

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN **27305** DE 2019(**10 JUL 2019**)

Rad.: 18-148510

*“Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones”***EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de facultades legales, especialmente las previstas en la Ley 1340 de 2009, el 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 2011, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.

SEGUNDO: Que de acuerdo con lo establecido en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, “[p]ara 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 según lo dispuesto en 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, 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 “[i]niciar 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 mediante memorando interno con radicado No. 16-223755-0 del 31 de agosto de 2016, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó adelantar una averiguación preliminar para establecer si en el proceso de selección contractual VJ-VE-APP-IPV-007-2015/VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016 (en adelante “Tercer Carril Bogotá-Girardot”) adelantado por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI** se presentó una práctica restrictiva de la libre competencia económica.

En virtud de lo anterior, y de acuerdo a las facultades otorgadas a esta Superintendencia por los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la Delegatura para la Protección

“Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones”

de la Competencia (en adelante la “Delegatura”) practicó visitas administrativas de inspección en las instalaciones de diferentes proponentes en el proceso de selección mencionado, incluyendo a **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.** (en adelante “**CONCONCRETO**”). Dichas visitas se realizaron los días 6, 7, 22 y 23 de septiembre de 2016 y 13 y 14 de marzo de 2017.

En el marco de lo anterior, la Delegatura requirió información relacionada con la actuación administrativa adelantada (correos electrónicos, celulares y computadores institucionales de los funcionarios de la empresa visitada) y solicitó practicar las declaraciones que consideró útiles, pertinentes y conducentes.

SÉPTIMO: Que en el transcurso de las visitas mencionadas, la Delegatura identificó unos hechos que en su concepto podrían configurar un incumplimiento a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y una obstrucción de la actuación administrativa que se encontraba adelantando, los cuales se resumen a continuación:

7.1. El 6 y 7 de septiembre de 2016, funcionarios de la Delegatura adelantaron una visita administrativa en las instalaciones de **CONCONCRETO** en la ciudad de Medellín. El 7 de septiembre de 2016, siendo las 11:57 a.m., **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, presidente de **CONCONCRETO**, envió mensajes de *WhatsApp* a otros empleados, que se encontraban atendiendo la visita, buscando limitar el contenido de las declaraciones que fueran a rendir ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Así, les solicitó ser lo más concretos posible en las respuestas dadas a la Entidad y decir lo mínimo posible.

7.2. El 22 de septiembre de 2016, funcionarios de la Delegatura adelantaron una nueva visita administrativa a las instalaciones de **CONCONCRETO** en la ciudad de Medellín. Durante dicha diligencia, solicitaron la comparecencia y declaraciones de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, presidente de la compañía y **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA**, vicepresidente de infraestructura. También se solicitó el acceso a sus equipos celulares corporativos.

7.3. Que el mismo 22 de septiembre, mientras los funcionarios de la Delegatura adelantaban la visita en las instalaciones de **CONCONCRETO**, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** sostuvo diferentes comunicaciones vía *WhatsApp* con empleados de la compañía, específicamente con **FELIPE ROCHA SILVA**, vicepresidente de inversiones, y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, vicepresidenta de servicios compartidos, a quienes les dio instrucciones de eliminar información respecto a los asuntos objeto de la visita administrativa y buscar la forma de ocultar su equipo de cómputo a los funcionarios de la Delegatura.

7.4. Que ese mismo día, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** envió mensajes de *WhatsApp* a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, representante legal de la empresa **VINCI CONCESSIONS**, dándole instrucciones de borrar información respecto a los asuntos objeto de la visita administrativa.

OCTAVO: Que en virtud de lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, la Delegatura expidió la Resolución No. 35525 del 24 de mayo de 2018¹ (en adelante la “Resolución No. 35525 de 2018”), por medio de la cual se inició el presente trámite administrativo sancionatorio, y se otorgó a **CONCONCRETO**, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** (presidente de **CONCONCRETO**) y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (vicepresidenta de asuntos compartidos de **CONCONCRETO**), un plazo de diez (10) días, contados a partir de la notificación de dicha Resolución, para ejercer su derecho de defensa, y presentar las explicaciones que estimaran pertinentes, aportando y solicitando las pruebas que pretendieran hacer valer en esta actuación administrativa.

NOVENO: Que mediante la Resolución No. 51292 del 23 de julio de 2018², la Delegatura decretó algunas pruebas testimoniales y documentales solicitadas por los investigados y rechazó algunas pruebas testimoniales por inútiles.

¹ Folios 69 a 73 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 18-148510.

² Folios 190 a 191 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

Contra la anterior decisión, mediante escrito con radicado No. 18-148510-17 del 27 de julio de 2018³, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 61037 del 24 de agosto de 2018⁴, rechazándolo y requiriendo a todos los investigados para que aportaran determinada información financiera al Expediente.

DÉCIMO: Que mediante escrito radicado con el No. 18-148510-24 del 31 de agosto de 2018⁵, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** presentó recusación contra el entonces Superintendente de Industria y Comercio, **PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**, por encontrarse supuestamente incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 11 del artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante "CPACA").

Así mismo, mediante escrito con radicado No. 18-148210-30 del 7 de septiembre de 2018⁶ el Superintendente de Industria y Comercio, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 12 del CPACA, puso en conocimiento del Ministro de Comercio, Industria y Turismo el escrito de recusación de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** para que se resolviera lo que en derecho correspondía.

Mediante Resolución No. 1883 del 24 de septiembre de 2018⁷, el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** declaró improcedente la recusación formulada por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, toda vez que el 20 de septiembre de 2018 el Presidente de la República designó como nuevo Superintendente de Industria y Comercio a **ANDRÉS BARRETO GONZALEZ**, quien tomó posesión el 21 de septiembre de 2018. En este sentido, el Superintendente de Industria y Comercio recusado no sería el encargado de expedir la decisión definitiva.

DÉCIMO PRIMERO: Que este Despacho advierte que en la Resolución No. 35525 de 2018, por medio de la cual se dio inicio a la presente actuación, la Delegatura imputó a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** la supuesta violación al artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en lo relacionado con el incumplimiento de instrucciones y la obstrucción de la actuación administrativa de esta Superintendencia.

Sin embargo, se advierte que dado que dichos investigados no ostentaban la calidad de agentes de mercado en el presente caso, sino de facilitadores de la conducta violatoria del régimen de libre competencia, la norma aplicable a su conducta era el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por este motivo, y en aras de garantizar los principios de congruencia y debido proceso, así como del derecho a la defensa, este Despacho no se pronunciará sobre la conducta de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**.

Sin embargo, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 del CPACA, esta Autoridad podrá corregir las irregularidades que se hayan presentado, con el fin de ajustarlas a derecho. Por este motivo, si bien se ordenará archivar la presente investigación contra **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, se remitirá el Expediente a la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para que, en el marco de sus funciones, considere si existe mérito suficiente para abrir investigación contra dichas personas naturales por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción al régimen de protección de la competencia imputada a **CONCRETO** en el presente caso.

³ Folios 192 a 197 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴ Folios 217 a 218 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵ Folios 222 a 237 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁶ Folios 245 a 248 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁷ Folios 253 a 258 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones”

Teniendo en cuenta lo anterior, por sustracción de materia, las explicaciones ofrecidas por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** no serán objeto de pronunciamiento en el presente acto administrativo.

DÉCIMO SEGUNDO: Que mediante escrito radicado con el No. 18-148510-12-1 del 27 de junio de 2018⁸, **CONCRETO** presentó las respectivas explicaciones, en las que adujo los siguientes argumentos:

- **CONCRETO**, a través de sus funcionarios, estuvo dispuesta a colaborar en todo momento, haciendo entrega de toda la información que le fue solicitada por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- **CONCRETO** cuenta con una estructura corporativa que exige que la toma de decisiones de la compañía se someta a un proceso interno, en el que participan los diferentes órganos corporativos y que está guiada por el Código de Buen Gobierno Corporativo de la empresa. No obstante, la imputación realizada por la Delegatura en el presente proceso está basada en el actuar individual de una sola persona natural.
- La Superintendencia de Industria y Comercio accedió y adquirió toda la información solicitada de la compañía y que estaba relacionada con todos sus directivos.
- En el presente caso no se cuenta con ningún medio de prueba que dé cuenta de instrucciones dadas por los órganos corporativos de deliberación de **CONCRETO** (Junta Directiva) encaminados a obstruir la investigación.
- Las actuaciones individuales de alguno de los funcionarios de **CONCRETO** no pueden comprometer la responsabilidad de la sociedad. En cualquier caso, de considerarse que el comportamiento de los empleados de la compañía vincula a **CONCRETO**, debe tenerse en cuenta que dicha conducta constituyó un actuar “*Ultra Vires*”.
- Al momento de imponerse una sanción bajo el régimen administrativo sancionatorio, la autoridad debe considerar si la conducta del administrado causó un daño al interés jurídico, y la magnitud que tuvo dicho daño. En este sentido, la conducta de **CONCRETO** en el presente caso no puede considerarse como antijurídica, en la medida en que no puso en peligro el bien jurídico protegido, consistente en la capacidad de la entidad estatal de desarrollar sus actividades de intervención respecto a los particulares.
- La imputación hecha por la Delegatura a **CONCRETO** consistió en la inobservancia y obstrucción a una investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio. En este sentido, el bien jurídico protegido por la norma supuestamente vulnerada consiste en la capacidad de ejercer sus facultades de sancionar y realizar investigaciones, disuadiendo su obstrucción o el incumplimiento de sus instrucciones por parte de los particulares. De esta forma, para que la conducta pueda ser considerada antijurídica debe poner en riesgo precisamente su capacidad de recopilar pruebas y realizar averiguaciones preliminares. No obstante, la Entidad tuvo acceso y recibió, por parte de los funcionarios de **CONCRETO**, toda la información solicitada durante las visitas administrativas.
- Debe resaltarse que los mensajes intercambiados por los empleados de **CONCRETO**, a través de una aplicación no corporativa, carecen de envergadura para configurarse como prueba de la responsabilidad de **CONCRETO** por la conducta investigada. Lo anterior, toda vez que *WhatsApp* es una aplicación de uso personal y no institucional.
- En este sentido, los empleados de **CONCRETO** se intercambiaron mensajes en un contexto privado, que no hace ninguna relación con los negocios o actividades comerciales de la compañía.
- La Superintendencia de Industria y Comercio hizo una lectura de los mensajes de *WhatsApp* recolectados de una manera selectiva, sin constatar que lo establecido en los mismos no era otra cosa que las instrucciones dadas por los abogados externos de la compañía, respecto a la

⁸ Folios 135 a 189 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

forma cómo debía procederse ante las visitas administrativas. En este sentido, la conducta de **CONCRETO** iba encaminada exclusivamente a conocer el alcance de la visita.

- Los mensajes obtenidos hacían referencia únicamente al concepto rendido por los asesores jurídicos de **CONCRETO** respecto a que si la Entidad quería tener acceso a los correos electrónicos de los empleados de la compañía, debía ponerse a disposición de la Entidad un computador para que pudiera hacerlo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no cuenta con ninguna prueba que demuestre un engaño o una intención de engañar a los funcionarios de la Delegatura por parte de los empleados de **CONCRETO**.
- Inicialmente, en las primeras visitas administrativas, no se pidió acceso al computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**. Dicha solicitud, se hizo únicamente cinco (5) meses después de la primera visita de septiembre del 2016. Adicionalmente, una vez se solicitó el computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, este último dio la clave de acceso sin ninguna resistencia y, adicionalmente, aportó días después un disco duro que contenía un *Back Up* de toda la información de su computador.
- No hay prueba de que **CONCRETO** haya afectado la capacidad de la Superintendencia de Industria y Comercio de recopilar información en el caso concreto, razón por la cual no puede hablarse de una obstrucción a una investigación.

DÉCIMO TERCERO: Que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, así como con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y teniendo en cuenta la información que obra en el Expediente, este Despacho procederá a establecer si **CONCRETO** incurrió en la conducta prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 consistente en incumplir las solicitudes, órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y, con ello, obstruir la actuación administrativa adelantada con radicado No. 16-223755.

