

SANCIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Sanciones a agentes del mercado

[E]n el texto de la Ley 1340 de 2009 se estableció un título de guía que no corresponde al contenido de la norma y que, por el contrario, ni la versión original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, ni la modificación hecha por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establecieron la exigencia de un sujeto calificado para su aplicación. Por este motivo, esta Superintendencia no encuentra sustento en afirmar que esta norma está destinada a aplicar únicamente sobre personas jurídicas sino que, por el contrario, aplica a cualquier persona, de cualquier naturaleza, que incurra en algunas de las conductas establecidas como violatorias al régimen de libre competencia en Colombia.

[L]a redacción original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 en ningún momento hacía referencia a la naturaleza jurídica de la persona que podría ser objeto de sanción por la violación de las normas de libre competencia. De igual forma, se evidencia que la modificación hecha a esta norma en el año 2009 fue en cuatro (4) aspectos puntuales: **(i)** cambio del monto máximo de la sanción a imponer, pasando de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cien mil (100.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; **(ii)** la inclusión de criterios de graduación, así como circunstancias de agravación y atenuación; **(iii)** la introducción como conductas violatorias del régimen de libre competencia 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 y **(iv)** simplificación de la norma respecto a los sectores de aplicación al eliminar la mención explícita respecto a las sanciones a imponer a las empresas prestadoras de servicios públicos.

[E]l cambio y la modificación hecha por el legislador en el año 2009 al numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 no incluyó ningún tipo de limitación respecto a la calidad de los sujetos sobre los cuales aplica la norma sino que, por el contrario, de la lectura literal del texto se desprende que su aplicación sigue destinándose a cualquier sujeto que viole cualquiera de las disposiciones sobre Protección de la Competencia, tal y como se contemplaba en el texto original.

[E]sta Superintendencia se mantiene en su posición de considerar que el desconocer la aplicación de una norma por la sola lectura literal de un título de guía, que incluso ni siquiera está incluido propiamente en el texto modificado del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es desconocer de igual forma la interpretación exegética de la norma desde su origen y la interpretación sistemática con las demás normas que integran el régimen del derecho de la competencia.

Según la interpretación del recurrente, en el presente caso debió aplicarse el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el cual corresponde, según su título, al “Monto de las Multas a Personas Naturales”. Sin embargo, al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente: **(i)** al igual que lo ocurrido con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en esta norma nunca se ha diferenciado la naturaleza jurídica de las personas a las cuales les aplica las sanciones ahí establecidas, ni en su versión original ni en su versión modificada por el legislador en el año 2009. Así, lo que busca esta norma, es sancionar a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias a las normas de libre competencia, sin importar si dicho “facilitador” es una persona natural o jurídica. **(ii)** Adicionalmente, los supuestos de hecho descritos en cada norma son diferentes. Así, en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, se establecen las sanciones para quien viole cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluyendo el incumplimiento de órdenes e instrucciones. Por su parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, está destinado a sancionar a quien colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere el cometimiento de una conducta anticompetitiva.

[L]a conducta por la cual esta Superintendencia sancionó a **HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, consistió precisamente en el incumplimiento de órdenes dadas por esta Superintendencia, lo cual constituye una conducta violatoria de las disposiciones sobre protección de la competencia, razón por la cual debe aplicársele la sanción estipulada en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Una interpretación diferente equivaldría a aplicar una sanción establecida en la ley para otro tipo de conductas, lo cual resulta en una ausencia de fundamento jurídico válido, el mismo que ahora alega el recurrente como generador de un defecto material o sustantivo.

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

[E]l régimen de libre competencia está compuesto por diferentes preceptos legales que tratan sobre: prácticas restrictivas de la competencia, promoción de la competencia, integraciones empresariales, otorgamiento de garantías, incumplimiento de órdenes e instrucciones, omisión en acatar las solicitudes de información y obstrucción a las investigaciones que adelante la Entidad, entre otros.

Radicación: 15-180003– Caso “HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ – GERENTE GENERAL DE FLORHUILA S.A.”

Resolución No. 8731 del 9 de abril de 2019. Recurso de reposición

[E]l artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual modifica el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece textualmente que serán funciones del Superintendente de Industria y Comercio el imponer sanciones por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, “incluidas”:

(i) La omisión en acatar en debida forma: (a) las solicitudes de información, y/o (b) las órdenes e instrucciones impartidas por el Superintendente;

(ii) La obstrucción de las investigaciones; y

(iii) el incumplimiento de las obligaciones de (a) informar una operación de integración empresarial, (b) las derivadas de una aprobación de integración empresarial bajo condiciones, o (c) las derivadas de una terminación de una investigación por aceptación de garantías.

