

Paula Miranda Fernández

Trabajo de Grado

Director: Juan David Gutiérrez Rodríguez

**El secreto profesional en el ámbito de las investigaciones administrativas por
prácticas restrictivas de la competencia**

Índice

1. Introducción	4
2. Los retos probatorios en casos de Libre Competencia y las visitas administrativas	7
3. Las visitas administrativas	11
3.1. Definición, función y alcance de las visitas administrativas.....	11
3.2. Marco jurídico de las visitas administrativas en Colombia	13
4. Revisión de literatura sobre las visitas administrativas y el secreto profesional.....	15
4.1. Doctrina nacional.....	15
4.1.1. ¿Vacíos de regulación o reglamentación en la práctica de visitas administrativas?.	16
4.1.2. Excepciones al secreto profesional.....	18
4.1.3. Alcance del secreto profesional en las visitas administrativas	19
4.1.4. La Sentencia C-165 de 2019.....	24
4.1.5. ¿Se necesita control judicial?.....	27
4.1.6. Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio	29
4.1.7. Conclusión.....	29
4.2. Doctrina Internacional.....	29
4.2.1. La importancia del secreto profesional.....	30
4.2.2. Sobre los abogados internos o <i>in house</i>	31
4.2.3. Control judicial de las visitas administrativas	33
4.2.4. Protecciones adicionales para la empresa visitada	38
4.2.5. Conclusión.....	39
5. El secreto profesional.....	40
5.1. Definición y elementos del secreto profesional	40
6. El secreto profesional en las visitas administrativas realizadas por la SIC.....	44
6.1. El elemento sorpresa de la visita.....	45
6.2. La depuración de la información	47
6.3. El secreto profesional de los abogados <i>in house</i>	53
6.3.1. Argumentos en contra de la protección del secreto profesional de los abogados <i>in house</i> en una visita administrativa.....	54
6.3.2. Argumentos a favor de la protección del secreto profesional de los abogados <i>in house</i> en una visita administrativa.....	56
6.3.3. Nuestra opinión.....	57
6.4. La incapacidad de oposición.....	58
6.5. El alcance del secreto profesional.....	67
7. Las consecuencias de la vulneración del secreto profesional.....	72
7.1. Consecuencias para el investigado.....	72
7.2. Consecuencias para la autoridad y el sistema	73
8. Conclusiones	75
9. Bibliografía	79

Resumen

El objetivo de este documento es analizar las razones por las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio puede vulnerar el secreto profesional en una visita administrativa, y los riesgos que esto supone para el investigado y la autoridad. Este es un tema que resulta relevante al ser las visitas sorpresivas una herramienta fundamental para recolectar pruebas, además de no ser un tema pacífico alrededor del mundo (incluyendo Colombia, en donde no ha habido profundización al respecto). Nuestra conclusión principal, después de una revisión de normas y doctrina, es que este procedimiento requiere una regulación más garantista.

Palabras clave: secreto profesional, visitas administrativas, retos probatorios de la autoridad de competencia, debido proceso en prácticas restrictivas de la competencia.

1. Introducción

Miedo. Esto fue lo que sintió la vicepresidente legal de una gran compañía en Colombia, cuando recibió a la autoridad de competencia en su empresa, la cual iba a recaudar información dentro de una investigación preliminar por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia, investigación de la cual la empresa no tenía ni la más remota idea. La empresa solo vino a enterarse formalmente de lo que buscaba la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “SIC o Superintendencia”), tiempo después, al momento de la apertura de la investigación, relacionada con la presunta obstrucción a la libre circulación de facturas (Ley 1576 de 2013).¹

Después de recoger los elementos más importantes de distintas definiciones de visitas administrativas, nos atrevemos a definir una visita administrativa de la siguiente manera: una visita administrativa es una inspección sorpresiva de la SIC, autorizada por la ley y por la autoridad de competencia, que se realiza con el fin de encontrar evidencias sobre potenciales violaciones de normas de competencia.

Sin embargo, estas visitas administrativas pueden llegar a tener ciertos riesgos, tanto para la empresa que la recibe como para la autoridad que la practica. El objetivo de este documento es establecer las razones por las cuales, en una visita administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio, se podría vulnerar el secreto profesional, y los riesgos que esto supone, tanto para el investigado como para la autoridad.

Dentro de las razones por las cuales se podría vulnerar el secreto profesional listamos las siguientes: (i) el elemento sorpresivo de la visita, (ii) la depuración de la información realizada por la autoridad en la que se identifica qué documentos se van a

¹Entrevista con Ana María Sarria, Vicepresidente Legal de Equión Energía, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020).

revisar; (iii) la falta de regulación respecto de los abogados internos o *in house*; (iv) la incapacidad de oponerse frente a la transgresión del privilegio profesional; y (v) la falta de regulación respecto del alcance del secreto profesional. Vale la pena aclarar, que no por el hecho de ocurra alguno de los escenarios mencionados anteriormente se vulnerará el secreto profesional. Simplemente, consideramos que son elementos que propician esta vulneración, lo cual va a ser explicado en mayor detalle en el Capítulo 6 de este documento.

La metodología que hemos usado para la elaboración de este documento se basó en diferentes fases, entre ellas, la recolección, la revisión, y la organización de bibliografía; la lectura crítica de la misma; la identificación de vacíos en el régimen del secreto profesional y las visitas administrativas; realización de entrevistas; la escritura del texto; y por último, la elaboración de conclusiones.

Se realizaron entrevistas a varios tipos de personalidades, con el objetivo de tener varias perspectivas respecto de la violación del secreto profesional en el ámbito de las visitas administrativas. Para un punto de vista institucional, tuvimos una entrevista con Julio Castañeda, quien trabajó varios años en la Superintendencia de Industria y Comercio; Hernán Panesso, quien antes de trabajar en una firma de abogados también trabajaba en la SIC; y Bayron Prieto, quien además de haber trabajado en la Superintendencia nos adentró en el área forense de la autoridad. Las entrevistas de Hernán Panesso y Julio Castañeda también nos mostraron la posición de los abogados que defienden a investigados ante la SIC, postura a la que se le sumó la entrevista de Andrés Yañez.

Desde el punto de vista empresarial, nos aproximamos a Ana María Sarria y a Salomón Vaie, quienes presenciaron visitas administrativas en la empresa en la que trabajaban, Equión Energía y Bavaria respectivamente. Por último, para un punto de vista internacional y académico entrevistamos a Fernando Carbajo, actual decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca.

Para encontrar las fuentes de este trabajo hemos usado principalmente las bases de datos de la Pontificia Universidad Javeriana, como Ebscohost, ProQuest, Dialnet, SpringerLing, Ebrary, Wiley Online Library, HeinOnline, etc., y el internet. En las bibliotecas se encontraron unos pocos libros que trataban el secreto profesional.

Para delimitar el alcance de esta investigación, no se analizarán otros derechos que se pueden llegar a quebrantar en una visita administrativa, tales como el derecho a la no autoincriminación, el derecho a la privacidad, el derecho a la contradicción de la prueba, etc. Tampoco se analizarán otras potestades de la autoridad que también pueden llevar a vulnerar el secreto profesional, como los requerimientos de información. Nos centraremos en las visitas de inspección de la autoridad en el domicilio de las instalaciones de la empresa.

Para lograr el objetivo de nuestro trabajo, explicaremos las visitas administrativas en el procedimiento administrativo de prácticas restrictivas de la competencia. En segundo lugar, nos adentraremos en la literatura que existe sobre el tema. En tercer lugar, desglosaremos el secreto profesional de los abogados en Colombia para luego advertir cómo se puede ver éste vulnerado en una visita administrativa. En cuarto lugar, estableceremos las razones por las cuales se puede ver vulnerado el secreto profesional en una visita administrativa. En quinto lugar, explicaremos las consecuencias de la vulneración del secreto profesional, tanto para el

investigado como para la autoridad. Por último, plantearé las conclusiones de nuestro análisis.

2. Los retos probatorios en casos de Libre Competencia y las visitas administrativas

Desde los años noventa, los países latinoamericanos han entendido que las conductas anticompetitivas le causan graves perjuicios a la economía y a los consumidores, y que por lo tanto deben ser evitadas, o en su defecto, castigadas.² Para conseguir esto, es de suma importancia contar con una autoridad efectiva, visible y frecuente, que debe propender por los objetivos que se mencionan a continuación.³

Primero, el conocimiento de la ley por parte de las empresas. Es muy común que una ley cuya aplicación no es exigida por la autoridad, no sea conocida por el público y por lo tanto sea quebrantada por las empresas. Por el contrario, una ley con base en la cual se imponen sanciones por parte de la autoridad, ocasiona mucho más eco en el mundo empresarial.⁴ El conocimiento de la ley por parte de los empresarios también se puede lograr por medio de la abogacía de la competencia y el ímpetu que la autoridad le otorgue a la misma.

Segundo, la disuasión de los agentes, quienes deben considerar seriamente que la conducta puede ser fácilmente detectada y que la misma tiene sanciones que son mayores a los beneficios que podrían derivar de violar la ley.⁵ La disuasión es un objetivo con dificultad de medición, debido a que es difícil valorar un evento que nunca sucedió (en este caso, la conducta anticompetitiva).

²OCDE, *La competencia en América Latina y el Caribe* 3 (2012).

³Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 11 (Hart Publishing Plc 2018).

⁴*Id.* at 9.

⁵*Id.* at 10.

El tercer objetivo, y el que para efectos de este documento es el más importante, se refiere a la detección de las conductas anticompetitivas. En este punto debemos recordar que la naturaleza de las conductas anticompetitivas es secreta. Por lo tanto, las evidencias de estas conductas suponen una serie de retos para la autoridad, pues recaudarlas resulta una tarea exhaustiva, teniendo en cuenta que los infractores se han vuelto verdaderos expertos en disminuir el riesgo de detección.

Hoy en día, es poco usual ver un acuerdo de precios o alguna otra conducta anticompetitiva plasmada en un acta o un contrato.⁶ Se requiere realmente de una maquinaria investigativa que sea experta en recaudar lo que el autor Axel Rupert M. Cruz llama las evidencias circunstanciales, como correos electrónicos, planes estratégicos, calendarios, citas, reservaciones de hotel, registros telefónicos, etc.,⁷ para poder construir el rompecabezas y abrir un caso. La imaginación de los agentes económicos en este sentido no tiene límites: muchos han usado también documentos encriptados, teléfonos dedicados al cartel, etc. En palabras de Axel Rupert M. Cruz, los tiempos de “*smoking gun*” o la evidencia directa de los carteles ya han pasado.⁸

En España, por ejemplo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia investigó en noviembre de 2019 prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos y/o prácticas concertadas para la fijación directa o indirecta de precios, y el intercambio de información. La comisión antes mencionada se encuentra investigando si el diseño de un software y sus algoritmos facilitó dichas conductas anticompetitivas.⁹ De hecho, uno de los objetivos de la Unión Europea es encontrar herramientas que

⁶*Id.* at 48.

⁷Axel Rupert M. Cruz, *Competition Litigation: “Dawn Raids” and administrative Searches and Seizures*, *Ateneo Law Journal*, 2016, at 491, 502.

⁸*Id.*

⁹CNMC, *La CNMC investiga posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la intermediación inmobiliaria*, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (21 de noviembre de 2019), <https://www.cnmc.es/prensa/inspeccion-mercado-intermediacion-inmobiliaria>.

permitan reequilibrar los mercados digitales que están dominados por empresas que no permiten el crecimiento de otros entes económicos.¹⁰

Otro reto de la investigación de la autoridad está relacionado con la época que atravesamos: el siglo de la tecnología. En pleno siglo XXI la tecnología juega un papel preponderante en la gestión de los datos de las empresas. La cantidad de información que se contiene en estos aparatos es inmensa y a medida que pasa el tiempo crecerá más.¹¹

La autoridad también debe lidiar con la alta probabilidad de destrucción de la evidencia por parte de los investigados. Se ha visto, por ejemplo, que la evidencia se destruye al tirarla al sanitario¹² o mecanismos para la destrucción de evidencias que se encuentran en aparatos electrónicos.¹³ En Colombia, nos ha narrado Bayron Prieto, que en una visita administrativa de una empresa cerca al mar, los empleados botaron tres portátiles al mar mientras otros distraían a la autoridad.¹⁴ Jorge Enrique Sánchez, ex Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia relata que en el caso Concreto, los investigados entregaron computadores de los cuales se había borrado información minutos antes de la visita administrativa.¹⁵

La autoridad tiene varios medios para enfrentarse a todos los retos anteriormente nombrados. Fruto del peligro de la destrucción de las evidencias, las autoridades de competencia han optado por sancionar a los obstrutores de las investigaciones con

¹⁰Samuel Stolton, *Commission charts new competition tool 'fit for the digital age'* 13, (2020).

¹¹Gavin Murphy, *Are EU dawn raid procedures on a collision course with the ECHR? Does a cautionary tale from Canada offer guidance?*, Commonwealth Law Bulletin, 2016, at 471, 478.

¹²Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 49 (Hart Publishing Plc 2018).

¹³*Nexans France and Nexans v. Commission*, 596, para 12 (2012)

¹⁴Entrevista con Bayron Prieto, ex Director de Informática Forense de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020).

¹⁵Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Jorge Enrique Sánchez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 15 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VFGkq-0VwWA&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=3).

fuertes multas, para desincentivar la obstrucción en investigaciones. También han creado las autoridades de competencia los programas de delación, los cuales son definidos por Felipe Serrano de la siguiente manera:

“Los programas de clemencia son sistemas mediante los cuales los participantes en el cartel pueden obtener la exoneración total o parcial de la sanción (monetaria o penal) que de otra forma les sería impuesta, a cambio de proporcionar información y pruebas que permitan al organismo de competencia impedir la conducta y perseguir eficazmente a los demás participantes”.¹⁶

Muchos autores consideran que las visitas administrativas son la mejor herramienta para recaudar evidencias después de la delación.¹⁷ Coincidimos en que el mecanismo de delación es sin duda una herramienta muy importante para la autoridad de competencia. Sin embargo, está condicionada totalmente a la voluntad del delator, es decir a la decisión del delator de entrar en el programa de delación. En otras palabras, sin delator, no hay delación, y por ende, la autoridad no obtendrá ninguna evidencia de la conducta. En cambio, las visitas no tienen este condicionamiento.

Para efectos de nuestro trabajo, el medio probatorio en el cual nos enfocaremos y que consideramos una de las mejores herramientas de la autoridad para recaudar evidencia son las visitas administrativas.¹⁸ De hecho, éstas muchas veces son la clave del éxito de una investigación.¹⁹

¹⁶Felipe Serrano, *Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas* 4 (7 de abril de 2016).

¹⁷Constanza Nicolosi, *No Fishing at Dawn (Raids)! Defining the scope of the Commission's inspection power in the antitrust proceedings*, Queen Mary Law Journal, 2016, at 53, 56.

¹⁸Grabación: Encuentro Académico sobre el Debido Proceso en materia de Libre Competencia. (Garrigues/Legis – Intervención de Gustavo Valbuena). 16 de julio de 2019. (Archivo grabado por el autor).

¹⁹Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 4 (Hart Publishing Plc 2018).

3. Las visitas administrativas

En este capítulo nos adentraremos en el concepto de las visitas administrativas y su regulación en Colombia, con el fin de entender sus características y elementos, para luego determinar la manera como se puede vulnerar el secreto profesional en una visita administrativa.

3.1. Definición, función y alcance de las visitas administrativas

A continuación expondremos una tabla con los conceptos que nos han parecido más relevantes sobre las visitas administrativas, con el fin de extraer de ellos los elementos más importantes de una visita administrativa.

Autor	Concepto de visita administrativa
C-165 del 2019 de la Corte Constitucional	“diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan facultades administrativas que por ley les corresponden y soliciten documentos privados que requieren para el debido cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control”. ²⁰
Gavin Murphy	“una visita administrativa es una inspección no anunciada en las instalaciones de la empresa llevada a cabo por la Comisión Europea” ²¹ (traducción libre).
Axel Rupert M. Cruz	Define la visita administrativa como aquella inspección o búsqueda llevada a cabo por una entidad administrativa o un diputado, que sigue un esquema regulatorio y que se realiza con el fin de hacer cumplir las regulaciones o de confiscar evidencias en caso de acusación de violaciones de normas administrativas. ²²

²⁰Corte Constitucional. Sentencia C-165/2019. (M.P Alejandro Linares Cantillo: 10 de abril de 2019).

²¹Gavin Murphy, *Are EU dawn raid procedures on a collision course with the ECHR? Does a cautionary tale from Canada offer guidance?*, Commonwealth Law Bulletin, 2016. at 471, 471.

²²Axel Rupert M. Cruz, *Competition Litigation: “Dawn Raids” and administrative Searches and Seizures*, Ateneo Law Journal, 2016, at 491, 513.

Andrés Barreto	<p>Define las visitas administrativas como un procedimiento por el cual la autoridad administrativa, en su función de policía administrativa, se dirige a un domicilio social de alguna de las empresas investigadas, recaba algunas pruebas e información, las toma y las ingresa al expediente, las evalúa y las analiza. Posteriormente las partes tienen derecho de controvertirlas. Estas pruebas son recursos para adelantar las investigaciones, que están regladas por diferentes normas. Otras características de las visitas son: (i) debe haber un acto administrativo que faculte adelantar la visita, (ii) se debe contar con el permiso de los investigados para entrar en el domicilio, (iii) en el momento de la visita se debe expresar las razones por las cuales se realiza la visita de manera general, y (iv) durante las visitas se debe realizar un acta que explique lo que sucedió en la visita.²³</p>
----------------	--

De conformidad con lo anterior, consideramos que los elementos fundamentales de una visita administrativa en el Derecho de la Competencia en Colombia, son los siguientes: (i) se trata de una inspección de la Superintendencia de Industria y Comercio autorizada por la ley y por la autoridad de competencia, (ii) es sorpresiva y por lo tanto no le dará oportunidad a una empresa o una persona involucrada para desaparecer todas las pruebas,²⁴ (iii) la autoridad de competencia debe informar de manera general el objetivo de la visita y debe dejar un acta en donde conste lo sucedido durante la visita (iv) la visita debe estar enmarcada por el las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Código General del Proceso,²⁵

²³Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Andrés Barreto (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 1 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=C5dY7J-jnLo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=5)

²⁴Axel Rupert M. Cruz., *Competition Litigation: "Dawn Raids" and administrative Searches and Seizures*, *Ateneo Law Journal*, 2016, at 491, 503.

²⁵Corte Constitucional. Sentencia C-165/2019. (M.P Alejandro Linares Cantillo: 10 de abril de 2019).

y (v) se realiza con el fin de encontrar evidencias sobre potenciales violaciones de normas de competencia.

