

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio - Visitas administrativas.

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

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

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

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

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.*

(...).”

[E]s 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.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar el incumplimiento de órdenes y la obstrucción de sus actuaciones administrativas

[E]l ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omite acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y se obstruyan sus actuaciones.

[E]l 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.

(...). (Negrilla y subraya fuera de texto).

[E]l legislador previó como una modalidad de conducta infractora al régimen de protección de la libre competencia “(...) la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones (...)”.

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

[C]onstituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos, acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también incumplir las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir las actuaciones de esta Autoridad.

[C]onforme lo ha reconocido el Consejo de Estado, esta Entidad es competente para requerir de cualquier persona natural o jurídica la información que estime necesaria para el debido cumplimiento de sus deberes. Por tal motivo, la renuencia a entregarla, bien sea en calidad de persona natural o de persona jurídica, se constituye en un incumplimiento.

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

[E]l procedimiento aplicado en casos de incumplimiento de instrucciones y obstrucción de actuaciones, se ajusta a las normas procesales que deben regir los trámites de solicitud de explicaciones. Por tal razón, conforme al análisis que a continuación se presenta, considera este Despacho que no hubo ninguna violación al debido proceso ni nulidad alguna, según fue alegado en la respuesta a la solicitud de explicaciones.

[E]l numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 establece el trámite que debe seguir el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia en eventos de incumplimientos de instrucciones. Dicho trámite es totalmente diferente al establecido en el mismo artículo para adelantar averiguaciones preliminares y para instruir las investigaciones para establecer infracciones a las disposiciones de protección de la competencia.

Así, los numerales 4 y 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 señalan:

“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:

(...)

4. Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

(...)

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

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

[L]a Ley especial de competencia contempla dos funciones diferentes en cabeza del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia: (i) la establecida en el numeral 4 del artículo 9 del citado Decreto,

**Radicación: 15-180003 – Caso “HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ – FLORENCIA”
INOBSERVANCIA
Resolución No. 4037 del 20 de febrero de 2019**

consistente en tramitar las averiguaciones preliminares y las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia; y, (ii) la establecida en el numeral 12 del mismo ordenamiento, consistente en solicitar explicaciones a aquellas personas (naturales o jurídicas) que omitan acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de investigaciones, etc.

En torno a la facultad señalada en el numeral 4 citado, debe seguirse el trámite establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, esto es, llevar a cabo una investigación que requiere de la realización de una audiencia oral, la expedición de un informe motivado, etc. **Dentro de este trámite no está incluida la facultad para instruir la obstrucción de investigaciones o el desacato o renuencia a instrucciones emitidas por la autoridad de competencia.** El procedimiento a seguir para este tipo de actuación, está establecido en la Ley especial de competencia bajo la denominación “**solicitud de explicaciones**”, aplicable en los casos en que las personas naturales o jurídicas han omitido acatar en debida forma las solicitudes de información, el acceso a archivos, etc., no siendo aplicable entonces el trámite de averiguación preliminar e investigación que está regulado por otro numeral diferente.

Si los trámites de incumplimiento de instrucciones u obstrucción de investigaciones estuviesen incluidos dentro de los que deben tramitarse conforme al numeral 4 del artículo 9 citado (y que requieren averiguación preliminar, investigación formal, audiencia oral, informe motivado, etc.) no hubiese señalado el legislador otro numeral diferente dentro del mismo artículo en el que se estableciera un **trámite especial de “solicitud de explicaciones”** para los casos de obstrucción de investigaciones e incumplimiento de instrucciones. Es claro entonces, que una y otra norma establecen dos trámites diferentes para situaciones de hecho disímiles y que, el señalado en el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, es absolutamente especial frente al general que regiría cualquier otra infracción.

[S]i el legislador hubiese querido que los incumplimientos de instrucciones quedaran regulados bajo lo establecido en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 (que son los trámites que se llevan a cabo a través del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992), simplemente hubiese omitido el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 en el que se establece un trámite de solicitud de explicaciones especial para el caso de obstrucción de investigaciones e incumplimientos de instrucciones. De esta forma, entender que estas conductas deben regirse por el trámite señalado en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, desconocería no solo una norma especial como la establecida en el numeral 12 del mismo artículo, sino además el criterio de interpretación según el cual se preferirá aquella interpretación de una norma que le dé un efecto útil a la misma, frente a aquella que lo desconozca.