[L]as anteriores conductas, que si bien hacen parte del régimen de libre competencia, están previstas para proteger diferentes bienes jurídicos, y por tanto cuentan con regulaciones específicas respecto a su alcance y el procedimiento que debe surtir para hacerlas cumplir.

[E]l legislador estableció un procedimiento administrativo independiente y 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. Sin embargo, y en virtud de la multiplicidad de conductas de diferente naturaleza que componen el régimen de libre competencia, se han establecido en normas especiales de protección a la libre competencia, procedimientos de carácter especial, encaminados a aplicarse en casos puntuales y especiales dentro del régimen de libre competencia, como lo son algunas de las conductas mencionadas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, entre ellas, la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información y/o las órdenes e instrucciones impartidas por el Superintendente.

[E]l presente trámite administrativo fue iniciado por esta Superintendencia con base en las facultades y funciones específica y expresamente otorgadas a esta Entidad por el Decreto 4886 de 2011, encaminadas a la sanción de una de las conductas consideradas por la ley como violatorias del régimen de libre competencia en Colombia, a saber: el incumplimiento de órdenes.

[E]l numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, pone en evidencia la existencia de una función particular en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio para la protección del régimen de libre competencia, consistente en iniciar un trámite especial en eventos de incumplimientos de órdenes por parte de los investigados y/o sancionados por esta Entidad.

En este sentido, el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 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 adelante “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, entre otros.

En este orden de ideas, es el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia quien tiene la facultad de iniciar dicho trámite de Solicitud de Explicaciones, contra aquellas personas que con su conducta hayan omitido acatar órdenes de esta Entidad, y 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 establece 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)

[O]bjetivo del Decreto 4886 de 2011 es el de conferirle unas funciones y facultades específicas al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, al igual que al Superintendente de Industria y Comercio, entre otros, para iniciar, instruir y sancionar los trámites de Solicitud de Explicaciones en los casos de omisión de cumplimiento de órdenes dadas por esta Entidad. Las explicaciones que se presentan a continuación refuerzan aún más la veracidad de dicha tesis.

En primer lugar, este Despacho reitera que, como se explicó anteriormente, existen normas especiales de competencia que establecen con claridad los trámites que debe surtir la Superintendencia de Industria y Comercio a través de Solicitud de Explicaciones, y la diferencia de los mismos con el previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior, teniendo en cuenta que, por un lado, el ya mencionado Decreto 4886 de 2011, si bien no regula de manera puntual las etapas procesales del trámite de Solicitud de Explicaciones, sí establece su existencia independiente del trámite de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

Así, y de la misma redacción de la norma, se desprende que dicha función difiere de la establecida en el mismo artículo, consistente en adelantar averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones encaminadas a establecer infracciones a las disposiciones sobre prácticas restrictivas de la competencia.

En este sentido, 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 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)

[S]i los tramites de Solicitud de Explicaciones por el incumplimiento de órdenes estuviesen incluidos dentro de los supuestos que dan lugar a la aplicación del numeral 4 del artículo 9 citado anteriormente (prácticas restrictivas de la competencia), el legislador no se hubiera puesto en la tarea de incluir dos numerales independientes en una misma norma. De esta forma, no cabe duda que la intención del legislador fue la de establecer la existencia de dos trámites diferentes, aplicables para dos situaciones de hecho que no pueden ser consideradas como similares entre sí.

[S]iguiendo una interpretación guiada por el principio “del efecto útil de las normas”, esto es, preferir aquella interpretación que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, debe considerarse que la intención del legislador al tratar por separado estas dos funciones fue precisamente distinguir que el trámite de Solicitud de Explicaciones tendría una carácter diferente al establecido en el artículo 52 del Decreto 2153. Incluso, la jurisprudencia administrativa ha ratificado el entendimiento de esta Superintendencia en relación con la distinción de trámites.

[E]ste Despacho no encuentra razón alguna en el argumento presentado por el recurrente, respecto a que en el presente caso, debió haberse seguido el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, toda vez que, como quedó ampliamente demostrado, las normas especiales de competencia establecen diferentes procedimientos para diferentes supuestos de hecho.

Radicación: 15-180003– Caso “HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ – GERENTE GENERAL DE FLORHUILA S.A.”

