

Radicación: 18-106528 – Caso “Incumplimiento Paulina Calderón”

Resolución No. 40584 del 30 de junio de 2021

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

Conforme lo establece el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria es la Autoridad Nacional en materia de libre competencia económica. Lo anterior se traduce en que es la entidad administrativa encargada de conocer de forma privativa las investigaciones por la infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia y, en tal sentido, cuenta con la facultad de imponer multas y adoptar las disposiciones necesarias que garanticen el cumplimiento de dicho régimen legal.

Para tal efecto, esta Superintendencia cuenta con herramientas que le permiten cumplir sus funciones de policía administrativa que se concretan en la inspección, vigilancia y control de las disposiciones sobre libre competencia económica. Estas se encuentran consagradas en la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 4886 de 2011. Concretamente, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 establecen como funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio:

“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.

(...)”.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Visitas administrativas – Facultad de solicitar y extraer información

Estas funciones deben ser comprendidas en el marco de lo establecido por el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política, el cual dispone:

“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”.

La disposición citada es el fundamento constitucional que otorga la posibilidad a las autoridades que ejercen funciones de policía administrativa de solicitar libros de contabilidad y otros documentos privados durante las actuaciones que adelantan.

A su vez, el artículo 15 de la Constitución Política fue desarrollado por el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que la reserva de cierta información o documentos no es oponible a las autoridades administrativas que constitucional o legalmente sean competentes para solicitar en desarrollo de sus funciones. Establece esta norma:

“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”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Resolución No. 40710 del 30 de junio de 2021

En esa misma línea, la Ley 1581 de 2012 establece en su artículo 10 que la autorización del titular de los datos (persona natural o jurídica) no será necesaria para efectos de su tratamiento cuando se trate de “información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales”.

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio, con fundamento en el artículo 15 de la Constitución puede exigir la presentación de libros de comercio y demás documentos privados a personas naturales y jurídicas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012.

[E]l derecho a la intimidad de una persona natural o jurídica puede verse afectado en cierta medida cuando haya un interés superior de carácter general. Frente a esta posibilidad la Corte Constitucional refirió que:

“[T]al facultad no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático, esta vez en cabeza de los funcionarios del Estado. Así, el hecho que el legislador estatutario haya determinado que el dato personal puede ser requerido por toda entidad pública, bajo el condicionamiento que la petición se sustente en la conexidad directa con alguna de sus funciones, de acompañarse con la garantía irrestricta de derecho al hábeas data del titular de la información. En efecto, amén de la infinidad de posibilidades en que bajo este expediente puede accederse al dato personal, **la aplicación del precepto bajo análisis debe subordinarse a que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida.**

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

Teniendo en cuenta estas normas jurídicas y lo señalado por la Corte Constitucional, la Superintendencia de Industria y Comercio, con fundamento en el artículo 15 de la Constitución puede exigir la presentación de libros de comercio y demás documentos privados a personas naturales y jurídicas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012.

[E]l derecho a la intimidad de una persona natural o jurídica puede verse afectado en cierta medida cuando haya un interés superior de carácter general. Al respecto ha referido la Corte Constitucional que:

“[E]l derecho a la intimidad puede verse sujeto a limitaciones fundamentalmente por dos (2) razones:

(i) 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. **Intereses de orden superior justifican la limitación del derecho a la intimidad para efectos tributarios, judiciales y de inspección, vigilancia e intervención del Estado.**

(ii) En determinadas circunstancias, cuando se presente una colisión con otros derechos individuales que compartan el carácter de fundamental como, por ejemplo, el derecho a la información, la dignidad humana y la libertad”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este entendido, de conformidad con las disposiciones citadas y lo establecido por la Corte Constitucional, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para, en el ejercicio de sus funciones, ordenar y realizar visitas de inspección administrativa 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 establecidos en la ley.

[M]ediante sentencia C-165 de 2019, la Corte Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en relación con las visitas administrativas que la Superintendencia de Industria y Comercio realiza en calidad de autoridad de protección al consumidor. En tal ocasión la Corporación indicó que las visitas de inspección administrativa son diligencias que se encuentran facultadas a realizar las superintendencias, teniendo como fundamento constitucional lo señalado en el inciso 4 del artículo 15 Superior. Indicó al respecto:

“Las visitas administrativas de inspección son diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan las facultades administrativas que por ley les corresponden y soliciten los documentos privados que requieren para el debido cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Por ello, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y Tribunales Superiores del Distrito han señalado que **la realización de visitas de inspección encuentra fundamento constitucional en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución**”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Resolución No. 40710 del 30 de junio de 2021

En la misma providencia, la Corte fue enfática en indicar que las superintendencias no requieren de autorización judicial para ingresar a los domicilios de las sociedades, puesto que dichas diligencias no son registros ni allanamientos. En el mismo sentido manifestó que las solicitudes de información no constituyen un registro o interceptación de comunicaciones. Refirió expresamente: “El ingreso de los funcionarios de la superintendencia a los establecimientos de comercio de las sociedades investigadas no constituye un registro y allanamiento del domicilio en los términos de los artículos 15 y 28 de la Constitución. Por lo tanto, **las superintendencias pueden ingresar a estos establecimientos en el marco de sus visitas de inspección, sin autorización judicial.**”

(...)

