

Unclassified

Spanish - Or. English

14 September 2020

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE

LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA - Sesión I: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles

- Contribución de Colombia -

28 y 29 de septiembre de 2020, reunión virtual por Zoom

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Colombia PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 28-29 de septiembre 2020 reunión virtual por Zoom.

Sra. Lynn Robertson, Gerente MENA/Africa, LACCF ; Experto en Competencia - Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03465273

Sesión 1: Obtención de pruebas en formato digital en cárteles

- Contribución de Colombia -*

1. Facultades para investigar las conductas anticompetitivas: *contenido y alcance*

1. La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) desempeña las funciones administrativas (también conocidas como facultades) de inspección, vigilancia y control sobre toda persona que realice una actividad económica en Colombia o influyan en ella. La función de inspección reviste especial interés para la presente contribución, dado que es la que permite a la Superintendencia recopilar las pruebas pertinentes para la investigación. La jurisprudencia constitucional colombiana define la función de inspección como la facultad para solicitar o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control por parte de la autoridad¹. Su objetivo principal es permitir a la autoridad detectar correctamente las irregularidades en el desarrollo de cualquier actividad económica llevada a cabo en cualquier sector de la economía y verificar que las entidades sujetas a control cumplen con el régimen de protección de la competencia.

2. Las actividades que forman parte de la amplia facultad de inspección de la SIC tienen un alcance claramente limitado. En primer lugar, deben llevarse a cabo de forma rigurosa para garantizar y respetar los principios del debido proceso. En segundo lugar, deben respetar minuciosamente las normas aplicables al procedimiento administrativo y las disposiciones que regulan la recopilación, la solicitud y la práctica de pruebas por parte de la autoridad durante los procesos administrativos. En tercer lugar, su uso debe estar justificado según su pertinencia y adecuación a la comprobación del cumplimiento con el régimen de protección de la competencia. Estas actividades o facultades de investigación van desde las solicitudes de información y las entrevistas a las inspecciones no anunciadas.

3. Las inspecciones no anunciadas cumplen una función fundamental en la recopilación de pruebas e información en las investigaciones de cárteles. Su objetivo es obtener material e información probatorios para determinar si se debe llevar a cabo una investigación formal con respecto a los comportamientos que se pueden haber dado en el mercado y que podrían ser de carácter anticompetitivo. Las inspecciones se realizan en los locales de la persona que puede disponer de información sobre el tema que se está analizando en la fase de investigación preliminar de los procesos. Normalmente, durante las visitas de inspección administrativa, los funcionarios o contratistas de la Superintendencia toman declaraciones a las personas que pueden disponer de información sobre el objeto de la investigación del proceso administrativo y presentan solicitudes de información. La autoridad tiene la facultad para solicitar la presentación de cualquier tipo de información, ya sea pública o privada, que considere pertinente y necesaria para el cumplimiento de las funciones anteriormente mencionadas (apartado final del artículo 15 de la Constitución colombiana).

* La presente contribución fue redactada por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

¹ Sentencia C-165/2019 de la Corte Constitucional de Colombia, M. P. Alejandro Linares Castillo y sentencia C-851/2013 de la Corte Constitucional de Colombia, M. P. Mauricio González Cuervo.

4. Sin duda, las entidades han generado, almacenado y tratado la mayor parte de la información que puede resultar relevante para la Superintendencia principalmente en formato digital debido al proceso continuo de transformación digital en una gran cantidad de sectores. La digitización y la digitalización favorecen dicha transformación hacia una economía digital y son pertinentes para las actividades de las autoridades. Además, las tendencias de conectividad muestran un aumento de la demanda de servicios de comunicación digital e Internet debido a las medidas de confinamiento y el teletrabajo, que, de alguna forma, han acelerado la transformación digital² de algunos sectores de la economía. Esto quiere decir que las empresas han tenido que adoptar herramientas digitales y adaptar sus modelos operativos actuales para trabajar en consecuencia. Esto ocurre en particular con las comunicaciones, ya sean privadas o empresariales, en las que la tecnología está casi siempre presente en multitud de formas, como los teléfonos móviles, los chats o los correos electrónicos, pero sobre todo a través de la tecnología.

