



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 18727 DE 2014

Radicación No. 13-145766

(26 MAR 2014)

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009¹ y en el numeral 2 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2012²: corresponde a la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante **SIC**), en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en materia de competencia en los mercados nacionales.

SEGUNDO: Que de acuerdo con los numerales 62³ y 63⁴ del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la **SIC** está facultada para realizar visitas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, y adoptar las medidas que correspondan, así como para solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

TERCERO: Que el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multa, previa solicitud de

¹ **LEY 1340 DE 2009, ARTÍCULO 6:** "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."

² **DECRETO 4886 DE 2011, ARTÍCULO 1 NUMERAL 2:** "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."*

³ **DECRETO 4886 DE 2011, ARTÍCULO 1 NUMERAL 62:** (...) 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."*

⁴ **DECRETO 4886 DE 2011, ARTÍCULO 1 NUMERAL 63:** (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

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."*

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

explicaciones, por la inobservancia de las instrucciones u órdenes que imparta en desarrollo de sus funciones o por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información que se requieran para el correcto ejercicio de las mismas.

CUARTO: Que de conformidad con las facultades otorgadas a esta Superintendencia a través de los numerales 62 y 63 del Decreto 4886 de 2011, el 25 de enero de 2013 el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia delegó por medio de escrito radicado bajo el No. 11-50912-37⁵ a funcionarios de esta Entidad, para que adelantaran una visita administrativa a las instalaciones de la sociedad **CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.** (en adelante **CÁLCULO**), ubicadas en la Carrera 48C No. 10C Sur – 94 en Medellín, con el fin de obtener información relacionada con los procesos de contratación adelantados por dicha empresa.

QUINTO: Que en desarrollo de la visita administrativa, los funcionarios delegados solicitaron la revisión de los equipos de cómputo de las personas encargadas de las licitaciones, contabilidad y administración, así como una serie de documentos físicos.

SEXTO: Que como consta en el acta suscrita con ocasión a la visita administrativa antes mencionada, la diligencia fue atendida por **FERNANDO LEÓN RÍOS MEJÍA**, Revisor Fiscal de **CÁLCULO**, a quien se le presentó la credencial de inspección de visita radicada y se le informó del objeto de la misma. A continuación se transcriben apartes del acta de visita en donde se describen los hechos que generaron la presente actuación:

"(...)Se procede a revisar el computador de contabilidad en presencia de la contadora de la empresa, al manifestarle por parte de los funcionarios que se realizarían copias de algunos archivos en una carpeta aparte que serían los que se llevaría este Despacho y que de esta carpeta se dejaría una copia exacta para la sociedad y que a los mismos se le realizaría el procedimiento de encriptación y huella HASH, el señor Ríos manifestó que él no se encontraba autorizado para permitir dicha extracción de información y que debía solicitar autorización nuevamente y que necesitaba nuevamente un tiempo

La demás información requerida como el listado de los procesos de contratación de los años 2009, 2010 y 2011 y las actas de asamblea no se suministraron.

(...)

[A]nte la negativa a permitir al Despacho el acceso a la información solicitada y a los equipos de cómputo requeridos por la falta de autorización y siendo la 1:10pm (sic), una vez más el Despacho dio lectura a los numerales 62 y 63 del Artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 con el fin de recordarle al señor Fernando Ríos las facultades otorgadas por la Ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, y le recordó que la información recolectada mantendría el carácter de reservado si la empresa así lo solicita.

Frente a la renuencia reiterada por la (sic) razones expuestas por el señor Fernando Ríos, el Despacho hace especial énfasis en las consecuencias que acarrearía una inobservancia de instrucciones o la obstrucción de las investigaciones que la Superintendencia adelanta, dando lectura del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

No obstante lo anterior, el señor Fernando Ríos, confirma su decisión de no permitir la extracción de la información e impedir el acceso a los equipos de cómputo, a lo que añadió:

⁵ Folio 11 del Cuaderno 1 del Expediente. En adelante cuando se utilice la expresión "del Expediente" en el presente Acto Administrativo, la misma hará referencia al radicado No. 13-145766.

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

"No se hace entrega de lo faltante de la información inicial y la adicional que se solicitó porque no estoy autorizado para entregar dicha información, para ello requiero del permiso expreso de la Gerente de la empresa, sin lo cual me es imposible acatar la solicitud" ⁶.

SÉPTIMO: Que de conformidad con el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, por medio de la comunicación radicada con el número 13-145766-0⁷ del 19 de junio de 2013, dio inicio al trámite por el posible incumplimiento de instrucciones y la eventual obstrucción de investigación generados por los hechos de la visita del 25 de enero de 2013, y solicitó a **CÁLCULO** que en ejercicio del derecho de defensa rindiera las explicaciones que estimara pertinentes y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer dentro del presente trámite.

