

Radicación: 18-148510– Caso “CONCRETO”

Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019

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 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).

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 misma 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”.

Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019

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] 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/o se obstruyan 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).

[L]a 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 instrucciones y las obstrucciones de las actuaciones administrativas que adelante esta Superintendencia 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.

Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); 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, (...)"

Por su parte, la norma determina que, de igual forma, son responsables quienes colaboren, faciliten, ejecuten, toleren o autoricen cualquier conducta que resulte violatoria del régimen de protección de la competencia, incluyendo la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones y la obstrucción de las investigaciones.

Al respecto, 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).

[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 y obstruir las

Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019

actuaciones de esta Autoridad, así como el colaborar, facilitar, ejecutar, tolerar o autorizar las conductas antes descritas

[S]i bien las conductas relacionadas con la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones y la obstrucción de las investigaciones hacen parte del régimen de libre competencia, estas están previstas en el ordenamiento jurídico nacional con el fin de proteger bienes jurídicos diferentes a los protegidos por las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y, por tanto, cuentan con regulaciones específicas respecto a su alcance y al procedimiento que debe surtir para hacerlas cumplir.

De esta forma, el legislador, por un lado, estableció un procedimiento administrativo de carácter general para las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, el cual está detallado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mientras que, por el otro lado, estableció procedimientos de carácter especial, encaminados a aplicarse en casos puntuales y específicos dentro del régimen de libre competencia, como la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información y/o las órdenes e instrucciones impartidas por esta Superintendencia, o la obstrucción de sus actuaciones administrativas.

Así las cosas, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con las facultades necesarias para iniciar el trámite administrativo en cuestión en virtud de lo establecido por el Decreto 4886 de 2011 y, así mismo, sancionar las conductas reprochadas.

De esta forma, el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 pone en evidencia la existencia de una función particular en cabeza del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, consistente en iniciar e instruir el trámite especial en eventos de incumplimientos de órdenes y obstrucción de las actuaciones de esta Entidad.

En este sentido, dicha norma señala lo siguiente:

“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:

(...)

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

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

[L]a norma especial en materia de libre competencia en Colombia contempla la existencia de una función específica consistente en la facultad de iniciar e instruir los tramites de solicitud de explicaciones en los casos de omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información y las ordenes que imparta en cualquier momento la autoridad de competencia, así como por la obstrucción de las actuaciones adelantadas por esta Entidad.

En este orden de ideas, es el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia quien tiene la facultad de iniciar dicho trámite, contra aquellas personas que con su conducta hayan omitido acatar en debida forma las órdenes de esta Entidad o hayan obstruido una actuación administrativa, mientras que es el Superintendente de Industria y Comercio quien tiene la facultad de imponer la sanción correspondiente, en caso de encontrarse probada la infracción, en los términos establecidos en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, norma que dispone lo siguiente:

“Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

11. 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).

Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019

De acuerdo a las normas anteriormente transcritas, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con las facultades legales necesarias para iniciar, instruir y sancionar los trámites de solicitud de explicaciones en los casos de omisión de cumplimiento de órdenes dadas por esta Entidad, obstrucción a sus actuaciones, entre otros, tal y como el que nos incumbe en el presente caso.

ACTOS DE OBSTRUCCIÓN – Responsabilidad de un agente del mercado por la conducta obstructiva de sus empleados – Conductas “Ultra Vires”

[C]omo lo ha manifestado la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, el funcionamiento de las sociedades comerciales se fundamenta precisamente en una estructura organizativa, en donde coexisten diversos órganos sociales, cada uno de ellos con sus propias atribuciones y con su propio campo de acción. En el caso de las sociedades anónimas, como **CONCRETO**, tal estructura está conformada por un órgano máximo y de dirección, denominado la Asamblea General de Accionistas, por un órgano de gestión y administración, denominado Junta Directiva, un órgano de representación y ejecución conformado por el Representante Legal, y un órgano de fiscalización, que corresponde al Revisor Fiscal.