[L]o que aplica, según la Ley especial de competencia (numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886) es un trámite incidental de incumplimiento de instrucciones en el que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia debe solicitar explicaciones a aquella persona que con su conducta presuntamente haya obstruido una actuación administrativa o haya omitido acatar las instrucciones de la autoridad de competencia. En efecto, los trámites de obstrucción de actuaciones administrativas e incumplimientos de instrucciones son incidentes que se tramitan dentro de una actuación administrativa sancionatoria, y, por consiguiente, no deben seguir el mismo trámite de la actuación administrativa que les dio origen.

[E]l propio Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA confirmó en su artículo 51 que el trámite para sancionar aquellos eventos en los cuales un administrado es renuente a suministrar información o a otorgar acceso a los archivos que solicite una autoridad competente en el marco de un procedimiento administrativo, es absolutamente diferente al procedimiento administrativo sancionatorio señalado en el artículo 47 del CPACA.

[L]os procesos de solicitud de explicaciones son incidentes que se producen dentro de un trámite administrativo, en el marco del cual la autoridad pide cierta información que no se le entrega, o en el que solicita acceso a archivos que el administrado no permite u obstruye. Al ser incidentes, no siguen el mismo procedimiento del trámite administrativo principal, sino otro, expresamente previsto en la norma, en virtud del cual la autoridad debe solicitar al administrado las explicaciones sobre su conducta y, de no encontrarlas válidas, imponer una sanción.

Seguir un procedimiento distinto, como lo sugiere **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, no solo es contrario a las reglas especiales de procedimiento que para las obstrucciones de actuaciones administrativas y los incumplimientos de instrucciones en materia de competencia ha establecido el legislador en el artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, sino además, va en contravía de la naturaleza misma del trámite y de su filosofía, como es la de reprimir no una conducta que en sí misma afecta el mercado (como lo es un cartel o un abuso de posición de dominio), sino la de sancionar un hecho que impide el desarrollo de las investigaciones tendientes a demostrar la comisión de conductas anticompetitivas.

**INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE
COMPETENCIA – Principio de tipicidad**

(...)

El análisis a este cuestionamiento tiene como punto de partida establecer qué se entiende por principio de tipicidad. El mismo, de conformidad con el pronunciamiento hecho por la H. Corte Constitucional se refiere a “[...] la descripción completa, clara e inequívoca del precepto – la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción – y de la sanción- la consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto y busca que la descripción que haga el legislador sea de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables”.

A su vez, dicha Corporación estableció los siguientes tres elementos que el derecho sancionador debe garantizar a efectos de cumplir con el contenido del referido principio de tipicidad: “(i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la Ley; y (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción”.

Así mismo, en desarrollo al alcance del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador, dicha Corporación indicó que “[E]l principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. Sin embargo, ello no obsta para exigir la tipicidad de las conductas reprochables, la predeterminación de la sanción y la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa”.

Luego de haber establecido qué se entiende por principio de tipicidad y su alcance en materia de derecho administrativo sancionador, procede este Despacho a analizar si existió en el presente caso: (i) una descripción clara de la orden de observar un determinado comportamiento, o de cumplir determinada acción, (ii) la indicación de la consecuencia jurídica –sanción- que debe seguir a la infracción, y, (iii) un procedimiento en donde el derecho de defensa se encuentre asegurado.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Facultades de la
Superintendencia de Industria y Comercio- Visitas administrativas – Derecho a la intimidad –
Intervención/registro de comunicaciones**

[P]rocederá este Despacho a referirse a las siguientes materias en el orden presentado a continuación: (i) derecho a la intimidad, (ii) intervención o registro de comunicaciones (...).

(i) Derecho a la intimidad

La Corte Constitucional define el derecho a la intimidad como aquél que “(...) hace parte de la esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”. Nótese que esta definición establece ciertos límites, esto es, los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico, lo que indica que a pesar de ser un derecho fundamental, el mismo no es absoluto.