Para determinar su responsabilidad, este Despacho analizará los siguientes aspectos: (i) facultades legales otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio; (ii) la conducta desplegada por **CONCRETO** durante las visitas adelantadas en el marco de la actuación administrativa con radicado No. 16-223755; y (iii) las explicaciones rendidas por **CONCRETO** frente a los cargos que le fueron imputados, con el fin de concluir si tienen respaldo fáctico o jurídico.

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

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

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

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

“Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones”

(...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

(...).”

Al respecto, es importante tener en consideración lo previsto en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política, que estableció una regla de cardinal importancia en relación con las actividades de inspección, vigilancia y control que ejercen las autoridades administrativas. En concreto, esta disposición alude a la posibilidad que tienen estas autoridades de solicitar libros de contabilidad y demás documentos privados durante actuaciones que adelanten en ejercicio de sus funciones:

“**Artículo 15.** (...)”

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

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

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

“De esta forma, en el marco de las visitas de inspección, las superintendencia están facultadas para, entre otras: (i) ingresar a las instalaciones de las empresas y examinar sus archivos; (ii) recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete; (iii) solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y (iv) tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa”⁹.

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

En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omite acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y/o se obstruyan sus actuaciones, entre otros.

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

“**Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.** Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información,

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

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.

(...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto).

A partir de lo anterior, es posible establecer que la norma prevé como una modalidad de conducta infractora del régimen de protección de la libre competencia económica "(...) *la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, [así como] la obstrucción de las investigaciones (...)*".

De esta forma, se entiende que los incumplimientos de instrucciones y las obstrucciones de las actuaciones administrativas que adelante esta Superintendencia revisten la misma gravedad de las conductas catalogadas como anticompetitivas, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular. Esta postura ha sido incluso respaldada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"En opinión de la Sala por la forma en que está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que el legislador considera igualmente censurable que se desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.

Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, (...)"¹⁰. (Negrillas y subrayado fuera del texto).

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

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

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)" (Negrillas y subrayado fuera del texto).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 17 de Mayo de 2002. Rad. No.: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893).

“Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones”

En conclusión, no cabe duda que a la luz del ordenamiento jurídico nacional, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos, acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también incumplir las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y obstruir las actuaciones de esta Autoridad, así como el colaborar, facilitar, ejecutar, tolerar o autorizar las conductas antes descritas

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

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

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

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

En este sentido, dicha norma señala lo siguiente:

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

(...)

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

(...)”. (Subraya y negrilla fuera de texto)

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

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

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

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

(...)

11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, **incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones**, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

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

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

13.3. Sobre la conducta analizada en el caso concreto

Establecida la facultad de este Despacho para sancionar conductas encaminadas a la obstrucción de las actuaciones administrativas en cabeza de esta Superintendencia, o el incumplimiento de órdenes o instrucciones dadas por esta Entidad, se pone de presente que este Despacho evidenció, de acuerdo a las pruebas que obran en el Expediente, que **CONCRETO**, por intermedio de su presidente y representante legal, adelantó una serie de conductas encaminadas deliberadamente a obstruir las visitas administrativas de los días 7 y 22 de septiembre de 2016, de forma que esta Superintendencia no pudiera recopilar toda la información institucional necesaria para su investigación.

Dichas conductas consistieron esencialmente en: (i) instrucciones dadas por el representante legal de la empresa a diferentes empleados de alto rango, sobre la forma como debían responder a los requerimientos de esta Superintendencia; (ii) órdenes e instrucciones de borrar información relacionada con los diferentes procesos de contratación adelantados por la compañía, que era el objeto de las visitas; y (iii) la puesta en marcha de una obstrucción para que los funcionarios de la Delegatura no lograran tener acceso a algunos de los equipos de cómputo institucionales de gran relevancia para el ejercicio de sus funciones.

De esta forma, en primer lugar, existe prueba que durante la visita del 7 de septiembre de 2016, el presidente de **CONCRETO** contactó por medio de la aplicación de mensajería *WhatsApp* a los empleados **FELIPE ROCHA SILVA**, vicepresidente de inversión, y **JORGE HERNÁN JIMÉNEZ JARAMILLO**, secretario general y representante legal para asuntos jurídicos, quienes se encontraban atendiendo la visita administrativa, con el fin de buscar determinar las respuestas que debían darse a los funcionarios de la Delegatura en caso de que fueran sometidos a interrogatorios, facultad prevista en el numeral 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011.

Esto puede evidenciarse en la siguiente cadena de mensajes:

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

"De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Saludos. Espero que esto sea confidencial como dicen. Respecto a la crisis **lo más importante es que todos digamos lo mismo y lo mínimo posible**. El mayor riesgo es que enreden la adjudicación antes de la firma del contrato.

Hay que involucrar a Bernardo y contarle lo que está pasando para **que la respuesta de él sea la misma y lo mínimo posible**"¹¹. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, esta conversación da cuenta de una clara obstrucción a la visita administrativa adelantada por esta Superintendencia. En efecto, lo que espera esta Entidad cuando hace uso de sus facultades previstas en el numeral 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de

¹¹ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones”

2011 para interrogar en el transcurso de las visitas administrativas a los empleados de una compañía, son declaraciones libres y espontáneas sobre aspectos que resultan relevantes para determinar el cumplimiento de las normas cuyo control le compete, de forma que pueda cumplirse con la finalidad de la norma, que es precisamente el “**esclarecimiento de los hechos**” y no una manipulación de los mismos, encaminada a dar la “*misma*” respuesta o limitar su alcance a “*lo mínimo posible*”.

Adicionalmente, ese mismo día, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** manifestó su voluntad de “*limpiar*” o eliminar información relevante de su computador y correo electrónico, para después volverlo a poner a disposición de esta Superintendencia. Lo anterior, para este Despacho es una muestra más que suficiente, por un lado, de la clara intención del representante legal de **CONCRETO** por impedir que los funcionarios de esta Entidad accedieran a información de la compañía y, por el otro, de hacer caer en un error a la Autoridad, haciéndola creer que se encontraba inspeccionando el computador en su estado natural cuando no era así.

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

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: *Esta noche llamo a Jorge para que me diga si yo debo estar el jueves en Medellín o si cumplo agenda en Bogotá con Juan Guillermo. **También si limpio un poco mi computador y lo ponemos de nuevo en el escritorio. Verificar si lo que copian es el computador o acceden a Gmail para saber si hay que borrar correos.** Recuerden que yo tengo cadenas de todo el proceso de entrada de Vinci¹². (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Nótese que la intención de **CONCRETO** a través de su presidente de **CONCRETO** fue en todo momento la de impedir que los funcionarios de esta Superintendencia logran acceder en su totalidad a información pertinente para adelantar sus funciones durante la visita administrativa del 7 de septiembre de 2016, poniendo así en riesgo la facultad de inspección, vigilancia y control en cabeza de esta Entidad.

A su vez, este Despacho encontró probado que el 22 de septiembre de 2016, el presidente de **CONCRETO** volvió a poner en marcha diferentes mecanismos que buscaron obstruir el acceso de esta Entidad a la información de la compañía, dando instrucciones de borrar información relacionada con el proceso de selección “Tercer Carril Bogotá-Girardot”, proceso que, valga decir, era el objeto principal de dicha visita.

Así, se detectó el siguiente mensaje enviado por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** con destino a **FELIPE ROCHA SILVA**:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y FELIPE ROCHA SILVA

“De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: **Revisar chats y borrar todo lo de tercer y Colpatría. Hay muchos.**

Borrar este también¹³. (Subraya y negrilla fuera de texto)

De esta forma, pudo constatarse cómo **CONCRETO**, por medio de su representante legal, obstruyó las actuaciones de esta Entidad por medio de ordenes e instrucciones de borrar información relacionada con los diferentes procesos de contratación adelantados por la compañía, lo cual sin lugar a dudas afectó la facultad de inspección de esta Superintendencia. Nótese además la conciencia de la conducta obstructiva, evidenciada en la orden de borrar también la instrucción de eliminar la información del proceso de selección.

De otra parte, se encuentra suficientemente acreditado que el 22 de septiembre de 2016, en el marco de la visita administrativa, los empleados de **CONCRETO** buscaron la forma de ocultar algunos equipos de cómputo institucionales que serían requeridos por esta Entidad. Así, se encontró evidencia de la forma como se buscó obstruir la actuación de esta Superintendencia,

¹² Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹³ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

haciéndola caer en error y engañándola para no hacer entrega del computador del presidente de la compañía.

A continuación se transcribe el mensaje enviado por **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** con destino a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, en el cual se pone de presente lo mencionado anteriormente.

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

"De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: *Hablamos con un abogado de Posse que trabajó en la Super;*

Conclusiones:

1. *Ud tiene cita a las 4 PM pero no indicaron expresamente que debía presentarse con Computador.*

2. **Si le preguntan por su herramienta para ver correos, debemos tener en su mesa un equipo que está a su disposición para conectarse a su correo en la oficina.**

Y que su equipo está en su casa; solo si lo preguntan.

3. *Ahora bien, si le solicitan el computador de la casa, lo debe aportar teniendo en cuenta que lo que haya borrado (archivos, correos, etc.), pueden ser reconstruidos por los equipos forenses.*

4. *En conclusión, puede pasar que no soliciten nada más que su indagatoria, y en caso de pedirle el equipo, será necesario aportarlo"¹⁴. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Como se observa, salta a la vista la obstrucción a la visita administrativa que se estaba llevando a cabo, toda vez que lo que esta Superintendencia espera es que en caso de requerir un equipo institucional para su inspección en el marco de sus funciones constitucionales, el mismo le sea entregado, en su estado natural y sin alteración alguna. Sin embargo, del anterior mensaje se desprende cómo los empleados de **CONCRETO** buscaban, en caso de requerimiento, obstruir el acceso al computador del presidente de la compañía.

En línea con lo anterior, este Despacho pudo establecer, de acuerdo a la declaración rendida por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** ante esta Entidad el 8 de agosto de 2018, que efectivamente existió una intención por parte de este último de borrar información e impedir que esta Superintendencia lograra obtener la misma de los equipos institucionales durante las visitas del 7 y 22 de septiembre de 2016.

Lo anterior se desprende de lo manifestado por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** el 8 de agosto de 2018 ante esta Entidad:

"**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** (...) El hecho de que volvieran [los funcionarios de la Superintendencia] el 22 de septiembre, **me generó bastante temor**. Ya habían transcurrido unos días más desde la primera visita, habíamos hecho muchas especulaciones, y ya **estábamos realmente cerca de la firma del contrato** (...)

(...)

(...) Este contrato es un contrato grande e importante. En el pasado Constructora Concreto había perdido, o ha perdido, muchos contratos porque en el proceso de adjudicación o licitatorio surgen mínimos detalles que lo pueden a uno descalificar o que lo pueden retirar del proceso de la competencia. **Cuando me anunciaron la segunda visita, y sobre todo que me decían que iban por el computador y los correos electrónicos, realmente yo posiblemente entré en pánico, me asuste demasiado. El computador mío es uno de los computadores donde se consolida mucha información de muchas áreas de la compañía** (...)

(...)

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

(...) *Bogotá-Girardot es un contrato bastante importante para la compañía, era el primer contrato que nos ganábamos con nuestro socio Vinci y se había firmado un pacto de transparencia con las ANI, y uno dice hombre, con tanta información disponible, en tantos computadores pues **alguna cosa puede pasar que lo inhabilite o lo descalifique a uno de un proceso licitatorio. Entonces en ese momento yo entré en pánico por la segunda visita, y ahí se desencadena todo este proceso***¹⁵.

En este sentido, no cabe duda alguna que en el presente caso, **CONCRETO**, a través de su representante legal, obstruyó las visitas adelantadas por esta Entidad, ocultando y buscando eliminar deliberadamente y sin ninguna justificación válida la información que se encontraba en los equipos de cómputo y celulares de uso institucional.

Lo anterior claramente puso en riesgo y afectó la capacidad y facultad de esta Superintendencia de recopilar las pruebas que considerara útiles, pertinentes y conducentes para lograr establecer, de la manera más informada posible, la existencia de una posible conducta anticompetitiva, máxime cuando en dicho equipo de cómputo según lo afirmó **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** "se consolida mucha información de muchas áreas de la compañía".