Resolución No. 8731 del 9 de abril de 2019. Recurso de reposición

En segundo lugar, debe mencionarse que los trámites de Solicitud de Explicaciones por incumplimiento de órdenes emitidas por esta Entidad, son trámites de naturaleza incidental, en virtud de que son accesorios a una actuación administrativa sancionatoria principal, regulados para seguir un procedimiento más expedito y con miras de proteger un bien jurídico diferente al trámite principal. En este sentido, debe tenerse en cuenta que cuando el artículo 25 de la Ley 1340 elevó a la categoría de infracción la desatención de las órdenes impartidas por esta Superintendencia, lo hizo con el objetivo de dotar de fuerza coercitiva y de facultad sancionatoria el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control en materia de competencia. Sin embargo, lo anterior no implicó de ninguna manera el ignorar la naturaleza y consecuencias de cada una de las conductas contempladas en el mismo artículo 25.

[E]l legislador previó reglas procesales especiales para los casos de naturaleza incidental, a los cuales no es posible aplicar el procedimiento ordinario, pues esto sería desconocer la naturaleza del trámite y su filosofía, consistente en sancionar un hecho que atenta contra la moralidad pública, la buena fe y el respeto a las normas e instituciones creadas por el legislador para proteger el bien común.

En tercer lugar, es preciso reconocer que las normas especiales en materia de competencia efectivamente presentan ciertos vacíos respecto a las etapas procesales propias de este tipo de trámite incidental. Por esta razón, y en cumplimiento de lo establecido en el inciso final del artículo 2 del CPACA, esta Superintendencia se ha visto obligada a remitirse a las normas de dicho Código que regulan procedimientos similares y, en especial, de la misma naturaleza al procedimiento de Solicitud de Explicaciones.

Por este motivo, la Superintendencia de Industria y Comercio a la hora de llenar los vacíos respecto al procedimiento incidental de Solicitud de Explicaciones, ha decidido remitirse al artículo 51 del CPACA, el cual regula el trámite incidental de renuencia a suministrar información.

[N]o cabe duda para esta Superintendencia que los vacíos que se presenten respecto al trámite incidental de Solicitud de Explicaciones por el incumplimiento de órdenes establecido en el régimen de libre competencia, deben ser llenados, por remisión legal, con lo dispuesto en el artículo 51 del CPACA, aplicable debido a su carácter y naturaleza incidental. Estando clara la norma a la que debe remitirse esta Superintendencia a la hora de adelantar un trámite de Solicitud de Explicaciones, este Despacho a continuación pasará a resumir los aspectos que están expresa y especialmente regulados sobre la materia, con el fin de poder determinar cuáles son los vacíos procesales que deben ser llenados con la norma de carácter general del artículo 51 mencionado. Así, este Despacho pone de presente que de la norma especial puede desprenderse lo siguiente:

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

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

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

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

- 3) *La caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para este tipo de trámites incidentales, al igual que para cualquier trámite respecto a las normas que componen el régimen de libre competencia, es de cinco (5) años, de acuerdo al artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece:*

“Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo

Radicación: 15-180003– Caso “HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ – GERENTE GENERAL DE FLORHUILA S.A.”

Resolución No. 8731 del 9 de abril de 2019. Recurso de reposición

de la misma en los casos de conducta de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado”. (Subraya y negrilla fuera de texto)

[E]sta Superintendencia ha evidenciado que el vacío normativo existente respecto al procedimiento de Solicitud de Explicaciones se presenta específicamente en el término que debe darse a los investigados para presentar sus respectivas explicaciones. De esta forma, y haciendo remisión al artículo 51 del CPACA por los motivos anteriormente expuestos, se encuentra que dicho trámite será resuelto mediante resolución motivada, previo a la solicitud de explicaciones, para lo cual se dará un término de diez (10) días a los investigados para presentar las respectivas explicaciones.

[E]l trámite determinado en la ley, y que es aplicable por remisión al trámite de Solicitud de Explicaciones adelantado por la Superintendencia, establece que la Entidad enviará una solicitud de explicaciones a los investigados, quienes tendrán un término de diez (10) días hábiles para presentar su respuesta, previo a que la entidad emita su decisión por medio de una resolución motivada. En este sentido, este Despacho no encuentra que lo anterior se aparte de manera alguna al procedimiento seguido por la Superintendencia en el presente caso.

[N]o obstante que se ha encontrado en el CPACA regulación clara respecto al procedimiento que debe seguirse en trámites de naturaleza incidental como el que nos ocupa, este Despacho ha dado cuenta de ciertos vacíos adicionales que se presentan tanto en la norma de carácter especial como en la de carácter general. Dichos vacíos hacen referencia de manera específica a la etapa probatoria en favor de los investigados, quienes de acuerdo al artículo 51 del CPACA no tendrían la oportunidad de presentar y solicitar pruebas.