En tal sentido, el primer debate jurídico que surge en este preciso caso en torno al derecho a la intimidad, es el balance que debe encontrarse entre éste y el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia e intervención otorgadas a entidades del Estado. Al efecto, el artículo 15 de la Constitución Política señala:

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

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

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

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

Radicación: 15-180003 – Caso “HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ – FLORENCIA”
INOBSERVANCIA
Resolución No. 4037 del 20 de febrero de 2019

- Funciones de vigilancia

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

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

[D]e conformidad con el numeral 4 del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, esta Superintendencia ejerce funciones permanentes del policía judicial.

[L]os numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en desarrollo de la facultad constitucional consagrada en el artículo 15 antes citada, establecen que son funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras, las siguientes:

“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” y “63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones” (Negrilla fuera de texto).

[E]l artículo 27 de la Ley 1437 de 2011, dispone que la reserva de cierta información o documentos no es oponible a las autoridades administrativas (Superintendencia de Industria y Comercio) que constitucional o legalmente sean competentes para ello y lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Señala la norma:

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

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

Este mismo ordenamiento, estableció una excepción en relación con la autorización previa del titular para el tratamiento de su información, así:

“Artículo 10. Casos en que no es necesaria la autorización. La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de...a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial (...).”

Con fundamento en las normas previamente analizadas, es claro entonces que esta Superintendencia cumple funciones de inspección y vigilancia, en este caso en particular, la de vigilar los mercados, razón por la cual, con fundamento en el artículo 15 de la Constitución Política, puede **exigir** la presentación de libros de contabilidad y **demás** documentos privados. Establecido esto, prosigue este Despacho con el análisis del balance entre el derecho a la intimidad y la facultad de exigir información, consagrados en el referido artículo 15. Para tal fin, resulta conveniente citar lo expuesto por la Corte Constitucional al respecto:

“En relación, con las autoridades públicas o administrativas, señaló la Corporación que tal facultad ‘no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático, esta vez en cabeza de los funcionarios del Estado. Así, el hecho que el legislador estatutario haya determinado que el dato personal puede ser requerido por toda entidad pública, bajo el condicionamiento que la petición se sustente en la conexidad directa con alguna de sus funciones, de acompasarse con la garantía irrestricta de derecho al hábeas data del titular de la información. En efecto, amén de la infinidad de posibilidades en que bajo este expediente puede accederse al dato personal, la aplicación del precepto bajo análisis debe subordinarse a que la entidad administrativa

receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida.

Para la Corte esto se logra a través de dos condiciones: (i) el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo; y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la información, habida consideración que ese grupo de condiciones permite la protección adecuada del derecho.”

*Las dos condiciones indicadas por el Tribunal constitucional se cumplen en el presente caso. Por un lado, por cuanto la información que le fue requerida a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** tuvo una estrecha relación entre las funciones que por ley le han sido asignadas a esta Superintendencia de vigilar los mercados y, por el otro, esta entidad asegura un recaudo y uso adecuado de la información. Dicho recaudo y uso responde al concepto de tratamiento de que da cuenta la Ley Estatutaria 1581 de 2012 antes referido y respecto del cual la Ley 527 de 1999 reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos. A continuación, procede este Despacho a hacer un análisis más profundo del tratamiento de la información.*

- Tratamiento de la información

De conformidad con lo establecido en la Ley 527 de 1999, esta Superintendencia en desarrollo de las visitas administrativas adelantadas en el marco de la averiguación preliminar por prácticas restrictivas de la competencia garantiza: (i) la confiabilidad en la forma en que se ha conservado la integridad de la información electrónica recaudada, identificando plenamente su iniciador, así como cualquier otro factor pertinente en la cadena de custodia y, (ii) la confiabilidad en la forma en la que se haya generado o archivado la información electrónica.

