advertencias sobre las consecuencias que su renuencia podría acarrear.

11.3. Sobre las explicaciones de DISCOVERY

11.3.1. Sobre la supuesta colaboración efectiva de DISCOVERY

En el escrito radicado con el número 14-282858-1 de 19 de enero de 2015¹⁵, **DISCOVERY** rindió las explicaciones que consideró pertinentes dentro de la presente actuación por incumplimiento de instrucciones y obstrucción de la investigación manifestando:

(...)

En la visita referida en el asunto que nos ocupa, se prestó total atención y colaboración a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio, y ante la solicitud de información y documentación que se requirió para ser presentada con posterioridad, se dio cumplimiento oportuno.

¹⁵ Folios 13 a 14 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

(...)"

Al respecto es preciso aclarar que la presente actuación se inició por la negativa de **DISCOVERY**, durante la práctica de la visita administrativa, de permitir realizar la toma de la imagen parcial contenida en el equipo de cómputo de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**. Como puede advertirse, la razón de la presente actuación administrativa no se deriva del hecho de haber remitido o no una información con posterioridad a la terminación de la visita administrativa, motivo por el cual argumentar que **DISCOVERY** prestó la colaboración debida a la autoridad como consecuencia de la remisión de las comunicaciones radicadas con el número 13-249612-30¹⁶ y número 13-249612-32¹⁷, es impertinente para desvirtuar la obstrucción de la investigación por cuanto que, se reitera, esta se presentó *in situ* durante la visita administrativa y no por omitir enviar una determinada información después de terminada la visita en mención.

En este mismo sentido, tampoco puede ser de recibo el argumento de que **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** habría señalado que "(...) ante requerimiento en tal sentido suministraría la información precisa que se requiera, pero bajo su absoluta discrecionalidad como persona independiente dedicado al tema de "negocios y licitaciones de gobierno", por cuanto que, se reitera, la obstrucción de la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio se presentó efectivamente durante la visita administrativa al no permitir acceder a la información que reposaba en su computador.

Es evidente que durante la visita administrativa realizada en las instalaciones de **DISCOVERY** se le impidió a la Superintendencia de Industria y Comercio recabar la totalidad de la información solicitada, negando el acceso al equipo de cómputo de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, omitiendo el deber de acatar en debida forma los requerimientos hechos por la autoridad nacional de protección de la competencia y obstruyendo de esta manera la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio. En efecto, **DISCOVERY** obstruyó el objeto de la actuación administrativa que suscitó la apertura de este proceso por incumplimiento de instrucciones, en tanto no se le permitió a la Superintendencia de Industria y Comercio acceder a la documentación relacionada con el proceso de contratación estatal número SASI-013-2013 en el que había participado **DISCOVERY**.

11.3.2. Sobre la negativa de permitir el acceso al computador de JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA

Como quedó plasmado en el Acta de visita¹⁸ suscrita por **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO**, Gerente General de **DISCOVERY**, la negativa para llevar a cabo la toma de la imagen forense del equipo de cómputo referido en el presente acto administrativo, no obedeció a la supuesta ausencia de un vínculo laboral entre **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** y **DISCOVERY** como lo pretende hacer ver esta última en su escrito de explicaciones¹⁹. Por el contrario, lo que **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO** argumentó en su momento, fue la falta de conocimiento respecto a las facultades que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar la información que fue requerida en la visita administrativa.

En efecto, tal y como consta en el Acta de visita, **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO** empleó el siguiente argumento para obstaculizar la labor de los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que adelantaron la visita administrativa en las instalaciones de **DISCOVERY**:

*"No nos estamos negando, vamos a buscar asesoría en el tema sobre la entrega de información, nuestro abogado nos pidió un tiempo para poder asesorar mejor sobre el asunto, para verificar hasta qué (sic) punto estamos obligados a entregar información de esta manera, sin orden de autoridad competente"*²⁰. (Negrita fuera del texto).

