

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-165 DE
2019
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

Magistrado Ponente

Dr. Alejandro Linares Cantillo

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., Julio de 2019

ÍNDICE

1. Introducción	3
2. Normas demandadas sobre las cuales recayó el análisis de la Sentencia C-165 de 2009.....	8
2.1 Artículo 59 de la Ley 1480 de 2011.....	8
2.2 Artículo 20 de la Ley 1778 de 2016.....	9
2.3 Artículo 21 de la Ley 1778 de 2016.....	9
3. Problemas jurídicos analizados por la Corte	9
4. Consideraciones de la Corte	10
4.1 Respecto del Primer Cargo.....	10
4.2 Respecto del Segundo Cargo.....	11
5. Decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-165 de 2019.....	13
6. Análisis y conclusiones del CEDEC	13

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-165 DE 2019 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL**

Por:

Alfonso Miranda Londoño¹

1. Introducción

Por medio del presente documento, el CEDEC se une al análisis que académicos y practicantes vienen haciendo de Sentencia C-165 del 10 de abril de 2019, proferida por la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Cantillo, mediante la cual se analizó la constitucionalidad del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 y los artículos 20 y 21 de la Ley 1778 de 2016.

El CEDEC considera que la sentencia que aquí se analiza constituye un avance en el desarrollo de las garantías procesales (“*procedural fairness*”) que deben rodear las investigaciones que adelanta la autoridad de competencia por la presunta infracción de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia. En efecto, la sentencia ha puesto a discutir a la comunidad académica y a los practicantes con la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC)², sobre lo que se puede hacer y no hacer en la fase de averiguación preliminar, en la fase de investigación formal y en las visitas administrativas sorprendidas estilo “*dawn raid*” que la ley faculta a la SIC para realizar.

¹ Abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC. Fundador y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia - ACDC. Designado como “*Non Governmental Agent – NGA*” de Colombia, ante el “*International Competition Network – ICN*” (2012 – 2016). Socio de la firma Esguerra Asesores Jurídicos.

² Al respecto se pueden ver los siguientes artículos que han aparecido en la prensa nacional en las últimas semanas: “*Fin de las expediciones de pesca*” por Jaeckel Kovacs, Jorge. La República. En <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jorge-jaeckel-kovacs-2836049/fin-de-las-expediciones-de-pesca-2881303>. “*Más claro no canta un gallo*” por Ibarra Pardo, Gabriel. La República. En <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/mas-claro-no-canta-un-gallo-2874271>.

El CEDEC advierte nuevamente que no se pretende, ni se debe pretender tender un manto de impunidad sobre las conductas anticompetitivas, ni de proteger a las empresas infractoras en aquellos casos en los que con claridad se demuestre, después de un debido proceso y de ejercido el derecho a la defensa con plenas garantías, que se ha incurrido en cualquiera de las conductas prohibidas, como es el caso de los carteles de precios, los acuerdos de repartición de mercados o la colusión en las licitaciones públicas, que afectan a los consumidores o comprometen el patrimonio del Estado, a la vez que condenan a nuestro país al desangre de los recursos públicos y al atraso de la infraestructura nacional. Está claro que en estos casos se deben imponer sanciones ejemplarizantes con todo rigor, pero con el pleno de las garantías constitucionales y legales.

Sin embargo, la aplicación de las normas de procedimiento en las investigaciones por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia ha puesto al descubierto numerosos problemas que les impiden los investigados ejercer sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, los cuales ya han sido señalados antes por el CEDEC, pero que procedemos a recapitular:

- Con el fin de garantizar de mejor manera el debido proceso y el derecho de defensa desde el inicio de la averiguación preliminar, deberían aplicarse los siguientes principios:
 - Con base en la denuncia o en la decisión del órgano investigador, se debe dar inicio a una averiguación preliminar, durante la cual se deben poder practicar pruebas solicitadas por las personas que después podrán resultar vinculadas, en forma tal que se protejan sus derechos al debido proceso y a la defensa.
 - La averiguación preliminar no debería durar más de un año contado desde el momento en el que se de inicio y el expediente de la averiguación preliminar debe permanecer reservado como es hoy en día
 - En caso de que se practique una visita administrativa sorpresiva, para realizarla se debería obtener previamente la autorización de un juez de garantías, lo cual en ningún momento le debe quitar el carácter de sorpresivo a la visita, como lo han sugerido de manera apresurada algunas personas.
 - Las visitas deberían tener un objetivo definido, basado en una hipótesis de investigación que debe tener relación con las facultades de la SIC y con los hechos que conforman la hipótesis de la investigación, la cual se le debería comunicar a la entidad visitada desde el inicio de la misma. En consecuencia, la visita se debería ceñir a ese objetivo. En nuestra opinión, este principio ya es de obligatorio cumplimiento y la sentencia que se comenta lo resalta como una garantía procesal.

