



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2012
143711 () 15 MAR 2012

Radicación No. 11- 1329

Por la cual se impone una sanción

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en la Ley 1340 de 2009¹ y en el Decreto 4886 de 2011², corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales.

SEGUNDO: Que de acuerdo con los numerales 62³ y 63⁴ del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, que subrogó los numerales 38 y 39 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, esta Entidad está facultada para realizar visitas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan, así como para solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

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

¹ Ley 1340 de 2009, artículo 6.

² Decreto 4886 de 2011, artículo 1, numeral 2.

³ Artículo 1 Decreto 4886 de 2011. Funciones generales. "La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

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

⁴ (...) 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."

CUARTO: Que el 2 de mayo de 2011, dentro de la actuación radicada con el número 11-1329, 3 personas del Grupo de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, se hicieron presentes en las instalaciones de la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA, hoy denominada CONSTRUCTORA INCA S.A.S., a efectos de practicar visita administrativa dentro de la actuación referenciada.

QUINTO: Que la credencial por la cual se ordenó la visita administrativa a la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA, hoy denominada CONSTRUCTORA INCA S.A.S., iba dirigida al señor Jose Luis Ruiz Yance en su calidad de Gerente; sin embargo, en la fecha en que se llevó a cabo la visita administrativa, no se encontraba presente el señor Ruiz por lo que la misma fue atendida por la Doctora Laura Viviana Mora en su calidad de Directora Técnica Administrativa y la Doctora Paola Andrea Otero, en su calidad de abogada de dicha empresa.

SEXTO: Que en desarrollo de la visita administrativa, y conforme a las funciones conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio por los numerales 38 y 39 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010 vigente para la época de los hechos⁵, los delegados de la Entidad solicitaron la inspección de los computadores del Gerente de la empresa y del área de contabilidad, así como la información relacionada con las licitaciones de la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA, hoy denominada CONSTRUCTORA INCA S.A.S.

SÉPTIMO: Que tal como lo indica el Acta de visita, la Doctora Paola Andrea Otero indicó que no permitía el acceso a los documentos y equipos solicitados, por lo que los delegados de la Superintendencia le reiteraron las facultades legales que permiten la realización de este tipo de visitas, y procedieron a dar lectura al artículo 1° del Decreto 1687 de 2010, que se encontraba vigente para la época de la diligencia, poniendo de presente las facultades conferidas a la Entidad en relación con la práctica de visitas, pruebas y solicitud de información, así como la posibilidad de imponer multas, de acuerdo con el numeral 13 del artículo 3° del Decreto 1687 de 2010 y el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, ante el incumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por esta Superintendencia. Tal y como consta en el Acta de visita, la Doctora Otero señaló que era decisión de los socios no aportar la información solicitada.

OCTAVO: Que el 21 de junio de 2011, en atención a lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011⁶, que subrogó el numeral 13 del artículo 4 del Decreto 1687 de 2010, el Superintendente Delegado para la

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

⁶ *Artículo 9 Funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:*

(...)

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

Protección de la Competencia solicitó al señor Jose Luis Ruiz Yance⁷, en su calidad de Gerente de la empresa, rendir las explicaciones que estimare pertinentes y aportar o solicitar las pruebas que pretendieran hacer valer dentro de la actuación iniciada por el presunto incumplimiento de instrucciones⁸. Para esto se les concedió un plazo que vencía el 29 de junio de 2011.

NOVENO: Que el 1° de julio de 2011, mediante escrito radicado con el No. 10-1329- -00023, el señor Mauricio Arévalo Barrios, en su calidad de Representante Legal de la CONSTRUCTORA INCA LTDA, hoy denominada CONSTRUCTORA INCA S.A.S., dio respuesta a la solicitud de explicaciones y solicitó el decreto y práctica de pruebas dentro de la actuación adelantada por el incumplimiento de instrucciones.

DÉCIMO: Que mediante la Resolución No. 43106 del 22 de agosto de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó la práctica de las siguientes pruebas:

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

" (...)

1. *Copia del acto administrativo que dio origen a la indagación en la que se ordeno (sic) la visita administrativa que nos ocupa, queja o auto de oficio que avoca conocimiento de indagación preliminar.*
2. *Copia del acto administrativo que ordeno (sic) la visita administrativa practicada el pasado 2 de mayo.*
3. *Copia del acto administrativo por el cual el Superintendente de Industria y Comercio confiere facultades de policía judicial en el Dr. Julio Cesar Castañeda Acosta - Coordinador del Grupo de Protección para la Competencia.*
4. *Copia del manual de funciones del Dr. Julio Cesar Castañeda Acosta - Coordinador Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia.*
5. *Copia del Manual de funciones de los funcionarios competentes para realizar la diligencia.*
6. *Copia del acto administrativo mediante el cual el Coordinador Grupo de Trabajo de Protección de la Competencia, en el evento de tenerlas delega funciones de policía judicial para efectuar las visitas administrativas en los funcionarios encomendados".*

⁷ Oficio radicado con el No. 10-1329- -18.