OCTAVO: Que **CÁLCULO** presentó las explicaciones solicitadas y aportó unos documentos mediante comunicación radicada con el No. 13-145766-2⁸. En dicho documento manifestó, a manera de explicación, lo siguiente⁹:

"(...) Como es obvio, por ignorar la programación de dicha visita, yo no me encontraba presente en las instalaciones de la empresa, por lo que dichos funcionarios (de la Superintendencia) fueron atendidos por el señor FERNANDO LEÓN RÍOS MEJÍA, quien se desempeña como Revisor Fiscal de la Empresa.

Yo me encontraba atendiendo una importante reunión de negocios, por lo que no podía atender llamadas telefónicas ni distraerme del objetivo de la reunión, sin embargo, en el transcurso de la diligencia, en horas de la mañana, el Señor Revisor Fiscal logró contactarme telefónicamente e informarme lo que estaba pasando, frente a lo que impartí las instrucciones de verificar directamente con la Superintendencia de Industria y Comercio, la autenticidad de dicha Visita Administrativa.

(...)

Por fortuna, para ese día, a esa hora, se encontraba en las instalaciones de CÁLCULO & CONSTRUCCIONES el Revisor Fiscal, aspecto que no es ordinario, quien pudo atender la visita, dentro de las limitaciones de sus facultades y competencias.

(....)

Es ajeno a la verdad, tal y como se evidencia no solo en el acta levantada por los funcionarios comisionados, sino también en el acta levantada por la empresa, que el Señor Fernando Ríos, Revisor Fiscal, se hubiera negado "rotundamente al cumplimiento total del requerimiento".

La misma acta levantada por los funcionarios de la Superintendencia da cuenta de que la información inicialmente requerida fue suministrada, con la salvedad antes señalada, la dificultad se presentó cuando los funcionarios manifestaron que haría copia o huella digital de varios de los computadores de la empresa, frente a lo que el Señor Revisor Fiscal manifestó que no tenía la facultad para autorizar dicha práctica.

⁶ Ver folio 8 del Cuaderno 1 del Expediente.

⁷ Ver folios 1 a 5 del Cuaderno 1 del Expediente.

⁸ Folios 54 a 79 del Cuaderno 1 del Expediente.

⁹ Folios 54 a 60 del Cuaderno 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

A partir de este momento, la diligencia tomó otro giro. Sintiéndose presionado y amenazado el Señor Revisor Fiscal se vio en la necesidad de levantar un acta interna que diera cuenta de lo sucedido realmente en la diligencia.

El acta a la que hago referencia no fue firmada por sus funcionarios pues manifestaron que no estaban autorizados para firmar otra acta diferente a la que ellos elaboraron, motivo por el cual se solicitó la presencia de 3 empleados de la empresa para que sirvieran de testigos.

(...)

Acerca de esta situación (información en equipos de cómputo) es muy importante hacer énfasis en que la empresa en ningún momento se negó a permitir la revisión de la información de los computadores, no es correcto manifestar que a los funcionarios no se les permitió el accesos (sic) a la información de los computadores, como de hecho se puede confirmar en la misma acta elaborada por los funcionarios de su Despacho, en la que textualmente quedó expresado que: "Se procede a revisar el computador de contabilidad en presencia de la contadora de la empresa..."

Nuevamente me permito resaltar hasta este punto que se proporcionó toda la información requerida por sus funcionarios y que se tenía disponible. Ellos tenían la autorización para revisar la información de los computadores que habían solicitado, lo que no se autorizó en su momento fue hacer el proceso HASH o copia digital, pero en ningún momento se negó el acceso a los computadores y a revisar su información, por lo que la decisión de no seguir haciéndolo fue de los funcionarios.

Ahora frente al tema de la autorización de hacer la copia digital o HASH por parte del Revisor Fiscal, considero que obró de forma correcta, procedió a manifestarles que no estaba autorizado, ni facultado para permitir este proceso.

(...)

*En comunicación enviada el 28 de enero de 2013 al Doctor GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA, Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en mi calidad de representante legal de la empresa, expliqué los motivos de mi ausencia en la diligencia realizada el día 25 de enero, aclaré las funciones y competencias del Señor Revisor Fiscal y manifesté textualmente: **"Por lo anterior es que me pongo a su disposición y se fije una cita con antelación, debido a que yo además de ser la Representante Legal cubro varios cargos como es Directora de obra, Dirección de Licitaciones, etc. O me informe qué documentos les puedo suministrar y enviar a su despacho"***

(...)

El señor Fernando León Ríos Mejía tiene un contrato de prestación de servicios con la empresa desde hace aproximadamente un año y que sus tareas en la empresa están concentradas en la revisión de la información financiera y tributaria de la empresa, sin otras funciones especiales.

La Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado sobre las funciones y el alcance de las actuaciones de la Revisoría Fiscal frente a las entidades gubernamentales, es así como publicó la circular externa 115-000011 del 21 de octubre de 2008, publicada en el Diario Oficial 47.151 del 23 de octubre de 2008, mediante la cual impartió instrucciones relacionadas con la Revisoría Fiscal, su marco Conceptual y Normativo, además de explicar cada una de sus Funciones".

RESOLUCIÓN NÚMERO 18727 DE 2014 Hoja Nº 5

“Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones”

NOVENO: Que mediante la Resolución No. 47358 del 13 de agosto de 2013¹⁰, la Delegatura para la Protección de la Competencia ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Se decretan las siguientes pruebas aportadas por la sociedad CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.:*

1.1. Documentales:

1.1.1. *Téngase como prueba, con el valor que le corresponda, los documentos aportados con los escritos radicados con los Nos. 13-145766-1 y 13-145766-2 del 2 y 3 de julio de 2013 respectivamente, los cuales obran entre los folios 10 a 79 del Cuaderno 1 del Expediente.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Decretar de oficio las siguientes pruebas:*

2.1. Documentales:

2.1.1. *Téngase como prueba, con el valor que le corresponda, los demás documentos contenidos en el Expediente No. 13-145766 hasta la fecha.*

2.2. Oficios:

2.2.1. *Oficiar a la sociedad CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A. para que remita, con destino al expediente, la siguiente información:*

Estados Financieros de la sociedad con corte 31 de diciembre de 2012, certificados por el representante legal y contador público y dictaminados por el revisor fiscal.

2.2.2. *Oficiar a la CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA para que remita, con destino al expediente, la siguiente información en medio magnético no protegido:*

Último formulario de renovación del RUP de la sociedad CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A. (NIT 801002376 - 9).”

DÉCIMO: Que mediante la Resolución No. 80766¹¹ del 19 de diciembre de 2013, la Delegatura adicionó la Resolución 47358 del 13 de agosto de 2013, ordenando la práctica de la siguiente prueba:

“2.2.3. OFICIAR a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN- *para que remita, con destino al expediente, la siguiente información en medio magnético no protegido:*

- *La última declaración de renta presentada ante esa entidad por parte de CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A. (NIT 801002376 – 9)”*

DÉCIMO PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, así como lo consignado en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y teniendo en cuenta la información que obra en el expediente; esta Superintendencia procede a establecer si **CÁLCULO** incumplió las instrucciones impartidas por esta Entidad y

¹⁰ Folios 80 a 82 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹¹ Folios 122 y 123 de Cuaderno 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 18727 DE 2014 Hoja Nº 6

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

de esta forma obstruyó la actuación administrativa que la misma adelantaba, al impedir la extracción de la información contenida en los computadores de la sociedad en desarrollo de la visita administrativa realizada el 25 de enero de 2013, dentro de la actuación administrativa No. 11-50912.

Por lo anterior, el Despacho se permite hacer las siguientes consideraciones:

11.1. De la facultad de la SIC para la práctica de la visita

De conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, corresponde a la SIC, 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.

Para del ejercicio de esta atribución, el artículo 15 de la Constitución Política establece:

"Artículo 15. (...)

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

En concordancia con lo anterior, en el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, se previeron como funciones de la Entidad, entre otras, las siguientes:

"Artículo 1. Funciones generales (...)

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

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

Teniendo en cuenta lo anterior, la facultad de esta Superintendencia para el desarrollo de diligencias administrativas de inspección goza de respaldo constitucional y legal. Así mismo, en dichas visitas se puede solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto adelantamiento de la actuación administrativa.

Dichas facultades fueron puestas en conocimiento del requerido en explicaciones tanto en desarrollo de la visita, como en la misma credencial que acreditaba a los funcionarios comisionados para el desarrollo de la diligencia administrativa de inspección.

Resulta importante además, resaltar que no es oponible a esta Entidad en desarrollo de sus funciones, la existencia de reserva en la información que se requiere; lo anterior, en desarrollo del artículo 20 de la Ley 57 de 1985, que en su tenor expone que:

"Artículo 20. El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. (...)

“Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones”

11.2. De la no notificación de la visita a la representante legal

Es de mencionar que la visita que da origen al presente proceso se realizó en una etapa preliminar en la que no existían partes vinculadas, sino el estudio de admisibilidad y pertinencia sobre la posibilidad de abrir una investigación formal. En ese sentido, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, manifiesta con relación al procedimiento de prácticas restrictivas de la competencia que:

“ARTICULO 155. PROCEDIMIENTO POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS. El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, quedará así:

*“Artículo 52. Procedimiento.- Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en **caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación***

Quando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado...”
(Negrillas fuera del texto).