Por lo anterior, y precisamente con el ánimo de garantizar en todo momento el derecho de defensa de los investigados y su debido proceso, es que se ha incluido, dentro del término de diez (10) días en donde los investigados presentan sus explicaciones, la oportunidad para que los mismos presenten y soliciten las pruebas que consideren conducentes, pertinentes y útiles para estructurar su defensa.

[D]ada la naturaleza incidental del trámite que nos ocupa, el exigir la aplicación del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, como lo pretende el recurrente, sería, a juicio de este Despacho, una violación al principio de legalidad que rige nuestro ordenamiento nacional.

[L]as etapas del procedimiento de carácter incidental descritas previamente, fueron avaladas por la jurisprudencia administrativa en casos tramitados en aplicación del Decreto 01 de 1984 y antes de la vigencia de la Ley 1340 de 2009. Al respecto, el Consejo de Estado consideró que en esencia estas etapas se ajustan a las reglas del debido proceso.

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

Respecto de las facultades de la entidad para solicitar y recaudar cualquier clase de información con el fin de cumplir con sus funciones, debe tomarse en consideración el artículo 15 de la Constitución Política que señala:

“Artículo 15. *Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar 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. (Destacado fuera de texto)

Según lo establecido en el último inciso del artículo 15 de la Constitución Política, esta Superintendencia, en su calidad de autoridad administrativa con facultades de inspección, vigilancia y control, está autorizada por la Constitución para exigir la presentación de cualquier clase de información, pública o privada, que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Al respecto, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se han pronunciado en igual sentido.

Radicación: 15-180003– Caso “HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ – GERENTE GENERAL DE FLORHUILA S.A.”

Resolución No. 8731 del 9 de abril de 2019. Recurso de reposición

[L]os numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, “por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”, desarrollan esta facultad constitucional, así:

“Artículo 1. Funciones Generales (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

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

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones. (...)” (Destacado fuera de texto)

[L]a Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, documento en el cual se reúnen en un solo cuerpo normativo las instrucciones y reglamentaciones generales que rigen a la entidad y que se encuentran vigentes, se establecen en el Título I, Capítulo Séptimo, las reglas aplicables a las visitas administrativas de inspección, en los siguientes términos:

“Las actividades que adelanta esta Superintendencia mediante la realización de visitas de inspección, tienen como finalidad verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete. En tal sentido, y con el fin de facilitar el adecuado ejercicio de la facultad conferida a esta Entidad por el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, se establecen las siguientes instrucciones:

(...)

b) Los funcionarios comisionados por esta Superintendencia, durante la diligencia, **podrán tomar declaraciones y requerir la información y los documentos que consideren pertinentes y necesarios**. Este requerimiento se le realizará a la persona designada para atender la visita.

(...)

La entrega de información puede consistir en medios magnéticos que contengan documentos electrónicos.

En el acta se dejará constancia también de las circunstancias en que se desarrolló la visita, y se señalará si se presentaron obstáculos o trabas durante la actuación de los funcionarios de la Superintendencia, o cualquier otro hecho que pueda constituir incumplimiento de instrucciones.

(...)”

[E]n aquellos eventos en donde se recaude información consistente en datos personales o datos sensibles. Al respecto, 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”. El término “tratamiento”, según el artículo 3 de la misma norma, ha de entenderse como la recolección u obtención de los datos personales.

[L]a Corte Constitucional avaló la constitucionalidad de la facultad que se viene comentando. Sobre el particular, la Corporación admitió que las autoridades administrativas están facultadas para requerir el suministro de determinada información siempre que cumplan con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del derecho fundamental a la intimidad. Circunstancia que se atiende si la adquisición de la información reúne dos condiciones: en primer lugar, que el recaudo correspondiente tenga una relación directa con las funciones desarrolladas por la autoridad administrativa y, en segundo lugar, que la entidad mantenga el carácter reservado de esa información. (...).

[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

Radicación: 15-180003– Caso “HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ – GERENTE GENERAL DE FLORHUILA S.A.”

Resolución No. 8731 del 9 de abril de 2019. Recurso de reposición

e información, realizar entrevistas y practicar visitas de inspección con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica.

En efecto, el Consejo de Estado señaló que con el fin de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para requerir, de cualquier persona natural o jurídica, la información que estime necesaria para el debido cumplimiento de sus funciones. El requerimiento de información puede estar dirigido incluso a aquellas que no sean sujetos investigados por parte de esta entidad

[E]sta Superintendencia cuenta con facultades que le han sido otorgadas por la Constitución y la Ley, para solicitar de cualquier persona papeles de comercio, todo tipo de documentos e información, con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica. Tales facultades, tal y como ha quedado visto, han sido expresamente reconocidas jurisprudencialmente.