De esta forma, y teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se procederá a analizar de manera más detallada la conducta y responsabilidad particular de **CONCRETO** en el presente caso.

13.3.1. Sobre la conducta y responsabilidad de CONCRETO

En el presente caso, este Despacho encuentra que existen pruebas suficientes que demuestran que **CONCRETO** adelantó toda una estrategia para buscar obstruir las visitas adelantadas por esta Entidad, ocultando y eliminando información, limitando las declaraciones de sus empleados y evitando el acceso a los equipos de cómputo de uso institucional.

De esta manera, se evidenció que la conducta de **CONCRETO** configuró una obstrucción de la actuación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio durante las visitas administrativas llevadas a cabo los días 7 y 22 de septiembre de 2016, en los términos del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Dicha conducta se perfeccionó por: (i) las instrucciones dadas por el presidente y representante legal de la empresa, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, a los demás empleados de la compañía respecto a la forma como debían limitar sus respuestas en el marco de las declaraciones adelantadas por esta Entidad; (ii) las órdenes de borrar información de los teléfonos, correos electrónicos y computadores de los funcionarios de la compañía; y (iii) la existencia de un actuar conjunto por parte de diferentes empleados de **CONCRETO** con el objetivo de impedir que esta Superintendencia obtuviera acceso a todos los equipos y medios de prueba que considerara necesarios para el ejercicio de sus funciones de inspección.

De esta forma, no quedan dudas para este Despacho que se afectó el adecuado desarrollo de las funciones de la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia como entidad encargada de la inspección, vigilancia y control en materia de libre competencia.

En este sentido, a continuación se presentarán los diferentes elementos probatorios que permitieron a este Despacho llegar a la anterior conclusión.

13.3.1.1. Instrucciones respecto a la forma como debían responderse las preguntas de la Superintendencia de Industria y Comercio

En primer lugar, se evidenció que el 7 de septiembre de 2016, día en que se estaba adelantando una de las visitas administrativas por parte de la Entidad en las instalaciones de **CONCRETO**, siendo las 11:57:24 a.m., los empleados de dicha compañía **JORGE HERNÁN JIMENEZ**, secretario general, **FELIPE ROCHA SILVA**, vicepresidente de inversión, y **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, presidente y representante legal principal, sostuvieron comunicaciones por medio de un grupo en la aplicación de mensajería *WhatsApp* denominado "Grupo Dir", tal y como se muestra en la siguiente imagen obtenida de los celulares institucionales por el equipo forense de esta Superintendencia:

¹⁵ Folio 207 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. (minuto 11.30 a 16.02)

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

Imagen No. 1. Copia de la imagen obtenida por el equipo forense de la Superintendencia del grupo de WhatsApp "Grupo Dir"

Hora de inicio: 9/7/2016 11:57:24 AM(UTC+0)

Actividad más reciente: 9/7/2016 3:02:06 PM(UTC+0)

Participantes: 573104245442@s.whatsapp.net Juan, Felipe Rocha/Concreto Felipe Rocha/Concreto, Jorge H Jimenez Jorge H Jimenez

De:

Marca de hora: 9/7/2016 11:57:24 AM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

joined

De:

Marca de hora: 9/7/2016 11:57:24 AM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

created the group "Grupo Dir"

Fuente: Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

A través de dicho grupo, los empleados de **CONCRETO** discutieron sobre los diferentes requerimientos hechos por esta Superintendencia durante la visita de los días 6 y 7 de septiembre de 2016. Al respecto, debe resaltarse que se trataba de una conversación grupal institucional en celulares asignados por la empresa a dichos funcionarios, relacionada exclusivamente con un asunto de la empresa, como lo es la visita administrativa que se encontraba adelantando en sus instalaciones la Superintendencia de Industria y Comercio.

Ahora bien, en algunos de los mensajes cruzados en dicho grupo, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, quien no se encontraba en el país para dicha fecha, instruyó expresamente a los funcionarios de la empresa que sí se encontraban en el país para que, ante eventuales preguntas por parte de esta Superintendencia, se encargaran de limitar al máximo sus respuestas, así como evitar cualquier diferencia entre sus versiones.

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

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

"De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Saludos. Espero que esto sea confidencial como dicen. Respecto a la crisis **lo más importante es que todos digamos lo mismo y lo mínimo posible**. El mayor riesgo es que enreden la adjudicación antes de la firma del contrato.

Hay que involucrar a Bernardo y contarle lo que está pasando para **que la respuesta de él sea la misma y lo mínimo posible**¹⁶. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, se evidencia claramente la intención de los funcionarios de **CONCRETO** de no atender la visita en mención en las condiciones esperadas de cualquier agente de mercado, esto es, colaborando libre y espontáneamente a los requerimientos de la Entidad, brindando la información solicitada de manera veraz y sobretodo completa, absteniéndose de acciones como acordar previamente que las respuestas sean iguales y mínimas. Este tipo de acciones, sin duda, impiden el desarrollo de las visitas administrativas y frustran su objeto.

13.3.1.2. Órdenes de borrar y ocultar información

De igual forma, también logró evidenciarse cómo se adelantaron actuaciones con el fin de borrar y ocultar información de alta relevancia para esta Superintendencia en el ejercicio de sus funciones de inspección.

Así, por un lado, se evidenció la reiterada intención de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, representante legal y presidente de la compañía, de eliminar información de su computador y correo electrónico, y obstruir así la visita adelantada por la Entidad. Como se verá a continuación, el presidente de **CONCRETO** compartió con los demás empleados de la compañía su intención de "*limpiar*" su computador, para ponerlo de nuevo en su escritorio. Esta maniobra

¹⁶ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

fraudulenta, llevaría indudablemente a un equívoco a los funcionarios de la Delegatura, quienes no estarían accediendo a la información real del equipo de trabajo del presidente de la compañía objeto de la visita administrativa.

Así, a continuación se presenta la transcripción de lo mencionado con fecha 7 de septiembre de 2016:

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

"De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Esta noche llamo a Jorge para que me diga si yo debo estar el jueves en Medellín o si cumplo agenda en Bogotá con Juan Guillermo. También si limpio un poco mi computador y lo ponemos de nuevo en el escritorio. Verificar si lo que copian es el computador o acceden a Gmail para saber si hay que borrar correos. Recuerden que yo tengo cadenas de todo el proceso de entrada de Vinci¹⁷. (Subraya y negrilla fuera de texto).

En tal medida, para este Despacho no existe duda respecto a la firme intención de **CONCRETO**, a través de su representante legal, de eliminar información institucional de la empresa para que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuviera acceso a ella, y de esta manera frustrar el objeto de la visita programada. Sobra decir que lo anterior constituye a todas luces una obstrucción flagrante a la actuación adelantada por la Entidad.

De igual forma, este Despacho encontró pruebas respecto a que el 22 de septiembre de 2016, funcionarios de la Delegatura volvieron a acercarse a las instalaciones de **CONCRETO**, con el fin de tomar las declaraciones del presidente de la compañía, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, quien no había estado presente en los días 6 y 7 de septiembre del mismo año.

Sin embargo, este Despacho evidenció que dicho día, los empleados de **CONCRETO** volvieron a adelantar diferentes conductas con el fin de obstruir el buen desarrollo de la visita, buscando eliminar y ocultar información de alta importancia para esta Entidad.

Así, se encontraron pruebas en el Expediente de cómo los empleados de **CONCRETO** buscaron predeterminar la información y equipos institucionales que serían puestos a disposición de los funcionarios de la Delegatura, y acordaron limitar las respuestas que serían dadas por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** en caso de que esta Superintendencia hiciera determinados requerimientos, con el fin de ocultar la máxima información posible a esta Entidad.

Al respecto, en el Expediente existe prueba de una conversación entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, en la cual esta última solicitaba instrucciones sobre la entrega de ciertos datos del computador y teléfono celular de la presidencia de la compañía, que fueron solicitados por la Delegatura.

La información requerida por la Superintendencia no hacía referencia a nada distinto que al número de serial y marca de los equipos de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, datos que si bien no parecerían relacionarse con información confidencial o de alto valor para la compañía, sí permitirían determinar de manera cierta cuál era el equipo de cómputo utilizado por el presidente de la empresa en el ejercicio de su cargo. Sin embargo, como será puesto en evidencia a continuación, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** solicitó que no fueran dados los datos de su computador hasta que él lo *pensara*.

Adicionalmente, llama la atención de este Despacho que el mismo **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** manifestó ante esta Entidad en reiteradas ocasiones durante el presente trámite administrativo que sus herramientas de trabajo eran su celular y su iPad, y que con muy poca frecuencia utilizaba el computador para ejercer sus funciones laborales. De igual forma, manifestó que toda la información de su computador podría ser obtenida de su teléfono móvil¹⁸. Por esta razón, la resistencia a entregar los datos básicos de su computador genera una duda razonable a este

¹⁷ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁸ Folio 207 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. (minuto 1.10.50).

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

Despacho sobre la intención del presidente de **CONCRETO** de ocultar su equipo de cómputo a esta Superintendencia.

Por otro lado, en la misma comunicación entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** (que se pone de presente a continuación), el primero finaliza con una clara instrucción de borrar dicha conversación, lo cual no deja duda alguna para este Despacho que los empleados de **CONCRETO** tenían conciencia de su conducta obstructiva y buscaron eliminar todo rastro de sus conversaciones de forma que no fueran encontradas por esta Entidad.

Así las cosas, a continuación se transcribe la conversación mencionada, la cual fue incorporada al proceso durante la declaración rendida por **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** el día 13 de marzo de 2017:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

"De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: Juan Luis,

¿Hablaste con Juan Guillermo? Pidieron del teléfono y computador: serial, marca, número y fecha de asignación. Necesitamos instrucciones antes de preparar información. Volverán a las 4 PM para hablarte y recibir esta información solicitada"

"De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Celular, pueden dar los datos. Computador, déjenme pensar. ¿Los datos hay que darlos hoy?"

"De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: Sí señor, 4PM"

"De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: Ok. Borren estos chats"¹⁹.

Por otro lado, existen dos elementos de prueba contundentes que obran en el Expediente, y que permiten evidenciar cómo **CONCRETO**, por medio de su representante legal, tomó acciones el 22 de septiembre de 2016 con la clara intención de ocultar y borrar información que pudiera ser solicitada por esta Superintendencia durante el trámite de la visita administrativa llevada a cabo por esta Entidad.

Así, el Despacho logró determinar que ese mismo día, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** envió mensajes por la plataforma *WhatsApp* a **FELIPE ROCHA SILVA**, vicepresidente de inversión de **CONCRETO** y a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, representante legal de **VINCI CONCESSIONS**, solicitándoles borrar todos los mensajes de texto (chats) que tuvieran relación con "Tercer Carril" y "Colpatria".

Dicha información no cabe duda que era de gran interés para esta Superintendencia, pues como era de conocimiento de los administrados, el objeto de la visita administrativa precisamente era obtener toda la información que tuviera relación con el objeto social de la compañía y su participación en los diferentes procesos de selección en los que hubiera participado, específicamente, el relacionado con el Tercer Carril Bogotá-Girardot.

No obstante, **CONCRETO** continuó adelantando acciones con el fin de burlar y obstruir dicha visita, eliminando toda la información existente respecto a dicho proceso de selección, el cual era el principal objeto de la visita. Por este motivo, este Despacho encuentra esta conducta abiertamente reprochable, contraria a las normas de libre competencia, y violatoria de las facultades y funciones de esta Superintendencia, por lo cual bajo ningún punto de vista puede tener justificación alguna.

A continuación se presentan los mencionados mensajes:

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM

¹⁹ Folio 63 del Cuaderno Público del Expediente. Carpeta AUDIOS/ANA_SOFIA_TOBON_1 (Minuto 10.50)

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

"De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: *Hola*

*Favor revisar chats y **borrar todo lo de tercer carril y Colpatría.***

Eliminar este también²⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y FELIPE ROCHA SILVA

"De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**

Contenido: **Revisar chats y borrar todo lo de tercer y Colpatría. Hay muchos.**

Borrar este también²¹. (Subraya y negrilla fuera de texto).