Como puede advertirse de la norma transcrita, es posible que antes de que exista una investigación formal por prácticas comerciales restrictivas de la competencia (pues dicha etapa se origina a partir de la resolución de apertura de investigación formulando pliego de cargos), la Superintendencia adelante de oficio, o a solicitud de parte, una averiguación previa con el fin de obtener información que le permita *“determinar la necesidad de realizar una investigación”*.

Así las cosas, la manifestación realizada por el requerido en explicaciones sobre el deber de notificar previamente la inspección administrativa para garantizar la asistencia del representante legal, resulta inapropiada en cuanto, pese a ser ideal la presencia del representante legal, la misma no es requisito *sine qua non* para el adelantamiento de este tipo de actuaciones. Lo que se persigue con una visita en etapa preliminar es la recolección de cualquier clase de información que permita colegir razonablemente la presencia de una práctica anticompetitiva; cuyo suministro puede ser realizado por cualquier persona.

Esta etapa, previa a la investigación, que tiene el carácter de discrecional y reservada, tiene por finalidad: i) Adelantar una serie de actuaciones tendientes a verificar la posible existencia de unos supuestos de hecho que eventualmente pudieran constituir una infracción de las normas sobre libre competencia, y ii) obtener información que permita identificar los presuntos responsables de los hechos que constituirían una infracción.

Por ello, dentro de las facultades que el ordenamiento jurídico le asignó a esta Superintendencia para esta clase de actuaciones administrativas, se encuentra la de adelantar visitas de inspección a empresas, fábricas, establecimientos de comercio o cualquier otro lugar que considere pertinente para los fines previstos, así como la de solicitar el suministro de todo tipo de información que para los fines de esta etapa resulten útiles y relevantes, de conformidad con los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011.

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

En relación con esta etapa preliminar, el Consejo de Estado¹² ha señalado lo siguiente:

"Según se puede leer en la norma, la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y (sic) que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento. (...)"

Como puede observarse, esta actuación preliminar obedece a un trámite previo a la investigación que no se encuentra sujeto a formalidades, en la que no se han constituido partes y no existen supuestos de hecho, ni imputación en contra de ninguna persona jurídica o natural.

Agregando a lo anterior, y con la intención de no causar traumatismos innecesarios a los mercados y sus agentes, la Superintendencia mantiene en reserva todas sus actuaciones preliminares¹³ hasta saber si hay mérito para el inicio de una investigación formal.

Es así como al ejecutar la visita de inspección en etapa preliminar, ya sea de oficio o por denuncia de un tercero, el Despacho no ha elaborado juicio de valoración alguno o examen de tipicidad que permita circunscribir o delimitar los hechos a investigar. Por esta razón, no puede elaborar una enunciación documental precisa y taxativa de lo requerido, lo que hace imprescindible acudir a las instalaciones físicas de la empresa y recopilar información que, respetando las garantías constitucionales, pueda arrojar unos indicios de posibles afectaciones a la competencia. Es posible que en el curso de la diligencia, el Despacho encuentre información útil, conducente y pertinente cuya existencia desconocía antes de la visita y por lo mismo no la hubiera podido solicitar de forma escrita.

En consecuencia, esta Superintendencia no tenía la carga de notificar previamente la programación de esas visitas administrativas llevadas a cabo dentro de la averiguación preliminar mencionada.

Por lo demás, resultaría absurdo exigir a una autoridad de inspección vigilancia y control que realiza una visita administrativa con el objeto de recaudar pruebas, el que la misma se notifique previamente, toda vez que tal exigencia desnaturalizaría el propósito mismo de pre constituir las pruebas sobre la comisión de una violación al régimen de competencia.

Ahora bien, si la empresa inspeccionada considera que cierta clase de información que el Despacho extrae es suficientemente sensible y puede generarle perjuicios si es conocida

¹² Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola, Sentencia del 23 de enero de 2003, radicación número 25000-23-24-000.

¹³ Cfr. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – SECCIÓN PRIMERA- SUBSECCIÓN "A", Expediente No. 2500023240002010-00527-01, Magistrada ponente: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO, decisión de recurso de insistencia del 18 de noviembre de 2010.: "(...) [L]a Sala considera que las actuaciones preliminares a la investigación, por infracción a las normas de protección de la competencia, también ostentan el carácter de reservado, pues el artículo 13 de la citada disposición (Ley 155 de 1959) no hace distinción entre investigación previa y la investigación formalmente adelantada." (Paréntesis fuera del texto)

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

por terceros, está en su derecho de solicitar la reserva documental bajo el amparo del artículo 15 de la ley 1340 de 2009 cuyo tenor es el siguiente:

"ARTÍCULO 15. RESERVA DE DOCUMENTOS. Los investigados por la presunta realización de una práctica restrictiva de la competencia podrán pedir que la información relativa a secretos empresariales u otro respecto de la cual exista norma legal de reserva o confidencialidad que deban suministrar dentro de la investigación, tenga carácter reservado. Para ello, deberán presentar, junto con el documento contentivo de la información sobre la que solicitan la reserva, un resumen no confidencial del mismo. La autoridad de competencia deberá en estos casos incluir los resúmenes en el expediente público y abrir otro expediente, de carácter reservado, en el que se incluirán los documentos completos. (...)"