⁸ "Artículo 1 Decreto 4886 de 2011. Funciones generales. "La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

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

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

(...)"

"Téngase para efectos de la solicitud del representante legal de CONSTRUCTORA INCA S.A.S, al solicitar como prueba "La relación de los procesos licitatorios de los que se requiere información", el documento informe de "Comisión de Seguimiento a la Contratación Distrital", elaborado por Gustavo Petro, el senador Luis Carlos Avellaneda y el concejal Carlos Vicente de Roux".

(...)"

"Tener como prueba con el valor probatorio que les corresponde para efectos del procedimiento de incumplimiento de instrucciones los documentos con radicados 11-1329-11, 11-1329-14, 11-1329-18 y 11-1329-23 que obran a folios 400, 423 a 427, 436 a 437 y 446 a 449 del cuaderno 3 del expediente con radicado 11-1329⁹".

DÉCIMO PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 66714 del 25 de noviembre de 2011 y la Resolución No. 5182 del 10 de febrero de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó adicionar pruebas a la investigación que se adelanta por el incumplimiento de instrucciones. En consecuencia se decretaron las siguientes pruebas, respectivamente:

(...)

- Matricula (sic) Mercantil actualizada de la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S.
- Balance General de la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S. para los años 2010 y 2011.
- Estado de Pérdidas y Ganancias de la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S. para los años 2010 y 2011".

(...)

DEPARTAMENTO DE REGISTRO MERCANTIL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

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

"CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S.

- Balance General de la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S., para el año 2011. En caso de no haberse

⁹ Ver folios 6029 a 6031 del expediente No. 11-1329.

aprobado al mes de Febrero de 2012, se solicita el envío del Balance General de Prueba con corte a 31 de Diciembre de 2011.

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

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

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

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

12.2. Facultades para la práctica de la visita.

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

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

Como se observa en las diferentes pruebas que obran en el expediente¹⁰, los delegados de la Entidad que participaron en la actuación tenían dentro de sus

¹⁰ En efecto, se observa, en primer lugar, que el coordinador del Grupo de Protección de la Competencia tiene entre sus funciones la de orientar la ejecución de las labores del grupo.

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

Adicionalmente, los funcionarios y contratistas de la Superintendencia, en el momento de practicar la visita administrativa, indicaron de forma amplia los preceptos legales señalados que contienen las facultades comentadas, tal como consta en el Acta de visita¹¹.

En esa medida, y como se desarrolla más adelante, no es cierto que no se hubiera informado a las personas que se encontraban presentes en la diligencia cuáles eran las facultades en virtud de las que actuaba la Entidad y sus delegados, ni que no se hubieran exhibido los actos administrativos que soportaban la visita y que comisionaban a los delegados para acceder a toda la documentación de la Empresa, sin importar que la misma se encontrara en medios magnéticos.

Así, la desobediencia a las instituciones por parte de quienes atendieron la visita a la CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S., como consta en el Acta de visita, implicó la obstrucción a las labores de esta Superintendencia, resultó injustificada y constituye un acto de desconocimiento y desacato a las instrucciones impartidas por los funcionarios en el curso de la visita referida.

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

participar en su realización y supervisar el cumplimiento de las mismas. El cargo de profesional universitario, por su parte, señala como funciones las siguientes:

"8. Practicar pruebas para robar información que suministre elementos de juicio para adelantar la actuación correspondiente.

Por su parte, en el contrato de prestación de servicios No. 036 de 2011 se señala:

"Cláusula Segunda: (...) 6. Apoyar en la realización de visitas administrativas. 7 Participar en algunas diligencias relacionadas con cada caso apoyando a los funcionarios de la entidad".

Por último, en el Contrato No. 223 de 2011, se estipuló:

"OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: (...) 2. Realizar el apoyo económico a los abogados del Grupo de Protección de la Competencia, para la elaboración de resoluciones de apertura, actos de prueba, informes motivados, resoluciones finales y recursos en los casos de baja complejidad que le sean asignados. (...) 6. Las demás que contribuyan a garantizar el cumplimiento de la orden de prestación de servicios y las que por su naturaleza le sean atribuibles conforme al objeto y alcance de la misma".

¹¹ Ver folio 399 que obra en el expediente 11-1329.

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

Asimismo, el citado artículo establece que la Superintendencia podrá "imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150 % de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor".