[E]sta Superintendencia al momento de recaudar pruebas garantiza el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 527 de 1999 para la validez de la evidencia digital, es decir, garantiza su originalidad e integridad con el fin de que pueda ser utilizada en sede administrativa o judicial. Así como el adecuado tratamiento de la información de que da cuenta la Ley Estatutaria 1581 de 2012. Está visto hasta aquí, que en ejercicio de sus funciones de vigilancia de los mercados, esta Superintendencia está facultada para exigir información, para lo cual existe un procedimiento de tratamiento idóneo que garantiza su debido uso. En tal virtud, cualquier preocupación acerca de la integridad de la información recaudada por esta Superintendencia se supera considerando los estándares seguidos por esta Entidad para su recolección y tratamiento. A continuación se pasará a analizar el balance entre el derecho de intimidad y la función de vigilancia de los mercados.

- Balance entre el derecho de intimidad y la función de vigilancia de los mercados

[L]a Corte Constitucional ha reconocido de vital importancia el derecho a la intimidad. Sin embargo, dicha corporación también ha indicado que dicho derecho no es absoluto, conforme se aprecia en el aparte de la sentencia C-881 de 2014 que a continuación se transcribe:

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

La misma corporación ha sostenido que “(...) cuando el interés general se ve comprometido y se perjudica la convivencia pacífica o se amenaza el orden justo, cierta información puede y debe ser divulgada (...)”, añadiendo que “(...) son razones de orden social o de interés general o, incluso, de concurrencia con otros derechos como el de la libertad de información o expresión, las que imponen sacrificios a la intimidad personal (...)”.

[G]arantías como el derecho a la intimidad no suponen prohibir o restringir el acceso a la información privada por parte de las autoridades públicas. Más aún, cuando como en el presente caso, el objeto de vigilar los mercados tiene como propósito “(...) mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”. Pretender entonces hacer prevalecer el derecho a la intimidad y de suyo comprometer la función de vigilancia orientada a asegurar el interés general de contar con mercados libres, sería desproporcionado y tornaría en ilusoria dicha vigilancia. De allí, que el legislador haya previsto unos mecanismos de balance como lo son los

protocolos de tratamiento y resguardo, de cuya descripción se ocupó el punto anterior. Acto seguido, procede este Despacho a examinar si el derecho a la intimidad es oponible a la solicitud de revisar las conversaciones de WhatsApp contenidas en teléfonos móviles.

(ii) Exigencia de presentación de comunicaciones

El numeral 11.3 de la presente Resolución dio cuenta de los fundamentos legales que facultan a esta Superintendencia para realizar visitas administrativas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica. De igual forma, esta Superintendencia tiene competencia legal para solicitar a personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, comunicaciones, libros, papeles de comercio, libros de contabilidad y demás documentos privados que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

[L]as facultades ejercidas por esta Entidad en desarrollo de las visitas administrativas de inspección se basan en el precepto constitucional citado y, por supuesto, en las normas referidas. A partir de una interpretación sistemática puede afirmarse que la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de sus facultades legales cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, documentos de cualquier tipo e información, realizar entrevistas y practicar visitas de inspección con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica.

Procede ahora este Despacho a establecer si esta Superintendencia se encuentra facultada para solicitar la inspección de las conversaciones de WhatsApp contenidas en teléfonos móviles en busca de aquellas relacionadas con la actividad del agente de mercado. Un primer punto de partida será el análisis llevado a cabo por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en su sentencia del 29 de junio de 2017, que le permitió inferir que la revisión que lleva a cabo esta Entidad a correos electrónicos durante la práctica de visitas administrativas es legal. El propósito de examinar dicho desarrollo argumentativo es buscar aplicar el mismo raciocinio al presente caso dadas sus coincidencias en cuanto la naturaleza de dichos mensajes de datos.

[I]ndicó la corporación judicial que si bien las comunicaciones privadas pueden tener lugar mediante correo electrónico, ello no significa que todas ellas sean de naturaleza personal. Al efecto, citó el artículo 51 del Código de Comercio que establece que “Harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios” (subrayado propio del texto). A su vez, el citado Tribunal aludió al examen efectuado por la Corte Suprema de Justicia en torno a los alcances probatorios de la correspondencia privada y la correspondencia comercial, así:

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

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

Siendo esto así, como en efecto lo es, propio es pensar, **en aras de garantizar el equilibrio y proporcionalidad a la que atrás se hizo referencia, que en el caso auscultado, el hecho del intercambio que los aludidos empleados pudieron haber realizado de mensajes personales a través de direcciones de correo electrónico que no pueden considerarse particulares, por ser de la empresa y tener por fin primordial servir de herramienta laboral para sus propósitos sociales, no les permite a ellos como terceros, alterar los resultados de la prueba, en tanto que la misma versó sobre la correspondencia de la compañía tocante con sus negocios y con los hechos debatidos en el correspondiente proceso arbitral, sin perjuicio, claro está, de que, precisamente por razón de ese objetivo, en el desarrollo de la diligencia y en la verificación final de los documentos que han de mantenerse como parte de la misma, se les pueden restituir a los funcionarios, en lo posible sin examen por parte de los sujetos procesales, los documentos que, en realidad, tengan el carácter de personales o privados** (negrilla fuera de texto).

7.5. En el entendido que los mensajes de datos se asimilan a los documentos tradicionales, como se previó en los ya mencionados artículo 10º de la Ley 527 de 1999 y 4º del Decreto 266 de 2000, la situación de que da cuenta este caso, equivale al supuesto en que un trabajador decida guardar escritos privados en alguna de las carpetas de archivo de la empresa donde labora (v. gr. un consecutivo) y que luego de que ese legajador fuera

exhibido y reproducido en cumplimiento de la orden impartida en proceso judicial, protestara por la vulneración de su intimidad o por la violación de su correspondencia”.

De la lectura de la anterior sentencia, se desprenden dos importantes situaciones. La primera, es que la solicitud de revisión de información debe tener un sustento legal (lo cual se encuentra ampliamente demostrado en el presente caso) y, a más de ello, deberá circunscribirse a lo estrictamente necesario (también ha quedado establecido en el presente caso que la solicitud de revisión se limitó a conversaciones con personal de la compañía y demás asuntos pertinentes de la empresa).

*La segunda, es la analogía interpretativa a que da lugar el raciocinio utilizado por el ente juzgador. Esto es, cuando el trabajador opta por transmitir a través de su teléfono móvil información relacionada con la sociedad y/o el trabajo (de hecho durante la visita administrativa en cuestión se encontraron conversaciones de WhatsApp de trabajadores de **ROA FLORHUILA** relacionadas con dicha empresa). Lo que dicho sea de paso, es bastante común, según se desprende de las diversas investigaciones en materia de prácticas anticompetitivas adelantadas por esta Superintendencia, en donde se ha encontrado que de manera común el WhatsApp está siendo utilizado para atender asuntos comerciales e, incluso, ha llegado a convertirse en una herramienta utilizada en el desarrollo de conductas contrarias a la libre competencia, tal y como se ha señalado en varias decisiones de esta Superintendencia que dan cuenta de posibles conductas anticompetitivas.*

Es preciso aludir también al pronunciamiento efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde se pronunció sobre la legalidad de unas pruebas recaudadas (correos electrónicos) por esta Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de una averiguación preliminar por prácticas restrictivas de la competencia (colusión en una licitación pública), en los siguientes términos:

“(…) para la Sala resulta imperativo establecer en primer lugar la idoneidad de las pruebas recaudadas y el sustento de su legalidad, específicamente en cuanto a los medios de pruebas obtenidos del correo electrónico del demandante, toda vez que la parte actora refiere que este procedimiento en el desarrollo de la sede administrativa, se llevó a cabo vulnerando sus derechos a la intimidad, a la correspondencia y al secreto de las comunicaciones.

(…)

Se tiene entonces que los “papeles de comercio” a los que se refiere la norma incluye la correspondencia comercial, la cual puede obrar en formato electrónico, y de la que es deber del comerciante conservar la respectiva copia de este tipo de comunicaciones, de conformidad con el artículo 57 del Código de Comercio, por lo que es facultativo de la SIC solicitar la misma, sin que ello implique la afectación del derecho fundamental a la intimidad del comerciante, puesto que la misma norma constitucional faculta a esta entidad como órgano de vigilancia, inspección y control, para solicitar la exhibición de tales documentos. (…)

En virtud de lo anterior, se tiene que la revisión de los correos electrónicos por parte de la SIC en el proceso administrativo sancionatorio, no vulneró los derechos fundamentales del demandante, pues la entidad demandada actuó en ejercicio de sus funciones, y en consecuencia las pruebas recaudadas no adolecen de vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad que impidan su valoración, motivo por el cual la Sala desestimaré el cargo propuesto en la demanda.” (Negrilla fuera de texto original).