Esta consideración de reserva fue puesta en conocimiento del Revisor Fiscal de la visitada en los siguientes términos:

"(...) le recordó (al revisor fiscal) que la información recolectada mantendría el carácter de reservado si la empresa así lo solicita"¹⁴

Por lo tanto, existen garantías suficientes que sirven de asidero legal a las empresas inspeccionadas para permitir la ejecución de las visitas que de forma programática adelanta la SIC.

11.3. Del acceso a los computadores sin permitir extraer información

Como bien lo afirma en sus explicaciones la sociedad CÁLCULO, los funcionarios que adelantaban la visita de inspección en mención tuvieron acceso al computador de la contadora, pudiendo revisar documentos que constituían el objeto de la visita.

En ese sentido, la empresa investigada reitera en varios apartes de su escrito de explicaciones que no hubo un incumplimiento de instrucciones ni una obstrucción de la investigación en cuanto los funcionarios de la SIC, efectivamente accedieron al equipo de cómputo de la contadora, así como le fueron ofrecidos los demás equipos requeridos. Al respecto, en el texto de la explicación entregada por la investigada se expuso:

"Ellos tenían la autorización para revisar la información de los computadores que habían solicitado, lo que no se autorizó en su momento fue hacer el proceso HASH o copia digital, pero en ningún momento se negó el acceso a los computadores y a revisar su información, por lo que la decisión de no seguir haciéndolo fue de los funcionarios"¹⁵

En este punto resulta importante señalar la importancia de: i) recolectar la información que se descubra en desarrollo de una diligencia; y ii) asegurar la evidencia digital encontrada a través de protocolos adecuados para que se pueda verificar la originalidad e integridad de la misma.

En estos términos, los trámites administrativos que se adelantan en la Delegatura para la Protección de la Competencia con miras a determinar la ocurrencia de una posible práctica restrictiva de la competencia, se llevan a través de una serie de actuaciones documentadas contentivas de los elementos materiales probatorios (EMPs) que sirven para respaldar su eventual decisión de abrir una investigación formal o archivar el trámite. Estos mismos

¹⁴ Folio 14 del Cuaderno 1 del Expediente.

¹⁵ Folio 58 del cuaderno 1 del Expediente.

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

EMPs sustentan la decisión que este Despacho toma respecto a sancionar una conducta en el mercado o archivar la investigación adelantada.

Así las cosas, sin ese contenido probatorio las actuaciones administrativas de esta Entidad carecerían de esqueleto fáctico, impidiendo no solo a la administración tomar decisiones, sino a los administrados ejercer apropiadamente su derecho fundamental al debido proceso y la debida defensa frente a las investigaciones que en su contra se adelantan.

En este sentido, esta Superintendencia debe salvaguardar que sus actuaciones estén regidas bajo los principios administrativos del debido proceso y transparencia; que en parte se traducen en la interpretación de los principios probatorios contenidos en el Código de Procedimiento Civil, en especial el de la necesidad de la prueba contenido en su artículo 174, el cual dispone que:

"ARTÍCULO 174. NECESIDAD DE LA PRUEBA. *Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."*

Teniendo en cuenta lo anterior, y con miras a satisfacer de igual modo los requerimientos establecidos en la Ley 527 de 1999 para la validez de la evidencia digital, la información contentiva de mensajes de datos que puede ser hallada en las diligencias administrativas de visitas de inspección, debe garantizar en sí misma su originalidad¹⁶ e integridad¹⁷ con el fin de poder ser utilizada en sede administrativa o judicial.

Para lo anterior, la Delegatura para la Protección de la Competencia aplica una función denominada *huella hash* sobre la evidencia digital, lo que consiste en identificar cada uno de los EMPs con una huella digital alfanumérica a través de dos algoritmos (MD3 y SHA1). Estos algoritmos reducen a un número finito la identificación de los archivos digitales, permitiendo garantizar que los mismos no han sido alterados o modificados desde el momento de su recolección hasta su uso.

A partir de las anteriores premisas este Despacho llega a las siguientes dos conclusiones:

- No puede el sujeto pasivo de la visita administrativa condicionar la realización y desarrollo de la misma, estableciendo parámetros que carecen de amparo normativo, dirigidos a configurar óbices para que la Administración cumpla con sus objetivos misionales de fundamento constitucional y legal.