Como se puede evidenciar, contrario a lo argumentado por **DISCOVERY** en su escrito de explicaciones, la razón por la cual en la visita administrativa **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO**

¹⁶ Folio 15 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁷ Folio 16 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁸ Folios 7 a 12 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁹ Folios 13 a 14 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁰ Folio 8 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

se negó a suministrar la información del equipo de cómputo de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, era la aparente necesidad de consultar con un abogado el alcance de las capacidades de vigilancia, inspección y control que le han sido conferidas a esta Entidad para adelantar visitas administrativas, consulta que como se mencionó previamente nunca se llevó a cabo pues al finalizar la visita administrativa no se tuvo razón de la misma, y por tanto, fue un obstáculo para suministrar la información requerida.

El argumento expuesto por **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO** en el curso de la visita administrativa, se fundamentó en la ignorancia de la ley, que en el caso particular versaba sobre el desconocimiento del alcance del inciso final del artículo 15 de la Constitución Política y de los numerales 62 y 63 del Decreto 4886 de 2011, desconocimiento que, aun asumiendo en gracia de discusión que fuere verdad, bajo ninguna circunstancia puede aceptarse como una justificación para entorpecer las funciones de policía administrativa en materia de protección de la libre competencia económica previstas en la ley y ratificadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Como bien lo establece el artículo 9 del Código Civil *"La ignorancia de las leyes no sirve de excusa."*

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que:

(...)

El recurso epistémico utilizado por el legislador es más bien la ficción, de uso frecuente y obligado en el derecho, y que en el caso específico que ocupa a la Corte puede expresarse de este modo: es necesario exigir de cada uno de los miembros de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que tienen que ver con su conducta.

(...)

El deber de observar el comportamiento prescrito por las normas jurídicas o afrontar las consecuencias negativas que se siguen de su transgresión, es presupuesto de todo ordenamiento normativo, bien sea que se lo formule explícitamente, como en la norma que se analiza, o que se halle subyacente e implícito, como en los regímenes donde prevalece el derecho consuetudinario.

La necesidad fáctica de ese presupuesto se confunde con el carácter fatalmente heterónimo que ostentan las normas jurídicas, puesto que la convivencia ordenada (propósito justificativo del Estado), no es dable si los deberes jurídicos no son exigibles con independencia de las representaciones cognitivas y de los deseos de quienes conforman la comunidad política. En otros términos: la obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita.

(...)²¹.

Así pues, no es de recibo para este Despacho la excusa dada por **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO**, Gerente General de **DISCOVERY**, pues como ya se mencionó en el Acta de visita suscrita, se explicaron las prerrogativas que le asisten a la Superintendencia de Industria y Comercio en estos eventos. Así mismo, se puede evidenciar que los funcionarios de esta Superintendencia dejaron claro que la información que se pretendía extraer, en caso de ser necesario, podría ser susceptible de un tratamiento reservado siguiendo los lineamientos dados por el artículo 15 de la Ley 1340 de 2009, con lo cual queda probado que **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** y **DISCOVERY**, contaban con todas las garantías que brinda el ordenamiento jurídico colombiano para este tipo de eventos.

11.3.3. Sobre la ausencia de un vínculo laboral entre DISCOVERY y JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA como justificante para no permitir la imagen parcial de su equipo de cómputo

Conforme a lo expuesto por **DISCOVERY** dentro del escrito de explicaciones, lo que presuntamente impidió que se le facilitara a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio el acceso al equipo de cómputo de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** en el curso de la visita administrativa, fue la aparente ausencia de una relación laboral entre **DISCOVERY** y **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**. Al respecto señalaron lo siguiente:

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-651 del 3 de diciembre de 1997.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

"(...)

Respecto del equipo de cómputo de propiedad del Sr. Alexander Mendoza, persona ajena a nuestra organización, el cual se explico (sic) es un tercero independiente que se dedica al tema de negocios y licitaciones de orden gubernamental (contratación con el Estado), el cual, cuando obtiene negocios participa a nombre de nuestra empresa y de ser adjudicado y exitosa la contratación obtiene como contraprestación unos dividendos u (sic) comisiones de dichos negocios, pero siempre bajo el estricto cumplimiento de las condiciones propias de cada negociación.

