

PROYECTO DE LEY NÚMERO ____ DE 2025 CÁMARA

“POR MEDIO DE LA CUAL SE ESTABLECEN GARANTÍAS PROCESALES EN LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PRELIMINAR EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA Y LIBRE MERCADO”

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ARTÍCULO 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer el procedimiento administrativo que deberá adelantar la Superintendencia de Industria y Comercio en la etapa de averiguación preliminar, en el marco de procesos administrativos sancionatorios adelantados en materia de protección de la competencia y libre mercado.

ARTÍCULO 2. Principios. En el procedimiento administrativo en la etapa de averiguación preliminar se aplicarán las garantías constitucionales del debido proceso, la parte Primera del Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo y el Código General del Proceso en materia probatoria.

ARTÍCULO 3. Averiguación preliminar. Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria en materia de protección de la competencia y libre mercado podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Con el fin de establecer la posible ocurrencia de los hechos y determinar los presuntos responsables se adelantará la averiguación preliminar.

La averiguación preliminar tendrá una duración máxima de seis (6) meses, prorrogables por un término igual mediante auto motivado. Concluido este plazo, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá decidir entre el archivo definitivo de las diligencias o la Apertura de investigación formal.

PARÁGRAFO: Las actuaciones adelantadas en la etapa de averiguación preliminar serán reservadas para terceros. La SIC tendrá la obligación de comunicar a quien pueda estar implicado en la actuación una vez sea individualizado dentro del proceso. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá conservar el registro de la queja o denuncia, garantizando la protección de la identidad del denunciante cuando las circunstancias lo requieran.

ARTÍCULO 4. Decreto y práctica de pruebas. Solo se podrá ordenar la práctica de los medios de prueba contemplados en el Código General del Proceso.

Cuando se decrete la declaración de terceros o testimonios, su práctica se regirá por las reglas establecidas en el Código General del Proceso y se llevará a cabo en una diligencia independiente y separada de la visita de inspección.

ARTÍCULO 5. Garantía de defensa del implicado. Quien tenga conocimiento de la existencia de una averiguación preliminar en su contra y antes de que se formule pliego de cargos,

podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

En ningún caso podrá ordenarse, permitirse o practicarse la inspección, retención, acceso o reproducción de documentos, comunicaciones, archivos o cualquier otro elemento protegido por el secreto profesional del abogado. Toda información amparada por esta garantía deberá ser excluida de la actuación administrativa y no podrá ser valorada como prueba en ningún procedimiento.

ARTÍCULO 6. Procedencia de las visitas de inspección. Para la verificación o esclarecimiento de hechos objeto de averiguación preliminar, podrá ordenarse la visita de inspección sobre personas, lugares, cosas o documentos.

Esta visita tendrá carácter excepcional y solo procederá cuando sea estrictamente necesaria como medio de prueba. Su realización deberá estar debidamente motivada mediante acto administrativo.

ARTÍCULO 7. Decreto de la visita de inspección. El acto administrativo que ordene la visita de inspección deberá precisar con claridad:

1. Los hechos objeto de verificación y el propósito de la diligencia.
2. La fecha, hora y lugar de inicio de la visita.
3. La identidad del sujeto o entidad objeto de inspección, con información completa del vigilado.
4. El objeto de la visita, formulado de manera clara, coherente y concisa.
5. La duración estimada de la diligencia.
6. El equipo designado para la visita, con indicación del coordinador responsable de su ejecución.

PARÁGRAFO 1. Los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio deberán identificarse mediante su carné institucional y la credencial de visita expedida por el jefe de la dependencia correspondiente.

PARÁGRAFO 2. Se prohíbe la participación de contratistas en la ejecución de visitas de inspección y recolección de pruebas. Solo podrán llevar a cabo estas diligencias los funcionarios públicos debidamente designados.

PARÁGRAFO 3. No podrán realizarse visitas de inspección a las autoridades electorales, organismos de control y demás órganos autónomos e independientes establecidos en la Constitución.

