



Debido proceso y la reforma al régimen del competencia colombiano (II)

By Andrés Palacios Lleras¹

Julio 2019



CPI COMPETITION POLICY
INTERNATIONAL

Copyright © 2019

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

I. ¿Ser chismosos está mal!

En una columna anterior publicada aquí en CPI, discutí un comunicado de prensa emitido por la Corte Constitucional de Colombia con respecto a la constitucionalidad de unas disposiciones legales que versan sobre las visitas sorpresa y práctica de pruebas que pueden llevar a cabo ciertas entidades administrativas. Durante el comunicado de prensa, que tuvo lugar el 10 de abril de 2019, el Presidente de la Corte declaró que las entidades administrativas encargadas de realizar dichas visitas y reunir pruebas tenían que seguir estrictamente los procedimientos establecidos en la ley. Este anuncio fue bien recibido por la comunidad local de derecho de la competencia, a pesar del hecho de que las disposiciones que se impugnaron no se referían explícitamente a investigaciones en esta materia. Este autor esperaba que la decisión de la Corte limitaría considerablemente el alcance de las disposiciones impugnadas y, por lo tanto, la forma en que la autoridad de competencia - la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) ejercía sus funciones; sin embargo, como suele suceder con las especulaciones sobre decisiones judiciales, nos equivocamos.

II. La sentencia C-165 de 2019.

La decisión de la Corte Constitucional, publicada oficialmente el 6 de junio de 2019 en la sentencia C-165 de 2019, afirma la constitucionalidad de varias disposiciones legales que versan sobre las visitas sorpresa y la recolección de pruebas en temas de protección del consumidor y el fraude transnacional.¹ En general, las disposiciones impugnadas establecen que i) que las entidades administrativas podían recopilar cualquier prueba sin delimitar la forma en que esto podría ocurrir, ii) que las visitas sorpresa podrían tener lugar sin notificar a la parte investigada y sin supervisión judicial *ex ante*, iii) que las pruebas recopiladas podrían incluir documentos sujetos a reserva, y iv) que resistir una investigación y la recopilación de prueba es una conducta que amerita una multa.

La Corte Constitucional afirmó la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas argumentando que éstas deben interpretarse a la luz de las reglas generales de procedimiento y pruebas establecidas en los códigos respectivos. Según esta interpretación, (i) las entidades administrativas están obligadas a seguir lo establecido en el Código de General del Proceso sobre el tipo de pruebas que puede recopilar y el proceso para hacerlo. También declaró que la impugnación de las pruebas recopiladas por la parte investigada, de manera *ex post*, formaba parte de las normas generales de procedimiento aplicables a las investigaciones realizadas por las entidades referidas. En cuanto a las visitas sorpresa (ii), la Corte declaró que la ley no requería que estos estuvieran sujetos a ninguna supervisión judicial y, a su vez, que esto se debía a la regulación legal de estos procedimientos. Además, la Corte distinguió entre el domicilio de una persona, que se considera inalcanzable, y el domicilio de una corporación, que puede ser objeto de visitas sorpresa, dada la naturaleza de los actos comerciales que tienen lugar en ella. Con respecto a los documentos considerados bajo reserva (iii), la Corte consideró que tanto la Constitución Política de 1991 como la ley permitían que las entidades administrativas como la SIC recolectaran documentos que de otra manera estarían bajo reserva, siempre y cuando se relacionara con las funciones de las entidades y los documentos en sí mismo están directamente relacionados con el objeto puntual de la investigación. Esta distinción permitió a la Corte trazar la línea entre la información que es personal frente a aquella que es parte de los asuntos comerciales regulares de individuos y corporaciones; solo estos últimos son admisibles para el tipo de investigaciones realizadas por

¹ La decisión puede consultarse aquí: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-165-19.htm>.

entidades como la SIC. Finalmente, la Corte también declaró que era constitucional multar a una persona natural o jurídica que se oponía a una visita o la recolección de pruebas; sin embargo, también estableció que era legal resistirse a ello cuando dicha recopilación se realiza sin adherirse estrictamente a la ley.

Por lo tanto, la decisión de la Corte básicamente confirmó cambios las normas que fueron demandadas. Sin embargo, la Corte hizo énfasis en que la recopilación de pruebas llevada a cabo por entidades administrativas como SIC, como las visitas no anunciadas, debe tener objetivos claros y precisos relacionados directamente con sus funciones y no debe convertirse en "expediciones de pesca" donde las autoridades simplemente recolectan cualquier cosa que llame su atención. Del mismo modo, la información que puede hacer parte del acervo probatorio debe estar relacionada con las actividades comerciales investigadas y no debe incluir aspectos distintos o que involucren asuntos personales. Esto evitaría que las entidades administrativas recopilen conversaciones personales almacenadas en el mismo equipo electrónico que contiene información profesional o comercial, o que copien toda la información almacenada en dicho equipo.