3.2. Marco jurídico de las visitas administrativas en Colombia

En Colombia el fundamento consitucional de las visitas administrativas está establecido en el artículo 15 de la Constitución: “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”.

Asimismo, las visitas administrativas se encuentran consagradas como facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio en el artículo 59 de la Ley 1480 de 2011²⁶ y en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 del 2011.²⁷

El artículo 20 de la Ley 57 de 1985 dispone lo siguiente en relación con los documentos que investiga la autoridad:

“El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas

²⁶“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: (...) 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”. (Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 de octubre de 2011. Diario Oficial No. 48.220).

²⁷“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. 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”. (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. 23 de diciembre de 2011. Diario Oficial No. 48294).

autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo prescrito en este artículo”.²⁸

Además, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 establece, respecto de la información del investigado, que “el carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible (...) a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones (...)”.²⁹

Los artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 establecen que a la SIC le es permitido imponer sanciones por no acatar las órdenes e instrucciones que imparta y por la obstrucción de las investigaciones.³⁰

Por último, el capítulo séptimo del título primero de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio establece las reglas que se deben seguir en una visita administrativa, las cuales se pueden resumir de la siguiente manera: (i) los funcionarios de la SIC pueden tomar declaraciones y requerir información; y (ii) se deja constancia de la visita en un acta en la cual se consignan tanto los requerimientos de la SIC, como la respuesta del investigado a los requerimientos, los obstáculos o trabas durante la actuación, etc.³¹

También vale la pena mencionar la Sentencia C-165 del 2019 de la Corte Constitucional.³² En esta sentencia se estudió la demanda al numeral 4º (parcial) del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011, los numerales 2º y 3º del artículo 20 de la Ley 1778

²⁸Ley 57 de 1985. Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales. 5 de julio de 1985. Diario Oficial: 37056.

²⁹Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011. Diario Oficial No. 47.956

³⁰Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. 21 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47792.

³¹Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Única. 2017.

³²Corte Constitucional. Sentencia C-165/2019. (M.P Alejandro Linares Cantillo: 10 de abril de 2019).

de 2016 y el artículo 21 (parcial) de la Ley 1778 de 2016, los cuales abordan las facultades administrativas de la SIC. La Corte Constitucional decidió que las disposiciones son exequibles en el entendido que “las competencias allí previstas (i) deben ejercerse a la luz de lo dispuesto en el CPACA y en el CGP; y (ii) no comprenden la realización de interceptaciones o registros ni otras actividades probatorias que, según la Constitución, se encuentran sometidas a reserva judicial”.³³ La sentencia en referencia no aborda expresamente el secreto profesional.

4. Revisión de literatura sobre las visitas administrativas y el secreto profesional

El panorama de literatura en Colombia sobre las visitas administrativas en el ámbito del secreto profesional presenta vacíos. La mayoría de las fuentes colombianas que abordan este tema no son artículos académicos, sino columnas de opinión o artículos publicados en portales de internet. Es por esto que en la revisión de literatura que se presenta a continuación hemos explorado, además de la literatura nacional, la literatura internacional, la cual sí realiza un análisis detallado del secreto profesional en las visitas administrativas. Los trabajos académicos son una fuente que está en distinto rango respecto de las columnas de opinión o artículos no académicos, ya que las investigaciones académicas que son publicadas en revistas especializadas y con revisión de pares son – por lo general – fruto de un trabajo mucho más riguroso.

4.1. Doctrina nacional

Como hemos mencionado anteriormente, no existe mucha literatura colombiana sobre el tema de este trabajo. Debemos aclarar que no encontramos en nuestro ejercicio investigativo ningún artículo académico en Colombia que se enfoque exclusivamente en el secreto profesional y las visitas administrativas. Sin embargo, encontramos algunos textos que tocan individualmente y directa o indirectamente el secreto profesional y las

³³*Id.*

visitas administrativas realizadas en el marco de procedimientos administrativos sancionadores de Libre Competencia.

En este capítulo relacionaremos la literatura colombiana encontrada, la cual ha sido organizada por temas y sobre la cual se plantean preguntas, críticas o vacíos que no se han abordado aún. Nos referiremos a los siguientes temas planteados en la literatura. En primer lugar, se ha hecho énfasis en los vacíos que existen en la regulación de la práctica de las visitas administrativas, lo cual será abordado en la Sección 4.1.1. También explican los autores las excepciones del secreto profesional (Sección 4.1.2), el alcance del secreto profesional (Sección 4.1.3), el análisis de la Sentencia C-165 del 2019 (Sección 4.1.4), la posibilidad de establecer un control judicial de las visitas administrativas (Sección 4.1.5) y por último, las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, abordadas en la Sección 4.1.6.

4.1.1. ¿Vacíos de regulación o reglamentación en la práctica de visitas administrativas?

Tanto José Luis Jerez como Gabriel Ibarra consideran que existe un vacío en la regulación de los límites del secreto profesional y las visitas administrativas. El último de los mencionados autores considera que esto se debe a que las visitas administrativas no se rigen por ningún protocolo ni regulación que “consagre pautas según las cuales ellas deban conducirse y que fijen los límites que rigen las facultades de quienes las practican”. Opina que, dada la tensión entre las garantías procesales y la eficacia de la investigación, se hace necesaria la elaboración de un protocolo o reglamento que establezca un procedimiento claro, tanto para los investigados como para la autoridad.³⁴ En este mismo sentido, José Luis Jerez considera que se deben definir las políticas de la

³⁴Gabriel Ibarra Pardo, *Las visitas sorpresas de la Superintendencia de Industria y Comercio: tema controvertido*, Asuntos Legales (7 de noviembre 2017), <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/las-visitas-sorpresas-de-la-superintendencia-de-industria-y-comercio-tema-controvertido-2566573>.

Superintendencia de Industria y Comercio para que la postura respecto de los abogados y el secreto profesional sea clara.³⁵

Al respecto es necesario mencionar que, la Circular Única consagra pautas mínimas sobre las visitas.³⁶ Además el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992³⁷ (el cual enmarca el procedimiento de las prácticas restrictivas de la competencia) remite al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.³⁸ Este último, a su vez, remite al Código de Procedimiento Civil (ahora Código General del Proceso³⁹) en todo lo concerniente a los medios de prueba. En todo caso, las normas mencionadas no se refieren al manejo del secreto profesional en las visitas administrativas. Por lo tanto, estamos de acuerdo con los autores en que es necesario una mayor regulación sobre la manera en la que se debe manejar el secreto profesional en las visitas administrativas. Sin embargo, en estos artículos, los autores se limitan establecer que es necesaria la regulación de las visitas administrativas pero no plantean ninguna medida que se deba tener en cuenta para la regulación de estos protocolos o reglamentos. Existen muchas preguntas para la regulación de las visitas administrativas y el secreto profesional. Por ejemplo: ¿el privilegio se debe aplicar a los abogados internos en el escenario de una visita administrativa? ¿es necesario un control judicial? ¿se deben especificar las comunicaciones que están cobijadas por este privilegio?, etc.

³⁵José Luis Jerez, *Límites de la protección de la competencia*, Asuntos Legales, (15 de enero de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jose-luis-jerez-rosania-533881/limites-de-la-proteccion-de-la-competencia-2815394>.

³⁶Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Única. 2017.

³⁷Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre de 1992. Diario Oficial No. 40.704.

³⁸Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011. Diario Oficial No. 47.956

³⁹Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. Diario Oficial No. 48.489

4.1.2. Excepciones al secreto profesional

Las excepciones al secreto profesional han sido explicadas por José Miguel de la Calle, ex Superintendente de Industria y Comercio, y José Luis Jerez. El primero de ellos expone que las excepciones al secreto profesional se refieren a (i) la autorización del cliente a su divulgación, o (ii) evitar la comisión de un delito, y explica que la Sentencia C-301 del 2012 de la Corte Constitucional establece frente a la segunda excepción que el abogado no está obligado a revelar el secreto, pero puede hacerlo, entre otras razones, para evitar ser inculcado por omisión al deber de denuncia.^{40 41} José Luis Jerez, por su parte, explica que una de las excepciones respecto de las cuales no opera el secreto profesional es la necesidad de hacer revelaciones para que no se cometa un delito. Señala el autor que la única conducta de Libre Competencia que también está tipificada como un delito es la colusión en licitaciones públicas.^{42 43}

Consideramos que existen otros delitos que podrían enmarcarse como conductas anticompetitivas, como es el caso del delito del ajiotaje (artículo 301 del Código Penal)⁴⁴ y la fijación de precios como conducta competitiva (como acto⁴⁵ anticompetitivo

⁴⁰José Miguel de la Calle, *El secreto del abogado en el derecho de la libre competencia*, Ámbito Jurídico (30 de marzo de 2016), <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/educacion-y-cultura/el-secreto-del-abogado-en-el-derecho-de-la-libre>.

⁴¹La Sentencia C-301 de 2012 resuelve declarar exequible la excepción de revelar el secreto profesional que se refiere a la necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito, siempre y cuando dicha conducta se encuadre en la causal de exoneración contemplada en el numeral 4 del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007, esto es, que se obre para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad. (Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2012. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt: 25 de abril de 2012)).

⁴²José Luis Jerez, *Límites de la protección de la competencia*, Asuntos Legales (15 de enero de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jose-luis-jerez-rosania-533881/limites-de-la-proteccion-de-la-competencia-2815394>.

⁴³El artículo 410-A del Código Penal establece lo siguiente: “El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años”. (Ley 599 del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097).

⁴⁴Ley 599 del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097.

⁴⁵Como acto está prohibido por las siguientes normas: (i) Art. 1 Ley 155 del 59 en concordancia con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, y (ii) Art. 48 numeral del Decreto 2153/92. (Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. 24 de diciembre de 1959. Diario Oficial N. 30138) y (Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre de 1992. Diario Oficial No. 40.704.).

y como acuerdo⁴⁶ anticompetitivo), el acaparamiento (artículo 297 del Código Penal)⁴⁷ y la asignación de cuotas de producción o suministro (artículo 47 del Decreto 2153),⁴⁸ etc. En este orden de ideas, en el caso en que los agentes del mercado estén cometiendo estas conductas anticompetitivas, el privilegio del secreto profesional se levantaría.

4.1.3. Alcance del secreto profesional en las visitas administrativas

Antes de empezar este capítulo, vale la pena mencionar que no existen precisiones sobre la manera como se debe proteger el secreto profesional en una visita administrativa. De la Calle realiza un recorrido jurisprudencial de las decisiones que abarcan el secreto profesional. Por ejemplo, el caso *AM&S y Akzo Nobel Chemical* (septiembre del 2007), en el cual se prohíbe a la autoridad de competencia tomar el testimonio de un abogado, y acceder a cualquier información producida por el mismo. De acuerdo con el autor, la información del abogado también se puede derivar de documentos electrónicos, conversaciones telefónicas, etc., aún cuando sean anteriores a la iniciación de la relación profesional. En el caso de *Stanpa* (27 de abril del 2012), el Tribunal Supremo Español resalta la imposibilidad de usar la información privilegiada. Para De la Calle es determinante el uso de la palabra *usar* y el de la palabra *acceder*, puesto que el hecho de acceder a una prueba implica conocer de ella, con lo cual ya se vulneraría el secreto profesional. Por otro lado, es posible acceder y no usar una prueba, en el sentido de que no entraría al conjunto de pruebas que se usarían en el juicio.⁴⁹ Gabriel Ibarra, por su parte, afirma que en otros países, como Nueva Zelanda y

⁴⁶Como acuerdo está prohibido por las siguientes normas: (i) Artículo 1 de la Ley 155 del 59 en concordancia con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, y (ii) el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. (*Id*)

⁴⁷Ley 599 del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097.

⁴⁸Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre de 1992. Diario Oficial No. 40.704.

⁴⁹José Miguel de la Calle, *El secreto del abogado en el derecho de la libre competencia*, Ámbito Jurídico (30 de marzo de 2016), <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/educacion-y-cultura/el-secreto-del-abogado-en-el-derecho-de-la-libre>.

Polonia, al existir dudas sobre la reserva del documento, un juez decide sobre su carácter reservado.⁵⁰

Existen otros casos extranjeros, en adición a los mencionados por los autores anteriormente citados, que vale la pena traer a colación para estudiar el secreto profesional en las visitas administrativas, a los cuales se hará referencia más adelante en la Sección 4.2 de este capítulo.

Frente a los abogados *in house*, este último autor menciona que, al entregar cualquier información, se quebranta el secreto profesional del abogado. Al mismo tiempo, si los agentes económicos no colaboran con la investigación, corren el riesgo de que la Superintendencia de Industria y Comercio les imponga fuertes multas.⁵¹

En cuanto a la correspondencia de los investigados, que para nuestro trabajo resulta importante ya que muchas veces las comunicaciones entre el abogado y el cliente constan por escrito, Ana María Bedoya y Camilo Reyes realizan un análisis de sentencias que se han pronunciado frente a este tema. Ana María Bedoya escribió el artículo “Facultades de las Superintendencias se limitarían solo a correos institucionales”.⁵² En este artículo Bedoya analiza un fallo de tutela en el cual la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá confirma las facultades de la SIC para requerir el acceso a los correos electrónicos en las visitas administrativas. La acción de tutela fue interpuesta por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB), debido a una visita administrativa realizada el 30 de octubre de 2012, en la cual les solicitaron a los investigados varios correos y documentos. El Tribunal decidió que en esta

⁵⁰Gabriel Ibarra Pardo, *Las visitas sorpresas de la Superintendencia de Industria y Comercio: tema controvertido*, Asuntos Legales (7 de noviembre 2017), <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/las-visitas-sorpresas-de-la-superintendencia-de-industria-y-comercio-tema-controvertido-2566573>.

⁵¹*Id.*

⁵²Ana María Bedoya, *Facultades de las Superintendencias se limitarían solo a correos institucionales*, Asuntos Legales (5 de mayo de 2013), <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/facultades-de-las-superintendencias-se-limitarian-solo-a-correos-institucionales-2037941>.

oportunidad la SIC no vulneró los derechos de los investigados, decisión que fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Según el fallo, la SIC no trasgredió el derecho al debido proceso ni el derecho a la intimidad, ya que la misma Constitución autoriza a la SIC a exigir la presentación de cualquier documento privado.

Si bien es cierto que el fallo reconoce las facultades de la SIC para acceder al correo electrónico de los investigados, vale la pena recordar que esta sentencia ocasionó un choque de trenes entre tribunales como se verá a continuación: El 23 de febrero de 2013, el Juzgado 23 Civil del Circuito había considerado que la SIC no había trasgredido ningún derecho fundamental, conclusión a la cual también llegó el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá. Los dos fallos fueron apelados pero con diferentes resultados. En efecto, el fallo del 23 de febrero de 2013 fue revocado por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 15 de abril de 2013, en una decisión en la cual consideró que sí se habían trasgredido los derechos del investigado. La apelación del fallo del Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá fue decidida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de abril de 2013 (fallo analizado por Ana María Bedoya). En esta decisión la sala consideró que la Superintendencia no violó los derechos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.⁵³ Como se puede observar, este, sin lugar a dudas, no es un tema pacífico para la doctrina ni para la jurisprudencia. La Sentencia C-165 del 2019 legitimó las facultades de la SIC dentro de ciertos límites aclarando un poco el panorama. En todo caso, anotamos que la Sentencia C-165 del 2019 no corresponde a un fallo de tutela en relación con las visitas administrativas en el ámbito de las prácticas restrictivas de la competencia, sino que se

⁵³Juan David Gutiérrez, *En el debate Acueducto vs Sicsuper la última palabra sobre el acceso a los correos la tendrá Cconstitucional*, Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina (5 de mayo de 2013), <https://lalibrecompetencia.com/2013/05/05/en-el-debate-acueducto-vs-sicsuper-la-ultima-palabra-sobre-el-acceso-a-los-correos-electronicos-la-tendra-cconstitucional/>.

refiere a normas de protección al consumidor y a funciones de la Superintendencia de Sociedades de Colombia.

Como veremos más adelante en la Sección 6.4, consideramos, en la misma línea de Hernando Morales, que las acciones de tutela no son el mejor mecanismo para resolver el asunto, teniendo en cuenta que la situación se podría enmendar con circulares o protocolos de la autoridad, sin congestionar el aparato judicial.⁵⁴

Bedoya presenta varias posturas sobre este tema, como la del profesor Juan Fernando Córdoba, quien aseguró que es constitucional el fallo de la Sala al tratarse de correos institucionales. En otro escenario, se violaría el derecho a la intimidad. Por su parte el profesor Juan Manuel Charry opinó que la facultad de la SIC no es contraria al derecho a la intimidad porque la Constitución establece como excepción al mismo las investigaciones de las superintendencias. Por otro lado, Julio José Orozco afirmó que la correspondencia hace parte del derecho a la intimidad y que en otros países la única autoridad que tiene la facultad de revisar la correspondencia es el ente investigador en materia criminal, que en Colombia es la Fiscalía General de la Nación. En esta línea, Humberto Suárez opinó que investigar la correspondencia es violatorio de la intimidad personal. Por último, Francisco Bernate no consideró lógico que en las investigaciones penales no se pueda acceder a los correos electrónicos, mientras que en las visitas administrativas sí.⁵⁵

Por su parte, Camilo Reyes explica, en su artículo sobre la recaudación de los mensajes de *WhatsApp* en las visitas administrativas, que la Corte Constitucional, en la

⁵⁴Hernando Morales, *El debido proceso en las actuaciones administrativas*, *Ámbito Jurídico* (11 de noviembre de 2014), <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debido-proceso-en-las-actuaciones-administrativas>.

⁵⁵Ana María Bedoya, *Facultades de las Superintendencias se limitarían solo a correos institucionales*, *Asuntos Legales* (5 de mayo de 2013), <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/facultades-de-las-superintendencias-se-limitarian-solo-a-correos-institucionales-2037941>.

Sentencia T-574 de 2017, expone un *test* para determinar las limitaciones del derecho a la intimidad en los servicios de mensajería instantánea. El autor considera que, si bien la sentencia se puede prestar para diferentes debates, es un gran progreso en la jurisprudencia y debe ser tenido en cuenta para la extracción de pruebas electrónicas forenses.⁵⁶

El análisis que hacen estos autores es bastante interesante; sin embargo, ninguno de ellos se refiere a la correspondencia que contiene información amparada por el secreto profesional. Respecto de este tema, es importante plantear si toda correspondencia entre el abogado y el cliente debería estar sujeta al secreto profesional, o si existe alguna clase de limitación frente al alcance del secreto.