A partir de lo expuesto, este Despacho no puede tomar como un evento aislado y desafortunado los mensajes enviados por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** a **FELIPE ROCHA SILVA** y a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, pues para la fecha ya habían sido recalçadas a **CONCRETO** y sus empleados las consecuencias que traería el borrar información de sus equipos celulares, computadores y correos electrónicos. Por el contrario, lo que realmente se observa, es que **CONCRETO**, por medio de su representante legal, manifestó su intención y puso en marcha múltiples conductas encaminadas a borrar y ocultar información de los computadores, correos electrónicos y celulares de los empleados de la compañía, buscando que esta Superintendencia no pudiera acceder a la misma y poniendo así en riesgo la función constitucional de inspección, vigilancia y control en cabeza de esta Entidad.

13.3.1.3. Ocultamiento de equipos institucionales

En tercer lugar, el Despacho evidenció cómo **CONCRETO**, por medio de sus empleados, adelantó actuaciones con el fin de obstruir el acceso de los funcionarios de esta Superintendencia a los equipos de cómputo institucionales de la empresa, específicamente al asignado al presidente y representante legal de la empresa.

Al respecto, se encontró una conversación de *WhatsApp* del 22 de septiembre de 2016 entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** sobre asuntos relacionados con la visita administrativa que se estaba realizando. En dichos mensajes se evidencia que estos dos funcionarios de **CONCRETO** buscaron la forma de ocultar el computador del presidente de la compañía a esta Superintendencia.

De tal manera, de acuerdo con las conversaciones sostenidas con sus abogados externos, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** analizaron la forma de hacer pasar como computador del presidente de la compañía un equipo que en realidad no le pertenecía, y acordaron la respuesta que debía darse a los funcionarios de esta Superintendencia en caso de que estos preguntaran al respecto.

A continuación se transcribe el mensaje enviado por **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, en el cual evidencia lo mencionado anteriormente.

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

"De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**

Contenido: *Hablamos con un abogado de Posse que trabajó en la Super;*

Conclusiones:

1. *Ud tiene cita a las 4 PM pero no indicaron expresamente que debía presentarse con Computador.*

2. **Si le preguntan por su herramienta para ver correos, debemos tener en su mesa un equipo que está a su disposición para conectarse a su correo en la oficina.**

²⁰ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²¹ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

Y que su equipo está en su casa; solo si lo preguntan.

3. Ahora bien, si le solicitan el computador de la casa, lo debe aportar teniendo en cuenta que lo que haya borrado (archivos, correos, etc.), pueden ser reconstruidos por los equipos forenses.

4. En conclusión, puede pasar que no soliciten nada más que su indagatoria, y en caso de pedirle el equipo, será necesario aportarlo²². (Subraya y negrilla fuera de texto).

En este sentido, y aunque los investigados han alegado durante la presente actuación que dicho mensaje presenta únicamente las recomendaciones de los abogados externos y que además evidencia la voluntad de colaboración de **CONCRETO** y sus funcionarios, este Despacho encuentra que lo que realmente evidencia es la forma cómo los empleados de **CONCRETO** buscaron ocultar el computador de oficina de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, con el único fin de que esta Superintendencia no pudiera acceder a la información de su interés y que pudiera contener dicho equipo.

Ahora bien, en este punto el Despacho encuentra pertinente poner de presente el documento del 15 de agosto de 2018, aportado al Expediente por los investigados, por medio del cual se certificó que para el 22 de septiembre de 2016, día en que se estaba llevando a cabo la visita por parte de esta Entidad, el computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** se encontraba "ubicado en un cuarto útil o de depósito de informática en la sede de Concreto ubicada en Sao Paulo, Medellín, lugar donde se estaba haciendo un cambio de disco duro de mayor capacidad"²³.

Lo anterior evidencia una inconsistencia en la conversación anteriormente transcrita entre **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, según la cual se informaría a esta Superintendencia que el computador de presidencia se encontraba en la casa de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, cuando en realidad se encontraba en una de las sedes de **CONCRETO**. Esta contradicción entre la conversación de los empleados de la compañía y el certificado aportado al Expediente solo sigue demostrando que la intención clara de **CONCRETO** era ocultar definitivamente la ubicación del equipo de cómputo de presidencia de la compañía a los funcionarios de esta Superintendencia, evitando por cualquier medio que esta Entidad tuviera acceso al mismo durante la visita administrativa, obstruyendo flagrantemente la misma.

A continuación se presenta un aparte del documento mencionado, que obra en el Expediente en su totalidad:

ESPACIO EN BLANCO

²² Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²³ Folios 210 a 211 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

Imagen No. 2. Certificación estado del computador de JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ de fecha 15 de agosto de 2018

Bogotá D.C., 15 de agosto de 2018.

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

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

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

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

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

Fuente: Folio 210 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Ahora bien, este Despacho pone de presente que, de ser cierto que el computador de presidencia de la compañía para el 22 de septiembre se encontraba en otra sede de **CONCRETO** debido a que se le estaba haciendo un cambio de disco duro, la conducta esperada de los empleados de la compañía hubiera sido, por el contrario, informar de esta situación a los funcionarios de la Delegatura y redirigirlos al lugar en donde se encontraba dicho equipo para facilitar el ejercicio de las funciones de inspección. Como ya lo ha reiterado esta Entidad en múltiples ocasiones, lo que se espera de una persona natural o jurídica que es sujeto de una visita administrativa, es que la misma realice de manera oportuna todas las actividades y gestiones necesarias para que la entidad pueda adelantar sus funciones, y que allegue al momento de la visita toda la información solicitada, o que, en caso de no estar la información en el lugar de dicha visita, se conduzca a los funcionarios de la entidad al lugar en el cual se encuentra y despliegue, de buena fe, todos los actos tendientes a cumplir con la instrucción proferida²⁴.

Sin embargo, como se puso en evidencia, contrario a lo anterior, lo que buscaron los empleados de **CONCRETO** fue ocultar la ubicación real del computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** de forma que no se tuviera acceso al mismo o, por lo menos, para que la información relevante para el objeto de la visita fuera "limpiada" o eliminada.

Incluso, existe evidencia en el Expediente que da cuenta de cómo, en virtud de la estrategia desplegada por **CONCRETO** de ocultar la ubicación real del computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y evitar el acceso al mismo, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA** se plantearon a través de mensajes de *WhatsApp* del 22 de septiembre de 2016 la posibilidad de adquirir un equipo computador nuevo para presentarlo a los funcionarios de esta Superintendencia o incluso hacer pasar el computador de la sala de juntas como el del presidente.

Esta conducta, del todo reprochable, es clara en poner de presente la estrategia de **CONCRETO** de evitar el acceso al verdadero computador institucional de **JUAN LUIS**

²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 9045 del 12 de abril de 2019.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

ARISTIZÁBAL VÉLEZ. No cabe duda, que los empleados de la compañía buscaban evitar que esta Superintendencia accediera al computador del presidente de la compañía, razón por la cual, como se vio, analizaron las posibilidades de reemplazarlo por otro equipo de la empresa o incluso adquirir uno nuevo.

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

Participantes: JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ y ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

*De: **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ***

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

*De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA***

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

*De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA***

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

*De: **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA***

Contenido: Hay presentaciones, juntas²⁵. (Subraya y negrilla fuera de texto).

En este sentido, no se encuentra ningún tipo de justificación en la estrategia desplegada por **CONCRETO**, la cual se evidencia como un claro intento por frustrar las gestiones de la Superintendencia de Industria y Comercio y es contundente respecto al ocultamiento del equipo de cómputo de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** a los funcionarios de la Delegatura y resulta del todo reprochable que a través de conductas engañosas y fraudulentas, se buscó hacer caer en error a esta Entidad respecto a cuál era el equipo de trabajo del presidente de la compañía. Así, no cabe ninguna duda de la intención de obstruir la visita, haciendo creer a los miembros de la Autoridad que estaban revisando y recopilando información de los verdaderos equipos de trabajo de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, cuando en realidad no era así.

De igual forma, este Despacho debe ser enfático en manifestar que, independientemente de si los abogados externos de la compañía hubieran informado que la Delegatura iba principalmente tras los correos electrónicos de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y que a estos se podía acceder de manera remota desde cualquier computador, los empleados de **CONCRETO** tenían conocimiento previo de que la Superintendencia, en el ejercicio de sus funciones, solicitaría el computador del presidente de la compañía. Lo anterior dado que del objeto de la visita adelantada por esta Entidad, era absolutamente predecible que se solicitara el computador, el celular y demás equipos institucionales del presidente de la compañía, con el fin de revisar no solo los correos electrónicos, sino también toda la información y documentos comerciales relacionados con el objeto de la visita que pudieran estar en dicho equipo.

Por este motivo, este Despacho no encuentra justificación alguna en el hecho que los asesores externos hubieran manifestado que esta Superintendencia iba solo detrás de los correos electrónicos dado que, además de ser incorrecto pues como entidad de inspección, vigilancia y control esta Superintendencia tiene la plena facultad de solicitar en cualquier momento todo tipo de equipo y documentos institucionales²⁶, la compañía y sus empleados estaban en la obligación de tener a disposición de esta Entidad toda la información y equipos corporativos, en su estado natural, sin ninguna manipulación, de forma que no se pusiera en ningún momento en riesgo la capacidad de recopilar la información real que se considerara útil, conducente y pertinente para el desarrollo de sus funciones.

De esta forma, no queda duda respecto a la existencia de múltiples elementos de prueba que permiten evidenciar que **CONCRETO** buscó obstruir la visita administrativa, ocultando el

²⁵ Folio 67 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

“Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones”

equipo de cómputo del presidente de la compañía y ocultando y eliminando información relacionada directamente con el objeto de las visitas adelantadas por esta Entidad.

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

Con lo anterior, se corrobora el hecho que la intención de **CONCRETO**, por medio de su representante legal, en todo momento fue la de evitar que esta Superintendencia tuviera acceso a toda la información que reposaba en los equipos corporativos de la compañía. Igualmente, se deja claro que en todo momento, independientemente de la razón o motivo, se buscó obstruir la visita adelantada por esta Entidad.

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

*“**JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ:** (...) El hecho de que volvieran [los funcionarios de la Superintendencia] el 22 de septiembre, me generó bastante temor. Ya habían transcurrido unos días más desde la primera visita, habíamos hecho muchas especulaciones, y ya estábamos realmente cerca de la firma del contrato (...)”*

(...)

(...) Este contrato es un contrato grande e importante. En el pasado Constructora Concreto había perdido, o ha perdido, muchos contratos porque en el proceso de adjudicación o licitatorio surgen mínimos detalles que lo pueden a uno descalificar o que lo pueden retirar del proceso de la competencia. Cuando me anunciaron la segunda visita, y sobre todo que me decían que iban por el computador y los correos electrónicos, realmente yo posiblemente entré en pánico, me asuste demasiado. El computador mío es uno de los computadores donde se consolida mucha información de muchas áreas de la compañía (...)

(...)

(...) Bogotá-Girardot es un contrato bastante importante para la compañía, era el primer contrato que nos ganábamos con nuestro socio Vinci y se había firmado un pacto de transparencia con las ANI, y uno dice hombre, con tanta información disponible, en tantos computadores pues alguna cosa puede pasar que lo inhabilite o lo descalifique a uno de un proceso licitatorio. Entonces en ese momento yo entré en pánico por la segunda visita, y ahí se desencadena todo este proceso”²⁷.

Al respecto, de ninguna manera puede aceptarse el argumento que los involucrados en una obstrucción a una vista administrativa de esta Superintendencia, por “temor” o “pánico” borren información de sus equipos de trabajo y decidan unilateralmente qué información es útil o no a la Autoridad de Competencia.

Todo lo contrario, como lo ha reiterado esta Entidad en anteriores ocasiones²⁸, pretender que un administrado defina a la Autoridad cuándo, cómo y dónde, o como en este caso, defina cuál información poner a disposición de esta Superintendencia, por un lado, elimina el factor sorpresa de este tipo de diligencias y, con ello, la posibilidad de encontrar elementos probatorios suficientes para la detección de este tipo de conductas ilegales y, por otro, lleva a la incoherencia de que sean los mismos agentes vigilados por el Estado quienes definan las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que el Estado pueda vigilar sus actividades.