(...)²².

Si bien es cierto que en los pagos de nómina y en las planillas de pagos de aportes parafiscales de **DISCOVERY**²³ no aparece el nombre de **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, este era el Director Cuentas Gobierno, de conformidad con lo señalado en el curso de la visita administrativa el encargado de adelantar a nombre **DISCOVERY**, el proceso de contratación estatal No. SASI-013-2013 en el que esta última se presentó como proponente.

En este orden de ideas, no resulta razonable para esta Superintendencia que **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, presuntamente sea una persona completamente ajena a **DISCOVERY**, pero que se presente ante terceros como Director Cuentas Gobierno de **DISCOVERY** como consta en la tarjeta corporativa, entregada en el curso de la visita administrativa:

Imagen No. 1. Tarjeta corporativa de ALEXANDER MENDOZA MENDOZA



Fuente: información obrante a folio 200 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

A su vez, llama la atención de este Despacho que, aun cuando **DISCOVERY** manifiesta que no cuenta con ningún vínculo con **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, éste tenga asignado una cuenta de correo electrónico institucional: alexander.mendoza@discoverycomputer.net.co, que generalmente es asignado a los trabajadores o contratistas de una empresa para que desarrollen las funciones propias para las cuales fueron contratados.

Tampoco resulta coherente la tesis según la cual **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** no se encontraba vinculado con **DISCOVERY** para la época de los hechos, con el hecho de que **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO** lo hubiese identificado como Director Cuentas Gobierno durante la visita del 27 de agosto de 2014. En efecto, cuando el Despacho solicitó información relacionada con el proceso de contratación estatal número SASI-013-2013, **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO**, manifestó:

"(...) el Despacho precedió a solicitar información respecto del proceso contractual No. SASI-013-2013, a lo que nos indica **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO**, que la persona encargada de este proceso es **JAIRO ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, quien ostenta el cargo de Director Cuenta Gobierno, el cual no se encuentra actualmente en las instalaciones de la empresa por lo cual se procedió a llamarlo para que se hiciera presente.

(...)²⁴

²² Folio 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²³ Folio 26 a folio 128 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

²⁴ Folio 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

En adición a lo anterior, el 27 de agosto de 2014 durante la práctica del testimonio de **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** realizado en las instalaciones de **DISCOVERY**,²⁵ este fue enfático en afirmar el cargo que ocupaba al interior de **DISCOVERY**. Efectivamente, **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** estando bajo la gravedad de juramento se identificó como Director Cuentas Gobierno de **DISCOVERY**:

"(...)

Pregunta del Despacho: *¿Indique a este Despacho cuál es su ocupación actual y especifique el cargo?*

Respuesta: *En este momento trabajo como el director de cuentas gobierno de DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS.*

Pregunta del Despacho: *¿Desde qué fecha labora en esta empresa?*

Respuesta: *Desde el 28 de noviembre del año 2010, si la memoria no me falla.*

Pregunta del Despacho: *¿Cuáles son sus funciones?*

Respuesta: *Soy la persona que maneja una unidad que se llama cuentas gobierno y me dedico básicamente a la presentación de ofertas para entidades estatales me encargo de coordinar y presentar esas ofertas a las entidades estatales.*

(...)

Pregunta del Despacho: *¿Tiene conocimiento del proceso de selección abreviada subasta inversa adquisición de bienes de características técnicas uniformes ICBF SASI No. 013 del 2013 cuyo objeto consistió en la adquisición de equipos de cómputo e impresoras para el ICBF?*

Respuesta: *Si, fue un proceso del año pasado creo o año, creo la presentación fue en agosto y la subasta fue en septiembre.*

Pregunta del Despacho: *¿Cómo se entera Usted de este proceso?*

Respuesta: *Ese proceso que nosotros venimos manejando directamente desde los estudios previos ustedes pueden revisar directamente en la página en donde aparece todo el historial de ese proceso, aparecemos desde los estudios previos, haciéndole la labor de cotizarle a la entidad el requerimiento que ellos tienen para que ellos puedan hacer su estudio de mercado y poder salir y hacer todo el proceso de compra desde los estudios previos.*

(...)