ARTÍCULO 8. Práctica de la visita de inspección. En la práctica de la visita de inspección se observarán las siguientes reglas:

1. La diligencia se iniciará en el lugar ordenado y se practicará. En el auto que decreta esta prueba se señalará si es necesaria la presencia del representante legal si el posible autor de la falta es persona jurídica, o de la persona natural.
2. El funcionario a cargo de adelantar la diligencia identificará las personas, cosas o hechos examinados. De oficio o a petición del sujeto sobre quien recae la indagación preliminar, podrá ordenar las pruebas que se relacionen con los hechos objeto de la visita. Los sujetos objeto de la indagación preliminar podrán dejar las constancias del caso.

El funcionario a cargo de adelantar la diligencia, al finalizar, deberá levantar un acta que debe contener la relación precisa de la totalidad de la información recaudada, de los medios de prueba practicados, y las manifestaciones realizadas por el sujeto objeto de una eventual investigación en virtud de su derecho a la defensa y contradicción.

Si en el curso de la averiguación preliminar se identifica la posible comisión de delitos, la autoridad administrativa deberá coordinar con la Fiscalía General de la Nación, para que esta, conforme al Código de Procedimiento Penal, practique la inspección correspondiente bajo el control de un juez de garantías.

No podrá realizarse inspección alguna sobre dispositivos electrónicos personales sin una orden judicial expresa. Solo podrán inspeccionarse dispositivos electrónicos de naturaleza empresarial, y la recolección de datos deberá efectuarse en presencia del representante legal de la empresa o de un autorizado debidamente acreditado.

Así mismo, la entidad no podrá sustraer equipos de cómputo o dispositivos electrónicos del lugar donde se desarrolla la visita, por lo cual, de ser necesario, deberá contar con el equipo tecnológico necesario para tomar las copias espejo de estos equipos.

5. El funcionario a cargo de la diligencia podrá ordenar que se hagan planos, calcos, reproducciones, experimentos, grabaciones, y que durante la diligencia se proceda a la reconstrucción de hechos o sucesos, para verificar el modo como se realizaron.

PARÁGRAFO PRIMERO. La visita de inspección no podrá extenderse a hechos distintos de los señalados en el auto que la decreta.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Habrá lugar a la imposición de las sanciones, previo proceso administrativo sancionatorio, en los casos de obstrucción a la averiguación preliminar o la omisión en el cumplimiento de las solicitudes de información, órdenes o instrucciones emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

En tales casos, las multas no podrán exceder el cincuenta por ciento (50%) de los montos máximos establecidos en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, y se aplicarán conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

ARTÍCULO 9. Cultura de transparencia. Para fomentar una cultura de denuncia y transparencia en la administración pública y el sector privado, la Superintendencia garantizará medidas de protección al denunciante, asegurando confidencialidad y resguardo de su identidad cuando sea necesario, con el fin de evitar represalias o afectaciones a sus derechos.

ARTÍCULO 10. Vigencia. La presente Ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

“POR MEDIO DE LA CUAL SE ESTABLECEN GARANTÍAS PROCESALES EN LA ETAPA DE AVERIGUACIÓN PRELIMINAR EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA Y LIBRE MERCADO”

El derecho administrativo sancionador encuentra su fundamento en los principios democráticos y en la separación de poderes. En este sentido, la potestad sancionadora de la administración constituye una facultad conferida por el ordenamiento jurídico con el fin de garantizar la satisfacción de intereses públicos o generales. De ahí que dicha potestad se configure como una actividad sujeta a límites claros y a mecanismos de control¹. Es, entonces, competencia exclusiva del Congreso fijar el procedimiento, tipificar las infracciones y determinar las sanciones mediante leyes o normas con fuerza material de ley².

En ese orden de ideas, la Superintendencia de Industria y Comercio se erige como una de las entidades técnicas más relevantes dentro del sistema administrativo colombiano, al concentrar funciones de inspección, vigilancia, control y, en determinados supuestos, de naturaleza sancionatoria. Su creación y evolución responden a la necesidad del Estado de garantizar un orden económico justo, promover la libre competencia y proteger eficazmente los derechos de los consumidores.

