

**Radicación: 17-363091– Caso “UBER – INOBSERVANCIA DE INSTRUCCIONES”**

**Resolución No. 50696 del 30 de septiembre de 2019. Recurso de reposición**

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA –** Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio- Visitas administrativas – Incumplimiento de instrucciones como infracción al régimen de protección de la libre competencia

*[L]as actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de “consumidores” en algún punto de la cadena de valor a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica.*

*[L]a Superintendencia de Industria y Comercio, como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, tiene la facultad de imponer sanciones a quien viole dicho ordenamiento, con el fin de castigar al infractor y disuadir futuros incumplimientos a la norma, garantizando el buen funcionamiento de los mercados nacionales y el bienestar de los consumidores.*

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

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

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

*La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

*(...)*

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

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

*(...).”*

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

**“Artículo 15. (...)**

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

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

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

**Resolución No. 50696 del 30 de septiembre de 2019. Recurso de reposición**

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

[E]l ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, a quien omite acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y/o obstruya sus actuaciones, entre otros.

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

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

(...)

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

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

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

[L]os incumplimientos de órdenes y/o instrucciones, así como las obstrucciones de las actuaciones administrativas que adelante esta Superintendencia revisten la misma gravedad que las conductas catalogadas como anticompetitivas, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular

[A] la luz del ordenamiento jurídico nacional, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos, acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también incumplir instrucciones y obstruir las actuaciones de esta Autoridad.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Incumplimiento de instrucciones – Solicitud de explicaciones – Procedimiento**

[A] continuación se presentarán los aspectos principales de la regulación especial existente sobre la materia en cuestión, y que de manera precisa determina el procedimiento que debe surtir para los trámites de solicitud de explicaciones en materia de libre competencia por el incumplimiento de órdenes u obstrucción a las actuaciones administrativas de esta Entidad:

- El trámite incidental de solicitud de explicaciones en materia de libre competencia debe ser iniciado e instruido por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011) y sancionado por el Superintendente de Industria y Comercio (numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011).
- La sanción que ha de imponerse en virtud a las facultades otorgadas por el Decreto 4886 de 2011, se hará en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, norma que establece lo siguiente:

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

**Resolución No. 50696 del 30 de septiembre de 2019. Recurso de reposición**

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 mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

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

- La caducidad de la facultad sancionatoria para este tipo de trámites incidentales, al igual que para cualquier trámite respecto a las normas que componen el régimen de libre competencia, es de 5 años, de acuerdo al artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece:
- **“Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria.** La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conducta de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, en términos generales, el trámite incidental de solicitud de explicaciones en materia de libre competencia está debidamente reglamentado en la ley especial. Así, dicha normatividad establece (i) las conductas sujetas a este trámite; (ii) la autoridad competente para darle inicio; (iii) la autoridad competente para decidir si sancionar o no; (iv) el monto de las sanciones a imponer; y (v) el término de caducidad de la acción en cabeza de esta Superintendencia.

Ahora bien, existe un vacío normativo evidente en la norma especial, el cual hace referencia al término para que los investigados presenten sus respectivas explicaciones.

De esta forma, y haciendo entonces remisión al artículo 51 del CPACA con el fin de llenar únicamente el vacío existente, tal y como lo exige la ley, se encuentra que dicha norma establece un término de 10 días a los investigados para presentar las respectivas explicaciones.

En virtud de lo anterior, se concluye que el procedimiento aplicable al trámite de solicitud de explicaciones en materia de libre competencia dispone que la Delegatura dará inicio al trámite administrativo, otorgándole a los investigados un término de 10 días hábiles para presentar explicaciones y aportar las pruebas que consideren útiles, pertinentes y conducentes para argumentar su defensa. Finalmente, el Superintendente de Industria y Comercio emitirá una decisión final por medio de resolución motivada.

Así, debe mencionarse que el procedimiento de carácter incidental descrito previamente ha sido avalado por la misma jurisprudencia administrativa en casos tramitados en aplicación del Decreto 01 de 1984 y antes de la vigencia de la Ley 1340 de 2009, en dónde el mismo Consejo de Estado aprobó la existencia de la etapa probatoria mencionada. Al respecto, dicho Tribunal consideró que:

“(...) El Decreto 2153 de 1992, como antes se anotó, faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para “Imponer las sanciones pertinentes (...) por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia” (artículo 2º, núm. 2º).

(...)