Por último, Carolina Polanco, después de revisar algunas resoluciones de la Superintendencia, lista las características del alcance del secreto profesional en las visitas administrativas en Colombia:

“Para la Superindustria i) el carácter inviolable del secreto profesional no es absoluto, ii) el carácter reservado de la información no le es oponible y, en consecuencia, debe dársele acceso a la misma, iii) el secreto profesional no aplica de la misma forma para empresas que para personas naturales, iv) el hecho de que la información sea conocida (emitida o recibida) por un abogado no la hace reservada, v) la garantía dependerá del contenido y tipo de

⁵⁶Camilo Reyes Arango, *Capturas de WhatsApp en las investigaciones*, Asuntos Legales (24 de enero de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/camilo-reyes-arango-544541/capturas-de-whatsapp-en-las-investigaciones-2819367>.

información para lo cual debe accederse a ella para examinarse y, vi) acceder a la información no implica la violación de la protección.”⁵⁷

Como lo veremos más adelante en la Sección 6.5, lo que se considera y lo que no se considera secreto profesional, al igual que su tratamiento por la autoridad, debe estar plasmado en una guía pública y no regado en diferentes fallos de la Superintendencia que pueden cambiar en cualquier momento de acuerdo a la postura del superintendente de turno.

4.1.4. La Sentencia C-165 de 2019

Respecto de la Sentencia C-165 de 2019 de la Corte Constitucional, varios autores opinan que si bien la decisión dio un primer paso frente a las visitas administrativas de la SIC, todavía queda mucho camino por recorrer. Se trata de una sentencia que demanda los artículos de la Ley 1480 de 2011 y Ley 1778 de 2016, los cuales versan sobre las facultades de las superintendencias.

Vale la pena mencionar que este fallo se pronuncia a partir de normas de protección al consumidor (Ley 1480 de 2011) y normas relacionadas con funciones de la Superintendencia de Sociedades de Colombia (Ley 1778 de 2016), y no se refiere a las visitas en el procedimiento de prácticas restrictivas de la competencia, ni al secreto profesional. Sin embargo, consideramos que la Sentencia C-165 de 2019 es un lineamiento a tener en cuenta en este documento principalmente por dos razones. En primer lugar, no hay pronunciamiento de la corte que se refiera específicamente a la aplicación del secreto profesional en el ámbito de las visitas administrativas por

⁵⁷Carolina Polanco, *El secreto profesional en materia de libre competencia*, Competencia y Ley (18 de diciembre de 2018), <https://competenciayley.com/el-secreto-profesional-en-materia-de-libre-competencia/#:~:text=Pues%20bien%2C%20el%20secreto%20profesional,determinada%20profesi%C3%B3n%20o%20actividad%E2%80%9D1>.

prácticas restrictivas de la competencia. En segundo lugar, dicha sentencia sí se refiere a las visitas de inspección a pesar de que se enmarquen en otros ámbitos, como es el del consumidor y el societario. En este sentido, a pesar de que no estamos hablando exactamente de las mismas figuras, sí se trata de funciones análogas, y por lo tanto consideramos adecuado tener dicha sentencia en cuenta para la elaboración de este documento.

De la Calle, considera que no por el hecho de que la Sentencia C-165 de 2019 legitime las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y que las pruebas recaudadas en una visita administrativa no requieran de control judicial previo, ello quiere decir que se cumplan a cabalidad las exigencias del debido proceso en las visitas administrativas.⁵⁸

Alfonso Miranda sostiene que si bien la Corte estableció ciertos límites a las visitas, como por ejemplo, el hecho de que las pruebas se refieran al objeto y al tema de la investigación, el proceso no es conforme al debido proceso toda vez que no hay obligación por parte de la Superintendencia de comunicarle al investigado el objeto y el tema de la investigación.⁵⁹ Otro vacío que plantea este autor son las pruebas que se pueden encontrar en los teléfonos celulares, pues la Corte no hizo mención a las mismas sino que habló de “computadores y correos institucionales de las empresas”. Por lo tanto, no es claro si la información de los celulares puede ser usada por la autoridad como parte del acervo probatorio.⁶⁰ El documento también observa que el recaudo de información en bloque genera una violación al debido proceso.⁶¹

⁵⁸José Miguel de la Calle, *Se salvan las funciones de inspección de la SIC*, Asuntos Legales (17 de junio de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/se-salvan-las-funciones-de-inspeccion-de-la-sic-2874284>.

⁵⁹Alfonso Miranda, *Resumen y análisis de la sentencia C-165 de 2019* 14 (julio de 2019).

⁶⁰*Id.* 15.

⁶¹*Id.* 17.

Otro autor que se ha pronunciado sobre la Sentencia C-165 de 2019 es José David Castilla. Su artículo resulta diferenciador ya que el autor se pronunció sobre la sentencia en referencia, antes de que efectivamente se publicara el fallo. En su artículo, el autor recoge distintas opiniones sobre el fallo de la Corte. Por ejemplo, la del actual superintendente de industria y comercio, Andrés Barreto (en adelante el “Superintendente”), quien manifestó que la Superintendencia realiza visitas administrativas y no allanamientos. Por su parte, Gustavo Valbuena, ex Superintendente de Industria y Comercio, opinó que en caso de que la Corte se decida por un control judicial, esto afectaría cualquier proceso en curso, y habría necesidad de reajustar el proceso.⁶²

José David Castilla también escribió una columna después del fallo de la Sentencia de C-165 de 2019, sin embargo en esta se limita a resumir la sentencia y a recalcar que las visitas: “deben limitarse a lo que se busque probar y solo pueden estar relacionadas con casos de protección al consumidor o con temas de corrupción transnacional”.⁶³

Como se puede observar, ninguno de los autores que se refiere a la Sentencia C-165 del 2019 tratan el tema del secreto profesional, muy seguramente por el hecho de que dicha Sentencia C-165 del 2019 no hace referencia en ningún momento al privilegio profesional.

⁶²José David Castilla, *A la Superindustria y autoridades administrativas les quitaron dientes policiales y ahora buscará apoyo*, Asuntos Legales (12 de abril de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/a-la-superindustria-y-autoridades-administrativas-les-quitaron-dientes-policiales-y-ahora-buscará-apoyo-2850862>.

⁶³José David Castilla, *Corte puso el punto final a discusión sobre las facultades investigativas de la SIC*, Asuntos Legales (12 de junio de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/corte-puso-el-punto-final-a-discusion-sobre-las-facultades-investigativas-de-la-sic-2875335>.

4.1.5. ¿Se necesita control judicial?

Respecto de un control judicial para las visitas administrativas, Alfonso Miranda considera que debería existir control judicial para algunos eventos como los interrogatorios bajo juramento y las visitas administrativas sorpresivas.⁶⁴

Aparte del control judicial de las visitas administrativas, existen otras propuestas para remediar las falencias del proceso administrativo. Hernando Morales sostiene que el debido proceso se ve vulnerado repetitivamente. Tan es así que gran número de tutelas amparan este derecho. El autor considera que la solución no está en sanear las actuaciones administrativas por medio de tutelas, sino en la capacitación de los servidores públicos para que ejerzan sus funciones velando por la protección del debido proceso.⁶⁵

Valga recalcar que ninguno de los autores realiza un análisis profundo de la necesidad de este control judicial y de las características que el mismo debe contener. Tampoco se ahonda en las otras propuestas para proteger los derechos.

Consideramos pertinente referirnos específicamente al control judicial previo de las visitas administrativas, es decir, que un juez efectivamente apruebe una visita administrativa que va a ser llevada a cabo por la Superintendencia antes de que la autoridad la realice.

En otros países, como Canadá, existe control judicial previo para ciertos actos de la autoridad, como la revisión de celulares y computadores, lo cual será profundizado en la Sección 4.2.3 del presente documento en la medida que es contenido expuesto por

⁶⁴Alfonso Miranda, *Resumen y análisis de la sentencia C-165 de 2019 5* (julio de 2019).

⁶⁵Hernando Morales, *El debido proceso en las actuaciones administrativas*, *Ámbito Jurídico* (11 de noviembre de 2014), <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debido-proceso-en-las-actuaciones-administrativas>.

doctrinantes internacionales. En España, en los supuestos de oposición o riesgo de oposición a la inspección, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, debe solicitar una autorización judicial de entrada en el domicilio. Una vez se notifique el auto judicial de autorización, la empresa deberá permitir la entrada a la autoridad.⁶⁶

En Colombia, De la Calle, sugiere que las visitas deben estar precedidas de una autorización judicial, siempre que no se pierda el carácter sorpresivo de las mismas. También propone este último autor que al inicio de cada averiguación preliminar se expida un auto que enmarque la hipótesis del caso y que le sirva al investigado para proteger sus derechos.⁶⁷

Las ventajas del control judicial previo de las visitas administrativas, son las siguientes: (i) el procedimiento de las visitas sería más garantista, al contar con una autorización judicial, y (ii) la autorización que expida el juez serviría para proteger los derechos del investigado. Por su parte, las desventajas de practicar un control judicial previo a las visitas administrativas son las siguientes: (i) la duración del proceso podría aumentar significativamente, (ii) se congestionaría el aparato judicial (argumento que resulta muy pertinente al referirnos a las cortes colombianas), y (iii) el juez no podría anticipar todo lo que la autoridad va a encontrar en esa visita y por lo tanto, la autoridad podría dejar de revisar un documento por no estar autorizada para ello, simplemente porque no se sabía que el documento existía. Por las razones antes expuestas, nosotros no consideramos que este sea el mejor esquema para buscar un procedimiento más garantista de las visitas administrativas, lo cual se podría lograr, como lo veremos más adelante, con una regulación más profunda de las mismas.

⁶⁶Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia* (2016), <http://cd00.epimg.net/descargables/2016/06/07/b88b6cee94a3c6642a710f81058ea699.pdf?rel=mas>

⁶⁷José Miguel de la Calle, *Se salvan las funciones de inspección de la SIC*, Asuntos Legales (17 de junio de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/se-salvan-las-funciones-de-inspeccion-de-la-sic-2874284>.

4.1.6. Funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio

Por último, María Lourdes Ramírez y Nelson Hernández Meza, en el artículo “Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de Libre Competencia” analizan el alcance de las funciones administrativas y jurisdiccionales en asuntos de competencia. Los autores identifican todas y cada una de las funciones de esta Superintendencia. Para esto clasifican las mismas en tres categorías: (i) las funciones de autorización, (ii) las funciones sancionatorias, y (iii) las funciones administrativas de control intermedio.⁶⁸

En este artículo los autores explican las distintas funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pero no se refieren a los riesgos que surgen de estas funciones ni a la protección del secreto profesional.

4.1.7. Conclusión

Como se puede observar, la doctrina nacional no ha hecho un análisis exhaustivo de los escenarios en los cuales se vulnera el secreto profesional, ni de los riesgos que existen, tanto para la autoridad como para el investigado, de que se vulnere el secreto profesional en virtud de una visita administrativa. Todavía quedan muchos cabos sueltos respecto de este tema que buscaremos atar a lo largo de este texto.

4.2. Doctrina Internacional

Como ya lo hemos anticipado, a diferencia de lo que ocurre con las fuentes nacionales, sí existen fuentes extranjeras que analizan el secreto profesional en las visitas administrativas (o instituciones análogas). Revisamos fuentes de diversas

⁶⁸María Lourdes Ramírez Torrado & Nelson Hernández Meza, *Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia*, Revista Derecho del Estado, 8 de mayo de 2018, at 317.

jurisdicciones como lo son, España, Estados Unidos, Filipinas, Perú, Canadá, Suecia, Finlandia, Italia, México, y Alemania.

En este capítulo analizaremos los temas que han tocado los diferentes autores internacionales respecto del secreto profesional y las visitas administrativas, entre ellos; (i) la importancia del secreto profesional, (ii) el secreto profesional de los abogados *in house*, (iii) el control judicial de las visitas administrativas, y (iv) las demás protecciones para los investigados.

4.2.1. La importancia del secreto profesional

Tanto Helene Andersson, en su libro “Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission’s Dawn Raid Practices (2018)”,⁶⁹ como Claudia Luyo Rodríguez en su artículo “Privileged information in dawn raids”,⁷⁰ diferencian el secreto profesional como deber y como derecho. Como lo veremos más adelante, el cliente tiene derecho a que se proteja el privilegio profesional, y el abogado tiene el deber de cumplir con la confidencialidad que implica el secreto profesional.

Asimismo, las dos autoras establecen la importancia del secreto profesional. Helene Andersson en el capítulo 10 del libro antes mencionado establece el valor de la honestidad entre el cliente y el abogado, y afirma que, no guardar el secreto profesional equivale perder la confianza. También dispone que el secreto profesional es necesario para la administración de justicia y que el bienestar de la sociedad compensa el hecho de que la información protegida por el secreto profesional no sea revelada.⁷¹

⁶⁹Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission’s Dawn Raid Practices* 180 (Hart Publishing Plc 2018).

⁷⁰Claudia Luyo Rodríguez, *Privileged information in dawn raids*, *Revistas Indecopi*, 2013, at 23, 24.

⁷¹Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission’s Dawn Raid Practices* 180 (Hart Publishing Plc 2018).

Por su parte Claudia Luyo, plantea la importancia del secreto profesional en el sentido de que las personas no pueden temer que los abogados van a revelar sus secretos. La autora también habla del derecho de defensa y afirma que el secreto profesional parte de aquel.⁷²

4.2.2. Sobre los abogados internos o *in house*

Un tema controversial entre los autores es la manera como la Unión Europea maneja el secreto profesional de los abogados internos en las visitas administrativas. Anticipamos que en la Unión Europea el privilegio no abarca a los abogados *in house*, lo cual contrasta con la opinión de varios doctrinantes como es el caso de Gabriel Ibarra, como lo hemos visto anteriormente.

Helene Andersson realiza un recorrido de los casos relacionados con el secreto profesional y concluye el alcance que tiene este derecho en la Unión Europea estableciendo la protección del mismo, los requisitos, las condiciones, etc. Frente a los abogados internos la autora manifiesta que existen varias doctrinas que consideran que se debe ampliar la protección del secreto profesional a los mismos. La autora no está de acuerdo con dos aspectos del sistema europeo. Primero, el hecho de que solo los abogados de la Unión Europea miembros del *American Bar Association* tengan este privilegio. Segundo, que el privilegio tenga como límite el objeto de la investigación (es decir, que la autoridad puede observar correspondencia entre la compañía y sus abogados si no existe conexión con el objeto de la investigación).⁷³

Frente a este último punto Elisa Katarinna Suokko, explicó los casos *Férot y Michaud*, en donde, si bien se trataba de personas naturales, la Convención Europea de

⁷²Claudia Luyo Rodríguez, *Privileged information in dawn raids*, Revistas Indecopi, 2013, at 23, 26.

⁷³Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices 202* (Hart Publishing Plc 2018).

Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”) concluyó que el secreto profesional cubre toda clase de intercambios con el abogado, cualquiera sea su forma, incluyendo documentos electrónicos, mensajes electrónicos información electrónica, etc. También habla la autora del caso *Campbell*, en donde la Convención decidió que toda la correspondencia entre el abogado y el cliente está cubierta por el privilegio, así no esté relacionada con el objeto de la investigación.⁷⁴

Claudia Luyo Rodríguez se aparta de la doctrina del sistema de la Unión Europea, pues considera que los abogados *in house* no son cualquier empleado al tratar información confidencial que ningún otro empleado maneja. La autora considera que el planteamiento de la Corte Europea nubla la protección del secreto profesional. En sus conclusiones propone que las personas puedan rehusarse a compartir la información con las autoridades en el evento de una visita administrativa en virtud del secreto profesional, y que sea sancionado el acceso no autorizado a la información privilegiada.⁷⁵

En el artículo escrito por Patrick E. Zeller, Scott A. Carlson y Patrick J. Burke, “Smart Prevention of Privilege Waiver for Multinational Corporations”, los autores afirman que la doctrina sobre el caso *Akzo* (en el cual se decidió no otorgar el privilegio a los abogados *in house*) no debería ser extendida a las cortes de los estados miembros de la Unión Europea. Por ejemplo, en Bélgica la Corte Suprema decidió que las comunicaciones entre la compañía y el abogado *in house* deben ser confidenciales.⁷⁶ Los autores recorren las doctrinas desarrolladas por varias jurisdicciones, con el fin de establecer cuáles reconocen el secreto profesional. En Inglaterra, por ejemplo, existe un derecho absoluto al secreto profesional y en Estados Unidos se reconoce el derecho

⁷⁴ Elisa Katariina Suokko, *Dawn raids and the right to privacy* 29 (2017).

⁷⁵ Claudia Luyo Rodríguez, “Privileged information in dawn raids”, *Revistas Indecopi*, 2013, at 23, 34.

⁷⁶ Patrick E. Zeller, Scott A. Carlson & Patrick J. Burke, *Unweaving the Dawn Raid Waive: Smart Prevention of Privilege Waiver for Multinational Corporations*, ACC Docket, octubre 2015, at 61, 63.

tanto para los abogados *in house* como para los abogados externos.⁷⁷ Además, sostienen que no es admisible en un proceso la evidencia que ha sido revelada erróneamente y que ha sido recaudada sin brindarle a los investigados la oportunidad de alegar el privilegio.⁷⁸

Como podemos ver, en opinión de varios autores los abogados *in house* deberían estar cubiertos por la sombrilla del secreto profesional. Sin embargo, en los capítulos siguientes mostraremos cómo la Unión Europea no ha cambiado su postura hasta el momento: el secreto profesional no se extiende a la relación de los abogados internos con la compañía.

4.2.3. Control judicial de las visitas administrativas

Otro tema que le ha interesado a los autores es el control judicial de las visitas administrativas. El autor Gavin Murphy, en su artículo “Are EU dawn raid procedures on a collision course with the ECHR? Does a cautionary tale from Canada offer guidance?” pone en tela de juicio el procedimiento de las visitas administrativas en la Unión Europea. El autor plantea que dicho procedimiento no está de acuerdo con las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos. Para esto toma como punto de comparación el procedimiento que usa Canadá, en donde sí existe un control previo para examinar la evidencia de los celulares y los computadores.⁷⁹ El autor hace un barrido de varios casos, como la decisión *RV Vu (VU)* y *R v Fearon (Fearon)*. En el primero de ellos se dispone que la autorización previa es necesaria para buscar en computadores y en celulares. En el segundo, se establece que en ciertas ocasiones es válido hacer una búsqueda en computadores y celulares sin autorización. En todo caso se concluye que las búsquedas en computadores y celulares con autorización previa

⁷⁷*Id.* at 64.

⁷⁸*Id.* at 66.