5. Desde el punto de vista técnico, la Superintendencia debe seguir el ritmo de la transformación digital y, desde el punto de vista constitucional, tiene la capacidad de acceder a información generada y almacenada en formato digital que pueda resultar relevante para la investigación. El carácter y el objetivo de las inspecciones implican que la Superintendencia podrá tener acceso a todo tipo de información, siempre que se considere pertinente y necesaria para los fines de la investigación, incluida la información privada de personas que podrían disponer de conocimientos sobre el objeto de la investigación de los procesos. Por este motivo, es importante mencionar el artículo 10 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, un fundamento adicional con respecto a la facultad para llevar a cabo inspecciones no anunciadas de la Superintendencia, que establece requisitos generales para la protección de datos personales. En el artículo 10 de ese organismo regulador se especifica que las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales no necesitan la autorización del titular de los datos personales para llevar a cabo actividades de tratamiento relacionadas con la información personal³. En relación con esta facultad particular, la Corte Constitucional mencionó que, cuando una autoridad solicita datos personales en el marco de sus funciones, está obligada a garantizar, sin restricciones, el derecho al *habeas data* del titular de la información. Del mismo modo, la persona sujeta a inspección tiene la obligación constitucional y jurídica de cumplir con esos requisitos de información. Cabe señalar que la naturaleza privada o personal de la información no puede oponerse a la Superintendencia de Industria y Comercio como causa de rechazo de su solicitud.

6. Además, es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional respaldó la constitucionalidad de las facultades que se pueden ejercer en el contexto de las inspecciones no anunciadas. En este sentido, la Corte admitió que las autoridades administrativas disponen de las facultades para solicitar la presentación de determinada información siempre que cumplan con las obligaciones de protección y garantía establecidas en el derecho fundamental que implica la información requerida.

² OCDE (2020). *A Roadmap Toward a Common Framework for Measuring the Digital Economy*. Disponible en: <http://www.oecd.org/sti/roadmap-toward-a-common-framework-for-measuring-the-digital-economy.pdf>.

³ Sentencia C-748/2011 de la Corte Constitucional de Colombia, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2. Disponibilidad de las herramientas digitales

7. La SIC emplea distintas herramientas digitales para contribuir a la detección y la recopilación de pruebas de conductas anticompetitivas. Algunas de ellas son forenses y se utilizan, entre otras cosas, para copiar y analizar pruebas recogidas en inspecciones no anunciadas y que se han obtenido de forma externa. Otras herramientas se han desarrollado de manera interna para recopilar y analizar datos de los mercados. En este apartado, se describen brevemente estas herramientas.

2.1. Herramientas digitales forenses que se adquirieron a proveedores externos

8. La SIC dispone de una unidad informática especializada que ofrece asistencia con respecto al uso de herramientas digitales durante todo el proceso de investigación y, en particular, como parte de las inspecciones no anunciadas. Esta unidad está formada por ingenieros y profesionales con conocimientos técnicos y especializados en ciencia forense digital. Su sede está situada en un laboratorio forense que se creó en 2014. Desde este laboratorio, desarrollan las herramientas digitales y organizan las pruebas antes de que se puedan analizar y emplear en las investigaciones.

9. Algunas de las actividades que realiza la unidad informática son las siguientes: la extracción de información a través de métodos forenses; la protección y preservación de pruebas; la asistencia a la investigación; y la recuperación de medios magnéticos o electrónicos. Los miembros del personal que trabajan en la unidad informática están familiarizados con los procedimientos administrativos, por lo que desempeñan una función activa durante las investigaciones. Por ejemplo, dado que conocen el contexto y la principal hipótesis de los casos, pueden contribuir de manera activa no solo a mantener la cadena de custodia de las pruebas, sino también al análisis de la información.

10. La Superintendencia respeta de manera rigurosa los procedimientos técnicos a lo largo de las diferentes fases de los procesos administrativos y el tratamiento de la información. Se ha elaborado una guía interna para regular el uso de herramientas digitales y los miembros de la unidad la aplican para garantizar la uniformidad, unos requisitos estrictos y el cumplimiento de las normas del debido proceso.