Por este motivo para el Despacho existen suficientes elementos de prueba que evidencian, más allá de toda duda razonable, que **CONCRETO**, en el marco de las visitas administrativas

²⁷ Folio 207 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. (minuto 11.30 a 16.02)

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 820 de 2016.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

que se estaban adelantando por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, llevaron a cabo actuaciones para evitar poner a disposición de la Entidad la información requerida y sus equipos de trabajo. De esta forma, se encuentra suficientemente acreditada la obstrucción de la visita administrativa y el incumplimiento en debida forma de órdenes dadas por esta Entidad, correspondientes a la entrega de toda la información existente en los computadores y los correos electrónicos corporativos.

Por lo anterior, la conducta desplegada por **CONCRETO** en el presente caso, reúne las características para ser considerada como una infracción al régimen de protección de la libre competencia por constituir un incumplimiento de las instrucciones dadas y una obstrucción a las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

13.4. Sobre las explicaciones ofrecidas por CONCRETO

13.4.1. Argumentos relacionados con la responsabilidad de CONCRETO por la conducta de sus funcionarios

CONCRETO manifestó que debido a la compleja estructura corporativa con la que cuenta, la toma de decisiones de la compañía debe someterse a un estricto proceso interno, en el que se involucran todos los órganos corporativos de la sociedad (representante legal, Junta Directiva, etc.) y debe darse cumplimiento a su Código de Buen Gobierno Corporativo. Sin embargo, en el presente caso la Superintendencia de Industria y Comercio le imputó la violación al régimen de libre competencia como consecuencia de la conducta individual de algunos de sus funcionarios.

De igual forma, para **CONCRETO**, esta Superintendencia no cuenta con ningún medio de prueba que dé cuenta de instrucciones dadas por los órganos corporativos, que pudieran comprometer la responsabilidad de la sociedad.

Finalmente, **CONCRETO** argumentó que de todas formas, las conductas desplegadas por sus empleados durante las visitas de esta Superintendencia, y que son objeto de reproche, configuran un actuar "*Ultra Vires*", razón de más para concluir que no existe responsabilidad por parte de la compañía.

Al respecto, este Despacho pasará a exponer los puntos por los cuales considera que las explicaciones dadas por **CONCRETO** no son de recibo y por tanto deben ser descartadas.

De esta forma, en primer lugar, se reconoce que al ser una sociedad del tipo de las anónimas, **CONCRETO** cuenta con una organización y estructura corporativa típica de una sociedad de capital, por acciones, que busca garantizar el buen desarrollo de la compañía y los derechos de sus accionistas.

Así, y como lo ha manifestado la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**²⁹, el funcionamiento de las sociedades comerciales se fundamenta precisamente en una estructura organizativa, en donde coexisten diversos órganos sociales, cada uno de ellos con sus propias atribuciones y con su propio campo de acción. En el caso de las sociedades anónimas, como **CONCRETO**, tal estructura está conformada por un órgano máximo y de dirección, denominado la Asamblea General de Accionistas, por un órgano de gestión y administración, denominado Junta Directiva, un órgano de representación y ejecución conformado por el Representante Legal, y un órgano de fiscalización, que corresponde al Revisor Fiscal.

Ahora bien, aunque el conjunto de los órganos anteriormente descritos efectivamente cumplen con la gestión social de la compañía, cada uno de ellos cuenta con funciones y competencias específicas otorgadas por la ley o los estatutos sociales, según su naturaleza.

Así fue reconocido por la doctrina, que ha establecido que "las funciones de cada órgano son poderes propios del mismo, ya que no los recibe por delegación sino en su carácter instrumental". Así, se hace referencia al órgano de deliberación y decisión (asamblea general de accionistas o junta de socios); al órgano orientador de la administración (junta directiva); al

²⁹ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-183419 del 26 de diciembre de 2012.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

órgano de ejecución y representación (representante legal), y al órgano de fiscalización (revisoría fiscal)³⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, y con el fin de resolver el asunto que nos interesa, debe hacerse precisión en que la Junta Directiva es un órgano orientador de la administración que sirve como apoyo al representante legal, expresando, por ejemplo, sus puntos de vista con respecto a la conveniencia de los negocios que se proyectan, formulando las iniciativas que sean del caso, y en general todo lo que tenga que ver con las proyecciones económicas de la empresa³¹. Por su parte, el representante legal de la compañía conforma el órgano de ejecución y representación, en el sentido que son las personas encargadas de hacer presente a la sociedad en sus relaciones con terceros³².

En igual medida, el artículo 196 del Código de Comercio otorga facultades ilimitadas al representante legal de una compañía, en su calidad de órgano de ejecución y representación, y en el marco de sus funciones para representar a la sociedad en sus relaciones con terceros. De esta forma, dicha norma establece que las limitaciones a dichas funciones deben estar expresamente pactadas en los estatutos.

Hecha la anterior aclaración, este Despacho reitera que en el caso concreto, la obstrucción a la actuación administrativa de la Superintendencia durante las visitas de los días 6 y 7 de septiembre de 2016 y 22 de septiembre del mismo año tuvo lugar como consecuencia de las conductas desplegadas por **CONCRETO** a través de un grupo de sus empleados, en especial por su presidente y representante legal, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, quien como ya quedó establecido, desde un principio dio instrucciones directas a los demás empleados de la compañía respecto a **(i)** la forma como debían limitarse las respuestas a los requerimientos hechos por la Entidad; **(ii)** que se eliminara información relacionada con el proceso de selección Tercer Carril Bogotá-Girardot (el cual era el objeto de la visita); y **(iii)** para que se tomaran las medidas necesarias con el fin de ocultar su computador institucional y, por el contrario, se presentara un equipo diferente a los funcionarios de la Delegatura.

Así, y contrario a lo manifestado por **CONCRETO**, las actuaciones de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** no pueden ser consideradas como las conductas de un particular, pues las mismas se encuadraban precisamente en el ejercicio de sus funciones como representante legal de **CONCRETO** y, por tanto, comprometían a la sociedad.

Al respecto, tal y como consta en las actas de visitas administrativas que se hicieron en las instalaciones de **CONCRETO**³³, los funcionarios de la Delegatura solicitaron la presencia de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, con el fin de obtener sus declaraciones, en su calidad de presidente y representante legal de la compañía, y no como un empleado particular.

Incluso, la información que buscó ser recolectada durante las visitas administrativas adelantadas por esta Superintendencia hacía referencia al ejercicio del objeto social de la compañía, y a la participación de esta última en un proceso de selección en específico. Así, las conductas desplegadas por los empleados de **CONCRETO**, y en especial de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, estaban encaminadas a esconder y eliminar información perteneciente a la compañía, que según los involucrados podía perjudicar a **CONCRETO** en la firma del contrato final de adjudicación del proyecto Tercer Carril Bogotá-Girardot. Por lo anterior, no cabe duda que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** estaba ejerciendo como representante legal y sus conductas claramente excedían su esfera personal.

Por lo anterior, este Despacho no tiene duda que la responsabilidad de **CONCRETO** se vio totalmente comprometida en el presente caso a través de la conducta de su presidente y demás funcionarios involucrados en la obstrucción.

³⁰ Narváez, José Ignacio. "Teoría general de las sociedades". Pág. 281.

³¹ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-66812 del 18 de octubre de 2000.

³² Reyes Villamizar, Francisco. "Derecho Societario". Pág. 578.

³³ Folios 2 a 26 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

Ahora bien, respecto al argumento de que se trató de una conducta de las denominadas "Ultra Vires", debe manifestarse lo siguiente:

Esta teoría hace referencia a la carencia de capacidad jurídica de la sociedad para realizar actos o contratos que se encuentren por fuera de la órbita de su objeto social, so pena de que los mismos se consideren nulos.

Al respecto, la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** ha manifestado lo siguiente:

"Sobre el particular, es doctrinalmente reconocida, en materia de capacidad jurídica de la sociedad, la teoría de la especialidad o ULTRA VIRES, que rige en la mayoría de legislaciones de origen latino, incluida la legislación colombiana, según la cual el ejercicio de la actividad comercial de la sociedad está delimitado por los actos, negocios y actividades necesarios para el desarrollo de su objeto social y por los actos y negocios vinculados de manera causal, accesorio o conexas con dicho objeto"³⁴.

En este sentido, y como lo ha manifestado la doctrina:

"En la medida en que las sociedades sólo se obligan por las operaciones que correspondan a su objeto social y de conformidad con la doctrina Ultra Vires, los administradores responderán por los actos no previstos en el objeto social y que causan perjuicios a terceros"

"La sociedad puede, bajo esta concepción, impetrar la nulidad de aquellos actos ultra vires realizados por los administradores, mediante la comprobación de que la sociedad carecía de suficiente capacidad para celebrarlos"³⁵.

Así las cosas, para poder establecer la existencia de una práctica *Ultra Vires* en el presente caso, es necesario determinar si la conducta desplegada por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y los demás funcionarios de **CONCRETO** se encontraban dentro de la órbita de su objeto social.

Para esto, debe recordarse que el artículo 99 del Código de Comercio establece que "se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En este sentido, se ha establecido la existencia de un objeto social principal, que está conformado por las actividades económicas que la sociedad se propone desarrollar en el marco de su finalidad lucrativa, y un objeto social secundario, que contempla todos los actos jurídicos que sirven de medio para cumplir el objeto social principal.

Al respecto, la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** ha manifestado lo siguiente:

"Vemos como entonces el citado artículo 99, señala los límites de la capacidad de las sociedades mercantiles al admitir dentro de ella la realización de tres (3) clases de actos, cuales son:

a. Los actos que se encuentran determinados en las actividades principales previstas en el objeto social.

b. Los que se relacionen directamente con las actividades principales y

*c. **Los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.***

Los actos enunciados en los literales a) y b) se relacionan con la finalidad que persigue la empresa y por ello deben guardar una relación directa con la misma.

³⁴ Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-087485 del 10 de junio de 2014.

³⁵ Reyes Villamizar, Francisco. "Derecho Societario". Pág. 251.

“Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones”

Los descritos en el literal c) no tiene relación directa con las actividades previstas en el objeto social, pues se derivan de la existencia y actividad de la sociedad³⁶.
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así, no cabe duda que el concepto amplio de objeto social de la sociedad, el cual comprende tanto el objeto social principal como el secundario, incluye los actos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones legales de la sociedad, que se derivan de su existencia.

Ahora bien, en este punto debe recordarse que las actuaciones administrativas adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto a las visitas adelantadas en las oficinas de **CONCRETO** en los meses de septiembre de 2016 y marzo de 2017, y las solicitudes y requerimientos de información que ahí fueron hechas, se enmarcaron en la función de esta Entidad como autoridad de inspección, vigilancia y control en materia de libre competencia.

De igual forma, dichas visitas estaban dirigidas a obtener y recopilar la mayor información posible respecto al desarrollo de un agente de mercado, **CONCRETO**, en un mercado en específico, esto es, el proceso licitatorio del proyecto Tercer Carril Bogotá-Girardot.

En tal medida, permitir el desarrollo de dichas visitas y entregar completa la información (sin ningún tipo de alteración) obrante en sus archivos solicitada por esta Superintendencia, constituía una obligación legal de **CONCRETO**, derivada de su calidad de agente de mercado. Por este motivo, no es de recibo la afirmación hecha por **CONCRETO** respecto a que la conducta desplegada por su representante legal, y que estaba dirigida a ocultar y eliminar información que en su criterio podía perjudicar a la empresa, constituía una conducta *Ultra Vires*, por no hacer parte de la órbita del objeto social de la compañía.

Por el contrario, para este Despacho, es más que evidente que el cumplimiento de las órdenes que pudieran ser dadas por esta Superintendencia en el curso de las visitas adelantadas en los años 2016 y 2017 en las instalaciones de **CONCRETO**, al igual que el permitir el buen desarrollo de las mismas y no buscar su obstrucción con la eliminación de información, eran conductas que hacían parte del objeto social de la empresa, en el sentido amplio de este término, por tratarse del cumplimiento de las obligaciones legales de **CONCRETO**.