¹⁶ LEY 527 DE 1999, ARTÍCULO 8 Original: *"Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si:*

- a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;*
- b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.*

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original".

¹⁷ LEY 527 DE 1999, ARTÍCULO 9: *"Para efectos del artículo anterior, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido, será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso."*

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

En efecto, no existe razón jurídica que justifique la permisión parcial a solo verificar los equipos sin poder extraer su contenido, por cuanto ello contraría y limita las potestades que fueron atribuidas a esta Superintendencia. Lo anterior niega la lógica y razón que inspira las visitas administrativas en etapas preliminares, que como se verá en el siguiente acápite, responde a necesidades imprescindibles e insustituibles.

- La permisión inicial de suministrar el equipo de cómputo a los funcionarios que adelantaban la visita no representa un cumplimiento en los deberes de los administrados a suministrar información a la autoridad de competencia, y por ello, no representa un cabal cumplimiento de las instrucciones impartidas por la SIC.

En desarrollo de esa idea, de nada sirvió que los funcionarios hubieran adelantado con normalidad la inspección documental si finalmente no pudieron extraer, conforme con los protocolos normativos y las garantías que permiten la admisibilidad de la información como prueba, la documentación que se requería en el trámite respectivo.

En efecto, el objeto que tiene una visita de inspección en etapa de admisibilidad de queja es la recolección de documentación que permita inferir con cierto grado de razonabilidad, la comisión de una conducta lesiva de la competencia. Pero para que la Delegatura para la Protección de la Competencia pueda valorar y evaluar cualquier clase de información sobre la que pretenda justificar una decisión de apertura de investigación, requiere que la obtención de las evidencias se haya producido de forma lícita y de acuerdo con el procedimiento que garantice la autenticidad y la cadena de custodia, que para el caso de documentos electrónicos se efectúa por medio de un procedimiento de *huella hash*, que cumple con los estándares internacionales de protección y originalidad de datos.

Así las cosas, en ningún escenario jurídico imaginable podría desprenderse la utilidad de una información que finalmente no se recopiló de acuerdo con los procedimientos normales y que no podría emplearse como material probatorio en el curso de un procedimiento. Por lo mismo, es innegable que el efecto de interrupción y obstrucción de la actuación administrativa se produjo por una decisión de **CÁLCULO**, quien siendo informado por parte de los funcionarios sobre las posibles consecuencias de su decisión, mantuvo la orden de suspender la visita. Por lo anterior, no es de recibo la argumentación según la cual sí hubo acceso a los computadores.

11.4. De las facultades limitadas del revisor fiscal

Argumenta **CÁLCULO** que el revisor fiscal de la sociedad tiene unas competencias y facultades definidas no solo en la ley, sino en la Circular Externa 115-000011 del 21 de octubre de 2008, publicada en el Diario Oficial 47.151 del 23 de octubre de 2008, de la cual resaltan lo siguiente:

"3. Funciones de la Revisoría Fiscal

De conformidad con lo establecido en los artículos 207 y 209 del Código de Comercio, las principales funciones de la Revisoría Fiscal son:

3.1. Cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva;...

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

3.3. Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección, vigilancia o control de las compañías, y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados;

Este deber de colaboración tiene su fundamento en la importancia de las funciones asignadas al Revisor Fiscal, las cuales trascienden el ámbito privado y el mero interés de la persona jurídica y sus asociados, teniendo relevancia en el ámbito social e incidencia en el orden público económico, especialmente para el caso de las entidades vigiladas o controladas por esta Superintendencia. En desarrollo de lo anterior, le corresponde al Revisor Fiscal dar su apoyo a las entidades de supervisión, cuando éstas lo requieran, dentro del ámbito de su competencia, en la forma y con la oportunidad que le sea requerido..."

Si bien lo anteriormente es cierto, esta Entidad se permite aclarar el rol en el que intervino **FERNANDO LEÓN RÍOS MEJÍA** durante la visita *sub examine* y el contexto que acompañó dicho actuar.

Esta Entidad no eligió a **FERNANDO LEÓN RÍOS MEJÍA** como encargado de atender la visita administrativa, sino que fue el mismo **CÁLCULO** quien lo designó como interlocutor frente a la **SIC**. Como se desprende del acta de visita, **FERNANDO LEÓN RÍOS MEJÍA** se comunicó inicialmente con la representante legal de **CÁLCULO**, situación corroborada en las explicaciones entregadas por la sociedad:

"Yo me encontraba atendiendo una importante reunión de negocios, por lo que no podía atender llamadas telefónicas ni distraerme del objetivo de la reunión, sin embargo, en el transcurso de la diligencia, en horas de la mañana, el Señor Revisor Fiscal logró contactarme telefónicamente e informarme lo que estaba pasando, frente a lo que impartí las instrucciones de verificar directamente con la Superintendencia de Industria y Comercio, la autenticidad de dicha Visita Administrativa"

En este entendido, la representante legal de **CÁLCULO** no presentó reparo alguno a la limitación que recaía sobre el revisor fiscal, quien siendo un profesional ajeno a la subordinación de la persona jurídica, se encargó de acatar las indicaciones entregadas por la representante legal respecto de la corroboración de la identidad de los funcionarios de la **SIC**.

