



El Debido Proceso y la Reforma del Régimen de Derecho de Competencia en Colombia

By Andrés Palacios Lleras¹



Copyright © 2019

Competition Policy International, Inc. For more information visit CompetitionPolicyInternational.com

Mayo 2019

I. Las decisiones judiciales generan buenos chismes

El 10 de abril de 2019 la Corte Constitucional de Colombia anunció su decisión respecto al debido proceso en torno a las investigaciones administrativas llevadas a cabo por las instituciones encargadas de investigar infracciones a las leyes de protección al consumidor y fraude transnacional. El comunicado de prensa de dicha decisión declaró que las instituciones a cargo de llevar a cabo dichas investigaciones deberán buscar la autorización de un juez antes de realizar visitas por sorpresa y confiscar equipo e información que se encuentre, de acuerdo a la ley, sujeta a reserva legal.² El contenido íntegro de dicha decisión no ha sido aún publicado, pero la decisión en sí ha causado un grado considerable de especulación en toda la comunidad de derecho de competencia en Colombia.

Tanto académicos como practicantes colombianos se han quejado por años por la manera en que la autoridad de competencia — la *Superintendencia de Industria y Comercio* o “SIC” — exige el acceso a las oficinas corporativas de las partes investigadas y se apodera de información almacenada en equipos electrónicos. De acuerdo a la interpretación prevalente de las facultades del SIC, según lo establecido en la ley, esta institución puede llevar a cabo visitas administrativas sin requerir permiso judicial, así como hacerse de información almacenada en el equipo de las partes sin necesidad de una orden judicial. Técnicamente, la institución no tiene permitido confiscar la información sin el consentimiento de los dueños del equipo en el que se encuentra almacenada (a diferencia de los fiscales en casos penales, quienes sí pueden hacerlo). Sin embargo, la SIC puede imponer sendas multas sobre aquellos individuos que se rehúsen a colaborar por voluntad propia, forzando así su consentimiento. El debate actualmente gira precisamente en torno a la falta de supervisión judicial en el ejercicio de estas funciones.

Puesto que lo único disponible de la decisión de la Corte Constitucional es un comunicado de prensa, los practicantes, antiguos directivos de la SIC e incluso el mismo director de la SIC discuten las sutilezas de la decisión. Los practicantes y académicos (incluyendo al autor) han celebrado esta decisión, puesto que entendemos que la misma pondrá límites sobre la forma en que la SIC lleva a cabo sus funciones.³ Esta posición marca un claro contraste con aquella tomada por el actual director de la SIC y su antecesor, para quienes esta decisión podría limitar injustificadamente la capacidad de la institución para llevar a cabo sus investigaciones.⁴

II. Arañando la superficie: El Justo Proceso en el Derecho de Competencia Colombiano

Las discusiones en torno al justo proceso dentro el régimen de derecho de competencia en Colombia, provocadas por la decisión anunciada de la Corte Constitucional son tan solo la punta del iceberg. Existen otros temas importantes relacionados al diseño, desempeño y legitimidad del régimen de competencia que deben ser abordados. A continuación consideramos únicamente aquellos relacionados con el debido proceso.

Para empezar, el régimen de derecho de competencia en Colombia se desarrolla en torno a las actividades públicas de aplicación de la ley llevadas a cabo por la SIC, contando con muy poca actividad privada. Cuando el Congreso promulgó la Ley 155 de 1959, la cual continúa vigente en su mayoría, la aplicación por entes públicos y privados se encontraba en igualdad de condiciones. Sin

¹ Socio en Estudios Palacios Lleras S.A.S.

² El comunicado de prensa puede verse aquí:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2011%20comunicado%2010%20de%20abril%20de%202019.pdf>. (Consulta el 24 de abril, 2019).

³ Ver por ejemplo Gabriel Ibarra “El exsuperintendente Robledo y la Corte Constitucional” Diario La Republica – Asuntos legales, 22 de abril, 2019. Disponible en <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/el-exsuperintendente-robledo-y-la-corte-constitucional-2853597>. (Consultado el 24 de abril, 2019).

⁴ En cuanto al actual director de la SIC, ver Andrés Barreto “Herejías jurisprudenciales.” Diario Portafolio, 23 de abril, 2019. Disponible en <https://www.portafolio.co/opinion/otros-columnistas-1/herejias-jurisprudenciales-columnista-528850>. (consultado el 24 de abril, 2019). En cuanto a la posición del antiguo director de la SIC, ver Pablo Felipe Robledo, “Superintendencias no pueden dar aviso de sus inspecciones: Pablo Felipe Robledo.” El Espectador, 12 de abril, 2019. Disponible en <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/superintendencias-no-pueden-dar-aviso-de-sus-inspecciones-pablo-felipe-robledo-articulo-850230>. (Consultado el 24 de abril, 2019).

embargo, no hay evidencia de actividades privadas de aplicación de la ley en las cinco décadas siguientes a la ley. Enmiendas posteriores a la Ley 155 de 1959 generaron dudas en cuanto sobre la posibilidad misma de ejercer la aplicación privada de la ley; tan solo con la adopción de la ley sobre acciones populares y otras figuras similares en 1998 que estos esfuerzos privados tuvieron lugar nuevamente. A mi saber, no hay registros que muestren que estos esfuerzos hayan llevado a pagos por daños para los demandantes.