⁷⁹Gavin Murphy, *Are EU dawn raid procedures on a collision course with the ECHR? Does a cautionary tale from Canada offer guidance?*, Commonwealth Law Bulletin, 2016, at 471, 471.

deben ser razonables. La Corte de Canadá en ambos casos establece una clara diferencia entre los celulares y computadores y el resto de documentos, puesto que en los celulares y computadores cabe una gran cantidad de información. Aunque los investigadores seleccionen un correo, tendrán a su disposición toda la cadena de correos. Esto incrementa las posibilidades de que la autoridad revise documentos que van más allá del alcance del objeto de la investigación.⁸⁰

La autora Romina Polley también se preocupa por la diferencia que existe entre los documentos en medio físico y digital. Considera que la información digital siempre va a ser más abundante. Es por esto que muchas veces es difícil identificar los documentos que están sujetos a secreto profesional cuando hay tanta información, lo cual no sucedía antes, cuando los documentos se encontraban en medio físico.⁸¹

Por su parte, Axel Rupert M. Cruz en el artículo “Competition Litigation: “Dawn Raids” and administrative Searches and Seizures”, realiza un breve resumen del funcionamiento del Derecho de la Competencia en Filipinas y luego entra de lleno en las visitas administrativas, relacionando la naturaleza y la efectividad de las mismas, así como sus límites. El autor identifica dos clases de investigación administrativa: aquellas que se dan en el marco de una investigación, y aquellas que se dan por rutina.⁸²

El autor argumenta que las visitas administrativas en investigaciones sin una garantía judicial son inválidas. Esta idea es argumentada con una serie de casos en donde se concluye lo mismo, como por ejemplo *Salazar v. Achacoso* y *Ktaz vs. USA*. El

⁸⁰*Id.* at 480.

⁸¹Romina Polley, *Digital Evidence Gathering in Dawn Raids – A Risk for the Company’s Rights of Defense and Fundamental Rights*, 20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 4 de abril de 2013, at 1, 14.

⁸²Axel Rupert M. Cruz, *Competition Litigation: “Dawn Raids” and administrative Searches and Seizures*, Ateneo Law Journal, 2016, at 491.

autor va mucho más allá de esto, pues realiza un desarrollo jurisprudencial de las visitas administrativas en relación con las garantías dadas.⁸³

Después de este recorrido, el autor concluye que las investigaciones administrativas deben ser autorizadas por un juez salvo que se trate de investigaciones en áreas públicas o en el caso de que la entidad consienta de la investigación. Para obtener una garantía en una visita administrativa en Filipinas se debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) debe haber una causa probable (ii) que debe ser determinada personalmente por un juez (iii) quien debe examinar al testigo bajo juramento (iv) y por último, la garantía debe describir el sitio de investigación.⁸⁴

Helene Andersson, por su parte, se enfoca en las dificultades de objetar una decisión tomada durante el curso una visita administrativa. En primer lugar, por el elemento sorpresivo de la visita administrativa.⁸⁵ El problema del elemento sorpresivo es que los abogados tienen muy poco tiempo para pensar en una posible objeción.

Esto también se menciona en el artículo escrito por Patrick E. Zeller, Scott A. Carlson y Patrick J. Burke, “Smart Prevention of Privilege Waiver for Multinational Corporations”. Los autores consideran que en el momento de la visita administrativa es muy difícil, determinar cuáles son los documentos que se encuentran bajo secreto profesional y además son muchas las veces en que la compañía no está preparada para recibir a la autoridad. Por ejemplo, es posible que justo la mañana en la que se lleva a cabo la visita administrativa, el abogado de la compañía se encuentre ausente.⁸⁶ Los

⁸³*Id.* at 514-515.

⁸⁴*Id.* at 543.

⁸⁵Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 203 (Hart Publishing Plc 2018).

⁸⁶Patrick E. Zeller, Scott A. Carlson & Patrick J. Burke, *Unweaving the Dawn Raid Waive: Smart Prevention of Privilege Waiver for Multinational Corporations*, ACC Docket, octubre 2015, at 61, 62.

autores concluyen este punto advirtiendo que la mejor protección de las empresas frente a las visitas administrativas es la preparación.⁸⁷

En segundo lugar, si los investigados objetan alguna decisión de la autoridad podrían estar sujetos a sanciones por obstrucción de una investigación.⁸⁸ Esto mismo también lo observa Romina Polley.⁸⁹

Por último, Helene Andersson sostiene que las medidas provisionales no son una opción, a menos de que se objete la decisión de investigación. No hay acción independiente en contra de las medidas tomadas por la autoridad durante la inspección, excepto si se considera que la posición legal de la compañía va a cambiar.⁹⁰

Romina Polley añade a las dificultades de objeción a las decisiones tomadas en el curso de una visita, que muchas veces sólo es posible objetar la decisión final, lo cual tardaría en la mayoría de los casos mucho tiempo. Esto solo conlleva a que se pierda el sentido de la objeción por vulneración al secreto profesional.⁹¹

La misma autora también se percata de una dificultad teórica, y es que, resulta incoherente que, al abstenerse de entregar ciertos documentos para obtener una revisión judicial de un derecho, se quebrante la ley (en este caso el deber de cooperación). La empresa se encuentra entonces entre el dilema cooperar con la autoridad y su legítimo interés de ejercer sus derechos.⁹²

⁸⁷*Id.* at 67.

⁸⁸Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 203 (Hart Publishing Plc 2018).

⁸⁹Romina Polley, *Digital Evidence Gathering in Dawn Raids – A Risk for the Company's Rights of Defense and Fundamental Rights*, 20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 4 de abril de 2013, at 1, 24.

⁹⁰Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 250 (Hart Publishing Plc 2018).

⁹¹Romina Polley, *Digital Evidence Gathering in Dawn Raids – A Risk for the Company's Rights of Defense and Fundamental Rights*, 20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 4 de abril de 2013, at 1, 25.

⁹²*Id.*

Polley también plantea que una demanda por responsabilidad civil sería muy compleja porque este tipo de demandas dependen de condiciones que deben estar probadas ante la Corte, como es el caso del daño causado. Por último, la autora considera que resulta irreal pensar en medidas cautelares teniendo en cuenta que es muy difícil probar un daño serio e irreparable por parte de la autoridad de competencia.⁹³

El análisis del control judicial realizado por los autores nos lleva a concluir que el mismo no funciona en otras partes del mundo al tener tantas trabas para proteger un derecho constitucional. En palabras de la autora Helene Andersson “esto significa que las compañías que son objeto de investigación por la comisión tienen muy poca o ninguna posibilidad de evitar que la comisión tome medidas que son cuestionables desde el punto de vista de los derechos humanos” (traducción libre).⁹⁴ Esto resulta bastante complejo pues, como la misma autora lo ha afirmado, las cortes otorgan legitimidad a la autoridad lo cual tiene como consecuencia inmediata que esta última sea menos cuestionada.⁹⁵

La doctrina también ha analizado el escenario en el que las cortes sugieren que la autoridad actuó razonablemente. Tal es el caso de Veronica Pinotti en su artículo “*Janssen Cilag S.A.S. v. France: Antitrust Dawn Raids do not Violate Human Rights Law in Case of Effective Judicial Review*”, en el cual la autora analiza el caso *Janssen Cilag S.A.S. v. France*. Respecto del secreto profesional, la autora observa que la compañía fue asistida por varios abogados en la visita administrativa que tuvo lugar. De acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos los abogados hubiesen podido alegar los documentos protegidos bajo secreto profesional. Además, ninguno de los documentos estaba identificado como protegido por el secreto profesional.

⁹³*Id.* at 26.

⁹⁴Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 250 (Hart Publishing Plc 2018).

⁹⁵*Id.* at 252.

Adicionalmente, la compañía tenía el derecho de identificar aquellos documentos protegidos bajo secreto profesional aún después de la visita administrativa, para solicitarlos de vuelta. La Corte Europea de Derechos Humanos decidió que la visita no fue desproporcionada teniendo en cuenta las garantías en favor de la compañía. La autora considera que, a menos de que exista una evidencia clara del incumplimiento de las garantías por la Comisión Europea, las probabilidades de que una visita administrativa sea declarada incompatible con la Corte Europea de Derechos Humanos son muy limitadas.⁹⁶

4.2.4. Protecciones adicionales para la empresa visitada

Los autores han propuesto diferentes “protecciones” en la práctica de las visitas administrativas. Por ejemplo, Veronica Pinotti recomienda a las compañías que en una visita administrativa exista la asistencia de uno o varios abogados capacitados para atender a la autoridad y que los documentos que estén bajo secreto profesional sean marcados como tales.⁹⁷

Esto último también es propuesto por los autores Patrick E. Zeller, Scott A. Carlson y Patrick J. Burke, en el artículo “Smart Prevention of Privilege Waiver for Multinational Corporations”. En este mismo documento se plantea la posibilidad de crear un mapa de información y capacitar a los abogados para asistir una visita administrativa.⁹⁸ Romina Polley, además de sugerir separar los documentos y marcarlos como documentos sujetos al secreto profesional, sugiere establecer términos de búsqueda para la información digital.⁹⁹

⁹⁶Veronica Pinotti, *Janssen Cilag S.A.S. v. France: Antitrust Dawn Raids do not Violate Human Rights Law in Case of Effective Judicial Review*, Journal of European Competition Law & Practice, 14 de julio de 2017, at 28, 29.

⁹⁷*Id.* at 30.

⁹⁸Patrick E. Zeller, Scott A. Carlson & Patrick J. Burke, *Unweaving the Dawn Raid Waive: Smart Prevention of Privilege Waiver for Multinational Corporations*, ACC Docket, octubre 2015, at 61,67.

⁹⁹Romina Polley, *Digital Evidence Gathering in Dawn Raids – A Risk for the Company’s Rights of Defense and Fundamental Rights*, 20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 4 de abril de 2013, at 1, 22.

Resulta preocupante que tanto la autora Romina Polley,¹⁰⁰ como Gavin Murphy¹⁰¹ han advertido que este tema no está debidamente regulado, pues la protección de los documentos sujetos al secreto profesional en las visitas administrativas es un tema que no se trata en la Nota de Inspección o en el Manual de Procedimiento de la Comisión Europea.

Por último, el autor Gavin Murphy aborda un tema desarrollado en el *Explanatory Note* de la Comisión Europea. Ésta establece que si la investigación no se completó durante la investigación *in situ*, la Comisión podrá llevarse los documentos faltantes. Si lo solicita, la empresa podrá pedir una copia de los documentos eliminados que se ha llevado la autoridad. Los representantes de la compañía podrán asistir a la Comisión Europea cuando los documentos sean revisados para proteger el derecho de defensa de la compañía. De manera alternativa, la Comisión puede devolver la información sin abrirla. Y, como tercera opción, se tiene que la Comisión debe mantener la información en un sobre sellado para una futura investigación. El autor está de acuerdo con esta tercera opción y concluye que no hay garantías en la revisión de los computadores por parte de la autoridad en una visita administrativa, mientras que en Canadá sí las hay.¹⁰²

4.2.5. Conclusión

Del recorrido de las fuentes internacionales que hemos llevado a cabo, resalta el hecho de que en realidad son pocos los consensos que existen entre jurisdicciones sobre la manera en la que se debe manejar el secreto profesional en las visitas

¹⁰⁰*Id.* at 20.

¹⁰¹Gavin Murphy, *Are EU dawn raid procedures on a collision course with the ECHR? Does a cautionary tale from Canada offer guidance?*, *Commonwealth Law Bulletin*, 2016, at 471, 480.

¹⁰²*Id.*

administrativas.¹⁰³ Tal vez la respuesta a esta consideración se relaciona con que cada país concibe el secreto profesional de distintas maneras y lo protegerá teniendo en cuenta las demás garantías del proceso. En todo caso hemos podido observar que existe una corriente proteccionista del secreto profesional, de la cual sin duda hacen parte Estados Unidos e Inglaterra.

Las fuentes internacionales profundizan mucho más sobre el tema de nuestro trabajo que las nacionales. Sin embargo, debemos tener en cuenta que ninguna de ellas se refiere a las visitas administrativas y al secreto profesional en la legislación colombiana, pues precisamente son fuentes internacionales. Por eso este trabajo de grado contribuye a cerrar una brecha en la literatura sobre el Derecho de la Competencia en Colombia.

5. El secreto profesional

Pasamos a revisar la noción del secreto profesional en algunas jurisdicciones del mundo y en Colombia. Después de esto, estableceremos los motivos por los cuales en una visita administrativa se puede vulnerar el secreto profesional.

5.1. Definición y elementos del secreto profesional

El secreto profesional es “la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad”.¹⁰⁴ Está contenido en la Constitución Política de Colombia (artículo 74), donde explícitamente se establece su inviolabilidad. El secreto profesional aplica en varias profesiones, siendo una de ellas la abogacía.

¹⁰³Ni siquiera en Europa existe consenso sobre el manejo del secreto profesional. Por ejemplo, en Suecia existe una protección mucho más amplia que la protección que ofrece las normas europeas. (Elisabeth Eklund, *Anti-trust dawn raids: Sweden gets more extensive protection for legal professional privilege than EU*, Delphi, octubre de 2011, at 1, 4.)

¹⁰⁴Constitucional. Sentencia C-301 de 2012. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt: 25 de abril de 2012).

En otras normas del ordenamiento jurídico también se establece la inviolabilidad del privilegio profesional. Así, en las normas sobre derecho de petición ante autoridades, el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015 establece:

“Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial: (...) 7. Los amparados por el secreto profesional. PARÁGRAFO. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información”.¹⁰⁵

La OCDE ha definido el secreto profesional en el ámbito del derecho como la protección de la confidencialidad de comunicaciones entre clientes y sus asesores legales dentro de un descubrimiento forzoso a terceros o entidades.¹⁰⁶

Por su parte, Alfonso Clavijo ha establecido que el secreto profesional “es la facultad de reservar las fuentes de información y los datos obtenidos de ellas ante las empresas, las autoridades y los jueces”.¹⁰⁷

El secreto profesional en el ámbito de las ciencias jurídicas tiene dos facetas. Por una parte, es un deber del abogado, y por la otra un derecho del investigado. Esto mismo se establece en el Código de Conducta de los Abogados de la Unión Europea, el

¹⁰⁵ Ley 1755 de 2015. Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo..30 de junio de 2015. Diario Oficial 49.559.

¹⁰⁶OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* 5 (January 31, 2019).

¹⁰⁷Alfonso Clavijo González, *El secreto profesional* (Grupo Editorial Ibáñez 2009).

cual dispone que el secreto profesional es un derecho y un deber que hace posible la confianza entre el cliente y el abogado.¹⁰⁸

Es un deber del abogado en el sentido de que éste debe guardar la información suministrada por el cliente, incluso después de cesar la prestación de sus servicios. Claudia Luyo, define este deber como la obligación que tienen ciertos profesionales que acceden a la información de los clientes.¹⁰⁹ En Colombia, este deber se encuentra contemplado en el numeral 9 del artículo 28 y en el artículo 34 de la Ley 1123 del 2007.

No respetar este deber comporta una falta a la lealtad con el cliente. En Perú se imponen hasta dos (2) años de cárcel por violar el secreto profesional (artículo 165 del Código Penal Peruano). En Colombia, no respetar el deber puede tener como consecuencias la censura, multa, suspensión o exclusión del ejercicio de la profesión, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 1123 del 2007.

Sin embargo, en Colombia, la misma Ley 1123 del 2007, artículo 34, contempla dos excepciones al deber del secreto profesional. La primera se refiere al escenario en el cual el abogado ha recibido autorización escrita del cliente. La segunda, es el caso en el cual existe necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito, siempre y cuando tal conducta se encuadre en la causal de exoneración contemplada en el numeral 4 del artículo 22 de la misma ley, es decir, siempre que se obre “para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad”. En este punto es necesario advertir que hay ciertas conductas contrarias a la Libre Competencia que también podrían encajar como delito, como el acaparamiento, el agiotaje, la colusión en licitaciones públicas, etc. En este orden de ideas, el abogado podría pasar por encima

¹⁰⁸ Claudia Luyo Rodríguez, *Privileged information in dawn raids*, Revistas Indecopi, 2013, at 23, 24.

¹⁰⁹ *Id.* at 23.

del privilegio si la conducta contraria a la Libre Competencia constituye también un delito en los anteriores términos.

Por otro lado, se trata también de un derecho del investigado, que consiste en oponerse a descubrir información sujeta a este privilegio durante las investigaciones, oponerse a que se usen las pruebas que están sujetas a secreto profesional en un proceso judicial, oponerse al descubrimiento de estos documentos protegidos ante terceros, recurrir decisiones que se basen en pruebas sujetas al secreto profesional, etc.¹¹⁰ Este derecho se basa en el derecho de defensa y en el derecho al debido proceso en el sentido de que el mismo es necesario para construir una defensa sólida. De esta diferencia, entre derecho y deber, se deriva que la titularidad del derecho del secreto profesional siempre será del cliente, y no del abogado.

Podemos deducir de lo anterior que los elementos del secreto profesional en el ámbito jurídico son: (i) se trata de información confidencial, (ii) que es otorgada a una persona o a unas personas en función de su profesión de abogado, y (iii) es un derecho y una obligación del profesional de carácter “inviolable”.

En los siguientes capítulos abordaremos el secreto profesional como derecho o deber en el ámbito de las visitas administrativas del Derecho de la Competencia en Colombia, y, por lo tanto, cuando se haga referencia en este texto al secreto profesional, estaremos hablando del derecho o deber (según sea el caso) del secreto profesional en el Derecho de la Competencia en Colombia.

¹¹⁰OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* 7 (January 31, 2019).

6. El secreto profesional en las visitas administrativas realizadas por la SIC

La tensión entre el secreto profesional y la actividad probatoria de la autoridad surge por el hecho de que, en una visita administrativa, la autoridad querrá recaudar la mayor cantidad de información posible, mientras que el derecho del secreto profesional vela por el secreto de la información protegida por la relación cliente-abogado. En este entendido estamos poniendo sobre la mesa, por un lado, la efectividad de la autoridad y la agilidad de la investigación, y, por el otro, el secreto profesional, que va de la mano del derecho de defensa, el derecho a la privacidad y el derecho a una representación legal;¹¹¹ elementos que derivan en un debido proceso.

En el mundo, treinta y cuatro (34) de treinta y seis (36) países que hacen parte de la OCDE reconocen el secreto profesional;¹¹² sin embargo, el reconocimiento varía alrededor del mundo, en especial cuando se trata de los abogados *in house*.¹¹³ Existen países en donde no se reconoce el secreto profesional entre el abogado y el cliente, sin importar si el abogado es *in house* o externo. Este es el caso de Japón.¹¹⁴

En este capítulo explicaremos los principales riesgos que pueden conducir a que el secreto profesional se vea vulnerado en una visita administrativa. En primer lugar, trataremos el elemento sorpresa el cual es de la naturaleza de la visita administrativa. En segundo lugar, abordaremos la depuración de la información en las visitas administrativas. En tercer lugar, plantearemos el debate que existe frente al alcance del secreto profesional, en relación con los abogados *in house*. En cuarto lugar, haremos referencia a la incapacidad del investigado de objetar cualquier decisión durante la visita

¹¹¹*Id.* at 6.

¹¹²No reconocen este privilegio Japón y Corea. (*Id.* at 32).