Al respecto, esta Entidad comprende las limitaciones fácticas que pueden existir respecto a la disponibilidad de la información solicitada durante una visita administrativa. Por ello, sólo en esos casos encuentra justificable que la información no disponible físicamente en el transcurso de la diligencia, no conlleve a una inobservancia de las instrucciones impartidas por la entidad, teniendo en cuenta que nadie está obligado a lo imposible. Pero esto, no resulta aplicable respecto de la documentación magnética que contenía el computador de la contadora, la cual estando siendo revisada por los funcionarios de la **SIC**, en presencia de la contadora y el revisor fiscal, no fue dispuesta para su extracción, como se expuso en el acta de visita:

"Se procede a revisar el computador de contabilidad en presencia de la contadora de la empresa, al manifestarle por parte de los funcionarios que se realizaría copias de algunos archivos en una carpeta aparte que serían los que se llevaría este Despacho y que de esta carpeta se dejaría una copia exacta para la sociedad y que a los mismos se le realizaría el procedimiento de encriptación y huella HASH, el señor Ríos manifestó que él no se encontraba autorizado para permitir dicha extracción de información y que debía solicitar autorización nuevamente y que necesitaba nuevamente un tiempo"

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

Como se observa, la información requerida por los funcionarios de la **SIC** en el transcurso de la verificación del equipo asignado a la contadora estaba disponible en el momento.

Del mismo modo, no encuentra esta Entidad un sentido claro frente al argumento relacionado con las facultades del revisor fiscal, ya que fue quien atendió la visita directamente y sirvió de puente entre la representante legal y los funcionarios comisionados.

Así mismo, es prudente enunciar que no solo el revisor fiscal estuvo presente en diferentes episodios de la diligencia, sino que como se desprende de la cita expuesta en párrafos anteriores, la contadora de **CÁLCULO** estuvo presente durante la revisión inicial de su equipo.

De acuerdo con lo expuesto, este Despacho considera que **CÁLCULO**, obstruyó la actuación e incumplió de manera injustificada las órdenes e instrucciones impartidas con el fin de llevar a cabo la visita administrativa del 25 de enero de 2013, en cuanto no se permitió a los funcionarios comisionados la extracción de la información encontrada en el computador de la contadora.

DÉCIMO SEGUNDO: Que el Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala que la **SIC** podrá imponer multas a su favor hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluida la omisión de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones que se impartan por parte de esta Entidad. Bajo este precepto, con el fin de determinar el monto de la sanción a imponer a **CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.**, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

Inicialmente es importante señalar que la actuación de **CÁLCULO**, al impedir la extracción de la información contenida en el equipo de cómputo de la contadora ordenada por la Entidad, afectó el adecuado desarrollo de las facultades de esta Superintendencia como autoridad de protección de la competencia. Por lo tanto, no acatar la instrucción impartida, configura una obstrucción de la función de velar por la protección de la competencia en el mercado, la cual tiene como objetivo garantizar la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, obstaculización del correcto ejercicio de las funciones de esta Entidad.

Por lo tanto, impedir la extracción de la información del computador mencionado limitó el actuar de la Entidad para poder determinar, como se dijo en párrafos anteriores, la posible existencia de unos supuestos de hecho que eventualmente pudieran constituir una infracción de las normas sobre libre competencia y obtener información que permitiera identificar los presuntos responsables de los hechos que constituirían la infracción.

Por ello, este tipo de actuaciones son igual de reprochables a la violación misma de las normas de protección de la competencia, pues con ellas no sólo se desconoce la autoridad de la Entidad, sino que pueden convertirse en un fuerte incentivo para el desconocimiento de tales disposiciones.

12.1. De la capacidad sancionatoria de la SIC por obstrucción de investigaciones y no acatamiento de instrucciones

El régimen de protección de la competencia también faculta a la **SIC** para sancionar a las personas jurídicas que impidan u obstruyan el ejercicio de las funciones ejercidas por esta

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

Entidad, o que no acaten en debida forma las solicitudes de información. Es así como el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, le concede al Superintendente la posibilidad de imponer multas, previa solicitud de explicaciones, en casos como los anotados.