Las facultades de inspección, vigilancia y control ejercidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, son una manifestación de la potestad administrativa sancionatoria de la administración, que permiten a esta entidad proferir actos administrativos de carácter sancionatorio. Las funciones administrativas son la regla general, sin perjuicio de que excepcionalmente la SIC ejerza funciones jurisdiccionales en casos puntuales de competencia desleal y protección del consumidor, en los cuales dicta sentencias³.

El procedimiento administrativo sancionatorio está regulado de la siguiente manera por la Ley 1437 de 2011, (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), que establece en su artículo 47:

¹ De Colombia, C. C. (n.d.). Corte Constitucional de Colombia. Corte Constitucional De Colombia | Guardián De La Constitución. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/c-211-24.htm>

² Consejo de Estado de Colombia. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicado: 11001030600020140017400(2223). (16 de abril de 2015).

³ Corte Constitucional. Sentencia C-537 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. (30 de junio de 2010).

“ARTÍCULO 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, **presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.** (Subrayado por fuera del texto original)

PARÁGRAFO 1. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

PARÁGRAFO 2. En los procedimientos administrativos sancionatorios fiscales el término para presentar descargos y solicitar o aportar pruebas será de cinco (5) días.

ARTÍCULO 48. Período probatorio. Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior, el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días.

Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos.

PARÁGRAFO . En los procedimientos administrativos sancionatorios fiscales el término para la práctica de pruebas no será mayor a diez (10) días, si fueran tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior podrá ser hasta de treinta (30) días. El traslado al investigado será por cinco (5) días”.

De igual forma, sobre el tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto 2159 de 2013, explicó los puntos más relevantes del procedimiento administrativo sancionatorio, así:

“Del artículo transcrito se puede inferir que las principales notas que caracterizan este procedimiento administrativo sancionatorio general son:

- 1. No se derogan las leyes especiales preexistentes, de forma que las regulaciones especiales continúan rigiendo.*
- 2. Excluye de su ámbito de aplicación el Código Disciplinario Único, ley 734 de 2002, y las reglas sancionatorias en materia contractual.*
- 3. Señala el carácter subsidiario del procedimiento ante la ausencia de ley especial que regule la materia.*
- 4. Le da carácter supletorio a este procedimiento frente a los vacíos de los procedimientos especiales.*
- 5. Establece las reglas del procedimiento administrativo sancionatorio, la forma de iniciación de la actuación (de oficio o por solicitud de parte) y las etapas en las que se divide el trámite administrativo (instrucción y juzgamiento).*
- 6. Señala las formalidades de la expedición y notificación del acto administrativo que constituye el pliego de cargos.*
- 7. Hacen parte del pliego de cargos: los hechos que originan la actuación; las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, es decir los sujetos a los que se les imputan los hechos o las conductas no necesariamente son personas físicas; también deben incluirse las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes, es decir, unas y otras deben estar establecidas en leyes preexistentes.*
- 8. Contra el pliego de cargos no contempló la posibilidad de recurso alguno.*
- 9. Luego de notificado el pliego de cargos se abre la posibilidad de la defensa del investigado quien puede hacer usos de su derecho de contradicción y por tanto cuestionar las pruebas de la administración así como los elementos fácticos y jurídicos del pliego de cargos.*
- 10. Establece la garantía para el investigado de que al solicitar y aportar nuevas pruebas la administración solo podrá rechazarlas de manera motivada”.*

En materia de protección a la competencia la SIC ejerce funciones administrativas de inspección, con fundamento en la Ley 1340 de 2009, no obstante, en la citada norma no se regula de manera específica el procedimiento administrativo sancionatorio, por lo que, de manera general, se debe acudir a lo establecido en el artículo 47 del CPACA.