Estas reglas son las siguientes: i) Comunicar al sujeto investigado la iniciación de la respectiva actuación, señalándole el objeto de la misma (art. 28 del C.C.A.); ii) Dar la oportunidad al administrado para expresar sus opiniones y solicitar o allegar las pruebas que pretendiera hacer valer (artículos 34 y 35 ibídem); y iii) Una vez dada esa oportunidad y con base en las pruebas e informes disponibles, adoptar la decisión correspondiente, la cual debe ser motivada, por afectar los intereses del particular investigado (art. 35 ibídem); en la respectiva decisión es preciso señalar la normativa jurídica que consagra tanto la conducta objeto de reproche como la sanción que se impone por incurrir en ella; iv) Notificar la decisión respectiva, en la forma y términos consagrados en los artículos 44 y s.s. del C.C.A., indicando en el momento de la diligencia de notificación los recursos que legalmente proceden contra aquella, las autoridades ante quienes deben interponerse, y los plazos para hacerlo; y v) Dar respuesta a los recursos de vía gubernativa que formule el administrado, en caso de que éstos procedieran. (...)

El estudio de los antecedentes administrativos de los actos sancionatorios acusados, permite a la Sala concluir que fueron expedidos por la SIC siguiendo las reglas del debido proceso antes señaladas. (...)

**Resolución No. 50696 del 30 de septiembre de 2019. Recurso de reposición**

Por lo anterior, es claro para la Sala que **no tiene mérito alguno la acusación de violación del debido proceso administrativo.** (...)” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA-** Objeto de las visitas administrativas en etapa de averiguación preliminar

[S]i bien las facultades probatorias de esta Superintendencia se encuentran delimitadas en cuanto a su objeto y tema de la prueba, esta Entidad, como ya lo ha manifestado antes, no está en la obligación de informar exhaustivamente el objeto de la visita indicando con precisión la conducta que se investiga puesto que (i) el artículo 13 de la Ley 155 de 1959 reza que las actuaciones desarrolladas en la etapa preliminar son de carácter reservado y (ii) en la etapa preliminar o de averiguación preliminar no existe una imputación concreta que reúna las condiciones señaladas por el artículo 47 del CPACA; solo existe una mera hipótesis de investigación. Aceptar lo contrario equivaldría a afirmar sin razón que la Corte Constitucional no solo estaría desconociendo que en etapas preliminares de la actuación no puede tenerse una posición concreta y final del caso, sino que estaría desconociendo la calidad de reservada de dichas etapas preliminares de la actuación, históricamente reconocida incluso por la jurisdicción contencioso administrativa.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA-** Solicitud de información en el marco de las visitas administrativas

[R]especto a la supuesta ilegalidad de exigir que toda la información solicitada durante la visita fuera entregada de manera inmediata, debe recordarse que esta Superintendencia, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección de la Libre Competencia tiene dentro de sus funciones de inspección, vigilancia y control plenas capacidades para ordenar y realizar visitas administrativas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y los documentos corporativos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Lo anterior está sustentado en los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, los cuales establecen lo siguiente:

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

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

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

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

(...)”.

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

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

[C]omo lo ha manifestado en anteriores ocasiones esta Superintendencia, dadas las facultades mencionadas lo que se espera de una persona natural o jurídica que es sujeto de una visita administrativa y objeto de solicitud de información, es que realice de manera oportuna todas las actividades y gestiones necesarias para que la Entidad pueda adelantar sus funciones, y por tanto allegue al momento de la visita toda la información y

**Resolución No. 50696 del 30 de septiembre de 2019. Recurso de reposición**

documentación solicitada, o que, en caso de no estar la misma en el lugar de la visita, se conduzca a los funcionarios de la Entidad al lugar en el cual se encuentra, desplegando de buena fe todos los actos tendientes a cumplir con la instrucción proferida.

*[N]o se comparte de manera alguna la afirmación de los recurrentes respecto a la ilegalidad en el hecho de esperar que los administrados aporten durante el trámite de una visita administrativa toda la información y documentación que es requerida por la Autoridad. Lo anterior máxime si se tiene en cuenta que, como ya fue establecido anteriormente, dicha información y documentación es de relación directa con el objeto de la visita.*

*[E]l hecho que algunos de los documentos solicitados estén sujetos a registro público, en nada exime de responsabilidad a los administrados que son objeto de una instrucción por parte de esta Entidad para aportarlos. Esto toda vez que como fue mencionado, el único límite establecido por la Corte Constitucional a la facultad de las entidades de inspección, vigilancia y control respecto a la información que pueda solicitar, es que la misma tenga conexidad con el objeto de la visita. Por este motivo, independientemente de si la información es sujeta a registro público o no, el hecho es que de tener relación con el objeto y tema de la visita, como efectivamente lo fue en el presente trámite, en caso de ser solicitada, los administrados están en toda la obligación de adelantar las actuaciones que estén a su alcance para allegar dicha información.*