De igual forma, la Ley 1340 de 2009 sobre este asunto prevé:

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

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

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

12.2. Frente a la aplicación de causal de atenuación

Si bien la conducta asumida por la empresa **CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.** al negarse a permitir el recaudo de las pruebas encontradas en el equipo de cómputo y correo electrónico de uno de sus empleados durante la visita administrativa adelantada por la SIC originó un incumplimiento de instrucciones impartidas por la autoridad de competencia, este Despacho encuentra procedente aplicar una circunstancia de atenuación al dosificar la multa, teniendo en cuenta que, aunque inicialmente la sociedad requerida se negó a aportar la documentación solicitada, con posterioridad a la solicitud de explicaciones, la suministró de manera completa para el expediente.

12.3. Frente a la dosificación de la sanción

En el proceso de dosificación que realiza este Despacho, la suma a imponer a la sociedad sancionada responde a las condiciones, características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que acá se reprocha. En ningún caso esta Entidad busca con su decisión ni excluir al investigado del mercado ni fijar una cifra exigua con relación a su responsabilidad de afectación de la competencia.

Igualmente, se tiene en cuenta que la obstrucción se configuró directamente respecto a la extracción de los archivos contenidos en los equipos de cómputo, y en particular el de la contadora, y que la disposición posterior por parte de la sociedad fue de colaboración.

Para el presente caso, se ha establecido que **CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.**, con su manera de proceder, incumplió con el deber de acatar en debida forma las órdenes e

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

instrucciones impartidas por esta autoridad en desarrollo de sus funciones legales, cuya información oportuna interesaba al trámite administrativo que fundó la visita practicada.

Lo anterior implica que se deberá tomar una fracción sobre la multa máxima a aplicar a **CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.**, para lo que se tendrán en cuenta las siguientes cuentas registradas en los ESTADOS FINANCIEROS de la compañía del año 2012: (i) patrimonio correspondiente a \$1.845.507.611.00¹⁸; (ii) ingresos operacionales que equivalen a \$5.090.791.693.00¹⁹; (iii) utilidad operacional de \$297.172.402.00²⁰; y (iv) utilidad neta correspondiente a \$91.278.268.00²¹.

Así las cosas, al realizar un análisis de los factores atenuantes referidos a las personas jurídicas, este Despacho determina que la sociedad **CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.**, será multada con **CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$166.320.000.00)**, equivalente a doscientos setenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (270 SMMLV).

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que la conducta adoptada por **CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.**, identificada con el NIT 801002376, en el marco de lo establecido por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, representa una inobservancia de instrucciones impartidas por esta Superintendencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER a **CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.** una multa de **CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$166.320.000.00)**, equivalente a doscientos setenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (270 SMMLV) por contravenir lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en particular por obstruir la actuación administrativa identificada con el No. 11-50912 de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

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

¹⁸ Folio 111 del Cuaderno único del Expediente.

¹⁹ Folio 112 del Cuaderno único del Expediente.

²⁰ Folio 112 del Cuaderno único del Expediente.

²¹ Folio 112 del Cuaderno único del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 18727 DE 2014 Hoja N° 16

"Por la cual se impone una sanción por inobservancia de instrucciones"

ARTÍCULO CUARTO: PUBLICAR la presente Resolución en la página web de la Entidad, una vez se encuentre en firme, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A. la publicación de un aviso en un diario de circulación regional, una vez se encuentre en firme el presente acto administrativo, en los siguientes términos, atendiendo a lo reglado en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009:

"CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A. se permite informar al público en general que por medio de Resolución No. _____ ha sido sancionada con una multa de CIENTO SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$166.320.000.00), equivalente a doscientos setenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (270 SMMLV), por el incumplimiento de instrucciones y obstrucción de una investigación adelantada por esa Entidad, en razón de lo preceptuado en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009."

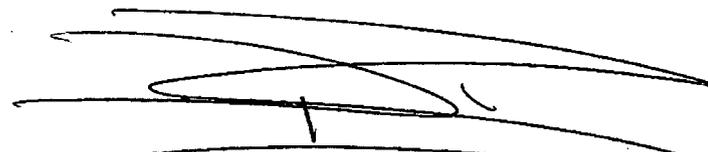
PARÁGRAFO: La publicación enunciada en el presente artículo deberá ser acreditada dentro de los 10 días hábiles siguientes a la firmeza del presente Acto Administrativo.

ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición el cual puede interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **26 MAR 2014**

El Superintendente de Industria y Comercio


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Luis Castell
Revisó: Maria José Asmar
Aprobó: Felipe Serrano Pinilla

Notificaciones:

ÁNGELA MARÍA HOYOS CASTRO
Representante Legal
CÁLCULO Y CONSTRUCCIONES S.A.
Carrera 48C No. 10 SUR - 94
Medellín, Antioquia.