Pregunta del Despacho: *¿Para la fecha del proceso de selección que le estamos mencionando qué cargo tenía Usted y cuál era su función?*

Respuesta: *El mismo, director de cuentas gobierno y la función era coordinar y gerencia la presentación de procesos ante entidades estatales. Esa es básicamente la función.*

(...)"

De igual modo, **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO** recalcó la importancia de las funciones que desempeñaba **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** para **DISCOVERY** en el marco de los procesos de contratación estatal. En este sentido, el 27 de agosto de 2014, en el curso de la visita administrativa, se llevó a cabo el testimonio de **CARMEN VIRGINIA LÓPEZ CAICEDO**,²⁶ quien respondió lo siguiente frente a las preguntas formuladas en relación con la estructuración de las propuestas económicas y la realización de los lances en los procesos en los que el Estado contrata bienes y servicios:

"(...)

²⁵ Folio 195 del Cuaderno Reservado no. 1 del Expediente.

²⁶ Ibidem.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

Pregunta del Despacho: ¿Y la persona que se encarga de aprobar estas estructuras económicas, estas ofertas económicas si trabaja acá?

Respuesta: Normalmente ALEXANDER hace toda la gestión, él es como, imagínate la figura de un gerente comercial, sí, donde él maneja, libremente pues, muchas cosas, cumpliendo, existen unos requisitos mínimos que le da la compañía que tiene que hacer.

Pregunta del Despacho: ¿Cuál es el apellido de ALEXANDER?

Respuesta: MENDOZA

(...)

Pregunta del Despacho: Me dice que la persona que realiza los lances es ALEXANDER MENDOZA. ¿Él necesita autorización de alguien para realizar estos lances?

Respuesta: Ya te digo le damos el tope mínimo al que se puede bajar y el lances entre estos al que él considere.

(...)

Pregunta del Despacho: ¿Tiene Usted conocimiento desde qué lugar y equipo se realizaron los lances para este proceso?

Respuesta: Tendría que revisarlo, normalmente del computador de él.

Pregunta del Despacho: ¿De Alexander? ¿Es el equipo, computador que tiene la llave de certicamaras?

Respuesta: Sí.

(...)"

Aunado a lo anterior, al momento de practicar el testimonio de **ALEX MAURICIO NIETO MURCIA**²⁷ funcionario de **DISCOVERY**, este reiteró que **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** era la persona encargada de confeccionar la parte económica de la propuesta presentada en el proceso de contratación estatal número SASI-013-2013, y a su vez fungía como su jefe, lo que resulta contradictorio con lo argumentado en el escrito de explicaciones presentado por **DISCOVERY**, en el que se indicó que **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** era un tercero independiente que eventualmente obtenía contraprestación "unos dividendos u (sic) comisiones" cuando los procesos de contratación estatal en los que participa a nombre de **DISCOVERY**, le eran adjudicados:

(...)

Pregunta del Despacho: ¿Tiene conocimiento del proceso de selección abreviada subasta inversa adquisición de bienes de características técnicas uniformes ICBF SASI No. 013 de 2013 cuyo objeto consistió en la adquisición de equipos de cómputo e impresoras para el ICBF?

Respuesta: Sí señor

(...)

Pregunta del Despacho: ¿Qué cargo tenía Usted para ese entonces y cuál era la función que desempeñó?

Respuesta: Asistente técnico de gobierno y las funciones son revisión de fichas técnicas

(...)

Pregunta del Despacho: ¿Tiene Usted conocimiento de cuál fue el procedimiento que llevaron ustedes para la elaboración de la propuesta para presentarse en este?