¹¹³Solo diez y nueve (19) de treinta y cuatro (34) países de la OCDE reconocen el secreto profesional a los abogados *in house*. (*Id.* at 11).

¹¹⁴*Id.* at 6.

administrativa. En quinto lugar, se analizará si existe una falta de regulación frente al alcance del secreto profesional.

6.1. El elemento sorpresa de la visita

El elemento sorpresa es quizás el elemento más importante de una visita administrativa. Tan es así que la traducción del inglés “*dawn raid*” de las visitas es “redada al amanecer”, refiriéndose a la sorpresividad de la misma. Los presuntos infractores de la ley de competencia casi nunca están preparados para recibir a la autoridad. Es por esto que las visitas resultan ser más efectivas que otros métodos de recolección de evidencia, como por ejemplo los requerimientos de información.¹¹⁵

El hecho de que la visita sea sorpresiva conlleva que sea más difícil proteger los derechos de los investigados.¹¹⁶ Es posible, por ejemplo, que el equipo legal no se encuentre preparado para recibir a la autoridad o que no se encuentre un abogado en el preciso momento de la visita.¹¹⁷

Además, no es realista asumir que la compañía va a tener tiempo de oponerse a las decisiones de la autoridad durante la visita, decisiones que pueden acarrear daños irreversibles por el hecho de revisar ciertos documentos que la compañía considera sujetos a privilegio profesional.¹¹⁸ Lo anterior porque para plantear una objeción semejante, se requieren argumentos que son difíciles de sacar del bolsillo en el momento. La OCDE observa que existen jurisdicciones en donde invocar el secreto profesional sobre varios documentos sin especificar las razones específicas de la

¹¹⁵Claudia Luyo Rodríguez, *Privileged information in dawn raids*, Revistas Indecopi, 2013, at 23, 30.

¹¹⁶Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 4 (Hart Publishing Plc 2018).

¹¹⁷Patrick E Zeller, Scott A. Carlson & Patrick J. Burke, *Unweaving the Dawn Raid Waiver: Smart Prevention of Privilege Waiver for Multinational Corporations*, ACC Docket, octubre 2015, at 61, 62.

¹¹⁸Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 206 (Hart Publishing Plc 2018).

reclamación de cada documento en específico, o esperar demasiado para invocar el privilegio, puede causar que las reclamaciones no sean exitosas.¹¹⁹

La sorpresividad de la visita implica que la compañía tendrá muy poco tiempo para analizar la situación y deberá tomar decisiones en caliente.¹²⁰ Es probable que, al encontrarse en esta situación de presión, la compañía tome decisiones inadecuadas por ser en el momento las decisiones “más fáciles”.

Sumado a lo anterior, seguramente las empresas no tienen organizados sus documentos de tal manera que estén separados aquellos sujetos a secreto profesional y aquellos que no lo están.¹²¹ Hacer esta depuración al momento de la visita es prácticamente imposible por el poco tiempo de la misma, y por el hecho de que la autoridad, por razones de técnica y metodología forense digital, insiste en tomar la información en bloque para garantizar la cadena de custodia de la misma.

Debemos recalcar que el hecho de que la visita sea sorpresa no implica automáticamente que se viole el secreto profesional. Sin embargo, es un factor que incrementa las posibilidades de que se vea vulnerado el mismo. En todo caso, también consideramos que la sorpresividad es un elemento de la naturaleza de la figura y que le proporciona, sin duda alguna, una mayor efectividad.

¹¹⁹OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* 25 (January 31, 2019).

¹²⁰En el caso de *Janssen Cilag* la Corte de Estrasburgo descartó la reclamación hecha ante la Corte por violación al secreto profesional por estar mal fundada (Veronica Pinotti, *Janssen Cilag S.A.S. v. France: Antitrust Dawn Raids do not Violate Human Rights Law in Case of Effective Judicial Review*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 14 de julio de 2017, at 28, 29).

¹²¹En la visita administrativa que se llevó a cabo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en Equión los documentos no estaban organizados de esta manera. (Entrevista con Ana María Sarria, Vicepresidente Legal de Equión Energía, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020)).

6.2. La depuración de la información

La depuración es un punto clave al hablar de las visitas administrativas, pues es en este paso donde la autoridad establece cuáles documentos va a revisar. Hoy en día los documentos de las empresas son en su mayoría digitales, los cuales tienen características muy distintas de los documentos en físico. Por ejemplo, los documentos digitales tienen la particularidad de estar encadenados. Pensemos en un correo electrónico. Si la autoridad señala un correo, tendrá acceso al resto de documentos incluidos en la cadena de correos.¹²² Otro ejemplo de las características de los archivos digitales son los metadatos, cuya función es contener datos sobre los documentos (fechas, autor, etc). Es tanta la información que puede tener un computador o un celular que el mismo investigado puede no darse cuenta de lo que hay en ellos. Por lo tanto, le será muy difícil señalar qué clase de información está sujeta al secreto profesional al momento de la investigación.¹²³

Es por esto que la autoridad colombiana ha decidido recopilar los documentos digitales en bloque.¹²⁴ Existe una imposibilidad técnica, al ser tan complicada una depuración en el domicilio de las empresas, pues las evidencias requieren de un laboratorio forense.¹²⁵ Así también lo ha reconocido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un reciente fallo:

¹²²Gavin Murphy, *Are EU dawn raid procedures on a collision course with the ECHR? Does a cautionary tale from Canada offer guidance?*, Commonwealth Law Bulletin, 2016. at 471, 480.

Esto sucede en varias jurisdicciones, como es el caso de Francia, en donde los inspectores pueden tomar todo el buzón de correo electrónico, que será considerado como un sólo documento y que podrá ser revisado por la autoridad si encaja en el objeto de la investigación al menos de manera parcial (*partiellement utile*). (Stefan Rating & Yolanda Martínez Mata, *Dawn raids of the European Commission: limits to document seizure*, Era Forum, 23 de abril de 2013, at 9,17).

¹²³Romina Polley, *Digital Evidence Gathering in Dawn Raids – A Risk for the Company’s Rights of Defense and Fundamental Rights*, 20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 4 de abril de 2013, at 1, 21.

¹²⁴Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Jorge Enrique Sánchez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 15 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VFGkq-0VwWA&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=3).

¹²⁵Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Pablo Felipe Robledo (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 8 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=pZd46uF6KIY&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=4).

“en caso de encontrar los peticionarios que se llega a configurar una vulneración de sus derechos fundamentales en torno a dicho procedimiento cuenta con otras herramientas jurídicas para efectuar dicha discusión, de encontrarse acreditada ésta, más allá de una mera expectativa, máxime porque el levantamiento y custodia la información no puede hacerse selectivamente en el momento de su recolección porque contiene un universo de datos que sólo podrá calificarse posteriormente, de acuerdo a su contenido y es en ese momento que le concierne a la autoridad excluir de su acceso a todos aquellos elementos que no guardan relación con la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio y que hacen parte de la garantía fundamental a la intimidad de sus titulares” (subrayas fuera del texto).¹²⁶

El proceso de depuración lo realiza el laboratorio forense, para determinar a qué documentos pueden tener acceso los investigadores.¹²⁷ La información se copia en un disco, que es una copia espejo del computador y se sube a un servidor que utiliza un programa forense para hacer indexación y búsqueda de esta información.¹²⁸

Según Bayron Prieto, ex director de informática forense de la Superintendencia de Industria y Comercio, la forma de búsqueda en el mundo digital es más genérica ya que se realiza por medio de vectores¹²⁹, lo cual hace que el resultado de las búsquedas

¹²⁶Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección B. Sentencia No. 2020-02-022 RI, M.P Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón; 25 de febrero de 2020.

¹²⁷Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Pablo Felipe Robledo (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 8 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=pZd46uF6KIY&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=4).

¹²⁸Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Jorge Enrique Sánchez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 15 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VFGkq-0VwWA&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=3).

¹²⁹Los vectores de búsqueda en la informática forense permiten, como su nombre lo dice, buscar la información que se necesita encontrar en un universo digital. Por ejemplo, mediante un vector de búsqueda se pueden diferenciar todos los correos que se enviaron en un periodo de tiempo determinado, o se pueden diferenciar todos los correos que provienen de cierta firma de abogados. (Entrevista con Bayron Prieto, ex Director de Informática Forense de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020)).

incluyan muy seguramente documentos sujetos al secreto profesional. Por lo tanto el riesgo de que se vulnere el secreto profesional es mayor.¹³⁰

Ahora bien, ¿cómo maneja la autoridad esta situación en caso de presentarse en la depuración información sujeta a secreto profesional? Considera Jorge Enrique Sánchez, ex Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, que, si en esta depuración aparece un documento sujeto a derecho profesional, no será tenido en cuenta como prueba, con lo cual estima que al no ser considerado como prueba, se garantiza el secreto profesional.¹³¹ Esto mismo fue dispuesto en la Resolución No. 8051 de 2018 de la SIC en donde se estableció que la SIC

“tiene la carga de guardar la reserva correspondiente y de utilizar como evidencia o prueba solo aquella pertinente para los fines de la actuación administrativa, en aplicación de las limitaciones que surjan de la guarda debida de otras garantías constitucionales, como el secreto profesional y la intimidad”.¹³²

Además, según el actual Superintendente, el investigado podría acercarse al laboratorio forense de la SIC para que le otorguen una certificación de la información que fue destruida y que no se utilizó.¹³³

¹³⁰*Id.*

¹³¹Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Jorge Enrique Sánchez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 15 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VFGkq-0VwWA&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=3)

¹³²Resolución 8051 de 2018. Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación. 8 de febrero de 2018.

¹³³Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Andrés Barreto (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 1 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=C5dY7J-jnLo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=5)

En este proceso de depuración estructurado por la Superintendencia de Industria y Comercio encontramos varias fallas que atentan contra el secreto profesional y que se explican a continuación.

Primero, no vemos que se establezca una regulación o protocolo en el cual se observen los pasos a seguir por la autoridad, y que también pueda ser observado por el investigado para garantizar sus derechos.

Segundo, la depuración es realizada por el laboratorio forense, el cual es una dependencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.¹³⁴ Esta entidad no es un organismo autónomo e independiente de la investigación y de los investigadores que la adelantan. El peligro que genera esta situación radica en que la autoridad se forme su opinión del caso con los documentos entregados por el investigador, que pueden incluir aquellos sometidos a secreto profesional, a pesar de que dichos documentos no sean incluidos como pruebas en el expediente. Recordemos que, dentro de la información sujeta a secreto profesional, puede haber conceptos de abogados, opiniones legales, estrategias de comercio, etc. Según Julio Casteñeda, esta situación no le brinda tranquilidad a los investigados porque nadie sabe si el laboratorio conoció del documento sujeto a secreto profesional.¹³⁵

Nosotros no consideramos, como opina el ex Superintendente Delegado Jorge Enrique Sánchez, que la protección del secreto profesional consiste en excluir del acervo probatorio un documento sujeto a secreto profesional.¹³⁶ Esto implica que se debe conocer el documento para excluirlo. Es decir que, así la autoridad no use la

¹³⁴Superintendencia de Industria y Comercio. Organigrama. 2018.

¹³⁵Entrevista con Julio Casteñeda, ex Coordinador del Grupo de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Bogotá D.C., Colombia (12 de marzo de 2020).

¹³⁶Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Jorge Enrique Sánchez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 15 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VFGkq-0VwWA&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=3)

información, sí la conoció, y por lo tanto el secreto profesional ha sido vulnerado. Como ya lo habíamos anticipado en la Sección 4.1.3, el ex Superintendente De la Calle recalca la gran diferencia que hay entre las palabras *usar* y *acceder* a la información.

No podemos caer en el error de violar el secreto profesional para protegerlo, más aún teniendo en cuenta que la disposición constitucional establece que el mismo es “inviolable”.¹³⁷ La hipótesis del ex Superintendente Delegado podría atentar contra el derecho de defensa, al proponer que la autoridad conozca del secreto profesional y se forme alguna opinión sobre el caso, así no se usen los documentos como prueba.

Por lo tanto, consideramos que esta depuración la debería realizar un ente autónomo e independiente de la investigación, que pueda decidir con objetividad si un documento está sujeto a secreto profesional, y sin que la información pueda sesgar la opinión de la autoridad. Esto es lo que Pablo Márquez llama “administración de conflictos de interés al interior de la autoridad”. Para estos escenarios debería haber un grupo de personas que realicen un filtro de los documentos sujetos a secreto profesional, para que quien investiga no conozca de los documentos sometidos a reserva. Se trataría de una evaluación legal de abogados, lo cual otorgaría transparencia y garantías al proceso. Así funciona el grupo que examina la información preliminar en los programas de delación.¹³⁸

El modelo que se usa hoy en día, según Pablo Márquez, destruye la intermediación del funcionario público, pues el juicio se hace con las pruebas, y no viendo los juicios de los demás (en este caso de los abogados que envían conceptos a sus clientes).¹³⁹ Sin

¹³⁷Grabación: Encuentro Académico sobre el Debido Proceso en materia de Libre Competencia. (Garrigues/Legis – Intervención de Gabriel Ibarra). 16 de julio 2019. (Archivo grabado por el autor).

¹³⁸Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Pablo Márquez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 29 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=1aKQecBEbBo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=1)

¹³⁹*Id.*

embargo, discrepamos con el profesor Márquez en el sentido de que consideramos que este grupo debe ser independiente a la autoridad. Es decir, no debe ser parte de la misma, pues si se tratara de un ente que hace parte de la SIC, entonces se vería comprometida la independencia de este ente.

Tercero, es importante mantener la confidencialidad de esta información sujeta a secreto profesional, no solo de la autoridad, sino también de terceros. No vemos que exista un manual en el que se regule este tema para que los investigados puedan tener la seguridad en el sentido de que la información no será expuesta, por ejemplo frente a terceros competidores, lo cual sí se encuentra regulado en la Unión Europea (Nota Explicativa de la Comisión).¹⁴⁰

Cuarto, pareciera que la recolección en bloque está en contra del principio de exhibición consagrado en el artículo 268 del Código General del Proceso (norma guía de las visitas administrativas según la Sentencia C-165 de 2019), en concordancia con el artículo 65 del Código de Comercio y el artículo 133 del Decreto 2649 de 1993, los cuales establecen que la exhibición de los libros y papeles de los comerciantes se realiza de manera parcial.¹⁴¹

Para concluir este punto, los documentos digitales nos llevan a que se realice una recolección en bloque que no tiene ninguna regulación o protocolo, que también sea conocida por el investigado. Además es una actividad realizada por un organismo que obedece órdenes de quienes realizan la investigación, lo que conduce a que exista el peligro de que la autoridad, a pesar de no usar documentos sujetos a secreto profesional en el expediente, sí podría formarse una opinión con base en los mismos. Consideramos

¹⁴⁰Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Juan David Gutiérrez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 22 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=pf1DxhmakJo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=2)

¹⁴¹Alfonso Miranda, *Resumen y análisis de la sentencia C-165 de 2019* (julio de 2019).

que las garantías constitucionales no deben depender de las limitaciones técnicas. Si la técnica no permite garantizar derechos, debemos encontrar una manera de hacerlo.¹⁴²

6.3. El secreto profesional de los abogados *in house*

Los abogados *in house* son aquellos abogados que de manera permanente trabajan en una empresa, ya sea por medio de un contrato laboral o de prestación de servicios.¹⁴³ Por el contrario, un abogado externo es el que se consulta para ciertos asuntos y no forma parte de la empresa investigada. En Colombia hay un riesgo de vulnerar el secreto profesional en una visita administrativa porque no hay claridad en la protección del mismo cuando la información proviene de un abogado *in house*. Según la OCDE, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que los abogados *in house* están protegidos por el secreto profesional, si se demuestra que el abogado estaba otorgando asesoría legal a la compañía y no simplemente realizando deberes administrativos. Sin embargo, palabra seguida, la OCDE menciona que los litigantes reconocen que han estado en circunstancias en donde el secreto profesional ha sido recolectado de manera inadecuada.¹⁴⁴

Consideramos importante exponer el debate que existe frente al tema, y, por tanto, en este acápite trataremos de responder la siguiente pregunta: ¿se debe proteger el secreto profesional de un abogado *in house* en una visita administrativa?

En primer lugar abordaremos los argumentos por los cuales el secreto profesional no debe ser un obstáculo para la autoridad en una visita administrativa y, en segundo lugar, los argumentos por los cuales se debe respetar el secreto profesional de los abogados *in house* en una visita administrativa.

¹⁴²Grabación: Encuentro Académico sobre el Debido Proceso en materia de Libre Competencia. (Garrigues/Legis – Intervención de Gabriel Ibarra). 16 de julio de 2019. (Archivo grabado por el autor).

¹⁴³ Claudia Luyo Rodríguez, “Privileged information in dawn raids”, *Revistas Indecopi*, 2013, at 23, 27.

¹⁴⁴ OCDE, *Colombia: Assessment of competition law and policy*, 67 (2016).

6.3.1. Argumentos en contra de la protección del secreto profesional de los abogados *in house* en una visita administrativa

El principal motivo para no tener en cuenta el secreto profesional de los abogados *in house* es la eficiencia de la autoridad. La eficiencia se desglosa en dos temas. Por un lado, la cantidad de información que puede ser inspeccionada por la autoridad. Si se protege la información de los abogados *in house*, resulta evidente que se reduce el número de documentos que pueden ser inspeccionados por la autoridad. Por otro lado, las reclamaciones por violación al secreto profesional aumentan. Si se protege el secreto profesional de los abogados *in house*, se incrementaría el número de reclamaciones por violación del secreto profesional, lo que haría que la investigación se desacelere y que se desgaste el aparato judicial.¹⁴⁵

Además, varios autores, como por ejemplo el profesor Wils,¹⁴⁶ consideran que este privilegio se puede prestar para abusos, por ejemplo, para facilitar un cartel. A manera de ilustración, en Colombia, ha sucedido que los abogados hacen parte de la conducta anticompetitiva, como sucedió en el caso de la Resolución 56979 del 10 de agosto de 2018, en el cual los abogados de los agentes económicos también fueron investigados.¹⁴⁷

Es por esto que, en países como Estados Unidos e Inglaterra, se permite que se exponga la información si el secreto profesional ha sido usado para cubrir un crimen o un fraude.¹⁴⁸ Según el profesor Fernando Carbajo, en España, si el juez instructor tiene sospechas de un ilícito penal, podría ordenar que entre la policía judicial en el despacho

¹⁴⁵OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Summary of discussion of the roundtable on the treatment of legally privileged information in competition proceedings* 4 (2 de octubre de 2019).

¹⁴⁶*Id.*

¹⁴⁷Resolución 56979 de 2018. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. 10 agosto 2018.