- Durante esas visitas la autoridad debe abstenerse de tomar información no relacionada con la hipótesis de investigación (los hechos que se investigan); y tampoco debe tomar información personal, ni aquella protegida por el secreto profesional, incluido el de los abogados internos de las empresas. En nuestra opinión, este principio ya es de obligatorio cumplimiento y la sentencia que se comenta lo resalta como una garantía procesal.
 - No se deberían realizar tomas masivas de información de los medios electrónicos, ya que ello vulnera el principio de que las exhibiciones deben ser parciales. En el evento de que se realicen este tipo de tomas de información, se le debe permitir a los propietarios de la misma solicitar la exclusión de la información que no debe ser tomada por la autoridad, lo cual se debe realizar en una diligencia convocada para tal fin, la cual debería ser realizada por un funcionario neutral, que no tome parte en la investigación. Mientras no se realice esta diligencia la información no debería poder ser analizada por la autoridad. En nuestra opinión, este principio ya es de obligatorio cumplimiento y la sentencia que se comenta lo resalta como una garantía procesal.
 - Los requerimientos de información y testimonios que se practiquen deberían tener un objetivo definido, basado en la hipótesis de investigación y se deberían ceñir a ese objetivo.
 - Los testigos tienen el derecho a estar asistidos por un abogado y en desarrollo de su derecho de no autoincriminación, deberían poder decidir no contestar las preguntas que los puedan incriminar, sin que ello implique obstrucción de ningún tipo.
 - En cualquier momento de la averiguación preliminar, las personas vinculadas a la misma deberían poder solicitar y aportar las pruebas que estimen pertinentes para esclarecer su conducta ante la autoridad y evitar que se inicien investigaciones innecesarias. Así mismo deberían poder solicitar reuniones con los investigadores, con el fin de explicar su conducta y colaborar con la investigación.
- La autoridad debería tener un tiempo limitado, por ejemplo de un año, para desarrollar la averiguación preliminar, con poderes amplios, pero con control judicial para algunos eventos como es el caso de los interrogatorios bajo juramento y las visitas administrativas sorpresivas. Lo anterior resultaría consistente con las recomendaciones de la OCDE:

“Como ya se citó en la Sección 3.5, la SIC posee dos importantes herramientas de investigación, el poder para ordenar medidas cautelares y para realizar visitas sorpresa durante la etapa de averiguación preliminar. Estas herramientas no están sujetas a revisión judicial. La nueva ley 1340/09 no resuelve este problema.

Las visitas sorpresa y medidas cautelares deben estar sujetas a supervisión judicial. Una vez iniciada la investigación formal, la SIC carece de la capacidad de realizar allanamientos, es decir del derecho de entrar a los establecimientos sin solicitar permiso de la empresa. Los allanamientos, no obstante, son una herramienta indispensable para la lucha contra los carteles intrínsecamente nocivos.”³