Respuesta: ¿El procedimiento? Sí claro, pues revisión de tema jurídico, experiencia y tema técnico.

²⁷ Ibidem.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

Pregunta del Despacho: *¿Tiene Usted conocimiento de cómo se estructuran los costos para la elaboración de la oferta económica? Hay tres (3) puntos para la presentación de contratación que es jurídico, económico y técnico. ¿Tiene Usted conocimiento de cómo se elaboró esa propuesta económica?*

Respuesta: *No señor.*

Pregunta del Despacho: *¿Ni el equipo que la conforma?*

Respuesta: *Ah Okey, la parte jurídica, ALBA MORENO, la parte técnica ALEX NIETO y la parte económica ALEXANDER MENDOZA.*

(...)

Pregunta del Despacho: *¿Tienes Usted conocimiento desde qué lugar y equipo se utilizó para hacer los lances de esa propuesta?*

Respuesta: *De nuestro jefe ALEXANDER MENDOZA.*

Pregunta del Despacho: *¿Él no cuenta con el equipo dentro de las instalaciones dentro de la entidad o sí cuenta con un equipo en donde él trabaje para hacer este tipo de ofertas económicas y este tipo de lances?*

Respuesta: *Pues él se presenta, pues aquí con nosotros para realizar una propuesta pero obviamente en la subasta, él se ubica en un lugar adecuado para poder realizarla.*

(...)."

En este sentido, y teniendo en cuenta que en el computador y correo electrónico asignado por **DISCOVERY** a **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA**, quien cumple funciones de Director Cuentas Gobierno, reposaba información comercial relevante para el trámite que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, así como que el acceso a dicha información se negó con base en argumentos que no tienen virtualidad de exonerar la responsabilidad de **DISCOVERY**, este Despacho sancionará a **DISCOVERY** por cuanto su conducta se adecúa típicamente a las prohibiciones contenidas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en particular obstrucción de las actuaciones administrativas que adelante esta Superintendencia como autoridad nacional de protección de la competencia.

DÉCIMO SEGUNDO: Que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer a las personas jurídicas, sanciones pecuniarias hasta por el equivalente de cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, o hasta el 150% de la utilidad obtenida con el actuar, 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, entre otras.

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

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

Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

(...)" (Negritas fuera de texto)

Conforme a lo analizado anteriormente, la actuación de **DISCOVERY** al impedir la extracción de la información contenida en el equipo de cómputo requerido por esta Entidad, afectó el adecuado desarrollo de las facultades de esta Superintendencia como autoridad de protección de la

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

competencia. Así mismo, no acatar la solicitud formulada por esta Entidad 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; situación que llevó a una clara obstaculización del correcto ejercicio de las funciones de esta Entidad dentro del radicado bajo el cual se adelantó la diligencia.

Por lo tanto, impedir que los funcionarios obtuvieran la información pertinente en la visita limitó el actuar de la Entidad para poder determinar, como se dijo en párrafos anteriores, la posible existencia de unos supuestos de hecho que eventualmente pudieran constituir una infracción de las normas sobre libre competencia, y obtener información que permita identificar los presuntos responsables de estos actos.

Es por ello que este tipo de actuaciones resultan igual de reprochables a la violación misma de las normas de protección de la competencia, pues con ellas no sólo se desconoce la autoridad de la Entidad, sino que pueden convertirse en un fuerte incentivo para el desconocimiento de tales disposiciones. Es así como el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, le concede al Superintendente la posibilidad de imponer multas, previa solicitud de explicaciones, en casos como el anotado.

En conclusión, es claro para esta Superintendencia que en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la competencia, le es posible realizar visitas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios. Además, en caso de que no sea atendida la visita o se impida el acceso a la información requerida, es posible sancionar a quien se rehúse a prestar la colaboración, previa solicitud de explicaciones.