[Y además que,]las solicitudes de documentos, y la copia de la información contenida en los computadores, tablets y correos electrónicos de las empresas no constituyen un registro e interceptación de comunicaciones en los términos del inciso 3º del artículo 15 de la Constitución. Por el contrario, la solicitud y revisión de estos documentos encuentra fundamento en el inciso 4º del artículo de la Constitución. **Por lo tanto, las superintendencias están facultadas para adelantar estas diligencias durante las visitas de inspección sin la respectiva autorización judicial**”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Conforme con lo anterior, y teniendo en cuenta el precedente constitucional –pese a que este se fundamenta en el análisis de las visitas que realiza la Superintendencia en calidad de autoridad de protección al consumidor–, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con las facultades para realizar visitas de inspección administrativa y solicitar documentos privados a personas jurídicas y naturales, hecho que no constituye un registro, allanamiento o interceptación de comunicaciones. Por ende, la entrega de estos documentos por parte de las personas inspeccionadas o visitadas no requiere de mandamiento judicial escrito, siempre y cuando la información solicitada, contenida en cualquier medio, tenga (i) relación de conexidad con el ejercicio de las funciones de la autoridad administrativa y (ii) esté relacionada con el objeto de la investigación.

[D]e tal forma, independientemente de si el correo electrónico, el celular o el medio en el cual se encuentra la información necesaria para la investigación que adelanta esta Entidad es corporativo o personal, lo cierto es que si se logra corroborar que dicha información guarda conexidad con el ejercicio del desarrollo de las funciones como Autoridad Nacional de Competencia o que está relacionada con el objeto de investigación, esta se encuentra facultada para solicitarla a las personas inspeccionadas.

En síntesis, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de Autoridad Nacional de Competencia se encuentra facultada para realizar visitas de inspección administrativa, en las cuales puede solicitar el suministro de información contenida en documentos privados, bien estén contenidos en medios corporativos o empresariales o personales, caso en el cual deberá ser clara la relación de conexidad entre la información requerida y (i) las funciones que por ley corresponden a la Entidad o (ii) el objeto de investigación.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio – Sanción

A su vez, el numeral 11 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 señala como otra de las funciones de la Superintendencia 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 original).

Así las cosas, la ley estableció la facultad 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. Por ende, es posible aseverar que una modalidad de conducta infractora del régimen de la libre competencia económica, establecida por el legislador, fue la consistente en no acatar debidamente las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que impartía esta Superintendencia, omisiones que, a su vez, pueden terminar configurándose como una obstrucción a las actuaciones e investigaciones adelantadas por esta Entidad.

Esta conducta, tipificada como sancionable por contravenir las normas sobre protección de la libre competencia reviste “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

Resolución No. 40710 del 30 de junio de 2021

consumidores en particular”. Frente a esta afirmación conviene traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado, quien ha enfatizado en la relevancia que quiso darle el legislador a la conducta que obstruye una actuación administrativa tendiente a verificar el cumplimiento del régimen de la libre competencia económica. Frente al particular manifestó:

*“En opinión de la Sala por la forma en que está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que **el legislador considera igualmente censurable que se desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.***

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

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

Para tal efecto, se constituyen como infracciones al régimen de la libre competencia económica, tanto las prácticas restrictivas propiamente dichas (actos, acuerdos, abuso de posición dominante) como la omisión en acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de sus actuaciones administrativas adelantadas en virtud de las funciones de inspección, vigilancia y control y la obstrucción a las investigaciones. De esta forma, el no entregar la información requerida por esta Superintendencia, así como la renuencia a entregarla por parte de una persona natural o jurídica se constituye como un incumplimiento de instrucciones que se puede configurar como una obstrucción a la investigación y, en tal sentido, convertirse en una conducta sancionable.