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

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

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

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

Así, es importante señalar que la inobservancia, por parte de una persona jurídica o natural, de las instrucciones que imparte la Superintendencia de Industria y Comercio, tendientes a establecer si se están cumpliendo las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, resulta tan censurable como las mismas conductas que atentan contra esas normas¹². En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado:

"En opinión de la Sala por la forma en que está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral

¹²Resolución 023322 de 2007 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que el legislador considera igualmente censurable que se desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas. (subraya y negrilla fuera del texto).

"Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia que en la materia aquí tratada, y convertirla a dichas instrucciones en meras ilustraciones, como a las que alude el numeral 21 del artículo 2º, que autoriza a la Superintendencia para instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en aspectos relativos a la protección del consumidor, la promoción de la competencia y la propiedad industrial, facultad ésta frente a la cual el artículo 4º no estableció consecuencia jurídica alguna en caso de que dichos destinatarios no atiendan las referidas instrucciones; y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta, lo que en el fondo se traduce en que en esas condiciones jamás se podría imponer sanción por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas"¹³.

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

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

12.4. Del incumplimiento de instrucciones por parte de CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S.

En el presente caso, revisada el Acta de la visita administrativa realizada en las instalaciones de la CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S., se encuentra que efectivamente la Doctora Paola Andrea Otero, quien atendió la visita en su calidad de abogada de dicha empresa, no permitió el

¹³ Sentencia de 17 de Mayo de 2002. Recurso de apelación contra la sentencia de 23 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicación número: 25000-23-24-000-1999-0799-01(6893). Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Actor: GILLETTE DE COLOMBIA S.A. Y OTROS, demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

acceso a la información solicitada por el Despacho, aduciendo las razones que se transcriben a continuación:

"1) No se nos da a conocer el acto administrativo que abre la investigación preliminar de la Superintendencia de Industria y Comercio ni un documento suscrito que autorice la diligencia. 2) Los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio no acreditan que están ejerciendo función de policía judicial para realizar la diligencia, por lo tanto se trae a colación las normas del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) en su Art. 14, At. 244 y Art. 246. En el mismo sentido se trae a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia 336 de 2007; 3) Los funcionarios de la Superintendencia exceden sus competencias para realizar la diligencia, por todo lo anterior existiría una violación al principio de legalidad el cual es base fundamental para cualquier actuación administrativa"¹⁴.

Por su parte, y aun cuando el incumplimiento de la Ley no sirve de excusa, conforme con el Acta de visita, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio ilustraron y advirtieron a quienes atendieron la visita sobre las normas aplicables y las consecuencias de incumplir una instrucción en desarrollo de una visita administrativa.

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

"...Dichas diligencias previas se hallan apenas en curso, y actualmente no se ha abierto investigación formal en relación a las investigadas, lo que implica que las piezas procesales que hacen parte de la investigación preliminar sean de carácter reservado, de conformidad con el artículo 13 de la ley 155 de 1.959 que en armonía con el 12 y en los que respecta a la actuación que genera la violación de sus normas, estipula: "La investigación de carácter estrictamente reservado, se adelantará mediante la existencia de informes sobre producción, importaciones, utilización de materias primas nacionales y extranjeras, sistemas de distribución y ventas; por medio de visitas a las referidas empresas y, en general, mediante la obtención de todas las pruebas indispensables[...]"¹⁵. (Subraya fuera del texto)

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

¹⁴ Ver folio 423 del expediente 11-1329.

¹⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", expediente No. 2500023240002003-00547-01, sentencia de fecha 17 de julio de 2003.

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

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

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

Así, con base en lo consignado en el acta de la visita referida, y teniendo en cuenta que el artículo 1° del Decreto 4886 de 2011, le otorga plenas facultades a la Superintendencia de Industria y Comercio para "Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete (...)", así como para "Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones", se concluye que los delegados de la Superintendencia que realizaron la visita administrativa a las instalaciones de CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S., el 2 de Mayo de 2011, actuaron conforme a la ley al solicitar la revisión de los computadores y los correos electrónicos institucionales de algunos de los empleados de dicha empresa, esto por cuanto contaban con plenas facultades legales para su inspección.

12.5. De la obstrucción a la actuación e investigación administrativa por parte de CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S.

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

Por lo tanto, dicha conducta más allá de configurar un incumplimiento a las instrucciones impartidas por esta Superintendencia, constituye una obstrucción a la actuación e investigación administrativa, toda vez que obstaculizó el correcto

ejercicio de las funciones de la Entidad e impidió el eventual desarrollo de la investigación.

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

"(...)

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

(...)"