Por lo anterior, este Despacho no encuentra de recibo los argumentos señalados por **CONCRETO** en el presente caso y, por tanto, serán desestimados.

13.4.2. Argumentos relacionados con el cumplimiento de todas las órdenes y solicitudes de información por parte de los empleados de CONCRETO

CONCRETO manifestó en su documento de explicaciones que, a través de sus funcionarios, siempre estuvo dispuesto a colaborar con la Superintendencia de Industria y Comercio, haciendo entrega de toda la información que fue solicitada por esta Entidad durante las visitas administrativas llevadas a cabo en las instalaciones de la empresa.

De igual forma, manifestó que los funcionarios de esta Superintendencia pudieron acceder a toda la información y documentos que solicitaron.

Adicionalmente, **CONCRETO** manifestó que en las primeras visitas esta Superintendencia no le solicitó a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** acceso a su computador, y que una vez lo hizo, cinco (5) meses después, este último no tuvo problema en entregar la clave de acceso al equipo. A su vez, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** hizo entrega de un disco duro que contenía un *Back Up* completo de toda la información que reposaba en su computador.

Por lo anterior, **CONCRETO** indicó que no existe ninguna prueba que demuestre un engaño o una intención de engañar a los funcionarios de esta Entidad que pudiera traducirse en un incumplimiento de órdenes o una obstrucción a las visitas administrativas.

De esta forma, el Despacho procede a continuación a dar respuesta a los anteriores argumentos:

³⁶ Superintendencia de Sociedades. Oficio No 220-39236, disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/2023.pdf

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

Al respecto, se pone de presente que efectivamente, durante las visitas adelantadas en los meses de septiembre de 2016 y marzo de 2017, esta Superintendencia pudo recolectar cierta información, entregada por los empleados de **CONCRETO** de acuerdo a las solicitudes realizadas. Sin embargo, también obra en el Expediente prueba suficiente que demuestra que los empleados de **CONCRETO** sostuvieron conversaciones internas en las que quedó clara la intención de borrar y ocultar información.

Además, las pruebas recaudadas por la Delegatura muestran, de igual forma, cómo los empleados de **CONCRETO**, dirigidos por el presidente y representante legal de esta empresa, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, acordaron limitar las respuestas que serían dadas a la Entidad y planearon de manera previa qué equipos de cómputo serían puestos a disposición de los funcionarios que adelantarían las visitas.

Así las cosas, este Despacho manifiesta que las conductas violatorias del régimen de libre competencia cometidas por parte de **CONCRETO** se generaron precisamente a través de la conducta de su representante legal y otros funcionarios, en virtud de las cuales se dieron instrucciones directas a empleados de la compañía respecto a (i) la forma como debían responderse los requerimientos hechos por la Entidad; (ii) que se eliminara información relacionada con el proceso de selección Tercer Carril Bogotá-Girardot (el cual era el objeto de la visita); y (iii) para que se tomaran las medidas necesarias con el fin de ocultar el computador institucional del presidente de la compañía y se hiciera pasar como tal un equipo diferente a los funcionarios de la Delegatura.

De esta forma, este Despacho no tiene dudas que se puso en riesgo la posibilidad de esta Entidad de recaudar toda la información que considerara pertinente, con la certeza de que la misma no había sido modificada o alterada previamente por los empleados de la compañía.

Por su parte, el hecho que se haya entregado cierta información a los funcionarios de esta Superintendencia los días en que se llevaron a cabo las visitas, no puede de ninguna forma eximir de responsabilidad a **CONCRETO**. Sobre esto, es de suma importancia que se entienda que las visitas administrativas son una práctica que se desprende de las funciones de inspección, vigilancia y control que le otorga la ley y, por tanto, es la Autoridad de competencia quien, de manera unilateral, tiene la facultad de decidir la fecha, hora y forma en que se llevará a cabo la visita, y sobre todo, la información que deberá ser entregada por parte de los administrados.

Así, este Despacho sostiene que bajo ningún punto de vista debe entenderse que es facultativo del administrado determinar el tipo de información que será suministrada a las autoridades administrativas de inspección, vigilancia y control, sino que son estas las que tienen la facultad de determinar el tipo de información que será requerida, la cual deberá ser entregada de manera completa y sin ningún tipo de modificación o alteración.

Precisamente, como lo ha manifestado este Despacho, lo que se pretende con este tipo de visitas no anunciadas es recaudar todo el material que pueda ser relevante para determinar la posible infracción de las normas de competencia y evitar que la prueba se sustraiga o modifique con anterioridad a que la Autoridad de Competencia la tenga en su poder y la asegure de acuerdo con los protocolos propios de su naturaleza.

Por este motivo, lo que se espera de una persona natural o jurídica que es sujeto de una visita administrativa es que allegue toda la información solicitada y realice todas las actividades y gestiones necesarias para que la Autoridad de competencia pueda adelantar sus funciones, y no que, por el contrario, ponga en marcha actuaciones que obstruyan el buen desarrollo de la respectiva visita.

Ahora bien, respecto al argumento sobre la entrega por parte de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** de su clave de acceso al computador y la posterior radicación en la sede de esta Superintendencia de un *Back Up* completo de su equipo de trabajo, este Despacho debe mencionar que este hecho de manera alguna exime de responsabilidad a **CONCRETO**. Lo anterior, toda vez que, como se verá a continuación, dicho equipo de cómputo fue objeto de múltiples manipulaciones posteriores a la primera visita administrativa, por lo cual no existe certeza alguna de que no se haya alterado la información que reposaba en el mismo y que pudo haber sido de interés para esta Entidad.

“Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones”

Así, a continuación se presentan los diferentes procedimientos a los que se sujetó el computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** de manera posterior a las visitas de los días 6 y 7 de septiembre de 2016:

1. Según certificación aportada por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, de fecha 15 de agosto de 2018³⁷, el computador Apple I Mac serie SC00P834EFY10, asignado al presidente de **CONCRETO**, se encontraba en las oficinas de la compañía los días 6 y 7 de septiembre de 2016, fechas en que se realizaron las primeras visitas administrativas por parte de esta Superintendencia.

2. Según la misma certificación aportada por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**³⁸, el 9 de septiembre de 2016, dos días posteriores a la visita administrativa, se realizó un *Back Up* completo del computador Apple I Mac serie SC00P834EFY10, asignado a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**.

3. Según la certificación aportada por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**³⁹, para el 23 de septiembre de 2016, fecha en que se adelantaba la visita administrativa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en las instalaciones de **CONCRETO**, el computador Apple I Mac serie SC00P834EFY10, asignado a **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, se encontraba en proceso de cambio de disco duro.

4. El 13 de marzo de 2017, día en que se tomaba el testimonio de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** en la sede de esta Superintendencia en Bogotá, este último entregó la clave de acceso a su computador, y posteriormente radicó ante esta Entidad el *Back Up* del equipo obtenido el 9 de septiembre de 2016.

De esta forma, para este Despacho no queda duda que el computador institucional de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** fue un equipo manipulado desde la visita de los días 6 y 7 de septiembre de 2016, razón por la cual no se puede asegurar que contiene toda la información con la que contaba antes del inicio de la actuación administrativa por parte de esta Superintendencia.

A su vez, el haber recibido un *Back Up* realizado el 9 de septiembre de 2016 no garantiza a esta Entidad que la información obrante en el computador de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** no hubiera sido manipulada. Lo anterior teniendo en cuenta la insistencia por parte de este último de eliminar y “limpiar” toda la información de su correo electrónico y computador.

Por este motivo, para este Despacho resulta completamente improcedente el argumento de **CONCRETO** según el cual se entregó toda la información solicitada por esta Superintendencia en las visitas del 6 y 7 de septiembre de 2016 y 22 de septiembre del mismo año, toda vez que el hecho de haber entregado información solicitada por la Entidad no elimina la gravedad, ni exime de responsabilidad a la empresa, de las conductas desplegadas por su representante legal y algunos de sus empleados, dirigidas a eliminar información, acordar las respuestas que serían dadas a esta Entidad y determinar de manera previa cuales serían los equipos que serían puestos a disposición de la Delegatura.

Adicionalmente, debe recordarse que esta Superintendencia ha manifestado en anteriores ocasiones, que la razón de ser de que la autoridad se movilice al sitio en el que presuntamente se encuentran determinados documentos es precisamente determinar, *in situ*, su existencia, y proceder a su recaudo con el objeto de **asegurar la prueba** y, con ello, proceder a estudiar el mérito de abrir una investigación formal⁴⁰. Por este motivo, el hecho de aceptar que se exime de responsabilidad a los investigados por la posterior entrega de información a las visitas adelantadas por esta Entidad eliminaría el factor sorpresa y la seguridad de la Entidad de estar recaudando la información sin ningún tipo de modificación, lo cual se garantiza con el hecho de verificar la documentación necesaria el día de la visita, en el momento y lugar establecido de manera unilateral por la Autoridad.

³⁷ Folios 209 a 2016 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 44585 del 22 de julio de 2014.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

13.4.3. Argumentos relacionados con la falta de antijuridicidad de la conducta

CONCRETO manifestó en su documento de explicaciones que esta Superintendencia debió haber considerado si la conducta del administrado causó un daño al interés jurídico, y establecer la magnitud que tuvo dicho daño.

Así las cosas, para **CONCRETO** la conducta reprochada por la Entidad no puede considerarse como antijurídica, en la medida en que no puso en peligro el bien jurídico protegido, consistente en la capacidad de esta Superintendencia de desarrollar sus actividades de intervención respecto a los particulares.

Según **CONCRETO**, debe tenerse en cuenta que para que la conducta reprochada pueda ser considerada como antijurídica de acuerdo al ordenamiento nacional, debe poner en riesgo el bien jurídico tutelado, el cual es la capacidad de esta Superintendencia de recopilar pruebas y realizar averiguaciones preliminares. Sin embargo, dado que en el presente caso la Entidad recibió toda la información que fue solicitada durante las visitas administrativas, no puede establecerse que la conducta haya puesto en riesgo el bien jurídico protegido, y por tanto no puede ser considerada como una conducta antijurídica.

Al respecto, este Despacho debe manifestar que, en su criterio y en virtud de las pruebas que obran en el Expediente, la conducta desplegada por **CONCRETO** efectivamente puso en riesgo el bien jurídico protegido, el cual es la protección de la libre competencia a través de la facultad investigativa de esta Superintendencia y la capacidad de ésta de recolectar información que no haya sido previamente manipulada por los administrados.

Así, si bien este Despacho reconoce que durante las visitas administrativas a **CONCRETO** de septiembre de 2016 y marzo de 2017, los empleados de la compañía pusieron a disposición de los funcionarios de la Delegatura cierta información que les fue solicitada, también es cierto que existen suficientes elementos de prueba en el Expediente que demuestran que durante el tiempo que se dieron las visitas administrativas por parte de esta Entidad a **CONCRETO**, los empleados de esta compañía adelantaron diferentes conductas con el fin de eliminar información, manipular equipos de trabajo y decidir de manera unilateral la información que iba a ser puesta a disposición de esta Superintendencia.

En tal medida, existe evidencia que acredita que **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, actuando como representante legal de **CONCRETO**, dio instrucciones directas a los demás empleados de la compañía respecto a (i) la forma como debían limitarse las respuestas a los requerimientos hechos por la Entidad; (ii) que se eliminara información relacionada con el proceso de selección Tercer Carril Bogotá-Girardot (el cual era el objeto de la visita); y (iii) para que se tomaran las medidas necesarias con el fin de ocultar su computador institucional y, por el contrario, se presentara a los funcionarios de la Delegatura un equipo diferente.

Así las cosas, para este Despacho no cabe duda de que las conductas reprochadas por esta Superintendencia a **CONCRETO** y a sus empleados, efectivamente pusieron en riesgo el bien jurídico tutelado, toda vez que se eliminó la certeza para esta Superintendencia de estar recaudando la información y pruebas necesarias para llegar a una conclusión, sin que las mismas hubieran sido manipuladas con anterioridad por los administrados.