- Las resoluciones de apertura de la investigación formal deberían contener una acusación clara y completa que incluya la conducta presuntamente realizada, los hechos que soportan la acusación y las pruebas que tiene la autoridad para demostrar la acusación.
- Si en el informe motivado o al adoptar la decisión inicial, la autoridad va a señalar nuevos hechos o a utilizar pruebas adicionales, los investigados deberían tener la oportunidad de contradecir esas pruebas y contra argumentar los nuevos hechos imputados. Como sucede ahora, el acusado solo puede solicitar pruebas al inicio de la investigación y cuando la autoridad señala nuevos hechos y pruebas en el Informe Motivado y aún después en la primera decisión, no hay posibilidad de contradicción ni de defensa.
- Lo anterior ha generado un inmenso desequilibrio en las investigaciones sobre prácticas restrictivas de la competencia, porque los investigados naturalmente presentan explicaciones y pruebas para defenderse de las imputaciones que les hace la autoridad en la resolución de apertura; pero en muchas ocasiones el Delegado en el informe motivado y el Superintendente después en la resolución inicial, se refieren a nuevos eventos, nuevos hechos y nuevas pruebas de los cuales los investigados no se han defendido; y cuando se reclama sobre este cambio de imputación fáctica y de sustento probatorio, la respuesta ha sido que la autoridad puede usar todo lo que se encuentre en el expediente, lo cual resulta injusto porque los investigados ya en ese momento no pueden solicitar ni aportar nuevas pruebas, con lo que su defensa es precaria.
- Estos temas procesales no han sido suficientemente analizados por el poder judicial en la revisión de las decisiones emitidas por la SIC. De acuerdo con las recomendaciones de la OCDE debería existir un programa institucional de cooperación entre la SIC y los jueces, de forma que estos temas se tomen en cuenta para proteger los derechos de los investigados al debido proceso y a la defensa.

³ OCDE. “Derecho y Política de la Competencia en Colombia. Examen inter-pares”.
<http://www.oecd.org/daf/competition/44111213.pdf>.

“La mayoría de las resoluciones de la SIC han sido ratificadas por los tribunales. A medida que la SIC entable más acciones de aplicación, sin duda verá que cada vez se apelarán más resoluciones. Además, con la nueva ley 1340/09 las autoridades se enfrentarán al reto de decidir las condiciones de aplicación del programa de clemencia. Sería recomendable para la Superintendencia iniciar un programa de cooperación institucional con la judicatura, como ya han hecho otros países, con el objetivo de que los jueces se familiarizasen con los principios del análisis de competencia.”⁴

- Esto está de acuerdo con la recomendación de la OCDE de aportar mayor transparencia y claridad a la evaluación de las conductas anticompetitivas.

“También se avanzaría si las políticas de aplicación de la legislación de la SIC fueran más transparentes; si se aumentara la identificación y el enjuiciamiento de las actividades ilegales, especialmente en lo referente a licitaciones colusorias; si se fomentara la competencia en procesos de licitación pública; si se modificara el sistema de defensa de la competencia para asegurar la valoración efectiva de la competencia, y si mejorase el conocimiento público de la competencia y del papel que tiene en el fomento de la prosperidad económica.”⁵

- Por otra parte, sin estas salvaguardias consideramos que sería inapropiado incrementar las multas como lo propone la OCDE, y restringir aún más la capacidad de defensa de las partes investigadas:

“Colombia debería proporcionar una gama más amplia de opciones para el cálculo de las multas máximas (incluyendo por ejemplo una opción atada al porcentaje de las ventas de la compañía), y permitir a la SIC escoger la opción que llegue al máximo posible.

Colombia también debe considerar (i) modificar la LEY 1340 para aclarar que los individuos pueden ser tratados como “agentes del mercado” sujetos a los límites más altos de sanciones del Artículo 25, y que las sanciones del artículo 26,

⁴ OCDE. “Derecho y Política de la Competencia en Colombia. Examen inter-pares”. <http://www.oecd.org/daf/competition/44111213.pdf>.

⁵ COLOMBIA POLÍTICAS PRIORITARIAS PARA UN DESARROLLO INCLUSIVO ENERO 2015”: <http://www.oecd.org/about/publishing/colombia-politicas-prioritarias-para-un-desarrollo-inclusivo.pdf>.

que usualmente se aplican a los representantes legales de las compañías, también pueden aplicarse a las empresas (como firmas de abogados o contadores) que ayuden o faciliten una conducta ilegal por parte de otra empresa; y (ii) derogar el Artículo 101 de la Ley 1437 de 2011 (el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), que permite suspender una sanción durante la revisión judicial de la orden de la Autoridad que impone la multa.”⁶

