

Radicación: 14-187155 – Caso “4-72 (GIROS NACIONALES)”

Resolución No. 88573 del 5 de diciembre de 2018

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 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.*

(...).”

[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).

[L]a 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, puede 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 (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 – Incumplimiento de instrucciones como infracción al régimen de protección de la libre competencia – Responsabilidad de las personas naturales como facilitadores de la conducta obstructiva

[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:*

Resolución No. 88573 del 5 de diciembre de 2018

(...)

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 el legislador previó 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, 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.

[E]n lo que concierne a personas naturales, cabe recordar que el legislador determinó que estas son responsables siempre que colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen **cualquier conducta** que resulte violatoria del régimen de protección de la competencia.

[C]onsiderando que una modalidad de conducta infractora del régimen de protección de la libre competencia es, precisamente, la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta esta Superintendencia, así como la obstrucción de sus investigaciones, es posible concluir que **las personas naturales que colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen tal incumplimiento u obstrucción son igualmente responsables de infringir el régimen en la materia.**

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

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

(...)

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

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

En conclusión, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, **sino también** incumplir las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y obstruir las actuaciones de esta Autoridad; y en lo que concierne a las personas naturales, estas son responsables siempre que colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen las conductas antes descritas.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Visitas administrativas - Solicitudes de información por parte de la autoridad - Oportunidad

[N]o es facultativo del administrado determinar el momento oportuno para allegar una información requerida por las autoridades administrativas de inspección, vigilancia y control, sino que son estas quienes tienen la facultad de definir, dependiendo del tipo de datos requeridos y la naturaleza de la actuación administrativa adelantada, el momento para suministrarla. Por ende, el momento preciso para otorgar la información requerida era el día y la hora de la diligencia, bajo las condiciones propias que la rodearon, y no el día que libremente escogiera la empresa visitada de acuerdo con su horario, máxime cuando la misma sociedad ha demostrado con su propio actuar que la jornada laboral es susceptible de ser extendida con el fin de atender debidamente solicitudes de autoridades administrativas como la Superintendencia de Industria y Comercio. En virtud de ello, la terminación del horario laboral no representa una exclusiva válida para negarse a entregar una información.

Resolución No. 88573 del 5 de diciembre de 2018

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Visitas administrativas - Solicitud de información confidencial y/o reservada

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio considera pertinente aclarar que el carácter confidencial de una información no es oponible a un requerimiento hecho por esta Autoridad, por los siguientes motivos, ampliamente decantados en la doctrina de la Entidad:

- El último inciso del artículo 15 de la Constitución Política dispone expresamente que 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”.
- De conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 4886 de 2011, 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. En ejercicio de esta atribución, le es aplicable plenamente a esta Entidad lo previsto en el último inciso del artículo 15 de la Constitución Política.
- En el Decreto 4886 de 2011, por medio del cual se modificó la estructura de esta Superintendencia, se determinaron las funciones de sus dependencias y se dictaron otras disposiciones. En los numerales 62 y 63 del artículo 1 de tal decreto se previeron como funciones de la Entidad, entre otras, 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, y 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.
- El artículo 20 de la Ley 57 de 1985, por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales, dispone expresamente que “el carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones”. La norma también aclara que les corresponde a tales autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de sus funciones.
- El artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), señala que “[e]l 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”.
- El literal a) del artículo 10 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 (por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales) establece que no es necesaria la autorización del titular de los datos personales para efectos de su tratamiento cuando se trate de “información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales”, debiéndose aclarar que, el concepto de “tratamiento”, según el literal g) del artículo 3 de la referida Ley Estatutaria 1581 de 2012, incluye la recolección u obtención de los datos personales.
- El artículo 15 de la Ley 1340 de 2009 les permite a las personas –naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras– respecto de quienes se recauda información, solicitar que la misma sea archivada en cuadernos reservados del Expediente, con el fin de que en caso de que se llegara a iniciar formalmente una investigación administrativa, dicha información permanezca fuera del alcance del público, como lo está durante la averiguación preliminar de conformidad con la reserva que la cobija.
- Es la propia ley la que establece las consecuencias para los administrados (inspeccionados, vigilados o controlados) derivadas del incumplimiento de la obligación de suministrar la información a la autoridad que lo requiera para el correcto ejercicio de sus funciones: imposición de sanciones pecuniarias (multas). Así lo dispone de manera general el artículo 51 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y de manera especial los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 (Ley de Competencia).

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio, en el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, cuenta con la facultad o prerrogativa constitucional y legal de solicitar a cualquier persona (natural o jurídica, de derecho público o de derecho privado, nacional o extranjera) papeles de comercio, documentos e información de cualquier tipo que repose en soportes físicos o electrónicos, sin que le sea oponible su eventual carácter reservado o confidencial, con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica.

Sin embargo, tal autorización para obtener la 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, cuando a ella haya lugar. Así, al tiempo que la Autoridad está facultada constitucional y legalmente para

Resolución No. 88573 del 5 de diciembre de 2018

proceder con el recaudo de todo tipo de información, aun si es reservada, tiene también la carga de guardar la reserva correspondiente, utilizar como evidencia únicamente aquella que resulte pertinente para los fines de la actuación administrativa y desechar aquella que verse sobre hechos ajenos y no relacionados con la correspondiente investigación.

Por ende, la hipotética existencia de información reservada que presuntamente reposaba en el computador y en la cuenta de correo electrónico de la compañía, no puede bajo ninguna óptica constituir una razón válida para obstruir la actuación de la Autoridad de Competencia y, por esta vía, impedir el acceso y extracción de la información electrónica requerida.