Por lo anterior, no es de recibo el argumento respecto a la falta de antijuridicidad de las conductas reprochadas a **CONCRETO**.

13.4.4. Argumentos relacionados con el contenido de los mensajes de *WhatsApp* analizados por esta Superintendencia

CONCRETO manifestó que se hizo una lectura selectiva de los mensajes de *WhatsApp* recolectados, sin constatar que lo establecido en los mismos no era otra cosa que las instrucciones dadas por los abogados externos de la compañía respecto a la forma como debía procederse ante las visitas realizadas por los funcionarios de la Delegatura.

De esta forma, los mensajes obtenidos por esta Superintendencia hacían referencia únicamente al concepto rendido por los asesores jurídicos de **CONCRETO**, por lo cual no deben ser tomados como una intención de obstruir las visitas adelantadas por esta Entidad.

“Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones”

Igualmente, se manifestó que *WhatsApp* es una aplicación de uso personal y no institucional, razón por la cual los mensajes enviados a través de la misma hacen parte de la esfera privada de los empleados de **CONCRETO**, sin hacer ninguna relación con los negocios de la compañía.

De esta forma, procede el Despacho a dar respuesta a los argumentos presentados anteriormente:

Así, en primer lugar, debe indicarse que no es cierto que esta Superintendencia haya realizado una lectura selectiva de los mensajes de *WhatsApp* recopilados por esta Entidad. Por el contrario, tal y como fue puesto en conocimiento de **CONCRETO** y sus empleados, los mensajes de *WhatsApp* fueron almacenados en su totalidad y sin alteración alguna por el equipo forense de esta Superintendencia y de esa misma forma fueron incluidos en el Expediente⁴¹.

En igual medida, el análisis que hace este Despacho tiene en cuenta los mensajes de *WhatsApp* en su totalidad, sin modificarlos, cortarlos y sin omitir parte alguna de los mismos.

En segundo lugar, sobre el argumento presentado por **CONCRETO** respecto a que los mensajes hacían referencia a las recomendaciones de los asesores jurídicos externos de la compañía, este Despacho debe manifestar que esta afirmación no es correcta, toda vez que se encontraron en los mensajes analizados diferentes elementos que no corresponden a las recomendaciones de los abogados externos de la empresa.

De tal forma, en primer lugar se resalta que se evidenciaron varios mensajes que hacían referencia a las órdenes del presidente de **CONCRETO** de eliminar información, acordar las respuestas que serían dadas a esta Entidad y ocultar su equipo de cómputo institucional.

Como ejemplo de lo anterior, se reitera que en los mensajes enviados por parte de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** a **FELIPE ROCHA SILVA**, vicepresidente de inversión de **CONCRETO**, y a **BERNARDO SARAIVA DE NOGUEIRA SERAFIM**, representante legal de **VINCI CONCESSIONS**, el día 22 de septiembre de 2016, les solicitó de manera expresa borrar los mensajes de texto (chats) que tuvieran relación con “Tercer Carril” y “Colpatria”.

Adicionalmente, es de resaltar, que estos mensajes se dieron con posterioridad a que **CONCRETO** hubiera consultado a sus asesores externos al menos en una ocasión, quienes les habían manifestado que debían entregar toda la información que fuera requerida por esta Entidad.

Finalmente, y en tercer lugar, respecto al argumento según el cual los mensajes de *WhatsApp* hacen parte de la órbita personal y no institucional de los empleados de **CONCRETO**, este Despacho debe manifestar lo siguiente:

La protección al derecho a la intimidad en la divulgación o circulación de la información o expresiones contenidas en mecanismos de mensajería instantánea como *WhatsApp*, ha generado diferentes debates a nivel local e internacional. Sin embargo, y con el propósito de resolver el presente cuestionamiento para el caso concreto, procederá este Despacho a referirse a las siguientes materias en el orden presentado a continuación: (i) derecho a la intimidad y las funciones de inspección, vigilancia y control en cabeza de esta Superintendencia; y (ii) la revisión de comunicaciones de *WhatsApp* en el caso concreto.

13.4.4.1. Derecho a la intimidad y funciones de inspección, vigilancia y control en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio

La Corte Constitucional define el derecho a la intimidad como aquél que “(...) *hace parte de la esfera o espacio de la vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar,*

⁴¹ Folio 207 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico⁴². (Subraya fuera de texto).

De esta forma, debe indicarse que de entrada la Corte Constitucional ha reconocido ciertos límites al derecho a la intimidad, esto es, los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico, lo que indica que a pesar de ser un derecho fundamental, el mismo no resulta absoluto.

En tal sentido, el debate jurídico que surge en torno al derecho a la intimidad en el caso concreto, teniendo en cuenta que no nos encontramos ante un derecho fundamental absoluto, es la existencia de un balance entre éste y el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control otorgadas a entidades del Estado, como la Superintendencia de Industria y Comercio.

En efecto, el artículo 15 de la Constitución Política señala:

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

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

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

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

Así, y en relación con la Superintendencia de Industria y Comercio, sus funciones de inspección, vigilancia y control en materia de protección de la competencia derivan del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, que indica:

"Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal". A su vez, el numeral 2, del artículo 1 del Decreto 4886 del 23 de diciembre de 2011 dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: "2. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, **velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales**". (Subraya y negrilla fuera de texto).

De igual forma, es importante recordar que de conformidad con el numeral 4 del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, esta Superintendencia ejerce funciones permanentes de policía judicial en materia de libre competencia⁴³.

Por su parte, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en desarrollo de la facultad constitucional consagrada en el artículo 15 antes citada, establecen que son funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras, 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

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-594 de 2014.

⁴³ "Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control".

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

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.

(...) (Negrilla fuera de texto).

A su vez, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011, dispone que la reserva de cierta información o documentos no es oponible a las autoridades administrativas (como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio) que los soliciten para el ejercicio de sus funciones, siempre que constitucional o legalmente sean competentes para ello. Así, dicha norma dispone:

"Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, **no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones.** Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo". (Negrilla fuera de texto).

En consonancia con lo anterior, la Ley Estatutaria 1581 de 2012, sobre protección de datos personales, además de definir qué se entiende por datos personales y por datos sensibles, en su artículo 10 establece que no es necesaria la autorización del titular de los datos para efectos de su tratamiento cuando se trate de "información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales" (Negrilla y subraya fuera de texto). Dicha norma entiende como tratamiento, según su artículo 3, la facultad de recolectar u obtener datos personales.

Así las cosas, y con fundamento en las normas previamente analizadas, es claro entonces que esta Superintendencia cumple efectivamente con funciones de inspección, vigilancia y control, la cual se traduce en el caso concreto, la de vigilar los diferentes mercados nacionales, razón por la cual, con fundamento en el artículo 15 de la Constitución Política, está plenamente facultada para **exigir** la presentación de libros de contabilidad y **demás documentos privados**, sobre los cuales no le es oponible ningún tipo de reserva.

En conclusión, la misma Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la intimidad, a pesar de ser un derecho fundamental, no es de carácter absoluto:

*"(...) El reconocimiento de que el derecho a la intimidad se vea sometido a restricciones significa, que cierta información del individuo interesa jurídicamente a la comunidad. **Admitir que este derecho no es absoluto, implica asentir que en ciertas ocasiones, cuando el interés general se ve comprometido y se perjudica la convivencia pacífica o se amenaza el orden justo, cierta información individual puede y debe ser divulgada.** Por lo anterior, la Corte ha señalado que "en el desarrollo de la vida corriente, las personas se ven impelidas a sacrificar parte de su intimidad como consecuencia de las relaciones interpersonales que las involucran. En otros casos, **son razones de orden social o de interés general** o, incluso, de concurrencia con otros derechos como el de la libertad de información o expresión, las que imponen sacrificios a la intimidad personal". (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

Por este motivo, garantías como el derecho a la intimidad no suponen de ninguna manera prohibir o restringir el acceso a la información privada por parte de las autoridades públicas que, como esta Superintendencia, cuentan con facultades de inspección, vigilancia y control. Más aún, cuando el objeto de vigilar los mercados tiene como propósito "(...) *mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios*"⁴⁴, todos estos elementos estrechamente relacionados con el correcto desarrollo del bien común.

En este sentido, pretender entonces hacer prevalecer el derecho a la intimidad, comprometiendo así la función de vigilancia orientada a asegurar el interés general de contar con mercados libres, sería desproporcionado y tornaría en ilusoria dicha vigilancia.

Ahora bien, visto lo anterior, procede este Despacho a examinar el alcance de las facultades de inspección, vigilancia y control de las entidades Estatales, en relación con el derecho a la intimidad, respecto a las conversaciones de *WhatsApp* contenidas en teléfonos móviles de carácter institucional.

13.4.4.2. Revisión de comunicaciones de *WhatsApp* en el caso concreto

Como ya fue expuesto anteriormente, de acuerdo a los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Superintendencia está legalmente 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, esta Superintendencia 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.

Lo anterior fue ratificado por la misma Corte Constitucional, quien en sentencia C-165 de 2019 estableció que:

"De esta forma, en el marco de las visitas de inspección, las superintendencias están facultadas para, entre otras: (i) ingresar a las instalaciones de las empresas y examinar sus archivos; (ii) recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete; (iii) solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y (iv) tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa".

En este sentido, puede afirmarse que la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de sus facultades legales cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, documentos de cualquier tipo e información, realizar entrevistas y practicar visitas de inspección con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica.

Ahora bien, es importante poner de presente que de acuerdo a la sentencia C-165 de 2019 de la Corte Constitucional, la información que repose en los computadores, *Tablets* o demás dispositivos de carácter institucional, se entienden como relacionados con la actividad del comerciante y por tanto pueden efectivamente ser exigidos por las superintendencias en su calidad de entidades de inspección, vigilancia y control en los términos del inciso 4 del artículo 15 de la Constitución Política. Así se transcribe aparte de la mencionada sentencia:

*"Así, la Corte no comparte la interpretación del demandante por virtud de la cual la revisión de los documentos contenidos en computadores, tablets y correos electrónicos **institucionales**, es decir de propiedad de las empresas y para fines empresariales, constituyen una interpretación o registro en los términos del inciso 3° del artículo 15 de la Constitución. De acuerdo con lo expuesto, **los documentos contenidos en dichos medios, en principio, están relacionados con la actividad del comerciante. Por ellos, harían parte de la categoría de "documentos privados" a los que las superintendencias pueden acceder para fines de inspección y vigilancia en virtud del inciso 4° del artículo 15 de la Constitución**".* (Subraya y negrilla fuera de texto).

⁴⁴ Artículo 2 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992, en desarrollo del artículo 333 de la Constitución Política.

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

De esta forma, en el caso concreto este Despacho encuentra que, según la información que obra en el Acta de visita administrativa del 22 de septiembre de 2016, los funcionarios de esta Superintendencia solicitaron la información y la entrega del celular "asignado" por **CONCRETO** al presidente de la compañía, el cual fue efectivamente entregado. De esta forma, es evidente que se trataba de un celular de carácter institucional, por lo cual, en los términos establecidos por la Corte Constitucional, toda la información (incluida la aplicación de mensajería WhatsApp) obrante en el mismo se entendía como relacionada con la actividad comercial de la empresa, por lo cual estaba sujeta a la inspección por parte de esta Superintendencia.

Lo anterior se evidencia en el siguiente aparte del Acta de visita administrativa del 22 de septiembre de 2016:

Imagen No. 3. Apartes del Acta de Visita Administrativa a las oficinas de CONCRETO del 22 de septiembre de 2016

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA**

Radicado: 16-223755

ACTA DE INSPECCIÓN

CONCRETO S.A.

En la ciudad de Medellín siendo las 10:00 a.m. del 22 de septiembre de 2016 el Despacho conformado por **MARIO ALEJANDRO FRANCO VANEGAS, JUAN PABLO LEÓN VILLAMIL** y **MARTHA LILIANA FANDIÑO VERGARA** actuando por comisión del Coordinador del Grupo de trabajo de Prácticas restrictivas de la competencia de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante **Superintendencia**) conforme oficio radicado con No. 16-223755-19 del 21 de septiembre de 2016, se trasladó a las instalaciones de **CONCRETO S.A.** sucursal Medellín (en adelante **CONCRETO**) ubicado en la Carrera 43 A No. 18 Sur 135, Piso 4 Sao Paulo Plaza.