A continuación, se presenta el procedimiento administrativo sancionatorio que adelanta la SIC a cargo de la Delegatura de Protección de la Competencia:

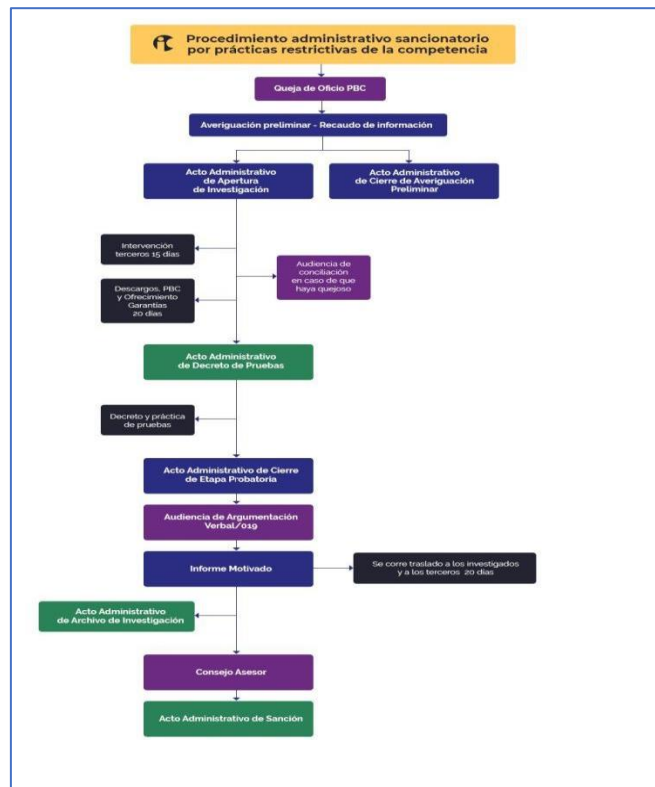


Ilustración 1. Elaboración de Superintendencia de Industria y Comercio.
Fuente: Prácticas restrictivas de la competencia - flujograma de procedimiento sancionatorio.

De acuerdo con el artículo 47 del CPACA, los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales se rigen por la parte primera del CPACA. Teniendo en cuenta que en las normas que regulan las diferentes materias en las que es garante la SIC no existe un procedimiento administrativo especial, este debe sujetarse al procedimiento general referido.

A pesar de que el artículo 47 establece de manera general el procedimiento administrativo sancionatorio, para la etapa inicial de este, que se conoce como averiguación preliminar, no cuenta con amplio desarrollo en el CPACA. Sobre la finalidad de esta etapa, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente en sentencia C-430 de 1997 respecto de la indagación preliminar en materia sancionatoria disciplinaria:

“La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.”.

Según lo anterior, en la etapa averiguación preliminar se recauda material probatorio inicial para decidir si se formula pliego de cargos iniciando la etapa de investigación propiamente dicha o si se archiva la actuación.

Para el caso de la SIC, en la etapa de averiguación preliminar la entidad recolecta información, ya sea de oficio o por conducto de un quejoso, para determinar si es necesario dar apertura a una investigación administrativa a través de la formulación de cargos en contra de las personas naturales o jurídicas.

En la actualidad, la SIC practica las visitas de inspección basada en un instructivo emitido por la misma entidad⁴, el cual viene siendo objeto de graves cuestionamientos, tales como:

1. Violación del principio de reserva de ley. La SIC se arrogó facultades legislativas al reglamentar el procedimiento sancionatorio mediante un instructivo sin habilitación legal expresa, máxime cuando se trata de una materia sujeta a reserva legal.
2. Falta de control judicial y vulneración del debido proceso. El instructivo permite visitas sorpresa sin notificación previa ni control judicial, lo que afecta el derecho a la defensa y el principio de contradicción. No se motiva ni informa a los afectados el propósito de la visita.
3. Afectación del secreto profesional y la confidencialidad de la información. Se autoriza el acceso a comunicaciones confidenciales entre abogados y clientes, violando el derecho a la confidencialidad y el secreto profesional.
4. Creación de un medio de prueba ilegal. Se practican “declaraciones” en la visita de inspección, sin que esta prueba esté prevista en el Código General del Proceso (CGP) ni en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Se presenta riesgo de autoincriminación de los afectados sin elementales garantías de contradicción o defensa.
5. Violación del derecho a la intimidad y la protección de datos. Se permite el acceso a información privada y comercial, dado que se exige la entrega de celulares y computadores de los implicados, aun cuando se trate de objetos personales.
6. Delegación indebida de funciones sancionatorias. Se autoriza a contratistas externos, sin vínculo con la administración pública, a realizar inspecciones y recolectar pruebas, comprometiendo la imparcialidad y legalidad del proceso.