Ahora bien, aunque el conjunto de los órganos anteriormente descritos efectivamente cumplen con la gestión social de la compañía, cada uno de ellos cuenta con funciones y competencias específicas otorgadas por la ley o los estatutos sociales, según su naturaleza.

Así fue reconocido por la doctrina, que ha establecido que “las funciones de cada órgano son poderes propios del mismo, ya que no los recibe por delegación sino en su carácter instrumental”. Así, se hace referencia al órgano de deliberación y decisión (asamblea general de accionistas o junta de socios); al órgano orientador de la administración (junta directiva); al órgano de ejecución y representación (representante legal), y al órgano de fiscalización (revisoría fiscal)”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

[L]a Junta Directiva es un órgano orientador de la administración que sirve como apoyo al representante legal, expresando, por ejemplo, sus puntos de vista con respecto a la conveniencia de los negocios que se proyectan, formulando las iniciativas que sean del caso, y en general todo lo que tenga que ver con las proyecciones económicas de la empresa. Por su parte, el representante legal de la compañía conforma el órgano de ejecución y representación, en el sentido que son las personas encargadas de hacer presente a la sociedad en sus relaciones con terceros.

[E]l artículo 196 del Código de Comercio otorga facultades ilimitadas al representante legal de una compañía, en su calidad de órgano de ejecución y representación, y en el marco de sus funciones para representar a la sociedad en sus relaciones con terceros. De esta forma, dicha norma establece que las limitaciones a dichas funciones deben estar expresamente pactadas en los estatutos.

[E]l caso concreto, la obstrucción a la actuación administrativa de la Superintendencia durante las visitas de los días 6 y 7 de septiembre de 2016 y 22 de septiembre del mismo año tuvo lugar como consecuencia de las conductas desplegadas por **CONCRETO** a través de un grupo de sus empleados, en especial por su presidente y representante legal, **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ**, quien como ya quedó establecido, desde un principio dio instrucciones directas a los demás empleados de la compañía respecto a (i) la forma como debían limitarse las respuestas a los requerimientos hechos por la Entidad; (ii) que se eliminara información relacionada con el proceso de selección Tercer Carril Bogotá-Girardot (el cual era el objeto de la visita); y (iii) para que se tomaran las medidas necesarias con el fin de ocultar su computador institucional y, por el contrario, se presentara un equipo diferente a los funcionarios de la Delegatura.

[C]ontrario a lo manifestado por **CONCRETO**, las actuaciones de **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** no pueden ser consideradas como las conductas de un particular, pues las mismas se encuadraban precisamente en el ejercicio de sus funciones como representante legal de **CONCRETO** y, por tanto, comprometían a la sociedad.

[R]especto al argumento de que se trató de una conducta de las denominadas “Ultra Vires”, debe manifestarse lo siguiente:

Esta teoría hace referencia a la carencia de capacidad jurídica de la sociedad para realizar actos o contratos que se encuentren por fuera de la órbita de su objeto social, so pena de que los mismos se consideren nulos.

[L]a **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** ha manifestado lo siguiente:

“Sobre el particular, es doctrinalmente reconocida, en materia de capacidad jurídica de la sociedad, la teoría de la especialidad o **ULTRA VIRES**, que rige en la mayoría de legislaciones de origen latino, incluida la legislación colombiana, según la cual el ejercicio de la actividad comercial de la sociedad está delimitado por los actos, negocios y actividades necesarios para el desarrollo de su objeto social y por los actos y negocios vinculados de manera causal, accesoria o conexas con dicho objeto”.

Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019

En este sentido, y como lo ha manifestado la doctrina:

“En la medida en que las sociedades sólo se obligan por las operaciones que correspondan a su objeto social y de conformidad con la doctrina Ultra Vires, los administradores responderán por los actos no previstos en el objeto social y que causan perjuicios a terceros”

“La sociedad puede, bajo esta concepción, impetrar la nulidad de aquellos actos ultra vires realizados por los administradores, mediante la comprobación de que la sociedad carecía de suficiente capacidad para celebrarlos”.