11. El personal sigue rigurosos procedimientos documentados durante las distintas fases de las investigaciones en todas las actividades relacionadas con el tratamiento de los datos: recopilación, tratamiento y análisis. Estas actividades están respaldadas por las diferentes herramientas digitales que se describen a continuación. i) Recopilación: el personal informático puede recopilar datos en inspecciones no anunciadas a través de la copia o la realización de imágenes forenses de los datos en formato digital. El personal informático garantiza la integridad de los datos y, a través de la cadena de custodia, la autenticidad de las pruebas. Además, se crean valores de *hash* para garantizar la integridad y ayudar a verificar la autenticidad de la copia con respecto a su original. ii) Tratamiento y preservación: después de que la SIC copia la información, esta se trata y, a continuación, se puede llevar a cabo la investigación para encontrar pruebas. El acceso a la información que se recopiló está restringido, y solo el equipo del caso podrá analizarla con una solicitud de acceso. iii) Análisis: Siguiendo las orientaciones del investigador principal y mediante el uso de herramientas digitales, se aplica un primer filtro a la información. La información se filtra mediante la creación de etiquetas y la identificación de la información importante para la hipótesis del caso. Estos resultados se someterán al análisis adicional de otros miembros del equipo de investigación. De esta manera, se alcanza una gran eficacia, dado que se pueden centrar los esfuerzos en el material pertinente.

12. Para llevar a cabo las actividades anteriormente descritas, la unidad informática emplea diferentes herramientas digitales y técnicas analíticas y científicas con el fin de acceder a la infraestructura tecnológica. La selección de la herramienta adecuada forma parte de los conocimientos y la preparación de los miembros de la unidad informática. En la inspección, se debe identificar la fuente de información en formato digital para seleccionar la herramienta digital adecuada. Las herramientas digitales se pueden clasificar según la fuente de información a la que pueden tener acceso, como i) ordenadores y servidores, ii) teléfonos móviles, iii) discos duros y USB y iv) CD y DVD. Estas herramientas digitales también incluyen limitaciones en cuanto a la función para la que se utilizan. Algunos programas se utilizan para extraer la información, pero no para organizarla. La SIC dispone de herramientas que ayudan a desempeñar las diferentes funciones, como son: i) la adquisición de información, ii) el tratamiento de los datos, iii) la visualización y iv) la organización de las pruebas. Además, estas herramientas se pueden clasificar según el tipo de *software* en el que se encuentran, que pueden ser i) plataformas web y ii) aplicaciones.

2.2. Herramientas nuevas desarrolladas de forma interna: modernización

2.2.1. El proyecto «Sabueso»

13. El objetivo principal del proyecto «Sabueso» es la búsqueda de datos. En este caso, la SIC utiliza la automatización de procesos y el aprendizaje automático. Esta solución funciona basándose en información pública. La parte de automatización consiste en recopilar datos sobre los bienes disponibles en sitios web en línea. Se analizan miles de registros diarios. Se recopila, se analiza y se presenta de forma sencilla un gran volumen de datos. El sistema utiliza motores de inferencia basados en el aprendizaje automático. El aprendizaje automático resuelve el problema de que existan descripciones y nombres diferentes en los distintos sitios web de venta al por menor. No existe un nombre estándar para los productos y, en principio, las máquinas no son capaces de entender cuáles son los productos iguales. No obstante, con la codificación que regula los motores de inferencia, el sistema puede identificar el mismo producto en distintas tiendas. Este sistema proporciona al equipo de investigación indicios para reconocer las posibles distorsiones de competencia. Por ejemplo, si existe un problema relacionado con un producto específico, el sistema le permitirá: i) seleccionar un período concreto y mostrar el comportamiento de los precios durante ese período, ii) conocer las fechas de inicio y finalización de la posible distorsión, iii) encontrar otros productos, marcas y empresas con dinámicas similares y iv) detectar patrones que se pueden considerar como avisos en determinados productos y mercados.