III. El debate que vino después - o cómo una decisión constitucional no logra resolver una discusión jurídica

Como se esperaba, la decisión C-165 de 2019 fue vista como una victoria legal por ex funcionarios de la SIC, quienes consideran la decisión como una declaración de apoyo a las actividades que realizaron cuando estaban en la entidad. Sin embargo, la victoria está lejos de ser completa. Los abogados que esperaban un resultado diferente celebran que la Corte destacó la importancia de afirmar que todas las entidades administrativas que realizan visitas sorpresa y recolectan pruebas sin supervisión judicial no gozan de total autonomía para realizar estas funciones. Debido a que cada lado puede reclamar una victoria, la discusión entre los diferentes grupos no ha disminuido; por el contrario, los miembros de ambos grupos han recurrido a los medios de comunicación para celebrar su propia interpretación de la decisión. La discusión ha ganado tanta fuerza que el Presidente de la Corte Constitucional emitió un comunicado de prensa en la que le pedía a los participantes que dejaran de difundir apreciaciones inexactas sobre el comunicado de prensa original y la sentencia como se publicó.²

En opinión de este autor, la decisión de la Corte no aborda adecuadamente las cuestiones constitucionales fundamentales planteadas por los demandantes. En particular, la Corte no considera ni resuelve las tensiones que resultan de la protección de ciertos derechos constitucionales frente a la efectividad del Estado y sus entidades administrativas. Una tensión particular es muy clara: las entidades administrativas que actúan sin supervisión judicial *ex ante* (en relación con las visitas sorpresa y la recopilación de pruebas, por ejemplo) pueden violar fácilmente los derechos individuales, algunos de los cuales son fundamentales de acuerdo con la Constitución. Desde esta perspectiva, la ventaja de la supervisión *ex ante* sobre *ex post* judicial es que está destinada a filtrar ilegalmente antes de que tengan lugar; este último solo puede reparar los daños que ya se han cometido, y aun así puede ser inadecuado para tales fines. Es muy dudoso que el control judicial *ex post* sea un mecanismo efectivo para la protección de los derechos constitucionales en riesgo de ser afectados.

La tensión arriba mencionada se hace evidente al considerar que, en otros campos del derecho

² Corte Constitucional, Comunicado de 12 de Junio de 2019. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Comunicado-oficial-8740>.

colombiano, el control judicial *ex ante* de las pruebas que se solicitan y se practican es la regla. Un ejemplo es el de las inspecciones judiciales de equipos o documentos que se realizan de manera extraprocésal (arts. 183 y 189 del Código General del Proceso). El uso de esta figura se ha vuelto muy común. Dichas pruebas se deben solicitar ante un juez, quien a su vez determinará si la solicitud es procedente y, en particular, si los hechos que se buscan probar están debidamente identificados, para así evitar abusos. En algunos casos, dichas inspecciones pueden hacerse sin notificar a la parte afectada (y por ende sin su consentimiento), pero nunca prescindiendo de una autorización del juez. En cambio, tratándose de las visitas administrativas de la SIC, dicha entidad ni tiene que solicitar autorización judicial, ni tiene que acotar los hechos que busca probar; de hecho, ella misma tiene la potestad para decidir cuando y de qué manera proceden sus visitas y las pruebas que recoge en ellas. Frente a estas diferencias cruciales, la Corte no consideró por qué, según la Constitución Política, entidades estatales como la SIC deberían estar sujetas a menos controles que las partes en un pleito – aun tratándose de procesos que buscan la protección de derechos colectivos.

Además, los argumentos de la Corte en la decisión C-165 de 2019 no se refieren a la cuestión de los límites que la Constitución impone a las entidades administrativas en el ejercicio de sus funciones. Al argumentar que las disposiciones impugnadas se pueden mantener si se interpretan de manera benigna y bajo la luz de otras leyes vigentes, la Corte simplemente se aparta de considerar las cuestiones constitucionales sustantivas planteadas por los demandantes. Además, ¿cómo proceder si la ley que pretende armonizar las normas demandadas fuera concebida para escenarios muy distintos a los del derecho administrativo? ¿Y qué pasa si la ley que pretende armonizar las normas demandadas también puede ser, a su vez, inconstitucional? El error de la Corte, a los ojos de este autor, se deriva en asumir que las leyes referidas pueden determinar su propia constitucionalidad y la de otras normas que se interpretan de manera armónica con ésta. En cambio, la Corte debería evaluar las normas demandadas desde una perspectiva constitucional, y teniendo en cuenta sus propósitos, que son constitucionales, y sus efectos sobre los derechos individuales, que lo son mucho menos. El resultado de dicho ejercicio de proporcionalidad puede (también) ser una decisión que respalde las normas demandadas, pero que, al hacerlo, puede al menos establecer condiciones para el ejercicio de las prerrogativas con las que cuentan entidades como la SIC. Por ejemplo, la Corte pudo haber determinado que las visitas sorpresa, que solo están sujetas a una revisión judicial *ex post*, deben ser un último recurso, para ser utilizado solo cuando sea demostrable que no hay otras formas de recopilar pruebas que sean menos intrusivas (incluso, por ejemplo, solicitudes de beneficios por colaboración). La posición de la Corte debería resultar de una ponderación entre derechos constitucionales, por un lado, y facultades misionales de la administración, por el otro; si bien las visitas administrativas “sorpresa” son actuaciones legítimas, ¿qué requisitos deben cumplir para no afectar los derechos constitucionales de las partes investigadas? Al no abordar estas cuestiones directamente, la Corte perdió una oportunidad para establecer reglas muy necesarias que determinen cómo las entidades administrativas realizan visitas sorpresa y practican pruebas ante la ausencia de un control judicial *ex ante*.

Como se sugirió en una columna anterior, esta discusión planteada por los límites adecuados de las entidades administrativas que deben cumplir las disposiciones legales relacionadas con las normas de competencia alude a la importancia de reformar este régimen de manera profunda. El tema de la legitimidad es de suma importancia: es muy difícil confiar en las entidades que llevan a cabo procedimientos que son difícilmente justificables, especialmente cuando se ratifica su legalidad a través de un razonamiento constitucional poco juicioso. Este autor espera que nuevas oportunidades de cambio lleguen en un futuro próximo.