[P]ara poder establecer la existencia de una práctica Ultra Vires en el presente caso, es necesario determinar si la conducta desplegada por **JUAN LUIS ARISTIZÁBAL VÉLEZ** y los demás funcionarios de **CONCRETO** se encontraban dentro de la órbita de su objeto social.

[D]ebe recordarse que el artículo 99 del Código de Comercio establece que “se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En este sentido, se ha establecido la existencia de un objeto social principal, que está conformado por las actividades económicas que la sociedad se propone desarrollar en el marco de su finalidad lucrativa, y un objeto social secundario, que contempla todos los actos jurídicos que sirven de medio para cumplir el objeto social principal.

Al respecto, la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** ha manifestado lo siguiente:

“Vemos como entonces el citado artículo 99, señala los límites de la capacidad de las sociedades mercantiles al admitir dentro de ella la realización de tres (3) clases de actos, cuales son:

- a. Los actos que se encuentran determinados en las actividades principales previstas en el objeto social.
- b. Los que se relacionen directamente con las actividades principales y
- c. Los que tienen como finalidad ejercer los derechos y **cumplir las obligaciones legales** y convencionalmente **derivados de la existencia y actividad de la sociedad**.

Los actos enunciados en los literales a) y b) se relacionan con la finalidad que persigue la empresa y por ello deben guardar una relación directa con la misma.

Los descritos en el literal c) no tiene relación directa con las actividades previstas en el objeto social, pues se derivan de la existencia y actividad de la sociedad”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

[E]l concepto amplio de objeto social de la sociedad, el cual comprende tanto el objeto social principal como el secundario, incluye los actos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones legales de la sociedad, que se derivan de su existencia.

[E]n este punto debe recordarse que las actuaciones administrativas adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto a las visitas adelantadas en las oficinas de **CONCRETO** en los meses de septiembre de 2016 y marzo de 2017, y las solicitudes y requerimientos de información que ahí fueron hechas, se enmarcaron en la función de esta Entidad como autoridad de inspección, vigilancia y control en materia de libre competencia.

De igual forma, dichas visitas estaban dirigidas a obtener y recopilar la mayor información posible respecto al desarrollo de un agente de mercado, **CONCRETO**, en un mercado en específico, esto es, el proceso licitatorio del proyecto Tercer Carril Bogotá-Girardot.

[P]ermite el desarrollo de dichas visitas y entregar completa la información (sin ningún tipo de alteración) obrante en sus archivos solicitada por esta Superintendencia, constituía una obligación legal de CONCRETO, derivada de su calidad de agente de mercado. Por este motivo, no es de recibo la afirmación hecha por **CONCRETO** respecto a que la conducta desplegada por su representante legal, y que estaba dirigida a ocultar y eliminar información que en su criterio podía perjudicar a la empresa, constituía una conducta Ultra Vires, por no hacer parte de la órbita del objeto social de la compañía.

[P]ara este Despacho, es más que evidente que el cumplimiento de las órdenes que pudieran ser dadas por esta Superintendencia en el curso de las visitas adelantadas en los años 2016 y 2017 en las instalaciones de

Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019

CONCRETO, al igual que el permitir el buen desarrollo de las mismas y no buscar su obstrucción con la eliminación de información, eran conductas que hacían parte del objeto social de la empresa, en el sentido amplio de este término, por tratarse del cumplimiento de las obligaciones legales de **CONCRETO**.

ACTOS DE OBSTRUCCIÓN – Suministro de información solicitada en visitas administrativas

[L]as visitas administrativas son una práctica que se desprende de las funciones de inspección, vigilancia y control que le otorga la ley y, por tanto, es la Autoridad de competencia quien, de manera unilateral, tiene la facultad de decidir la fecha, hora y forma en que se llevará a cabo la visita, y sobre todo, la información que deberá ser entregada por parte de los administrados.