La SIC ha hecho muy poco a lo largo del tiempo para mejorar la aplicación de la ley por parte de actores privados, ni para fortalecer la posición de los consumidores dentro del régimen de competencia. A pesar que la protección del bienestar de los consumidores es una de las metas explícitas de las actividades de aplicación de la ley por parte de entes públicos (como establece el Artículo 2 del Decreto 2153 de 1992), los consumidores no tienen el estatus de una “clase protegida”. Los consumidores no tienen la legitimación para participar como partes en las investigaciones administrativas llevadas a cabo por la SIC, no tienen derecho a reclamar porción alguna de las multas impuestas por la institución y las multas en sí no están pensadas para reparar los daños causados por las partes investigadas.

En consecuencia, las consideraciones sobre el debido proceso recaen en su mayoría sobre las investigaciones administrativas llevadas a cabo por la SIC y, específicamente, sobre las facultades particulares que esta entidad tiene para la recolección de evidencias para llevarlas a cabo. En Colombia existen varias instituciones administrativas que, por ley, cuentan con el poder para solicitar documentos de individuos y corporaciones, lo cual hacen con bastante regularidad para cumplir con su mandato legal. Las instituciones como la SIC también pueden llevar a cabo visitas administrativas para corroborar por sí mismas qué tan bien han cumplido con la ley los individuos y corporaciones. Sin embargo, no queda claro que al momento de otorgar estas facultades a la SIC mediante el Decreto 149 de 1976 se pensara que éstas serían ejercidas de la manera en que lo hace la institución actualmente — para llevar a cabo visitas sorpresa y confiscar información (o enfrentar una multa considerable). Más aún, no queda claro que las reiteraciones posteriores de estas facultades establecidas en decretos más recientes — el último de ellos en 2011 — deban ser interpretadas como exentas de las garantías establecidas en la Constitución Colombiana de 1991.

La razón fundamental por la cual el tema es tan problemático tiene que ver con el proceso administrativo que sigue la SIC al llevar a cabo sus investigaciones. EL Artículo 52 del Decreto 2153 establece el procedimiento que debe seguir la SIC al llevar a cabo una investigación por una posible infracción al derecho de competencia. Las facultades mencionadas anteriormente se ejercen en su mayoría durante las etapas iniciales de una investigación, pero no se encuentran limitadas a estas etapas, al no existir un texto o estatuto que lo establezca definitivamente. En la práctica, la SIC basa sus decisiones en la información que revela a las partes investigadas durante las etapas de investigación formal, la cual generalmente han tenido la oportunidad de contradecir.

El proceso administrativo establecido en el Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 es vulnerable ante los sesgos de confirmación que emergen de su propio diseño. El primer sesgo resulta del hecho que los funcionarios de la SIC inician investigaciones y, más adelante, deciden con base a sus hallazgos si las conductas que han observado representan infracciones a la ley. Además, las decisiones de la SIC no pueden ser apeladas, por lo que no existe ninguna institución oficial o administrativa que pueda llevar a cabo una revisión independiente y sustantiva de los aspectos procesales de las decisiones de la SIC. Las partes investigadas pueden cuestionar las decisiones de la SIC ante los tribunales administrativos; sin embargo, el proceso ante las cortes puede llevar alrededor de una década, lo cual hace muy poco efectivo el papel de supervisión judicial sobre las decisiones de la SIC.

III. Conclusión: Hora de cambiar

Los cambios importantes al régimen de derecho de competencia en Colombia ya se han hecho esperar por mucho tiempo. Además de las cuestiones en torno al justo proceso que hemos mencionado, también es hora ya de considerar la enmienda de otros aspectos, como mejorar el papel de los consumidores. Sin embargo, las cuestiones procesales son tan buenas como cualquiera otra cuestión para empezar a pensar cómo se podrían llevar a cabo estas reformas.

Existen varias premisas que podrían guiar el diseño de las facultades de las autoridades del derecho de competencia y, en general, de las investigaciones llevadas a cabo por dichas instituciones desde la perspectiva del debido proceso. Una de estas premisas se modela a partir del ‘Velo de la Ignorancia’ de John Rawls; considera que cualquier individuo o corporación debería estar dispuesta

a aceptar las decisiones alcanzadas por el regulador de competencia, siempre y cuando dicha institución siga de forma rigurosa los procedimientos establecidos en la ley. Esta aceptación depende, en un punto crucial, de que las facultades ejercidas por el regulador de competencia sean vistas como legítimas y adecuadas por cualquier individuo antes de que sean investigados. Una forma de hacer realidad esta premisa es estableciendo una serie de derechos para las partes investigadas por la ley, otorgándoles derechos de protección similares a los que se encuentran en otras jurisdicciones (incluyendo jurisdicciones de protección de derechos humanos, establecidos por tratados internacionales). Dada la importancia que tiene el derecho al debido proceso en la Constitución Colombiana de 1991, una premisa similar podría transformarse en mandatos legales que obedezcan la jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia.

Quizá la decisión tomada por la Corte Constitucional que detonó el debate en torno a las facultades de la SIC también contribuya a un cambio aún mayor para el régimen de derecho de competencia en Colombia. Las enmiendas a este régimen ya se han hecho esperar y deberían expresar nuestro entendimiento acerca de la interacción entre el derecho a un debido proceso, el papel de las instituciones que vigilan la libre competencia, y los objetivos del derecho de la competencia. Las cuestiones de debido proceso deberían llevarnos a una discusión más amplia respecto al diseño de la SIC misma. Particularmente, permite iniciar la discusión en cuanto a qué tan deseable es el que los investigadores y quienes toman las decisiones (dentro de la SIC) sean independientes los unos de los otros, o si dicho proceso debería incluir la posibilidad de ser apelable. Existe también bastante que aprender de las experiencias de otras jurisdicciones respecto a todas estas cuestiones. Éste autor ciertamente así lo espera, mirando con expectativa la evolución de esta discusión.