*Dicho pronunciamiento sustenta aún más la facultad que tiene este Entidad de revisar las conversaciones de WhatsApp de naturaleza empresarial o laboral contenidas en dispositivos móviles, por cuanto las mismas, luego de que el usuario del mismo ha optado por llevarlas a cabo en su equipo móvil, se hacen extensivas a lo que se entiende como papel de comercio en formato electrónico y, de contera, pueden ser objeto de inspección y valoración en un procedimiento administrativo. Se aclara que el acceso a dicha información de ninguna manera significa que la autoridad esté relevada de garantizar los derechos de los administrados a que se mantenga la debida reserva que corresponda. Así, al tiempo que la autoridad está facultada constitucional y legalmente para proceder con la aducción de toda la información privada de personas naturales y jurídicas, tiene la carga de guardar la reserva correspondiente y de utilizar como evidencia o prueba **solo aquélla pertinente para los fines de la actuación administrativa**, en aplicación de las limitaciones que surjan de la guarda debida al derecho constitucional a la intimidad.*

[L]a revisión que se hace a las conversaciones contenidas en dispositivos móviles, nada tiene que ver con las facultades de interceptación adscritas a la Fiscalía General de la Nación, consistente en la “...grabación magnetofónica o similares de las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares que utilicen el espectro electromagnético...”, situación que dista sustancialmente de la revisión que a posteriori realiza esta Entidad. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al indicar que “(…) interceptar una comunicación consiste en apoderarse de ella antes de que llegue a la persona a quien se destina, detenerla en su camino, interrumpirla u obstruirla, en fin, impedir que llegue a donde fue enviada; registrarla, por su parte, implica examinarla con cierto cuidado para enterarse de cuanto contiene (...)”. También es importante precisar que con el fundamento

**Radicación: 15-180003 – Caso “HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ – FLORENTINA”
INOBSERVANCIA
Resolución No. 4037 del 20 de febrero de 2019**

legal anteriormente explicado en detalle, nuestro ordenamiento no exige que un juez autorice a esta Superintendencia para la entrega de ningún tipo de información, así como tampoco, que ante éste se valide la legalidad de lo actuado.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Etapa de averiguación preliminar

[E]s preciso revisar los términos del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, que establece el procedimiento a seguir en relación con los casos de presunta infracción a las normas de competencia, así:

“Artículo 52. Procedimiento. *<Artículo modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> 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 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”.*

[C]onforme lo establece el artículo 52 bajo examen, la visita administrativa tuvo como principal objetivo verificar si existía suficiente mérito para iniciar una investigación, esto es, determinar la probable existencia o no de una infracción de las normas sobre protección de la competencia (ocurrencia de los hechos, características del mercado posiblemente afectado e identidad de los posibles infractores). Durante el desarrollo de esta etapa aún no hay personas (naturales o jurídicas) a las que se les hubiere atribuido la condición de investigados, propiamente dichos. Las etapas previas a una apertura de investigación, se caracterizan por su informalidad, tal y como así lo ha establecido el Consejo de Estado: “[S]egún se puede leer en la norma, la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y 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 (...)”.

Dada la informalidad que caracteriza esta etapa previa y, considerando que la misma es bastante incipiente dada la escasez de información, razón por la cual, precisamente durante la misma la ley ha facultado su recaudo a través de diversos medios con el fin de determinar la necesidad de iniciar una investigación, resultaba entonces imposible precisar los nombres, cargos, o posición en la industria molinera del arroz o individualizar las conversaciones que pretendían revisarse, así como tampoco limitar las conversaciones a un espacio de tiempo. Por otra parte, el acta de visita indicó la forma en que la información revisada iba a ser recopilada, cómo se iba a garantizar la reserva y la inalterabilidad de la misma.

Ahora bien, tal y como ha tenido oportunidad de precisarlo la jurisprudencia con fundamento en el artículo 13 de la Ley 155 de 1959, la investigación previa tiene carácter reservado.