[B]ajo ningún punto de vista debe entenderse que es facultativo del administrado determinar el tipo de información que será suministrada a las autoridades administrativas de inspección, vigilancia y control, sino que son estas las que tienen la facultad de determinar el tipo de información que será requerida, la cual deberá ser entregada de manera completa y sin ningún tipo de modificación o alteración.

[L]o que se pretende con este tipo de visitas no anunciadas es recaudar todo el material que pueda ser relevante para determinar la posible infracción de las normas de competencia y evitar que la prueba se sustraiga o modifique con anterioridad a que la Autoridad de Competencia la tenga en su poder y la asegure de acuerdo con los protocolos propios de su naturaleza.

Por este motivo, lo que se espera de una persona natural o jurídica que es sujeto de una visita administrativa es que allegue toda la información solicitada y realice todas las actividades y gestiones necesarias para que la Autoridad de competencia pueda adelantar sus funciones, y no que, por el contrario, ponga en marcha actuaciones que obstruyan el buen desarrollo de la respectiva visita.

[E]sta Superintendencia ha manifestado en anteriores ocasiones, que la razón de ser de que la autoridad se movilice al sitio en el que presuntamente se encuentran determinados documentos es precisamente determinar, in situ, su existencia, y proceder a su recaudo con el objeto de **asegurar la prueba** y, con ello, proceder a estudiar el mérito de abrir una investigación formal. Por este motivo, el hecho de aceptar que se exime de responsabilidad a los investigados por la posterior entrega de información a las visitas adelantadas por esta Entidad eliminaría el factor sorpresa y la seguridad de la Entidad de estar recaudando la información sin ningún tipo de modificación, lo cual se garantiza con el hecho de verificar la documentación necesaria el día de la visita, en el momento y lugar establecido de manera unilateral por la Autoridad.

FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Derecho a la intimidad
– Revisión de comunicaciones de WhatsApp

[L]a Corte Constitucional ha reconocido ciertos límites al derecho a la intimidad, 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 resulta absoluto.

En tal sentido, el debate jurídico que surge en torno al derecho a la intimidad en el caso concreto, teniendo en cuenta que no nos encontramos ante un derecho fundamental absoluto, es la existencia de un balance entre éste y el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control otorgadas a entidades del Estado, como la Superintendencia de Industria y Comercio.

En 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).

[E]n 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:

Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019

“**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).

De igual forma, es importante recordar que de conformidad con el numeral 4 del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, esta Superintendencia ejerce funciones permanentes de policía judicial en materia de libre competencia.

[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:

“**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.

(...)” (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 (como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio) que los soliciten para el ejercicio de sus funciones, siempre que constitucional o legalmente sean competentes para ello. Así, dicha norma dispone:

“**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).

En consonancia con lo anterior, la 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 su artículo 3, la facultad de recolectar u obtener datos personales.

[E]sta Superintendencia cumple efectivamente con funciones de inspección, vigilancia y control, la cual se traduce en el caso concreto, la de vigilar los diferentes mercados nacionales, razón por la cual, con fundamento en el artículo 15 de la Constitución Política, está plenamente facultada para **exigir** la presentación de libros de contabilidad y **demás documentos privados**, sobre los cuales no le es oponible ningún tipo de reserva.

En conclusión, la misma Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la intimidad, a pesar de ser un derecho fundamental, no es de carácter absoluto:

“(...) El reconocimiento de que el derecho a la intimidad se vea sometido a restricciones significa, que cierta información del individuo interesa jurídicamente a la comunidad. **Admitir que este derecho no es absoluto,**

Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019

implica asentir 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”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

[G]arantías como el derecho a la intimidad no suponen de ninguna manera prohibir o restringir el acceso a la información privada por parte de las autoridades públicas que, como esta Superintendencia, cuentan con facultades de inspección, vigilancia y control. Más aún, cuando 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”, todos estos elementos estrechamente relacionados con el correcto desarrollo del bien común.