Siendo las 10:30 a.m. se solicitó la identificación de los equipos de cómputo y celulares "asignados" a **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA, JUAN LUIS ARISTIZABAL VÉLEZ** y **FELIPE ROCHA SILVA**.

Del acopio de la imagen mencionada, se obtuvo información de los teléfonos celulares corporativos de **JUAN GUILLERMO SALDARRIAGA SALDARRIAGA** y **JUAN LUIS ARISTIZABAL VÉLEZ**. Se advierte, que teniendo en cuenta que dicha información puede tener datos personales y familiares no relacionados con el objeto de la presente visita administrativa, no será tenida en cuenta por la **SUPERINTENDENCIA** y se mantendrá en reserva de acuerdo con lo establecido en la norma citada en el párrafo anterior, tal como se informó durante la presente diligencia.

¹ Artículo 15 de la Ley 1340 de 2009

Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

De esta forma, este Despacho encuentra que no hay duda que en el presente caso: (i) la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad con funciones de inspección, vigilancia y control en materia de libre competencia, tenía plenas facultades para exigir a los empleados de **CONCRETO** la presentación de información, documentos y equipos institucionales con el fin de dar cumplimiento a sus funciones; y (ii) Que de acuerdo a la posición de la Corte Constitucional, todos los documentos e información que obrara dentro de los equipos celulares institucionales solicitados y entregados por los empleados de **CONCRETO** tenían el carácter de "documentos privados", relacionados con la actividad comercial de la empresa, y por tanto no le era oponible a esta Superintendencia ningún grado de reserva frente a ellos.

Por este motivo, no es de recibo el argumento respecto a que la aplicación de *WhatsApp*, la cual se encontraba instalada en el equipo corporativo del presidente y representante legal de

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

CONCRETO, se trataba de una aplicación de carácter personal. Por el contrario, la misma era de naturaleza institucional, por lo cual estaba totalmente sujeta a la inspección por parte de esta Superintendencia.

Finalmente, no puede pasarse por alto que de acuerdo a sentencia anterior de la Corte Suprema de Justicia, el hecho que a través de sistema de mensajería (como correos electrónicos, o en nuestro caso *WhatsApp*), de carácter institucional, se transmitan comunicaciones privadas de los empleados, no significa de ninguna manera que dichos sistemas de mensajería deban entonces considerarse de naturaleza personal. De esta forma, la citada sentencia manifestó lo siguiente:

"A fin de evitar, por ende, cualquiera de esas indebidas injerencias, las partes del proceso y el funcionario encargado de la controversia, deberán sujetar sus actuaciones a la normatividad legal pertinente y circunscribir la probanza a lo estrictamente necesario, según los hechos que sustentan la misma. En consecuencia, unas y otro deberán velar porque la documentación cuya presentación se persiga, y que en efecto se exhiba, en tratándose de los papeles del comerciante, sea en verdad la correspondencia y los comprobantes relacionados con sus negocios.

(...)

*De lo anterior se desprende, que si en tales direcciones de correo "empresariales" existían comunicaciones privadas de los trabajadores a quienes se había confiado su uso, tal estado de cosas tuvo por causa **que ellos optaron por transmitir a través de esas cuentas, misivas suyas, ajenas a la sociedad y/o al trabajo que hacían***".⁴⁵ (negrilla fuera de texto).

De esta forma, se puede establecer que a pesar de que el trabajador opte por transmitir a través de su teléfono móvil de carácter institucional mensajes de naturaleza privada, dicho dispositivo sigue teniendo naturaleza empresarial, y por tanto, la información contenida en él se considera relacionada con la actividad de la compañía y por tanto puede ser sujeta a inspección por parte de esta Superintendencia o cualquier otra autoridad Estatal con dichas facultades.

Y es que no se puede dejar pasar por alto dos elementos adicionales. El primero, que según se desprende de las diversas investigaciones en materia de prácticas anticompetitivas adelantadas por esta Superintendencia, se ha encontrado que de manera común el *WhatsApp* está siendo utilizado para atender asuntos comerciales e, incluso, llegado a convertirse en una herramienta utilizada en el desarrollo de conductas contrarias a la libre competencia, tal y como se ha señalado en varias decisiones de esta Superintendencia que dan cuenta de conductas anticompetitivas. Por tal razón, es lógico establecer que los mensajes de datos contenidos en aplicaciones de mensajería instantánea como *WhatsApp*, presentes en teléfonos móviles de naturaleza institucional, no están fuera del alcance de las funciones de esta Superintendencia.

De lo contrario, cualquier información relacionada con un proceder anticompetitivo consignado en dispositivos móviles institucionales sería inmune a las consecuencias jurídicas que de éste se derivan, tornando en imposible la labor de vigilancia que cumple esta Entidad orientada a mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. Nótese que aceptar esta posición (como la que sugiere el investigado) constituiría una invitación para que, por ejemplo, los miembros de un cartel coordinaran su conducta a través de mensajes en sus teléfonos inasequibles para la autoridad.

En segundo lugar, y por último, debe resaltarse que los mensajes de *WhatsApp* utilizados en el presente caso, tienen una clara relación, única y exclusivamente, con asuntos empresariales y de naturaleza institucional. De hecho, el contenido de los mensajes utilizados como prueba hace referencia al desarrollo de las visitas administrativas en cuestión, motivo por el cual no es posible argumentar que se trataba de conversaciones de naturaleza privada entre los empleados de **CONCRETO**. Incluso, tal y como se evidencia de los apartes presentados anteriormente del Acta de Visita del 22 de septiembre de 2016, se desprende que durante dicha diligencia se le

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del cuatro de septiembre de 2007. Rad. No. 05001-22-03-000-2007-00230-01

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

informó a los investigados que la información personal que obrara en sus equipos institucionales no sería utilizada y sería asegurada y mantenida en reserva, lo cual se ha cumplido a cabalidad.

Por todo lo anterior, este Despacho encuentra que la Superintendencia de Industria y Comercio tenía plenas facultades para exigir y revisar los mensajes de *WhatsApp* que tuvieran relación con la actividad económica de la compañía y sus empleados, sin necesidad de requerir orden judicial para esto.

Así las cosas, este Despacho desestimaré los argumentos presentados en este sentido por los investigados.

DÉCIMO CUARTO: Que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece lo siguiente:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

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

(...)" (Negritas y subrayado fuera del texto).

Teniendo en cuenta los criterios establecidos en la ley, la Autoridad de Competencia debe asegurar que los efectos de prevención general y 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 en 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.

En línea con lo anterior, se analizarán a continuación los criterios previstos en la norma para efectos de graduar la multa que le corresponde a **CONCRETO**, en su condición de infractor del régimen de libre competencia.

En el presente caso, frente a los criterios de "impacto que la conducta tenga sobre el mercado" y "la dimensión del mercado afectado", advierte el Despacho que los mismos no resultan aplicables, por cuanto la infracción tiene una implicación directa en la actuación administrativa de esta Superintendencia, pero no un impacto propiamente dicho en el mercado. No obstante lo anterior, se tendrá en cuenta la importancia de la conducta, en el sentido de que las visitas administrativas de inspección en la etapa preliminar son fundamentales para la Autoridad de Competencia, en la medida en que constituyen la oportunidad idónea para obtener información sobre la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia que, por su propia naturaleza, tiende a ser mantenida en secreto u oculta por los agentes del mercado.

Respecto al criterio del "beneficio obtenido por el infractor con la conducta" se observa que, tratándose de una conducta de incumplimiento de instrucciones y obstrucción de una actuación administrativa, la utilidad para **CONCRETO** solo puede definirse a partir del costo de oportunidad sufrido por la Autoridad de Competencia al poner en riesgo su capacidad de recaudar las evidencias al momento de la diligencia, y este costo de oportunidad, vale la pena anotar, no puede calcularse, ya que no hubo posibilidad de calificar el valor probatorio de la información

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

documental solicitada ni de las declaraciones que hubiesen rendido los empleados de la empresa de no haber recibido órdenes para alterar las mismas.

Sobre el criterio de "*grado de participación del implicado*", al momento de dosificar la sanción se tendrá en cuenta que **CONCRETO** a través de su presidente y empleados desplegó una conducta obstructiva ya que con su actuar incumplió el deber de acatar en debida forma la solicitud de información formulada por esta Superintendencia en desarrollo de sus funciones legales, cuya recolección oportuna interesaba al trámite administrativo que fundó la visita practicada. Como ya se demostró en el presente acto administrativo, el actuar de la empresa, a través de su presidente y algunos de sus empleados, pretendió el ocultamiento y eliminación de información relevante para esta Entidad, la alteración de declaraciones, e incluso el ocultamiento del equipo de cómputo del presidente de la compañía.

La aplicación del criterio de "*conducta procesal de los investigados*" genera en este caso un efecto neutro sobre la dosificación de la sanción, habida cuenta de que **CONCRETO** ejerció su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal a tener en cuenta en la sanción, como tampoco alguna actuación que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa.

Finalmente, frente a los criterios referentes 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*" y al "*patrimonio del infractor*", se tendrán en cuenta como criterios de graduación los estados financieros de 2018, así como los ingresos operacionales de **CONCRETO** en ese año, con el fin de que la sanción no resulte desproporcionada, confiscatoria o expropiatoria, pero tampoco irrisoria de manera tal que se desvirtúen los objetivos del derecho sancionatorio del Estado.

Así las cosas, al realizar un análisis de los criterios de dosificación aplicables a la persona jurídica referida, este Despacho determina que **CONCRETO** será multada con la suma de **VEINTIUN MIL SEISCIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$21.601.405.860)** equivalentes a **VEINTISEIS MIL OCHENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (26.085 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al 1,5% de su patrimonio de 2018 y al 2% de sus ingresos operacionales globales de ese mismo año. Igualmente, equivale al 26,1% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.**, identificada con NIT. 890.901.110-8, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al incumplir instrucciones y obstruir una actuación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER a **CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.** identificada con NIT. 890.901.110-8, una multa de **VEINTIUN MIL SEISCIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$21.601.405.860)** equivalentes a **VEINTISEIS MIL OCHENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (26.085 SMLMV)**.

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

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

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

ARTÍCULO TERCERO: ARCHIVAR la presente investigación en contra de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.774.008 y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.530.104, respecto a la vulneración del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.** que, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, realice la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.** informa que:*

*Mediante Resolución No. **27305** de 2019 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.** por contravenir lo establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al incumplir instrucciones y obstruir una actuación administrativa que adelantaba la Superintendencia de Industria y Comercio durante unas visitas administrativas. Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009".*

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

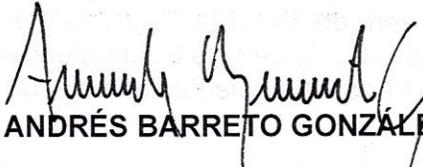
ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A.** identificada con NIT. 890.901.110-8, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.774.008 y **ANA SOFÍA TOBÓN NOVA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 32.530.104, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, según lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA).

ARTÍCULO SÉPTIMO: COMUNICAR la presente Resolución a la Delegatura para la Protección de la Competencia de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**.

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **10 JUL 2019**

El Superintendente de Industria y Comercio,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

"Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones"

Elaboró: T. Posada/A. García
Revisó A. Pérez
Aprobó: A. Barreto

NOTIFICAR

CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.

NIT 890.901.110-8

JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ

C.C. 2.774.008

Apoderado

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

C.C. 79.779.355

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

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

Bogotá, D.C.

ANA SOFÍA TOBÓN NOVA

C.C. 32.530.104

Apoderado

LAURA BUENDÍA GRIGORIU

C.C. 52.268.705

T.P. 108.942 del C. S. de la J.

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

Bogotá, D.C.

COMUNICAR

**DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Carrera 13 No. 27-00, Piso 10.

Bogotá D.C.