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

[L]o primero es establecer la etapa procesal de la actuación administrativa en la cual tuvo lugar la solicitud de la información en cuestión. Para tal efecto, es 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”.*

En el presente caso, la visita administrativa tuvo lugar en la etapa de averiguación preliminar, cuyo principal objetivo era verificar si existía suficiente mérito para iniciar una investigación por una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia. Durante el desarrollo de esta etapa de la actuación administrativa, como es sabido, aún no hay personas naturales o jurídicas a las que se les atribuya la condición de investigados. En efecto, la informalidad caracteriza las etapas previas a una apertura de investigación, 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 (...).”

*[E]l texto del artículo 63 del Decreto 4886 de 2011 establece que esta Superintendencia puede “...**Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio**...”. Nótese que la norma no dispone que quien debe ofrecer el suministro de información es “el o los investigados”. De igual manera, la norma no dispuso que el incumplimiento en el suministro de información tuviera consecuencias sancionatorias exclusivamente respecto de “el o los investigados”. Así, mal puede este Despacho darle un alcance distinto a las normas en cuestión, y es que, pretender que la obstrucción se predique únicamente de personas “formalmente investigadas”, sería tanto como asumir que cualquier negativa a colaborar con la autoridad de competencia durante la etapa de averiguación preliminar (en donde aún no hay investigados formalmente identificados) no es una obstrucción y, por consiguiente, no es generadora de sanción alguna.*

[E]n este tipo de conductas de prácticas anticompetitivas, los implicados cada día encuentran estrategias más sofisticadas y complejas que hacen más ardua su detección. Así, admitir que la obstrucción se predica únicamente de personas formalmente investigadas por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas es tanto como enfrentar a esta Superintendencia a la persecución de lo imposible. Basta señalar que en la mayoría de los casos el material probatorio que brinda mayores luces en torno a la posible comisión de estas conductas se recauda en la averiguación preliminar, por tanto, es en esta etapa en donde las autoridades de competencia requieren de verdaderos poderes para poder ejercer sus funciones de vigilancia y control y hacer exigible -de cualquier persona- la entrega de información que se estime necesaria.

Por todo lo expuesto, en particular en relación con los términos del artículo 63 del Decreto 4886 de 2011, procede este Despacho a desestimar el argumento expuesto por el recurrente referente a la presunta imposibilidad de calificar su negativa como una ‘obstrucción’ al no ostentar la calidad de persona formalmente investigada.

Radicación: 15-180003– Caso “HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ – GERENTE GENERAL DE FLORHUILA S.A.”

Resolución No. 8731 del 9 de abril de 2019. Recurso de reposición

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio - Visitas administrativas – Solicitud de información – Validación subjetiva de derechos

[D]el texto del artículo 63 del Decreto 4886 de 2011, tantas veces descrito a lo largo de la presente Resolución, no se advierte que el legislador le haya brindado a la persona natural o jurídica, respecto de quien esta Superintendencia estime estar en posesión de información requerida para los fines de establecer la presunta comisión de prácticas anticompetitivas, la discreción de acceder a tal petición luego de hacer una ‘validación’ de sus derechos.

[S]i las personas, luego de ‘validar’ sus derechos, haciendo uso de su alegado poder discrecional, decidieran no entregar la información que les fuera requerida, o no rendir testimonio, o no permitir la práctica de visitas, se generaría un desbalance entre sus derechos y la función de vigilancia de los mercados que ejerce esta Superintendencia, tornando en ilusoria tal función de vigilancia. Y es que, tal y como quedó ampliamente explicado en el numeral 13.3.4 de la Resolución Sancionatoria ahora recurrida, el derecho a la intimidad no es absoluto y razones de orden social o de interés general imponen su sacrificio.

Tal sacrificio, exige a su vez un tratamiento especial al recaudar la información, el cual es recogido por la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y la Ley 527 de 1999, así como observado por esta Superintendencia, conforme se describió plenamente en el numeral 13.3.4 de la Resolución Sancionatoria. Por ende, este Despacho no comparte el argumento delineado por el recurrente, según el cual, el hacer valer sus derechos no significó una obstrucción, ya que, bajo este pretexto, cualquier actividad encaminada a recolectar material probatorio con miras a establecer la comisión de una posible práctica restrictiva de la competencia se vería frustrada, puesto que cualquier negativa a colaborar fundada en un ejercicio de ‘validación de derechos’ jamás se constituiría en una obstrucción y, por el contrario, serviría de incentivo para generar resistencia a colaborar con las autoridades de vigilancia y control.