- Sería aún más inapropiado otorgar a las SIC una capacidad judicial para indemnizar perjuicios en los casos de prácticas restrictivas.⁷
- Estamos de acuerdo con la recomendación de la OCDE de que la SIC debe aumentar “... *transparencia y previsibilidad emitiendo opiniones claras, guías, políticas, dictámenes consultivos y otras orientaciones, y publicando esos instrumentos en su página web de tal manera que permita una investigación eficiente.*”⁸

2. Normas demandadas sobre las cuales recayó el análisis de la Sentencia C-165 de 2009

El accionante solicitó la declaración de inconstitucionalidad de las expresiones subrayadas en las siguientes normas, por considerar que aquellas vulneran lo dispuesto en los artículos 15 (derecho a la intimidad), 28 (inviolabilidad del domicilio) y 29 (debido proceso) de la Constitución.

2.1 Artículo 59 de la Ley 1480 de 2011.

La norma demandada dispone lo siguiente:

“Artículo 59. Facultades Administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio. Además de la prevista en el capítulo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá las siguientes facultades administrativas en materia de protección al consumidor, las cuales ejercerá siempre y cuando no hayan sido asignadas de manera expresa a otra autoridad:

⁶ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016)
<http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

⁷ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016)
<http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

⁸ COLOMBIA: ASSESSMENT OF COMPETITION LAW AND POLICY (2016)
<http://www.oecd.org/daf/competition/Colombia-assessment-competition-report-2016.pdf>

[...] 4. **Practicar visitas de inspección así como cualquier otra prueba consagrada en la ley**, con el fin de verificar hechos o circunstancias relacionadas con el cumplimiento de las disposiciones a las que se refiere la presente ley;” (se destaca).

2.2 Artículo 20 de la Ley 1778 de 2016.

La norma demandada dispone lo siguiente:

“Artículo 20. Actuaciones y Diligencias para la Investigación Administrativa del Soborno Transnacional. Para el ejercicio de las competencias previstas en esta ley, la Superintendencia de Sociedades podrá realizar todas las actuaciones autorizadas por la ley para el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control. En especial, podrán:

1. **Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente.**
2. Solicitar a las personas naturales y jurídicas **el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio** que se requieran para el esclarecimiento de los hechos. [...]” (se destaca).

2.3 Artículo 21 de la Ley 1778 de 2016.

La norma demandada dispone lo siguiente:

“Artículo 21. Renuencia a Suministrar Información. Las personas jurídicas, que se rehúsen a presentar a la Superintendencia de Sociedades los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, los oculten, **impidan o no autoricen el acceso a sus archivos a los funcionarios competentes**, remitan la información solicitada con errores significativos o en forma incompleta, o no comparezcan a las diligencias probatorias de la Superintendencia de Sociedades sin justificación, serán sancionadas con multa a favor de esta Superintendencia, hasta de doscientos mil (200.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos. La Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas sucesivas al renuente, en los términos del artículo 90 de la Ley 1437 de 2011.

La sanción a la que se refiere el anterior inciso se aplicará **sin perjuicio de la obligación de suministrar o permitir el acceso a la información o a los documentos requeridos, en los términos del artículo 20 de esta ley.** [...]” (se destaca).

3. Problemas jurídicos analizados por la Corte

Los problemas jurídicos fueron resumidos por la Corte en los dos cargos invocados por el accionante:

- **Primer Cargo:** Que las normas demandadas desconocen el derecho a la intimidad y al debido proceso, al no prever aquellas de manera específica: **(i)** las pruebas cuya práctica pueden ordenar las superintendencias; **(ii)** el procedimiento que resulta aplicable en su desarrollo; **(iii)** la información que puede ser solicitada por estas entidades; **(iv)** los medios de control que son procedentes; y **(v)** las reglas aplicables a las visitas administrativas de inspección.

- **Segundo Cargo:** Que las normas demandadas desconocen el derecho a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, al permitir que: **(i)** las Superintendencias practiquen cualquier prueba consagrada en la ley, sin especificar si dichas facultades comprenden incluso la posibilidad de realizar las diligencias probatorias que de acuerdo con la Constitución están sujetas a reserva judicial; y **(ii)** que el artículo 21 de la Ley 1778 de 2016 habilite a la Superintendencia de Sociedades a imponer multa a las personas jurídicas que impidan a los funcionarios acceder a sus archivos.