En conclusión, las visitas administrativas de inspección se están llevando a cabo en condiciones que vulneran derechos fundamentales como el debido proceso, la defensa y la privacidad. La SIC no tiene competencia para regular esta materia mediante un instructivo y debe someterse a la legislación vigente, garantizando el equilibrio entre su poder de inspección y los derechos de los administrados.

⁴ Instructivo Visitas Administrativas de Inspección Versión 5 expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, el 6 de noviembre de 2024. El citado acto administrativo no fue publicado en el Diario Oficial sino en la web de la SIC, a saber: https://sigi.sic.gov.co/SIGI/portal/document_tab.php?&id_doc=605&version=5

En el proyecto de ley que se presenta, se pretende llenar el vacío legal relacionado con las reglas a las cuales debe sujetarse la SIC en la etapa de indagación preliminar cuando se trate de presuntas vulneraciones de protección de la competencia y libre mercado.

En los artículos primero y segundo se establece el objeto de la ley y los principios a los cuales debe sujetar la etapa de averiguación preliminar. En el artículo 3 se regula lo relacionado con la procedencia de esta etapa.

En los artículos 4 y 5 se regula lo relacionada con el decreto y práctica de pruebas, así como la garantía de defensa del implicado.

En los artículos 6 al 8 se establecen las reglas en materia probatoria que se deben observar en la visita de inspección.

Si bien la visita de inspección que practica la SIC en materia de protección a la libre competencia se encuentra enunciada en el numeral 56 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es necesario que dicha visita de inspección se eleve a una norma con rango de ley, toda vez que su práctica, sin regulación legal específica, compromete principios y garantías procesales que han sido consolidados en el marco del Estado de Derecho para evitar el ejercicio arbitrario del poder público, como el respeto por el debido proceso, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa.

Para la OCDE este tipo de visitas de inspección resultan preocupantes, por tratarse de visitas sorpresa no sujetas a revisión judicial:

“La SIC posee dos importantes herramientas de investigación, las facultades para ordenar medidas cautelares y para realizar visitas sorpresa durante la etapa de averiguación preliminar. Estas herramientas no están sujetas a revisión judicial. La nueva ley no resuelve este problema. Las visitas sorpresa y medidas cautelares deben estar sujetas a supervisión judicial. Una vez iniciada la investigación formal, la SIC carece de la capacidad de realizar allanamientos, es decir del derecho de entrar a los establecimientos sin solicitar permiso de las empresas”⁵.

Desde 2009, año en que la OCDE alertó sobre dicha situación, a la actualidad, no se ha establecido un control judicial frente a las visitas de inspección en la etapa de averiguación preliminar.

En este sentido, el proyecto de ley busca definir reglas claras para la procedencia de la práctica de estas visitas de inspección, que, realizadas con delimitación concreta podrían afectar el principio de confianza legítima y seguridad jurídica del sector a donde se dirigen, esto es, la libre competencia en los mercados.

⁵ OCDE. Derecho y Política de la Competencia En Colombia Séptimo Foro Latinoamericano de competencia, celebrado en Chile los días 9-10 de septiembre de 2009, promovido por el BID y la OCDE. p 10. Disponible en: <https://www.oecd.org/colombia/44111213.pdf>

Así mismo, para evitar el abuso del ejecutivo en la apertura de indagación preliminar en contra de determinados sectores del mercado, en los artículos 9 y 10 se establecen límites legítimos que impiden que la facultad sancionatoria de la SIC se practique de manera temeraria o sobre quejas o denuncias que contengan a hechos irrelevantes.