¹⁴⁸Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 181 (Hart Publishing Plc 2018).

de los abogados, ya sea que éstos sean abogados internos o externos. Eso sí, a la hora de sopesar el secreto profesional y el interés general, la autoridad o la policía no puede presentar meras sospechas.¹⁴⁹

Adicionalmente se ha considerado que los abogados *in house* tienen su independencia comprometida, pues tienden a velar por el interés de la compañía.¹⁵⁰ En el caso *Akzco Nobel*, la Corte de Justicia de la Unión Europea denegó el privilegio a las comunicaciones entre las compañías y sus abogados *in house*. En su decisión sostuvo que solo las comunicaciones entre los clientes y los abogados externos están sujetas al privilegio, porque solo los abogados externos son realmente independientes. En palabras de la Corte:

“la posición del empleado, por su propia naturaleza conlleva a que éste no pueda ignorar la estrategia comercial perseguida por el empleador y por lo tanto, su independencia profesional se ve afectada. En consecuencia, un abogado *in house* es menos capaz de lidiar con conflictos entre su obligación profesional y las necesidades del cliente” (traducción libre).¹⁵¹

En resumen, para que el abogado sea realmente independiente, se requiere la ausencia de relación laboral entre el abogado y su cliente.¹⁵²

Otro argumento de este lado del debate consiste en que las compañías siempre podrán optar por contratar un asesor externo para que sus asuntos puedan ser llevados

¹⁴⁹Entrevista con el Profesor Fernando Carbajo, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (2 de octubre de 2019).

¹⁵⁰OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Summary of discussion of the roundtable on the treatment of legally privileged information in competition proceedings* 3 (2 de octubre de 2019).

¹⁵¹OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* 12 (January 31, 2019).

¹⁵²*Id.*

por él y no por el abogado *in house* y por lo tanto no significa que las compañías estén privadas del secreto profesional.¹⁵³

6.3.2. Argumentos a favor de la protección del secreto profesional de los abogados *in house* en una visita administrativa

Frente al abuso del secreto profesional, al poder ser un vehículo para ocultar conductas ilegales, doctrinantes como Erique González-Díaz consideran que el hecho de garantizar el secreto profesional no conlleva necesariamente que se puedan esconder evidencias. Por su parte, la BIAC (*Business and Industry Advisory Comitee*) considera que este abuso se puede dar tanto con abogados externos como con abogados internos.¹⁵⁴

En cuanto a la independencia de los abogados *in house*, una parte de la doctrina considera que tanto los abogados internos como los abogados externos son independientes. El comité BIAC dispone que la elección de los abogados externos como internos debería ser libre, porque la independencia se puede garantizar de otras maneras, como por ejemplo con manuales.¹⁵⁵ Así, la Corte Comercial de Lisboa estableció que la independencia de los abogados, la autonomía y la integridad, se derivan de la constitución y de otras notas y regulaciones, y que, por tanto, no hay distinción entre un abogado interno y uno externo.¹⁵⁶ Además de esto, la independencia de los abogados externos puede verse nublada por la dependencia económica que estos tienen frente a su cliente.¹⁵⁷

¹⁵³OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Summary of discussion of the roundtable on the treatment of legally privileged information in competition proceedings* 3 (2 de octubre de 2019).

¹⁵⁴*Id.* at 10.

¹⁵⁵*Id.*

¹⁵⁶OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* 12 (January 31, 2019).

¹⁵⁷*Id.* at 13.

Consideran algunos que contratar a un abogado externo puede suponer desventajas para la compañía. Primero, los gastos. No es cierto que los clientes cuenten con suficientes recursos para escoger a un abogado externo, y, por tanto, si éste no es indispensable, preferirán disponer de su abogado interno, ya que el mismo se encuentra contratado. Segundo, las demoras en los trámites que debe hacer la compañía. Un abogado interno podrá realizar el trabajo más rápido que uno externo. Tercero, el abogado interno conocerá mucho mejor la empresa que el abogado externo. En todo caso, la decisión sobre contratar un abogado interno o uno externo debería ser libre para cada cliente.¹⁵⁸

Además, el hecho de que se respete el derecho profesional para los abogados externos, pero no para los internos, puede generar un incentivo económico para tercerizar el departamento legal de la compañía. Esto puede alterar toda la economía del sistema de forma artificiosa.¹⁵⁹

6.3.3. Nuestra opinión

Es cierto que el abogado interno puede manejar asuntos meramente administrativos de la compañía; sin embargo, también puede manejar asuntos que sí están sujetos a secreto profesional, como son las opiniones legales.

Consideramos que el secreto profesional surge de la misma profesión de una persona. En ningún momento las normas del secreto profesional distinguen entre un abogado interno y uno externo, y donde la norma no distingue, no le es dable al intérprete distinguir.

¹⁵⁸*Id.*

¹⁵⁹Entrevista con Salomón Vaie, anterior Director Senior Legal Corporativo de Bavaria (25 de marzo de 2020).

Tanto el abogado interno como el externo tiene clientes, unos internos y otros externos respectivamente.¹⁶⁰ Y el secreto profesional surge por la confianza que hay entre estos clientes y su abogado, sea interno o externo. La confianza que deposita un administrador en los abogados externos e internos es la misma.¹⁶¹ El hecho de que la empresa investigada pague el salario de los abogados internos, no significa que estos no puedan ser profesionales y que no puedan obrar de buena fe,¹⁶² como se los exige el estatuto profesional.

En Colombia no parece haber una distinción clara sobre la protección del secreto profesional de los abogados internos y externos, y por ende, tampoco resulta claro que la SIC pueda revisar documentos de los abogados internos, lo cual es contrario a la seguridad jurídica.¹⁶³ Debería existir un lineamiento claro sobre los protocolos de la Superintendencia en donde se prohíba recoger documentos sujetos al secreto profesional, tanto de los abogados *in house*, como de los abogados externos.

6.4. La incapacidad de oposición

Pensemos en el supuesto en el que la autoridad busca llevarse documentos sujetos a secreto profesional. Los investigados, o el abogado (que además tiene el deber de no entregar la información sujeta a secreto aún si lo requiere una autoridad), buscarán oponerse a esta decisión de la autoridad.¹⁶⁴

¹⁶⁰Entrevista con Ana María Sarria, Vicepresidente Legal de Equión Energía, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020).

¹⁶¹Grabación: Encuentro Académico sobre el Debido Proceso en materia de Libre Competencia. (Garrigues/Legis – Intervención de Salomón Vaie). 16 de julio de 2019. (Archivo grabado por el autor).

¹⁶²Entrevista con Ana María Sarria, Vicepresidente Legal de Equión Energía, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020).

¹⁶³Salomón Vaie ha manifestado que en la visita administrativa que él presenció, la Superintendencia no permitía alegar el secreto profesional para abstenerse de entregar el computador o el celular del *in house counsel* de la compañía. (Entrevista Con Salomón Vaie, anterior Director Senior Legal Corporativo de Bavaria (25 de marzo de 2020)

¹⁶⁴Decreto 196 de 1971. Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía. 1 de marzo de 1971. Diario Oficial No. 33255.

De acuerdo con el artículo 20 de la Ley 1340 del 2009, los actos que se expidan en el curso de actuaciones administrativas de la protección de la competencia son de trámite.¹⁶⁵ Esto quiere decir que estos actos no tienen recurso, según el artículo 49 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.¹⁶⁶ Por lo tanto, en caso de que se viole el secreto profesional durante la visita administrativa, no existe recurso alguno por parte del investigado para oponerse a la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio en ese preciso momento.

A pesar de que no existe recurso, por tratarse de una visita administrativa, los investigados pueden oponerse a entregar la información solicitada por la autoridad. Sin embargo, en este escenario los investigados corren el riesgo de ser sancionados por obstrucción de las investigaciones, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Estas sanciones pueden ascender a 100.000 SMLV o, en caso de ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.¹⁶⁷

Así, por ejemplo, en el caso de Uber se sancionó con una multa de dos mil ciento veintiocho millones doscientos cincuenta y ocho mil ciento veinte pesos (\$2.128.258.120.00) por obstruir una visita.¹⁶⁸ Asimismo, se sancionó a la Constructora Concreto S.A., con veintiún mil seiscientos un millones cuatrocientos cinco mil

¹⁶⁵ Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. 21 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47792.

¹⁶⁶ Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011. Diario Oficial No. 47.956

¹⁶⁷ Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. 21 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47792.

En Europa, el hecho de no cooperar podría llevar a sanciones hasta del 1% de los negocios anuales, al menos que la comisión considere la obstrucción como agravante para calcular la multa de la infracción anticompetitiva. (Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 16 (Hart Publishing Plc 2018)).

El International Competition Network (en adelante, "ICN") ha sugerido que las sanciones de obstrucción deben incrementarse, al ser la obstrucción un obstáculo para el éxito de las investigaciones. El fin de incrementar las sanciones es terminar la mentalidad de "perder poco y ganar mucho" por medio de un cartel. (International Competition Network, Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework, *Obstruction of Justice in Cartel Investigations*, 2 (mayo 2006)).

¹⁶⁸ Resolución 34942 de 2019. Por la cual se imponen unas sanciones. 8 de agosto de 2019.

ochocientos sesenta pesos moneda corriente (\$21.601.405.860) por incumplir instrucciones y obstruir una actuación administrativa.¹⁶⁹

De acuerdo con el ex Superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo, la facultad que otorga el artículo 15 de la Constitución a las superintendencias de solicitarle a cualquier persona la exhibición de documentos, conlleva que, correlativamente, se presente una obligación por parte del administrado. Por lo tanto, cuando una persona en una investigación se niega a entregar un documento, se incumple una obligación. Esto genera que la autoridad investigue al administrado por haber incumplido la obligación de acceder a las solicitudes de la autoridad.¹⁷⁰

Jorge Enrique Sánchez considera que la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio de abrir una investigación por incumplimiento de instrucciones debe seguir un criterio de razonabilidad que es inherente a la función administrativa.¹⁷¹ Por su parte, Pablo Márquez considera que, cuando una empresa usa mecanismos para obstruir la visita y cuando estos mecanismos son existosos, la Superintendencia debe tener la capacidad de ejercer su función de jurisdicción por no poder acceder a la información adecuada. Opina que este apremio busca permitirle a la autoridad hacer su trabajo. Sin embargo solo puede haber multa por parte de la autoridad si no existe una justificación a la obstrucción de la visita.¹⁷²

¹⁶⁹Resolución 27305 de 2019. Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones. 10 de julio de 2019.

¹⁷⁰Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Pablo Felipe Robledo (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 8 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=pZd46uF6KIY&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=4).

¹⁷¹Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Jorge Enrique Sánchez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 15 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VFGkq-0VwWA&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=3).

¹⁷²Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Pablo Márquez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 29 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=1aKQecBEbBo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=1).

En razón de estas multas, los investigados han buscado la manera de protegerse en una visita administrativa, por ejemplo por medio de constancias en el acta de la visita, en las que la compañía investigada manifieste su oposición a las medidas tomadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, según Andrés Barreto, “no se debe volver el acta el memorial de agravios”, y considera que esto es también una obstrucción que debe ser sancionada.¹⁷³

Otra forma de protección es la acción de tutela, en donde se alegaría el secreto profesional por estar ligado a otras garantías fundamentales, como el debido proceso o el derecho de defensa.¹⁷⁴ Esta forma de protección es usada también en otros países como en México, en donde por medio de la figura del amparo los investigados se protegen contra los actos de la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) en los cuales se extraen documentos protegidos por el secreto profesional.¹⁷⁵ También existe la opción de un control disciplinario del funcionario público, en el cual se alegaría que el funcionario de la SIC violó un precepto constitucional. Y, por último, otra opción del investigado es controvertir las pruebas ya sea en el ámbito administrativo, en donde decide la propia Superintendencia, como en el Contencioso Administrativo.

Habiendo repasado el funcionamiento de las oposiciones a las decisiones de la autoridad en una visita administrativa en Colombia, pasaremos a dar nuestra opinión al respecto.

¹⁷³Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Andrés Barreto (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 1 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=C5dY7J-jnLo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=5)

¹⁷⁴Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2012. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt: 25 de abril de 2012).

¹⁷⁵Leonardo Abarca, *El secreto profesional desde la perspectiva de la competencia económica*, Grupo Uno, <https://www.grupouno.net/competencia-economica/el-secreto-profesional-desde-la-perspectiva-de-la-competencia-economica/>
Lucía Ojeda Cárdenas y Ernesto Álvarez Castillo, *Courts recognise attorney-client privilege in antitrust matter for first time*, International Law Office, 1 de diciembre de 2017, at 1, 1.

Primero, la multa por obstrucción que puede interponer la autoridad nos lleva a preguntarnos qué pasa si el investigado decide no proteger su derecho al secreto profesional al no oponerse a la decisión de la autoridad, por temor a que se imponga una multa sin siquiera haber recibido un pliego de cargos.¹⁷⁶ Seguramente muchos pensarán que el hecho de que se vulnere el secreto profesional es un mal menor, frente a la posibilidad ser multado y, al verse intimidados, decidirán entregarle todo documento a la autoridad. Es decir, ¿están los investigados frente a una amenaza al momento de proteger sus derechos?

Segundo, consideramos que, al no existir norma o protocolo que deba ser observado por la autoridad y por el investigado para determinar qué es obstrucción y qué no lo es, en vez de ser una facultad discrecional, se puede tratar de una facultad que se utiliza de manera arbitraria.¹⁷⁷ Debería entonces existir un manual o una directriz para fomentar la imparcialidad y la objetividad de la autoridad. No tiene sentido que una empresa sea sancionada por proteger sus derechos.

Tercero, a pesar de que todo el material probatorio que se recaba puede ser objeto de controversia, recordemos que es la misma autoridad que investiga la que decide si estos documentos podrán o no ser prueba, lo que pone en tela de juicio la independencia y la legitimidad de la decisión de la autoridad.

¹⁷⁶Ana María Sarria afirma que en la visita administrativa llevada a cabo en Equión, le fueron recordadas varias veces por parte de la autoridad las consecuencias de una obstrucción a la visita (Entrevista con Ana María Sarria, Vicepresidente Legal de Equión Energía, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020)). Por su parte, Salomón Vaie, recuerda que, en su momento, los abogados externos de la compañía le recomendaron entregar la información en vez de abstenerse de entregarla, pues no entregar la información puede resultar en una investigación por obstrucción. (Entrevista con Salomón Vaie, anterior Director Senior Legal Corporativo de Bavaria (25 de marzo de 2020))

¹⁷⁷Bayron Prieto observa que durante su cargo de funcionario en la Superintendencia no había un protocolo para determinar qué se consideraba obstrucción y qué no se consideraba obstrucción en una visita. Afirma que un factor importante era el tiempo en que la empresa entregaba la información. (Entrevista con Bayron Prieto, ex Director de Informática Forense de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020)).

Cuarto, si bien existe un control judicial de las decisiones finales de la Superintendencia de Industria y Comercio, las cuales son examinadas por el Consejo de Estado o por un tribunal contencioso; el acto como tal de recolección de información no está sujeto a este control. Es decir, el contencioso administrativo solo se pronuncia respecto de la decisión final de la Superintendencia pero no del acto de recolección de información por parte de la misma.

Para que se decrete la nulidad del acto administrativo, le correspondería al demandante demostrar que el acto administrativo es nulo, para lo cual se requiere una gran carga probatoria. Así se establece en la decisión del Consejo de Estado del 10 de marzo de 2016. Según esta decisión todos los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad y dicha presunción de legalidad tiene aún más peso en los actos administrativos sancionadores como quiera que ese acto ha sido el resultado de un procedimiento reglado, con diferentes etapas, en el que ha participado la parte investigada. Establece la decisión que “se debe exigir una mayor carga argumentativa y probatoria a quien deprecia la ilegalidad del acto administrativo sancionatorio” para que el juzgador obtenga la certeza de que efectivamente existió en el proceso una violación ostensible del debido proceso y del derecho de defensa.¹⁷⁸

Además, esa decisión judicial puede tardar varios años. Imaginemos que la autoridad tomó documentos sobre estrategias de comercio de una empresa para el año 2021 enviadas a un abogado y la empresa demandó estas actuaciones de la autoridad. ¿Le servirá de algo a la empresa que el contencioso administrativo tome una decisión en el año 2027?

¹⁷⁸Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Proceso: 207894411001-03-25-000-2011-00615-002368-11, C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 10 de marzo de 2016.

Quinto, respecto del régimen disciplinario de los funcionarios de la SIC, esta decisión versará sobre el comportamiento del funcionario y no sobre la recaudación de información. Cualquier decisión que se obtenga sobre el régimen disciplinario del funcionario de la Superintendencia, no afectará la decisión de recaudar la información en la visita.

Sexto, a pesar de que el proceso de la acción de tutela puede ser más rápido, ¿fue realmente la tutela creada para este tipo de trámites? ¿Disponer de la acción de tutela no equivale a trabar aún más el aparato judicial? Consideramos que no se debería desgastar la acción de tutela teniendo en cuenta que bastaría con reglamentar el proceso de las visitas administrativas.

Séptimo, controvertir ante la misma SIC o la rama judicial las pruebas que tuvo en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio, interponer una acción de tutela, o demandar a un funcionario de la SIC, no evitan el daño causado al investigado por la vulneración del secreto profesional. Debemos tener en cuenta que, una vez la información ha sido revelada, el secreto profesional ha sido violado. No hay vuelta atrás. Es decir, así existan maneras de proteger el secreto profesional en Colombia, al ser protecciones *ex post*, el daño ya se ha consumado.

A manera de ilustración, en el caso *Akzco Nobel and Akcros v Comission*, por ejemplo, el presidente de la Corte General consideró que incumplir la confidencialidad profesional podría generar un daño irreparable. Durante la visita administrativa, tres de cinco documentos considerados sujetos a secreto profesional fueron incluidos en el expediente de la Comisión. Los dos restantes fueron sellados en un sobre, el cual fue abierto por la Comisión. El presidente consideró que, al abrir el sobre, se diluye la

esencia del derecho de defensa porque la exposición del secreto profesional ocasiona un daño irremediable a la confianza que se le deposita a un abogado.¹⁷⁹

En este orden de ideas, concluimos que no hay una manera segura de objetar las decisiones que la SIC adopta en Colombia respecto de la exclusión de los documentos e informaciones protegidos por el secreto profesional en las visitas administrativas.