4. Consideraciones de la Corte

4.1 Respeto del Primer Cargo

En relación con la indeterminación de las facultades administrativas que tienen las Superintendencias, la Corte dijo:

- a. Que la Ley 1480 de 2011 no establece las reglas procesales aplicables a la facultad que tiene la SIC para el recaudo y práctica de pruebas en el marco de una visita administrativa.

En razón a lo anterior, estas facultades de la SIC se deben realizar de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del C.P.A.C.A. conforme al cual **(i)** *“durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales”* (se resalta); y **(ii)** serán *“admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil”* (hoy C.G.P.).

- b. Que las reglas en las cuales se enmarca la aducción, solicitud y práctica de pruebas de oficio o a petición del interesado, durante la actuación administrativa son: **(i)** *la no exigencia de requisitos especiales; (ii) la improcedencia de recursos contra el acto que decida la solicitud de pruebas; (iii) la preservación de la oportunidad, para que antes de que se dicte una decisión de fondo, el interesado controvierta las pruebas*

aportadas o practicadas dentro de la actuación; (iv) la subvención de las pruebas por parte de quien o quienes las soliciten; (v) la admisibilidad de todos los medios de prueba establecidos en el Código de Procedimiento Civil” (Sentencia C-610 de 2012).

- c. Que en el marco de las visitas de inspección, las facultades probatorias de la SIC se encuentran delimitadas en cuanto a su objeto y tema de la prueba. **(i) objeto:** *“únicamente pueden solicitar los documentos que tengan una relación de conexidad con el ejercicio de las funciones que le corresponden”*. Si por ejemplo, la SIC está ejerciendo sus funciones respecto a la aplicación del régimen de protección del consumidor, es claro que esta sólo puede solicitar información que guarde una relación de conexidad con el ejercicio de esa función; y **(ii) tema:** que su práctica debe hallarse encaminada a *“verificar los hechos o circunstancias investigados que estén relacionados con el cumplimiento de las disposiciones respecto de las cuales ejerce su función”* (V.gr. Normas sobre protección al consumidor). Lo anterior quiere decir que la SIC debería informar cuales son las normas que podrían haber sido violadas y los hechos por medio de los cuales podría ello haber sucedido. Las pruebas que se practiquen deben estar orientadas a demostrar esos hechos.
- d. Así mismo, indicó que las pruebas recaudadas en el marco de las visitas administrativas se encuentran delimitadas por lo dispuesto en el artículo 168 del C.G.P. En razón a lo anterior, deben ser rechazadas las pruebas *“ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”*. Las pruebas impertinentes son aquellas que no guardan relación con el litigio.
- e. Por su parte, la Corte dijo que *“no existe un deber constitucional ni legal en cabeza de las superintendencias de informar, previamente, la realización de las vistas de inspección”*.

Lo anterior, soportado en el hecho de que: **(i)** las visitas administrativas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior; **(ii)** la práctica de visitas de inspección sin previo aviso no vulnera el debido proceso administrativo; y **(iii)** la práctica de visitas de inspección sin previo aviso persigue una finalidad legítima consistente en fortalecer las facultades administrativas de las superintendencias.

4.2 Respetto del Segundo Cargo

En relación con la posibilidad de que las Superintendencias lleven a cabo diligencias que de acuerdo con la Constitución están sujetas a reserva judicial, la Corte señaló:

- a. Que las Superintendencias no están facultadas para llevar a cabo *“interceptaciones o registros ni otras actividades probatorias que, según la Constitución, se encuentran sometidas a reserva judicial”*. Por ello, las Superintendencias, *“durante las visitas*

administrativas de inspección únicamente están facultadas para practicar los medios de prueba dispuestos en el CPACA y en el CGP”.

- b. En esta medida, dijo que *“ni el registro o interceptación de la correspondencia o comunicaciones privadas, ni el allanamiento del domicilio, se prevén específicamente como medios de prueba en el CGP al que remite el artículo 40 del CPACA”.*

No obstante, al referirse la Corte a: **(i)** la naturaleza jurídica de las visitas de inspección; y **(ii)** la calificación jurídica que se le debe otorgar a la posibilidad que tienen los funcionarios de las Superintendencias de ingresar a los establecimientos; solicitar documentos; y copiar la información contenida en los computadores, *tablets* y correos electrónicos, señaló:

La “revisión, búsqueda y retención de documentos que las superintendencias realizan durante las visitas de inspección no vulneran el derecho a la intimidad y no constituyen un registro o interceptación de comunicaciones privadas” (se destaca).