En esta línea, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que si el inspeccionado insiste en no entregar la información –o de autorizar a la Autoridad para el acceso a dicha información– debe atenerse a las consecuencias legales previstas por el ordenamiento, esto es la imposición de sanciones. Al respecto ha establecido:

*“**[E]l investigado puede negarse a su realización y, en ese caso, serán aplicables las consecuencias jurídicas que prevé el ordenamiento.** Se trata de una situación sustancialmente diferente a la que se configura cuando se adopta la decisión de practicar un allanamiento en materia penal dado que, en esos eventos, resulta procedente la aplicación de la fuerza a fin de practicar la diligencia respectiva”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Visitas administrativas – Derecho a la intimidad

[H]a establecido la Corte Constitucional frente al ejercicio de las facultades de esta Superintendencia y la no vulneración del derecho a la intimidad. Ha manifestado el alto Tribunal que:

*“**La revisión, búsqueda y retención de documentos que realicen las superintendencias en el marco de sus visitas de inspección, no vulneran, en principio, un ámbito protegido del derecho a la intimidad de las personas jurídicas investigadas.** Por lo tanto, no pueden ser catalogadas como un registro e **interceptación siempre que sean realizadas en el marco de la facultad dispuesta en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución y con observancia de los lineamientos fijados por la jurisprudencia constitucional**”.*

(...)

*“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”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Resolución No. 40710 del 30 de junio de 2021

Así las cosas, la revisión, búsqueda, extracción y retención de documentos privados que realiza esta Superintendencia no vulneran la intimidad de las personas investigadas. Además, la facultad legal para realizar esas acciones tiene como fundamento el cuarto inciso del artículo 15 de la Constitución. Tal y como lo reiteró la Corte, conforme lo establece la ley, en el marco de las visitas de inspección administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para recaudar toda la información conducente para verificar el estricto cumplimiento del régimen de la libre competencia económica, así como para solicitar a personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que requiera para el correcto ejercicio de las funciones a su cargo.

[E]l ejercicio de las facultades contenidas en los numerales 62 y 63 del Decreto 4886 de 2011 la ley no exige como formalidad la necesidad de que la Superintendencia de Industria y Comercio requiera de orden judicial escrita y previa para materializar sus facultades. Esto en la medida que las visitas de inspección no pueden entenderse como un registro o allanamiento a las instalaciones de una persona natural o jurídica. Esto fue reiterado por la Corte Constitucional, la cual manifestó:

“Respecto de estos documentos no opera el requisito de reserva judicial dispuesto en el inciso 3º del artículo 15 de la Constitución siempre que la solicitud de entrega de estos documentos tenga en general, una relación de conexidad con el ejercicio de sus funciones administrativas, y en particular, esté relacionada con el objeto de la investigación”.

Para el caso en cuestión, se encuentra acreditada la conexidad entre la información contenida en el celular y correo electrónico de **PAULINA CALDERÓN VACCA** (Gerente Financiera de **CITED** y Representante Legal de la **FUNDACIÓN SOLIDARIA**) con el ejercicio de las funciones de esta Superintendencia y su relación con el objeto de la investigación. Por ende, para solicitar dicha información la Superintendencia de Industria y Comercio no requería de una orden judicial para acceder a ella, extraerla y revisarla. Sobre el particular, se reitera que:

“[E]l ingreso al domicilio corporativo de las empresas investigadas durante las visitas de inspección por parte de funcionarios de las superintendencias no constituye un registro del domicilio y por lo tanto dichas visitas no son contrarias a la inviolabilidad del domicilio por dos razones: (i) no violan un ámbito de protección del derecho a la intimidad; y (ii) las superintendencias no están facultadas para ingresar en contra de la voluntad de los investigados”.

INVESTIGACIÓN POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Visitas administrativas – Calidad de contratistas desarrollando funciones públicas

[L]o que ha establecido la Corte Constitucional en relación con la calidad y el desarrollo de funciones de contratistas que tienen un contrato de prestación de servicios con una entidad estatal. Según la Corte Constitucional, los contratistas son colaboradores de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos. Expresó la Corte:

“Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.”

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

La sentencia transcrita fue utilizada como sustento del Concepto No. 90161 de 2019 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en virtud del cual se respondió una consulta relacionada con el ejercicio de un contratista de prestación de servicios de una Alcaldía Municipal, prestando servicios profesionales para coadyuvar a la Secretaría de Gobierno en el desarrollo del Observatorio de Seguridad y

Resolución No. 40710 del 30 de junio de 2021

Convivencia ciudadana del Municipio de Chía, se indicó que “para establecer si el particular ejerce funciones públicas, es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto las funciones públicas se manifiestan como la exteriorización de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo la expedición de actos unilaterales, que deciden situaciones que afectan a terceros o la imposición coercitiva de una decisión a un tercero”. Tal concepto concluyó:

*“Conforme a la normativa transcrita, **los contratos de prestación de prestación de servicios son una modalidad a través de la cual las entidades estatales pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad**, cuando las actividades objeto del contrato no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, no obstante, dichos contratistas, como sujetos particulares, no pierden sus calidad de tales porque su vinculación jurídica la entidad no es una investidura pública, si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública”.*