Pensar en la idea de un control judicial *ex ante* puede resultar lento y costoso. Tampoco consideramos que sea buena idea interponer una medida cautelar, como ocurre en el caso de la Unión Europea, en donde la Comisión no podrá leer el contenido del sobre hasta que la Corte de Justicia de Europa decida sobre la misma.¹⁸⁰ Consideramos, en la misma línea que la autora Romina Polley, que las medidas cautelares que se interponen cuando la autoridad realiza una copia de los documentos de la compañía son irreales porque muy seguramente a la compañía le será difícil sustentar un daño serio e irreparable resultado de las decisiones de la Comisión.¹⁸¹

Tampoco consideremos que sea un buen mecanismo el de la la Unión Europea, donde si un investigado alega el secreto profesional para que un documento no sea expuesto, la Comisión Europea puede examinar de manera superficial los documentos para evaluar la petición. Es posible que el investigado se rehúse a permitir a la Comisión Europea la revisión superficial, porque esto implicaría revelar el contenido del documento. En ese caso, los funcionarios sellan el documento y el Consejero Auditor decidirá sobre el privilegio del documento. En todo caso, la decisión del Consejero Auditor es una simple recomendación a la Comisión, que no es vinculante ni

¹⁷⁹Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 20 (Hart Publishing Plc 2018).

¹⁸⁰OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* 26 (January 31, 2019).

¹⁸¹Romina Polley, *Digital Evidence Gathering in Dawn Raids – A Risk for the Company's Rights of Defense and Fundamental Rights*, 20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 4 de abril de 2013, at 1, 26.

apelable. La decisión que tome la Comisión al respecto puede ser revisada por la Corte de Justicia de Europa.¹⁸² Creemos que la decisión del ente que decida sobre el caso debe ser vinculante y no una mera recomendación.

Asimismo, no estamos de acuerdo con que el control sea vía judicial, como sucede en España, en donde si el investigado acude a una garantía procesal, la autoridad no puede siquiera mirar el documento. La autoridad, sin mirar el documento, se lo envía a un juez en un sobre cerrado y será el juez el que decida si tal protección es válida o no¹⁸³ (proceso denominado “*Akzo procedure*”).¹⁸⁴ No creemos que este mecanismo funcione en Colombia teniendo en cuenta la congestión en el aparato judicial colombiano.

Como ya lo hemos mencionado en la Sección 6.2, consideramos que una buena opción, es crear un ente independiente y neutral que determine si el secreto profesional está siendo trasgredido o no, como sucede en Estados Unidos con el “Hearing Officer”, en el Reino Unido con “the Office of Fair Trading in the United Kingdom”,¹⁸⁵ o en Países Bajos con el llamado “*functionaris verschoningsrecht*”.¹⁸⁶ Este ente debe estar conformado por abogados que no hacen parte del caso y que pueden determinar si realmente los documentos deben estar sometidos a secreto profesional.

En el caso de Estados Unidos, si una compañía investigada alega que los documentos están bajo secreto profesional, dichos documentos serán separados y revisados por un grupo especializado que no está dentro de la investigación, y cuya

¹⁸²OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* 26 (January 31, 2019).

¹⁸³Grabación: Encuentro Académico sobre el Debido Proceso en materia de Libre Competencia. (Garrigues/Legis – Intervención de José Miguel de la Calle). 16 de julio 2019. (Archivo grabado por el autor).

¹⁸⁴Stefan Rating & Yolanda Martínez Mata, *Dawn raids of the European Commission: limits to document seizure*, Era Forum, 23 de abril de 2013, at 9,17

¹⁸⁵OCDE, *Procedural Fairness and Transparency*, 18, 36 (2012).

¹⁸⁶OCDE, *Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcements Proceedings*, 144 (junio de 2010).

única función es verificar el secreto profesional de los abogados. Mientras tanto, quienes conducen la investigación no podrán tener acceso a los documentos que están sujetos a dicho secreto profesional. Es más, cualquier funcionario que tenga acceso a la información privilegiada debe ser retirado del caso. En el escenario en el que la disputa sobre la confidencialidad del documento no sea resuelta, el caso podrá ser oído por una corte de los Estados Unidos. Bajo esta misma línea, la Comisión de Competencia de la Cámara de Comercio Internacional ha recomendado que cualquier disputa sobre el secreto profesional debe ser decidida por un ente independiente.¹⁸⁷

De esta manera, al haber un ente independiente que decida sobre el secreto profesional de los investigados, los mismos podrán oponerse a las decisiones de la autoridad sin tener temor a una multa, lo que resulta a todas luces en *pro* del debido proceso.¹⁸⁸

6.5. El alcance del secreto profesional

El alcance del secreto profesional depende de la ley aplicable. De acuerdo con la OCDE, existen países que reconocen el secreto profesional en lo relacionado con cierto tipo de investigaciones o litigios, y aquellos que extienden el beneficio a cualquier asesoramiento legal, por ejemplo Australia, Canadá, Irlanda, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Inglaterra, entre otros.¹⁸⁹

En todo caso, existe un elemento del secreto profesional que se mantiene constante: la confidencialidad. A pesar de que la misma no necesariamente es suficiente para invocar el secreto profesional, es un requisito que no varía de país en país. La

¹⁸⁷OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* 26 (January 31, 2019).

¹⁸⁸Paul O'Brien, *Procedural Fairness: Convergence In Process*, Competition Policy International, noviembre de 2018, at 1, 5.

¹⁸⁹OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* 14 (January 31, 2019).

confidencialidad se refiere a la relación entre abogado cliente y no a la naturaleza de la información.¹⁹⁰

En Europa, por ejemplo, son varios los requisitos a tener en cuenta para que el secreto profesional se respete en una visita administrativa: (i) la comunicación debe hacerse en interés del derecho de defensa de la compañía, siempre y cuando tenga conexión con el proceso de competencia (por ende, el asesoramiento legal para la operación de la empresa no está protegido, así se refiera a temas de competencia),¹⁹¹ (ii) el abogado debe ser independiente a la compañía, es decir no debe existir una relación laboral, y (iii) el abogado debe ser parte del EU Member State Bar Association.¹⁹² Por lo tanto en Europa, como ya lo hemos anticipado, el secreto profesional no cubre las comunicaciones o los conceptos entre abogado *in house* y la compañía.¹⁹³

Por su parte, en Estados Unidos los requisitos para hacer valer el secreto profesional son cuatro: (i) debe tratarse de un cliente, (ii) la comunicación se debe hacer a un abogado licenciado, ya sea externo a la compañía o interno a la misma, (iii) la comunicación debe ser confidencial, y (iv) la comunicación se debe hacer con el propósito de tener asesoramiento legal.¹⁹⁴

En Colombia, la Corte Constitucional se refiere al alcance del secreto profesional de la siguiente manera: “puede concluirse que el secreto profesional se

¹⁹⁰OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* 5 (January 31, 2019).

¹⁹¹*Id.* at 14.

¹⁹²El hecho de que abogados externos de otras jurisdicciones no estén cubiertos bajo el secreto profesional ha despertado varias críticas. La lógica de la disposición es que los abogados tengan los mismos estándares profesionales. (*Id.* at 13).

¹⁹³*Id.* at 12.

¹⁹⁴OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Summary of discussion of the roundtable on the treatment of legally privileged information in competition proceedings* 4 (2 de octubre de 2019).

origina en la relación interpersonal de confianza que surge con la prestación de un servicio personalísimo”.¹⁹⁵

Asimismo, el Auto AP642-2017 del 07 de febrero de 2017, establece: “esta Corporación ha definido el contenido de ese derecho a partir de la salvaguarda de la confianza que depositan las personas entre otras, con ocasión de ciertas ocupaciones”.¹⁹⁶ Por otro lado, la Resolución 7676 de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio dispone: “Esta garantía constitucional, se deriva del vínculo íntimo que emana de este tipo de relaciones profesionales y, tiene por objeto, fomentar la confianza en los profesionales y proteger el derecho a la intimidad de sus clientes”.¹⁹⁷

Esta última resolución también establece que el secreto profesional no es absoluto y que por lo tanto se debe evaluar en cada caso si la información se encuentra amparada por el secreto profesional.¹⁹⁸ Según Carolina Polanco, para esto último, es indispensable que la autoridad acceda y examine la información.¹⁹⁹

Pareciere que la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 7676 de 2017 estableció que una de las pautas para distinguir el alcance del privilegio es el otorgamiento de una consulta jurídica:

“El Despacho, no considera que el correo electrónico remitido el 5 de octubre de 2011 por HILDA MARÍA PARDO HASCHE (Vicepresidenta jurídica y de asuntos corporativos de COMCEL para la época de los hechos) se hubiese

¹⁹⁵Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2012. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt: 25 de abril de 2012).

¹⁹⁶Corte Suprema de Justicia. Auto AP642-2017/34099. (M.P Sala de Casación Penal: 7 de febrero de 2017)

¹⁹⁷Resolución 7676 de 2017. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 27 febrero de 2017.

¹⁹⁸*Id.*

¹⁹⁹Carolina Polanco, *El secreto profesional en materia de libre competencia*, Competencia y Ley (18 de diciembre de 2018), <https://competenciayley.com/el-secreto-profesional-en-materia-de-libre-competencia/#:~:text=Pues%20bien%2C%20el%20secreto%20profesional,determinada%20profesi%C3%B3n%20o%20actividad%E2%80%9D1.>

expedido en respuesta a una consulta jurídica. Se trata, por el contrario, de una precisa instrucción sobre la forma como debe comportarse la empresa, sin que en el texto se haga ningún tipo de evaluación ni interpretación particular sobre una situación jurídica determinada. (...) En conclusión, el argumento de HILDA MARÍA PARDO HASCHE en relación con la aplicación de la reserva profesional no resulta aplicable al caso bajo estudio” (subrayas fuera del texto).²⁰⁰

Esto mismo se dispuso en la Resolución No. 4658 de 2018:

“afirmó expresamente que los servicios que presta ASOPROVAL a sus asociados no corresponden con asesorías jurídicas, de manera que no resultaría pertinente alegar la garantía del secreto profesional para impedir el acceso de una autoridad al contenido de esas comunicaciones” (subrayas fuera del texto).²⁰¹

En la Resolución 10081 del 21 de febrero de 2014 (caso Agroforestales), la SIC afirmó que

“el secreto profesional está referido a la guarda a la que está llamado, en estos casos el abogado, respecto de la “información reservada” que ha conocido como consecuencia del ejercicio profesional (...) el abogado está amparado por la Carta Política a salvaguardar el secreto profesional cuando adopta una posición pasiva, consistente en recibir información y actuar como “confidente” de su cliente. Pero resulta impoedente e injustificado pretender que el secreto

²⁰⁰Resolución 7676 de 2017. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 27 febrero de 2017.

²⁰¹Resolución 46587 de 2018. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. 5 de julio 2018.

profesional se extienda a la información comercial de carácter público de las investigadas, más aún cuando es una autoridad administrativa la que requiere la información en ejercicio de sus funciones de vigilancia y control”.²⁰²

Podemos concluir de los anteriores pronunciamientos que para la SIC (i) el secreto profesional no es absoluto, (ii) que la autoridad debe verificar en cada caso si efectivamente se trata de secreto profesional, (iii) que se debe tratar de una consulta jurídica, y (iv) que el privilegio no incluye información comercial de carácter público de los investigados.

Estamos de acuerdo con Jorge Enrique Sánchez en que no todo documento que este marcado como secreto profesional está sujeto al privilegio. Lo que determina si existe secreto profesional es el contenido del documento.²⁰³ Consideramos que el alcance del secreto profesional debe estar plasmado en una guía pública, en donde se resuelvan interrogantes como por ejemplo, lo que es y no es una consulta jurídica. Julio Castañeda, quien realizó más de cien (100) visitas administrativas, observa que en la Superintendencia, en la época en la que él trabajaba allí, se manejaba en las visitas un protocolo interno en el que se mencionaba el secreto profesional, pero no existe un estándar de conocimiento público sobre el mismo.²⁰⁴

Deberían existir parámetros en Colombia en los cuales se establezca claramente qué está sujeto a secreto profesional y qué no, para que se pueda tomar una decisión fundamentada al respecto. El alcance del secreto profesional no puede estar determinado por el Superintendente de turno. En nuestro parecer, cualquier opinión legal de un

²⁰²Resolución 10081 de 2014. Por la cual se sanciona una inobservancia de instrucciones y se resuelve una solicitud de nulidad. 21 de febrero 2014.

²⁰³Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Jorge Enrique Sánchez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 15 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VFGkq-0VwWA&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=3)

²⁰⁴Entrevista con Julio Castañeda, ex Coordinador del Grupo de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Bogotá D.C., Colombia (12 de marzo de 2020).

abogado, ya sea interno o externo, y ya sea que trate información pública o no, debe estar sujeta al privilegio, en tanto que puede sesgar el conocimiento del juez o de la autoridad.

7. Las consecuencias de la vulneración del secreto profesional

Como ya lo hemos anticipado en el texto, el hecho de que se vulnere el secreto profesional puede llevar a consecuencias para los investigados, para la autoridad y para el sistema en general.

7.1. Consecuencias para el investigado

La consecuencia directa de vulnerar el secreto profesional en una visita es que se trasgredirá un derecho de vital importancia para el investigado dentro del marco del procedimiento sancionador. Toda comunicación del investigado hacia su abogado, que fue enviada con el convencimiento legítimo de su carácter confidencial, será descubierta por la autoridad.

Este punto cobra aún más relevancia por el hecho de que el secreto profesional hace parte del derecho de defensa, del debido proceso y de la debida administración de justicia, que son pilares de la sociedad que resultan entonces afectados y vulnerados.

Resaltamos el daño que se causa al derecho de defensa. Esto, porque los abogados necesitan saber absolutamente toda la información sobre el caso para poder defender a sus clientes.²⁰⁵ Si los clientes tienen temor de contarle algo a su abogado porque consideran que más adelante será revelado a la autoridad y usado en contra de ellos, se pierde toda la confianza que es necesaria para que el abogado pueda construir el caso y ejercer de manera adecuada su profesión. El Canon No. 4 del Código de *Nueva*

²⁰⁵Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 181 (Hart Publishing Plc 2018).

York Bar Association establece que “el cliente debe ser libre de discutir cualquier cosa con su abogado y el abogado debe ser también libre de obtener cualquier información, más allá de lo ofrecido por el cliente” (traducción libre).

7.2. Consecuencias para la autoridad y el sistema

El proceso actual de prácticas restrictivas de competencia conduce a varias consecuencias que afectan a la autoridad y en general al sistema de investigación de las prácticas restrictivas de la competencia por vulnerar el secreto profesional.

El hecho de que se vulnere el secreto profesional, conlleva inevitablemente a que las personas no confíen en la autoridad y en el sistema. Lo anterior atenta contra la transparencia de la autoridad, pues los investigados no saben a qué atenerse.²⁰⁶ Esto nos deja en un panorama de incertidumbre e impredecibilidad.

Asimismo, ni los investigados ni los abogados confiarán en la protección del secreto profesional, lo cual no resulta beneficioso para la sociedad, teniendo en cuenta que un abogado debe servir de guía de la conducta de los empresarios y puede evitar que éstos incurran en conductas anticompetitivas. Respetar este derecho implica que los empresarios puedan saber lo que ellos pueden hacer bajo la ley, lo que supone riesgos, y lo que está prohibido. Por esto, contar con un abogado es beneficioso para la sociedad, porque así se promueve el cumplimiento de la ley.²⁰⁷ A la inversa, no contar con un abogado, por tener temor de que revele el secreto profesional, puede disminuir el cumplimiento de la ley por parte de los agentes económicos.

²⁰⁶Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Juan David Gutiérrez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 22 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=pf1DxhmakJo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWikt8AO_x&index=2).

²⁰⁷Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission's Dawn Raid Practices* 180 (Hart Publishing Plc 2018).

Frente a este argumento, el Profesor Wils considera que no existe evidencia de que necesariamente con un asesoramiento legal habrá más cumplimiento de las leyes, y se refiere al caso *AM&S Europe Limited v Commission of the European Communities*, en donde a pesar de haber sido asesorados, la compañía continuó infringiendo la ley. (OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Summary of discussion of the roundtable on the treatment of legally privileged information in competition proceedings* 3 (2 de octubre de 2019))

Es imposible afirmar que los empresarios o cualquier persona en general conocen toda la ley. Bajo ese argumento, prescindiríamos de los abogados en la sociedad. Además, es indiscutible que hay zonas grises de la legislación en donde se hace indispensable contar con conceptos de abogados. Esto resulta aún más evidente en el campo de la competencia donde existe una prohibición general y por lo tanto no todo está prohibido *per se*. Adicionalmente, pensemos que el investigado es un hombre de negocios y que por su naturaleza toma riesgos. Por lo tanto, es útil para ellos contar con una opinión legal para saber si están actuando bajo la ley.²⁰⁸

Por otro lado, el no tener claras las limitaciones y el alcance del secreto profesional, lleva a que haya injusticias entre los investigados, pues la decisión sobre la confidencialidad de un documento será tomada por la autoridad en forma discrecional y eventualmente arbitraria. En este orden de ideas, las decisiones dependerán del funcionario o del superintendente de turno. A manera de ilustración, traemos escenarios en donde la Superintendencia ha cambiado de opinión en asuntos fundamentales, como es la participación de terceros en las integraciones empresariales. En la administración anterior de la Superintendencia se reconoció a terceros interesados (que nunca se había hecho), lo cual no supone un cambio de norma sino de postura de la SIC.²⁰⁹

Desde otro ángulo, el ex superintendente Robledo afirma que es el laboratorio forense de la Superintendencia quien determina qué pruebas se pueden entregar a los investigadores y cuáles no, a lo cual surge la siguiente pregunta ¿no es el laboratorio forense subordinado, o más bien, parte de la Superintendencia?

²⁰⁸Grabación: Encuentro Académico sobre el Debido Proceso en materia de Libre Competencia. (Garrigues/Legis – Intervención de Salomón Vaie). 16 de julio de 2019. (Archivo grabado por el autor).

²⁰⁹Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Juan David Gutiérrez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 22 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=pf1DxhmakJo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=2).

En ese sentido, si el laboratorio forense se encuentra a las órdenes de la Superintendencia, no es un organismo independiente, y por tanto será la Superintendencia la que tome la decisión sobre la confidencialidad de un documento. Todo esto para decir que la autoridad, al irrespetar el secreto profesional pierde toda imparcialidad, pues aunque no utilice las pruebas en el proceso, sí conocerá del contenido sujeto a secreto profesional y podrá formarse una opinión con base en dicha información. Pensemos por ejemplo, que ante una consulta del cliente, el abogado responda que se trata de una conducta ilegal y que no la debería llevar a cabo. Aún así el cliente sigue con su plan. Si la Superintendencia conoce este concepto, ¿agravará la culpa del investigado?²¹⁰

Todo esto nos lleva a concluir que al violar el secreto profesional se viola también el debido proceso, y con esto la credibilidad de la autoridad está en jaque.²¹¹ Esto deriva en un costo reputacional. Es por esto que se deben plantear alternativas para el debido proceso, lo cual otorgará legitimidad a la autoridad al decidir cada caso con razones fundamentadas.²¹²

8. Conclusiones

A lo largo de este documento hemos podido observar que existen varias razones por las cuales en una visita se puede vulnerar el secreto profesional y las consecuencias de esta trasgresión, tanto para el investigado como para la autoridad. Las siguientes son nuestras conclusiones:

²¹⁰Entrevista con Hernán Panesso, asociado en Posse Herrera Ruiz y ex funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio (30 de marzo de 2020).