Por consiguiente, el derecho a la intimidad de las personas sometidas a la inspección, vigilancia y control de las superintendencias no se ve vulnerado cuando estas solicitan documentos privados, informes, libros y papeles del comerciante que guarden conexidad con el ejercicio de las funciones que por ley les corresponden.

- c. De esta forma, en el marco de las visitas de inspección, las superintendencias están facultadas para, entre otras para: **(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.
- d. Según la Corte, los documentos que reposan en computadores y correos institucionales de las empresas investigadas y mensajes de datos enviados a través de dichos correos son información empresarial, es decir, *“documentos privados”* y *“papeles del comerciante”* a los que las superintendencias pueden acceder en virtud del inciso 4º del artículo 15 de la Constitución.

Así las cosas, 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.

- e. La Corte considera que el 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.
- f. De esta forma, la Corte señala que *“la garantía de inviolabilidad del domicilio únicamente opera de manera inmediata, automática y plena respecto del domicilio personal (domicilio en sentido estricto), y no respecto del domicilio corporativo”*.

En esta medida, el ingreso de las autoridades públicas al domicilio corporativo de las empresas que tenga por objeto recaudar evidencias necesarias para el debido cumplimiento de sus funciones, no constituye una injerencia en un ámbito protegido del derecho a la intimidad de las personas jurídicas y por lo tanto no puede ser catalogado como un registro de domicilio sujeto a reserva judicial.

- g. Finalmente, señala que el investigado puede negarse a su realización y, en ese caso, serán aplicables las consecuencias jurídicas que prevé el ordenamiento, con lo cual parece indicar que el ejercicio del derecho de no autoincriminación, expresado en la negativa a permitir el desarrollo de la visita administrativa, puede ser sancionado por la SIC como una conducta de obstrucción, conclusión que no resulta muy lógica, porque el ejercicio del derecho a no recibir la visita, no debería acarrear la imposición de una sanción.

5. Decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-165 de 2019

Declarar EXEQUIBLES las normas demandadas, en el entendido de que las competencias asignadas a las Superintendencias: **(i)** deben ejercerse a la luz de lo dispuesto en el C.P.A.C.A y el C.G.P., y **(ii)** no comprenden la realización de interceptaciones o registros ni otras actividades probatorias que, según la Constitución, se encuentran sometidas a reserva judicial de conformidad con la Constitución.

6. Análisis y conclusiones del CEDEC

Una vez visto el contenido de la Sentencia C-165 de 2019, el CEDEC presenta para discusión de la comunidad académica y de la práctica jurídica, el siguiente análisis y algunas conclusiones generales y particulares:

- 6.1** Como lo anunciamos al inicio, la Sentencia C-165 de 2019 significa un paso importante hacia delante en la protección del derecho de defensa y el debido proceso (*“procedural fairness”*) en las investigaciones sobre prácticas restrictivas de la competencia.
- 6.2** Está claro que la sentencia no resuelve todos los problemas que se plantean en esta materia y no podría haberlo hecho sin desviarse de las pretensiones de la demanda. El verdadero legado de la sentencia es el de abrir una discusión y un camino para que la protección de muchas de las situaciones aquí planteadas, que aún no se encuentran decantadas y resueltas, sea solicitada caso por caso, a través de la vía de la tutela y también, porqué no, a través del cuestionamiento sobre la constitucionalidad de otras normas jurídicas que reglamentan las facultades de la SIC.
- 6.3** En nuestra opinión, las “consideraciones” de la Corte Constitucional en la Sentencia C-165 de 2019, son aplicables a toda visita administrativa que adelante la SIC, con independencia de cuál sea el objeto de la misma (V.gr. Protección al Consumidor o Régimen de Protección a la Libre Competencia).
- 6.4** Según la Corte, en las visitas administrativas las facultades probatorias de la SIC deben estar delimitadas por su **“objeto”** y **“tema”**, esto es -respectivamente-, que las pruebas recolectadas tengan conexidad con las funciones adelantadas por la SIC y que las pruebas estén encaminadas a verificar los hechos o circunstancias que estén siendo investigados.
- 6.5** Teniendo en cuenta lo anterior, por *“el hecho de que los investigados no puedan recurrir la decisión de realizar una visita de inspección no significa que las reglas referentes al decreto, práctica, contradicción y admisibilidad de las pruebas no sean aplicables”*.
- 6.6** No obstante, el derecho de defensa y contradicción de los investigados se podría igualmente ver limitado si la SIC -tal y como lo viene haciendo- en el marco de una visita administrativa no indica cuál es la hipótesis de investigación que trae; es decir, cual es el “objeto” y “tema” por el cual se adelanta la misma, a efectos de que los investigados puedan ejercer sus derechos constitucionales, más aun teniendo en cuenta, tal y como así lo dijo la Corte, que a las pruebas recopiladas en el marco de una visita de inspección les son aplicables las reglas sobre licitud, pertinencia, conducencia y utilidad que debe tener toda prueba (artículo 168 del C.G.P.).
- 6.7** En consecuencia, si bien se observa un avance al delimitar las facultades probatorias de la SIC al *“objeto”* y *“tema”*, quedó un vacío al no haberse expresamente dicho que la SIC, al momento de adelantar una visita de inspección, deba enunciarle a los investigados cual es el *“objeto”* y el *“tema”* de la misma.

- 6.8** En lo que respecta a la “*naturaleza jurídica*” de las visitas de inspección llevadas a cabo por la SIC, por parte de la Corte se dijo que las mismas “*no constituyen un registro o interceptación de comunicaciones privados*”, así como tampoco el “*allanamiento del domicilio*” de los investigados.
- 6.9** En razón a lo anterior, la Corte Constitucional expresamente señaló que las Superintendencias -en el marco de una visita administrativa- están facultadas, entre otras para: **(i)** ingresar a las instalaciones; **(ii)** recaudar toda la información que sea “*conducente*”; **(iii)** solicitar datos, informes, libros y papeles de comercio; y **(iv)** tomas declaraciones. Facultades todas estas que según la Corte Constitucional tienen las Superintendencias en virtud de lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 15 de la Constitución.
- 6.10** Así mismo, señaló que los documentos que reposan en computadores y correos institucionales de las empresas investigadas y mensajes de datos enviados a través de dichos correos son información empresarial, es decir, “*documentos privados*” y “*papeles del comerciante*”, documentos a los cuales la SIC podría tener acceso.
- 6.11** Tal y como se observa, por parte de la Corte únicamente se hizo alusión a las “*computadoras y correos institucionales de las empresas*”, por lo que se podría pensar que la anterior regla no le es aplicable a los celulares personales de los investigados. Sin embargo, al no haberse pronunciado la Corte sobre el particular, quedó allí una “zona gris” la cual podría ser analizada caso por caso, dependiendo de la relación y conexidad que pueda llegar a tener dicha información con el objeto y tema de investigación.
- 6.12** En resumen, la Corte concluyó: “*34. Por las razones expuestas, la Corte concluye que las facultades administrativas, y en particular, las competencias probatorias de la SIC otorgadas por el art. 59(4) de la Ley 1480 de 2001 se deben ejercer a la luz de lo dispuesto en el CPACA y en el CGP, con el ánimo de evitar cualquier margen de indeterminación sobre la función y ejercicio de la misma por parte de la mencionada Superintendencia. Asimismo, evidencia la Corte que las facultades probatorias de la SIC se encuentran delimitadas en cuanto al objeto y tema de la prueba, en la medida en que, la SIC sólo podrá solicitar información que guarde una relación de conexidad con el ejercicio de su funciones...*”.
- 6.13** Como puede observar, la Corte considera que las facultades de la SIC para practicar pruebas se encuentran limitadas, de un lado por las normas del C.G.P. y del CPACA y de otro, por el artículo 15 de la Constitución. De acuerdo con el artículo 239 del C.G.P. cuando la inspección deba versar sobre documentos, deben aplicarse las disposiciones sobre exhibición.