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

En consecuencia y con fundamento en los aspectos ilustrados, este Despacho concluye que la sociedad CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S. obstruyó la actuación administrativa adelantada por esta Superintendencia al no permitir el acceso a la información solicitada durante la visita administrativa, circunstancia que seguramente tendrá efectos negativos ante el desarrollo de una eventual investigación en la que será imposible contar con toda la información que se encontraba en poder de la Constructora. Ahora bien, a continuación pasa este Despacho a analizar los argumentos presentados en respuesta a la solicitud de explicaciones con el fin de establecer si los mismos, justifican o validan el incumplimiento y la obstrucción a las que se ha hecho referencia.

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

Teniendo en cuenta que en el curso de la visita la Doctora Paola Andrea Otero presentó como argumento para abstenerse a la revisión de los computadores, la aparente reserva de los documentos, es necesario realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 2 de la Ley 527 de 1999, la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada a través de correo electrónico constituye un mensaje de datos, cuya

validez y fuerza vinculante, conforme con la misma Ley, es la misma que la de un documento que conste en medios físicos.

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

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

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

(Subraya fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

(Subraya fuera de texto)

A pesar de que, durante la visita, no se hizo referencia expresa a la violación del derecho a la intimidad, este Despacho considera necesario recordar lo establecido por el artículo 15 de la Constitución Política en relación con el mismo:

"Artículo 15: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar, de igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar sus

informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

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

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

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

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

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

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

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

La anterior posición ha sido reiterada por esta Superintendencia en decisiones anteriores, en las que se ha precisado que los papeles del comerciante deben ser exhibidos ante orden de la autoridad. Entre otras, así lo estableció en la sanción impuesta mediante la Resolución No. 5010 de 1999:

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

"Ahora bien, en cuanto a la reserva de papeles, razón tiene el interesado en señalar que los libros de comercio son reservados, pero eso no significa que

la administración no pueda dar aplicación al mandato contenido en el artículo 20 de la ley 57 de 1985, donde se menciona que el carácter reservado será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones, correspondiendo a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer".

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

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

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

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

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

DÉCIMO TERCERO: Que el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá imponer multas a su favor hasta

por la suma de 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluida la omisión de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones que se impartan por parte de esta entidad.

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

Inicialmente, es importante señalar que la actuación de la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S., al impedir realizar la visita administrativa 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 una instrucción impartida por la Superintendencia en desarrollo de una actuación administrativa, configura una obstrucción de la función de velar por la protección de la competencia en el mercado, la cual tiene como objetivo garantizar la libre participación de las empresas, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

La obstaculización del correcto ejercicio de las funciones de esta Entidad, en un caso como el que nos ocupa, puede tener efectos e impactos importantes frente al interés general, dada la importancia que tiene el sector de la construcción de obras públicas, en tanto involucra recursos de la misma naturaleza y su objeto es siempre destinado a suplir necesidades de toda la población. Por lo tanto, impedir la verificación de su correcto funcionamiento en cuestiones de competencia, dificulta la adecuada protección del interés general.

En este sentido, se observa que la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S., fue renuente frente a las órdenes e instrucciones impartidas por esta autoridad con lo que se obstruyó el desarrollo de la investigación dentro de la cual se programó como prueba la visita tantas veces referida.

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

Por otra parte, se tiene en cuenta el patrimonio de CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S., reportado en el 2011 en la renovación de la matrícula mercantil, el cual equivale a \$8.356.678.167oo.

Así las cosas, al realizar un análisis de los factores agravantes o atenuantes referidos a las personas jurídicas, este Despacho determina que la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S. será multada con el 1.6% de la multa máxima aplicable, es decir el monto equivalente a NOVECIENTOS SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL PESOS MTC (\$906.720.000.oo).

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: IMPONER a CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S. una multa de NOVECIENTOS SEIS MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL PESOS MTC (\$906.720.000.00), por incumplir lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en particular por obstruir la actuación administrativa que adelanta esta Superintendencia y por incumplir las órdenes impartidas durante el desarrollo de la visita administrativa.

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

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la empresa CONSTRUCTORA INCA LTDA., hoy CONSTRUCTORA INCA S.A.S. y al señor IVAN MAURICIO ARÉVALO BARRIOS en su calidad de Representante Legal de dicha empresa; o quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición el cual puede interponerse ante el Superintendente de Industria y Comercio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

El Superintendente de Industria y Comercio


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

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

NOTIFICACIONES:

Señor

IVAN MAURICIO AREVALO BARRIOS

C.C. 94.451.615

Representante Legal

CONSTRUCTORA INCA LTDA hoy denominada **CONSTRUCTORA INCA S.A.S.**

NIT. 830.030.855

Calle 93 No. 45 A- 31, Piso 2

Bogotá D.C.

e-mail de notificación judicial: contabilidadincayconsorcios@gmail.com