Una vez comprobada la realización de la conducta por parte del sujeto objeto del presente trámite y sin razón jurídica que le exima, procede este Despacho a determinar el monto de la sanción a aplicar a **DISCOVERY**. Teniendo en cuenta los criterios establecidos en la ley, la autoridad de competencia debe asegurar que los efectos de prevención general y prevención especial de la sanción se realicen en forma efectiva, esto es, que tanto los individuos como las personas jurídicas que participan en el mercado se vean disuadidos de infringir la ley.

Por otro lado, de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la Superintendencia de Industria y Comercio debe ejercer su potestad sancionadora de forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad perseguida con la norma, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

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.

En el presente caso, el criterio de *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, 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 OECD²⁸ en sus "*Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*".

²⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

"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.²⁹ 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.³⁰

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, la utilidad percibida por **DISCOVERY** sólo se puede definir como el costo de oportunidad sufrido por la Superintendencia de Industria y Comercio al no poder realizar a cabalidad la diligencia por no poder recabar la totalidad de las evidencias requeridas, que como se explicó anteriormente, no puede calcularse con precisión en la medida en que no se permitió el acceso al equipo de **ALEXANDER MENDOZA MENDOZA** para definir cuántos y de qué calidad probatoria eran los documentos obrantes en él.

Respecto del *grado de participación del implicado*, se encontró demostrado que **DISCOVERY**, 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 lo anterior, 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

²⁹ 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."*

³⁰ 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 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."*

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S., será multada con **SETECIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (750 SMLMV)**; equivalentes a **QUINIENTOS DIECISIETE MILLONES NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$517.091.250)**. El monto impuesto equivale al 9.49% del valor del patrimonio del infractor a 31 de diciembre de 2014 y al 0.75% de la de la multa máxima aplicable a personas jurídicas.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S.**, identificado con NIT 830.014.795-9, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, por ejecutar una obstrucción de una averiguación preliminar de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

En consecuencia, **IMPONER** una sanción pecuniaria a **DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S.**, identificada con el NIT 830.014.795-9, por valor de **QUINIENTOS DIECISIETE MILLONES NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$517.091.250)**, equivalentes a **SETECIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (750 SMLMV)**.

Parágrafo: 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 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 aquí 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 SEGUNDO. ORDENAR a **DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S.**, que en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que realice la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S.** informa que:*

*Mediante Resolución No. _____ expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S.** por haber contravenido lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 al omitir acatar en debida forma las instrucciones impartidas por la **SIC** en desarrollo de la visita administrativa adelantada en sus instalaciones y así obstruir una actuación administrativa.*

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 y deberá remitirse una copia de la misma a esta Superintendencia dentro de los diez (10) días siguientes a haberse publicado.

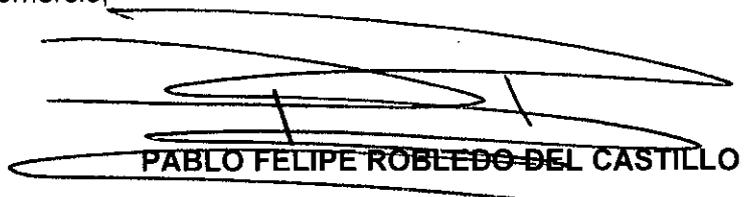
ARTÍCULO TERCERO. NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S.**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición el cual podrá interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

"Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación"

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los 14 MAR 2016

El Superintendente de Industria y Comercio,



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Angélica Navarro Acevedo
Revisó: Felipe García Pineda
Aprobó: Pablo Felipe Robledo del Castillo

Radicado No: 14-282958

Notificaciones:

DISCOVERY ENTERPRISE BUSINESS S.A.S
NIT: 830.014.795-9
Autopista Medellín Kilómetro 7.1 Celta Trade Park Bodega 2
Lote 41
Correo electrónico: gerencia@discoverycomputer.net.co
Funza - Cundinamarca – Colombia.
WILLIAM AUGUSTO SILVA BUSTOS
Representante Legal