6.14 Según el artículo 268 del C.G.P. en concordancia con el artículo 65 del Código de Comercio y el artículo 133 del Decreto 2649 de 1993, la exhibición de los libros y papeles de los comerciantes solamente se hace de manera parcial. Así, las mencionadas disposiciones establecen lo siguiente:

- **C.G.P.:**

“Artículo 268. Exhibición de libros y papeles de los comerciantes. Podrá ordenarse, de oficio o a solicitud de parte, la exhibición parcial de los libros y papeles del comerciante. La diligencia se practicará ante el juez del lugar en que los libros se lleven y se limitará a los asientos y papeles que tengan relación necesaria con el objeto del proceso y la comprobación de que aquellos cumplen con las prescripciones legales.”

“...”

- **Código de Comercio:**

“Artículo 65. Exhibición parcial de libros. En situaciones distintas de las contempladas en los artículos anteriores, solamente podrán ser examinados los libros y papeles de comercio, mediante exhibición ordenada por los tribunales o jueces, a petición de parte legítima, pero la exhibición y examen se limitarán a los libros y papeles que se relacionen con la controversia.

“...”

- **Decreto 2649 de 1993:**

“Art. 133. Exhibición de libros. Salvo lo dispuesto en otras normas, el examen de los libros se debe practicar en las oficinas o establecimientos del domicilio principal del ente económico, en presencia de su propietario o de la persona que este hubiere designado expresamente para el efecto.

“...”

En la solicitud de exhibición parcial debe indicarse:

1. Lo que se pretende probar.

“....”

6.15 Al respecto manifestamos que tomar los computadores en bloque, no constituye una “exhibición parcial”, ya que no se está delimitando el objeto y el tema de la prueba a unos hechos concretos; y que la SIC no ha indicado durante la diligencia lo que pretende probar.

- 6.16** De otra parte, los artículos 237 y 266 del C.G.P., claramente señalan que quien solicite la exhibición de documentos deberá indicar los hechos que pretende demostrar, afirmar que los documentos se encuentran en poder de la persona llamada a exhibirlos, indicar la clase del documento y la relación que el mismo tenga con los hechos que pretende demostrar.
- 6.17** Así mismo, el artículo 267 del C.G.P., consagra el derecho de la persona a quien se le ordena una exhibición, de oponerse a la misma por razones justificadas, como serían, por ejemplo, que los documentos no tienen relación con los hechos investigados, que están sometidos a reserva profesional, que están protegidos por el derecho a la intimidad.
- 6.18** Para poder ejercer ese derecho, es necesario revisar cada uno de los documentos que se pretende que sean exhibidos.
- 6.19** En razón a todo lo dicho hasta aquí, consideramos que es posible que la práctica consistente en llevarse de las instalaciones de los investigados copia de los documentos, computadores, celulares, etc., se siga llevando a cabo por SIC, pero no debería hacerlo en bloque, ya que los investigados tienen derecho a exigirle a la SIC que les indique cual es el “objeto” y “tema” de la visita, a efectos de que estos puedan abstenerse de entregarles información, por considerar que la misma no tiene *“una relación de conexidad con el ejercicio de las funciones administrativas”* y, en particular, *“con el objeto de la investigación”*.

Naturalmente que sigue existiendo el riesgo que en cada caso se debe evaluar de que tal y como lo dijo la Corte, se les puedan aplicar *“las consecuencias jurídicas que prevé el ordenamiento”*, que podría ser la aplicación de sanciones por obstrucción, es decir, hasta por 100.000 SMMLV.

- 6.20** Consideramos que la actitud de toda empresa que sea objeto de una visita administrativa de la SIC, debe ser la de cooperar con la visita, dentro de los límites de la constitución y la ley, en los términos señalados por la Corte Constitucional, ya que la autoridad está investida de unas facultades legales para ello y la empresa no debe exponerse a incurrir en una obstrucción que le puede acarrear investigaciones, daños reputacionales adicionales y multas.
- 6.21** Por su parte, la actitud de la SIC debe ser la de cumplir su función de inspección, utilizando para ello las muy amplias e importantes facultades que le ha otorgado la ley, pero debe hacerlo sin estridencias y respetando siempre los derechos constitucionales de las personas y empresas que investiga. Solamente así, se logrará que avance el Derecho de la Competencia por buen camino.