En este sentido, pretender entonces hacer prevalecer el derecho a la intimidad, comprometiendo así la función de vigilancia orientada a asegurar el interés general de contar con mercados libres, sería desproporcionado y tornaría en ilusoria dicha vigilancia.

[D]e acuerdo a los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Superintendencia está legalmente facultada 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.

Lo anterior fue ratificado por la misma Corte Constitucional, quien en sentencia C-165 de 2019 estableció que:

“De esta forma, en el marco de las visitas de inspección, las superintendencias 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”.

En este sentido, 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.

Ahora bien, es importante poner de presente que de acuerdo a la sentencia C-165 de 2019 de la Corte Constitucional, la información que repose en los computadores, Tablets o demás dispositivos **de carácter institucional**, se entienden como relacionados con la actividad del comerciante y por tanto pueden efectivamente ser exigidos por las superintendencias en su calidad de entidades de inspección, vigilancia y control en los términos del inciso 4 del artículo 15 de la Constitución Política. Así se transcribe aparte de la mencionada sentencia:

“Así, la Corte no comparte la interpretación del demandante por virtud de la cual la revisión de los documentos contenidos en computadores, tablets y correos electrónicos **institucionales**, es decir de propiedad de las empresas y para fines empresariales, constituyen una interpretación o registro en los términos del inciso 3° del artículo 15 de la Constitución. De acuerdo con lo expuesto, **los documentos contenidos en dichos medios, en principio, están relacionados con la actividad del comerciante. Por ellos, harían parte de la categoría de “documentos privados” a los que las superintendencias pueden acceder para fines de inspección y vigilancia en virtud del inciso 4° del artículo 15 de la Constitución**”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

[D]e acuerdo a sentencia anterior de la Corte Suprema de Justicia, el hecho que a través de sistema de mensajería (como correos electrónicos, o en nuestro caso WhatsApp), de carácter institucional, se transmitan comunicaciones privadas de los empleados, no significa de ninguna manera que dichos sistemas de mensajería deban entonces considerarse de naturaleza personal.

[A] pesar de que el trabajador opte por transmitir a través de su teléfono móvil de carácter institucional mensajes de naturaleza privada, dicho dispositivo sigue teniendo naturaleza empresarial, y por tanto, la información contenida en él se considera relacionada con la actividad de la compañía y por tanto puede ser sujeta a inspección por parte de esta Superintendencia o cualquier otra autoridad Estatal con dichas facultades.

Resolución No. 27305 del 10 de julio de 2019

Y es que no se puede dejar pasar por alto dos elementos adicionales. El primero, que según se desprende de las diversas investigaciones en materia de prácticas anticompetitivas adelantadas por esta Superintendencia, se ha encontrado que de manera común el WhatsApp está siendo utilizado para atender asuntos comerciales e, incluso, 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 conductas anticompetitivas. Por tal razón, es lógico establecer que los mensajes de datos contenidos en aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp, presentes en teléfonos móviles de naturaleza institucional, no están fuera del alcance de las funciones de esta Superintendencia.

De lo contrario, cualquier información relacionada con un proceder anticompetitivo consignado en dispositivos móviles institucionales sería inmune a las consecuencias jurídicas que de éste se derivan, tornando en imposible la labor de vigilancia que cumple esta Entidad orientada a 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. Nótese que aceptar esta posición (como la que sugiere el investigado) constituiría una invitación para que, por ejemplo, los miembros de un cartel coordinaran su conducta a través de mensajes en sus teléfonos inasequibles para la autoridad.

[L]os mensajes de WhatsApp utilizados en el presente caso, tienen una clara relación, única y exclusivamente, con asuntos empresariales y de naturaleza institucional. De hecho, el contenido de los mensajes utilizados como prueba hace referencia al desarrollo de las visitas administrativas en cuestión, motivo por el cual no es posible argumentar que se trataba de conversaciones de naturaleza privada entre los empleados (...).