²¹¹OCDE Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Scoping note on Transparency and Procedural Fairness as a long-term theme for 2019-2020*, 2 (23 de abril de 2018).

²¹²Paul O'Brien, *Procedural Fairness: Convergence In Process*, Competition Policy International, noviembre de 2018, at 1, 7.

1. Existe una tensión entre el secreto profesional y la actividad probatoria de la autoridad en una visita administrativa, en el sentido de que la misma querrá recaudar la mayor cantidad de información posible, mientras que el derecho al secreto profesional restringe la capacidad de la autoridad para recaudar la información protegida por la relación cliente-abogado.
2. La autoridad no ha publicado protocolos ni regulaciones que le permitan a los investigados establecer paso a paso, lo que debe hacer y lo que no debe hacer la autoridad en una visita administrativa, lo cual genera zonas grises en el proceso; y lleva a la vulneración de distintos derechos, entre ellos el secreto profesional. Es antijurídico que los investigados sean tratados diferente de acuerdo con las políticas del superintendente de turno o de acuerdo al temperamento de los funcionarios de la autoridad que realizan las visitas.
3. El carácter sorpresivo de las visitas dificulta proteger los derechos de los investigados, pues las empresas no están preparadas para recibir a la autoridad. Sin embargo este es un elemento de la naturaleza de la figura, sin el cual la misma perdería su efectividad.
4. La depuración de la información recaudada en la visita administrativa es realizada por una entidad que no es independiente de la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual nubla su objetividad al tomar la decisión sobre la permanencia en el expediente o no de un documento sujeto a secreto profesional. Puede que los documentos no sirvan como prueba por estar sujetos a secreto profesional, pero es inevitable que los mismos lleguen a servir para que la autoridad se forme una opinión.

5. No existe claridad en la protección del secreto profesional de los documentos de los abogados *in house*.
6. No hay manera “segura” de oponerse en una visita administrativa a las decisiones de la autoridad.
7. No hay claridad respecto del alcance del secreto profesional, lo cual puede generar incertidumbre e injusticias para los investigados.
8. Es necesario crear un ente autónomo e independiente a la investigación que tome la decisión de incluir en el expediente de la investigación, o excluir del mismo, un documento sujeto a secreto profesional, es decir, quien realice la depuración. Asimismo, este ente debe resolver las controversias entre el investigado y la autoridad sobre las actuaciones en la visita. Consideramos que este ente no debe estar sujeto a la rama judicial, para no incurrir en costos y en demoras. La actividad de este órgano en ningún caso debería afectar el carácter sorpresivo, célere y efectivo de la visita.
9. Debería existir, por lo menos, un manual o cartilla de la Superintendencia que establezca detalladamente y de manera muy clara el procedimiento de una visita administrativa.²¹³ Más adelante, se podría pensar en que este procedimiento esté regulado vía resolución para que pudiese tener fuerza vinculante, lo que haría el proceso aún más legítimo.²¹⁴ En todo caso, no consideramos que esta regulación

²¹³Esto es planteado por el doctor Juan David Gutiérrez, en el documento “Propuesta para la expedición de una guía que reglamente las visitas administrativas de la autoridad de competencia de Colombia” quien opina que las visitas administrativas deben ser manejadas como un asunto de gestión pública y que deben contar con un manual que establezca principios, protocolos y directrices para los funcionarios de la Superintendencia. (Juan David Gutiérrez, *Propuesta para la expedición de una guía que reglamente las visitas administrativas de la autoridad de competencia de Colombia*, Competititon Policy International, 2020)

²¹⁴En opinión de Ana María Sarria, quien estuvo presente en una visita administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio, la SIC no tiene personal informado y entendido en lo que es el secreto profesional. (Entrevista con Ana María Sarria, Vicepresidente Legal de Equión Energía, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020)).

sea tarea de la rama judicial, como ocurrió en la Sentencia C-165 de 2019, pues la función de esta rama del poder es juzgar y no legislar.

10. Tener claros los parámetros y facultades de la Superintendencia por parte del investigado y por parte de la autoridad harán del proceso uno mucho más transparente y legítimo. En palabras de Pablo Márquez “no por el hecho de que haya visitas administrativas, hay violaciones al debido proceso. Las violaciones al debido proceso se dan por los mecanismos que se utilizan en el desarrollo de las visitas administrativas”.²¹⁵
11. Mientras el Estado no reglamente las visitas, se recomienda a las empresas que organicen su información de tal manera que se pueda clasificar fácilmente la información sujeta a secreto profesional. Es más, esta clasificación podría ser realizada por un tercero privado, que se base en manuales internacionales de clasificación de información, como el Manual de Clasificación de Datos de la OEA, para que, en el eventual escenario de una visita, la empresa esté lista para recibir a la autoridad. Otra manera de proteger la información es mediante la determinación de vectores de búsqueda, de tal manera que cuando llegue la autoridad a la empresa se solicite que se excluya la información que encaja en la lista de vectores, y así se logre proteger el secreto profesional.²¹⁶
12. Además, las empresas deben capacitar a su equipo legal para que sepan cómo reaccionar ante una visita administrativa.²¹⁷ Por ejemplo, se recomienda que

²¹⁵Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Pablo Márquez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 29 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=1aKQecBEbBo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=1)

²¹⁶Entrevista con Bayron Prieto, ex Director de Informática Forense de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020).

²¹⁷Ivan Szymanski & Fernando Ruiz, *Quick Guide for Antitrust Dawn Raids in México*, The World Law Group, 4, https://www.theworldlawgroup.com/writable/documents/news/119274_0_FINAL-INGLES-S-S-70700-v3A-Dawn_Raids_MX_Lexology.pdf.

justo después de una visita, el equipo legal establezca qué documentos se han llevado o que la empresa copie los documentos que se lleva la autoridad²¹⁸ para poder saber a qué atenerse o analizar si es conveniente oponerse a la revisión de un determinado documento.

No despreciamos la eficiencia de la autoridad de competencia y tampoco es nuestro objetivo satanizar las visitas administrativas. Al contrario, consideramos que la eficiencia puede tener un balance con el debido proceso, el cual tiene una estrecha conexión con la dignidad humana. Las garantías del debido proceso son las que marcan la diferencia entre un verdadero debido proceso y un juicio arbitrario a un investigado, entre el respeto o no a su dignidad; y entre un estado arbitrario y un Estado Social de Derecho.

9. Bibliografía

9.1 Autoridades internacionales o extranjeras

CNMC, *La CNMC investiga posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de la intermediación inmobiliaria*, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (21 de noviembre de 2019), <https://www.cnmc.es/prensa/inspeccion-mercado-intermediacion-inmobiliaria>.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Nota informativa sobre las inspecciones realizadas por la Dirección de Competencia de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia* (2016), <http://cd00.epimg.net/descargables/2016/06/07/b88b6cee94a3c6642a710f81058ea699.pdf?rel=mas>

Department of justice, *Procedural Fairness* (12 de septiembre de 2009)

International Competition Network, Cartel Working Group, Subgroup 1 – General Framework, *Obstruction of Justice in Cartel Investigations* (mayo 2006).

OCDE, *Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcements Proceedings* (junio de 2010).

OCDE, *La competencia en América Latina y el Caribe* (2012).

²¹⁸ Lucía Ojeda Cárdenas y Ernesto Álvarez Castillo, *Courts recognise attorney-client privilege in antitrust matter for first time*, International Law Office, 1 de diciembre de 2017, at 1, 2.

OCDE, *Procedural Fairness and Transparency* (2012).

OCDE, *Colombia: Assessment of competition law and policy* (2016).

OCDE Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, *Scoping note on Transparency and Procedural Fairness as a long-term theme for 2019-2020* (23 de abril de 2018).

OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Treatment of legally privileged information in competition proceedings* (January 31, 2019).

OCDE Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement, *Summary of discussion of the roundtable on the treatment of legally privileged information in competition proceedings* (2 de octubre de 2019).

9.2 Autoridades nacionales

Resolución 10081 de 2014. Por la cual se sanciona una inobservancia de instrucciones y se resuelve una solicitud de nulidad. 21 de febrero 2014.

Resolución 7676 de 2017. Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia. 27 febrero de 2017.

Resolución 8051 de 2018. Por la cual se impone una multa a una persona jurídica por obstrucción de una investigación. 8 de febrero de 2018.

Resolución 46587 de 2018. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. 5 de julio 2018.

Resolución 56979 de 2018. Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos. 10 agosto 2018.

Resolución 27305 de 2019. Por la cual se impone una sanción y se toman otras determinaciones. 10 de julio de 2019.

Resolución 34942 de 2019. Por la cual se imponen unas sanciones. 8 de agosto de 2019.

Superintendencia de Industria y Comercio. Circular Única. 2017.

Superintendencia de Industria y Comercio. Organigrama. 2018.

9.3 Doctrina Nacional

Alfonso Clavijo González, *El secreto profesional* (Grupo Editorial Ibáñez 2009).

Alfonso Miranda, *Resumen y análisis de la sentencia C-165 de 2019* (julio de 2019).

Ana María Bedoya, *Facultades de las Superintendencias se limitarían solo a correos institucionales*, Asuntos Legales (5 de mayo de 2013),

<https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/facultades-de-las-superintendencias-se-limitarian-solo-a-correos-institucionales-2037941>.

Camilo Reyes Arango, *Capturas de WhatsApp en las investigaciones*, Asuntos Legales (24 de enero de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/camilo-reyes-arango-544541/capturas-de-whatsapp-en-las-investigaciones-2819367>.

Carolina Polanco, *El secreto profesional en materia de libre competencia*, Competencia y Ley (18 de diciembre de 2018), <https://competenciayley.com/el-secreto-profesional-en-materia-de-libre-competencia/#:~:text=Pues%20bien%2C%20el%20secreto%20profesional,determinada%20profesi%C3%B3n%20o%20actividad%E2%80%9D1>.

Gabriel Ibarra Pardo, *Las visitas sorpresas de la Superintendencia de Industria y Comercio: tema controvertido*, Asuntos Legales (7 de noviembre 2017), <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/las-visitas-sorpresas-de-la-superintendencia-de-industria-y-comercio-tema-controvertido-2566573>.

Hernando Morales, *El debido proceso en las actuaciones administrativas*, *Ámbito Jurídico* (11 de noviembre de 2014), <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo-y-contratacion/el-debido-proceso-en-las-actuaciones-administrativas>.

José David Castilla, *A la Superindustria y autoridades administrativas les quitaron dientes policiales y ahora buscará apoyo*, Asuntos Legales (12 de abril de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/a-la-superindustria-y-autoridades-administrativas-les-quitaron-dientes-policiales-y-ahora-buscara-apoyo-2850862>

José David Castilla, *Corte puso el punto final a discusión sobre las facultades investigativas de la SIC*, Asuntos Legales (19 de junio de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/corte-puso-el-punto-final-a-discusion-sobre-las-facultades-investigativas-de-la-sic-2875335>.

José Luis Jerez, *Límites de la protección de la competencia*, Asuntos Legales (15 de enero de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jose-luis-jerez-rosania-533881/limites-de-la-proteccion-de-la-competencia-2815394>.

José Miguel de la Calle, *El secreto del abogado en el derecho de la libre competencia*, *Ámbito Jurídico* (30 de marzo de 2016), <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/educacion-y-cultura/el-secreto-del-abogado-en-el-derecho-de-la-libre>.

José Miguel de la Calle, *Se salvan las funciones de inspección de la SIC*, Asuntos Legales (17 de junio de 2019), <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/se-salvan-las-funciones-de-inspeccion-de-la-sic-2874284>.

Juan David Gutiérrez, *En el debate Acueducto vs Sicsuper la última palabra sobre el acceso a los correos la tendrá Cconstitucional*, *Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina* (5 de mayo de 2013), <https://lalibrecompetencia.com/2013/05/05/en-el-debate-acueducto-vs-sicsuper-la-ultima-palabra-sobre-el-acceso-a-los-correos-electronicos-la-tendra-constitucional/>.

Juan David Gutiérrez, *Propuesta para la expedición de una guía que reglamente las visitas administrativas de la autoridad de competencia de Colombia*, Competetiton Policy International, 2020.

María Lourdes Ramírez Torrado & Nelson Hernández Meza, *Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia*, Revista Derecho del Estado, 8 de mayo de 2018, at 317.

9.4 Doctrina Internacional

Axel Rupert M. Cruz, *Competition Litigation: “Dawn Raids” and administrative Searches and Seizures*, Ateneo Law Journal, 2016, at 491.

Claudia Luyo Rodríguez, *Privileged information in dawn raids*, Revistas Indecopi, 2013, at 23.

Constanza Nicolosi, *No Fishing at Dawn (Raids)! Defining the scope of the Comission’s inspection power in the antitrust proceedings*, Queen Mary Law Journal, 2016, at 53.

Elisabeth Eklund, *Anti-trust dawn raids: Sweden gets more extensive protection for legal professional privilege than EU*, Delphi, octubre de 2011, at 1.

Elisa Katariina Suokko, *Dawn raids and the right to privacy* (2017).

Felipe Serrano, *Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas* (7 de abril de 2016).

Gavin Murphy, *Are EU dawn raid procedures on a collision course with the ECHR? Does a cautionary tale from Canada offer guidance?*, Commonwealth Law Bulletin, 2016, at 471.

Helene Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: Due Process Aspects on the European Commission’s Dawn Raid Practices* (Hart Publishing Plc 2018).

Ivan Szymanski & Fernando Ruiz, *Quick Guide for Antitrust Dawn Raids in México*, The World Law Group, https://www.theworldlawgroup.com/writable/documents/news/119274_0_FINAL-INGLES-S-S-70700-v3A-Dawn_Raids_MX_Lexology.pdf

Leonardo Abarca, *El secreto profesional desde la perspectiva de la competencia económica*, Grupo Uno, <https://www.grupouno.net/competencia-economica/el-secreto-profesional-desde-la-perspectiva-de-la-competencia-economica/>

Lucía Ojeda Cárdenas y Ernesto Álvarez Castillo, *Courts recognise attorney-client privilege in antitrust matter for first time*, International Law Office, 1 de diciembre de 2017, at 1.

Patrick E. Zeller, Scott A. Carlson & Patrick J. Burke, *Unweaving the Dawn Raid Waive: Smart Prevention of Privilege Waiver for Multinational Corporations*, ACC Docket, octubre 2015, at 61.

Paul O'Brien, *Procedural Fairness: Convergence In Process*, Competition Policy International, noviembre de 2018, at 1.

Romina Polley, *Digital Evidence Gathering in Dawn Raids – A Risk for the Company's Rights of Defense and Fundamental Rights*, 20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 4 de abril de 2013, at 1.

Samuel Stolton, *Commission charts new competition tool 'fit for the digital age'* (2020).

Stefan Rating & Yolanda Martínez Mata, *Dawn raids of the European Commission: limits to document seizure*, Era Forum, 23 de abril de 2013, at 9.

Veronica Pinotti, *Janssen Cilag S.A.S. v. France: Antitrust Dawn Raids do not Violate Human Rights Law in Case of Effective Judicial Review*, Journal of European Competition Law & Practice, 14 de julio de 2017, at 28.

White&Case LLP, *Competition Dawn Raids*, Whitecase, <https://www.whitecase.com/law/practices/compliance/dawn-raid> (visitado por última vez el 20 de febrero de 2020).

9.5 Materiales de audio o video

Grabación: Encuentro Académico sobre el Debido Proceso en materia de Libre Competencia. (Garrigues/Legis). 16 de julio de 2019. (Archivo grabado por el autor).

Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Andrés Barreto (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 1 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=C5dY7J-jnLo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=5)

Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Pablo Felipe Robledo (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 8 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=pZd46uF6KIY&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=4).

Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Jorge Enrique Sánchez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 15 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=VFGkq-0VwWA&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=3)

Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Juan David Gutiérrez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 22 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=pf1DxhmakJo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=2)

Video: Visitas administrativas de la SIC. Invitado: Pablo Márquez (Dos Puntos-La Voz del Derecho). 29 de agosto de 2019. (Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=1aKQecBEbBo&list=PL5jXJ_FfCepsFP-Js5xGeQbZWfkt8AO_x&index=1)

Entrevista con Fernando Carbajo, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca (2 de octubre de 2019).

Entrevista con Julio Castañeda, ex Coordinador del Grupo de Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Bogotá D.C., Colombia (12 de marzo de 2020).

Entrevista con Ana María Sarria, Vicepresidente Legal de Equión Energía, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020).

Entrevista con Bayron Prieto, ex Director de Informática Forense de la Superintendencia de Industria y Comercio, en Bogotá D.C., Colombia (13 de marzo de 2020).

Entrevista con Salomón Vaie, anterior Director Senior Legal Corporativo de Bavaria (25 de marzo de 2020).

Entrevista con Andrés Yañez, asociado en Esguerra Asesores Jurídicos (26 de marzo de 2020).

Entrevista con Hernán Panesso, asociado en Posse Herrera Ruiz y ex funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio (30 de marzo de 2020).

9.6 Jurisprudencia Nacional

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Proceso: 207894411001-03-25-000-2011-00615-002368-11, C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 10 de marzo de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 2012. (M.P: Jorge Ignacio Pretelt: 25 de abril de 2012).

Corte Constitucional. Sentencia C-165/2019. (M.P Alejandro Linares Cantillo: 10 de abril de 2019).

Corte Suprema de Justicia. Auto AP642-2017/34099. (M.P Sala de Casación Penal: 7 de febrero de 2017)

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección B. Sentencia No. 2020-02-022 RI, M.P Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón; 25 de febrero de 2020.

9.7 Jurisprudencia Internacional

Nexans France and Nexans v. Commission, 596 (2012)

9.8 Normas

Decreto 196 de 1971. Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía. 1 de marzo de 1971. Diario Oficial No. 33255.

Decreto 2153 de 1992. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. 30 de diciembre de 1992. Diario Oficial No. 40.704.

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. 23 de diciembre de 2011. Diario Oficial No. 48294.

Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. 24 de diciembre de 1959. Diario Oficial N. 30138

Ley 57 de 1985. Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales. 5 de julio de 1985. Diario Oficial: 37056.

Ley 599 del 2000. Por la cual se expide el Código Penal. 24 de julio de 2000. Diario Oficial No. 44.097.

Ley 1340 de 2009. Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. 21 de julio de 2009. Diario Oficial No. 47792

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011. Diario Oficial No. 47.956

Ley 1480 de 2011. Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones. 12 de octubre de 2011. Diario Oficial No. 48.220.

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. 12 de julio de 2012. Diario Oficial No. 48.489

Ley 1755 de 2015. Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 30 de junio de 2015. Diario Oficial 49.559