14. El uso de herramientas digitales representa una parte fundamental del proceso de investigación. Aporta beneficios en relación con la capacidad de análisis y la obtención de un mayor acceso. En cuanto a la capacidad de análisis, las herramientas digitales se pueden utilizar para tratar grandes volúmenes de datos. Además, desvelan patrones de comportamiento individuales y colectivos. Desde el punto de vista del acceso, incorporan a los casos información que no se podría recopilar de otro modo. Por ejemplo, la recuperación de información eliminada. Además, las herramientas digitales permiten recopilar determinados datos de forma remota, con lo que se obtiene acceso a diferentes locales incluso durante la pandemia. No obstante, estas herramientas aún se están desarrollando. En los siguientes apartados, se muestran los desafíos prácticos y jurídicos a los que se ha enfrentado la Superintendencia.

3. Desafíos jurídicos asociados a la recopilación de pruebas en formato digital en cárteles: Sentencia C-165/2019 de la Corte Constitucional: La controversia en torno al alcance de las facultades de investigación de la SIC

15. En el documento informativo de la OCDE se identifican tres desafíos jurídicos principales relacionados con la recopilación de pruebas a través de herramientas digitales. i) la limitación del alcance de la investigación a lo que se considera proporcional, puesto que las herramientas digitales permiten copiar grandes volúmenes de datos a gran velocidad; ii) el solapamiento entre el acceso a sistemas de almacenamiento de datos y dispositivos electrónicos personales que se encuentren en el lugar de trabajo o contengan información relacionada con el trabajo y el derecho a la privacidad; iii) la ubicación de la información digital y el hecho de que, si se encuentra fuera de los locales de la empresa, su búsqueda podría trascender el alcance de la orden judicial o la orden de la autoridad de competencia.

16. La Corte Constitucional colombiana abordó estos temas en 2019 y reiteró la constitucionalidad de las facultades de investigación de la SIC en los procesos administrativos. La decisión reflejó algunas ideas clave sobre la percepción del alcance de las herramientas de cumplimiento de la normativa anticompetitiva de la SIC y la relación entre las normas de procedimiento aplicables y las garantías del debido proceso. Para la parte demandante, algunas de las facultades administrativas de la Superintendencia estaban redactadas de forma demasiado general, lo que a su vez implicaba ambigüedad. Esta cuestión se refiere a la proporcionalidad de la investigación. Se dijo que la presunta ambigüedad afectaba a las garantías del debido proceso, así como a la protección de los derechos fundamentales, como el derecho a la privacidad y a la inviolabilidad del domicilio. La parte demandante argumentó que dicha indeterminación con respecto al alcance de las facultades de la SIC permitía a la autoridad emprender cualquier tipo de medida de investigación, lo cual también podía permitir la interceptación y el registro de comunicaciones privadas. En Colombia, todas ellas requieren una orden judicial.

17. Con respecto a la reclamación, la Corte estableció que la Superintendencia no podía recopilar ningún tipo de prueba ni participar en actividades que requiriesen una orden judicial, dado que dichas acciones superan las funciones asignadas a la SIC. Además, las inspecciones tienen el fin legítimo de reforzar la eficacia de las funciones de la Superintendencia. Este es el elemento sorpresa propio de las inspecciones realizadas por la SIC, que trabaja principalmente para lograr la eficacia del cumplimiento, en el sentido de que reduce la posibilidad de que las personas sujetas a investigación puedan ocultar información. Asimismo, el hecho de que las inspecciones no se notifiquen antes de que la autoridad las lleve a cabo no incumple el debido proceso. De hecho, la Corte resaltó en la sentencia que las inspecciones no tienen por qué notificarse previamente ni tampoco someterse a un control judicial *ex ante* o *ex post*.

18. Estas son algunas de las ideas clave con respecto a la repercusión de la decisión sobre las funciones de la autoridad: En primer lugar, la Corte aclaró los aspectos relacionados con la aplicación de las garantías del debido proceso durante las fases iniciales del procedimiento de investigación, en particular, aquellas previas al inicio del proceso administrativo formal, y enfatizó la constitucionalidad de los procedimientos y las facultades de la SIC. En segundo lugar, la Corte manifestó que la SIC puede solicitar, copiar y revisar información contenida en ordenadores, tabletas y correos electrónicos sin tener que registrar ni interceptar las comunicaciones, en virtud del párrafo 3 del artículo 15 de la Constitución y, por lo tanto, sin una orden judicial. En tercer lugar, la Corte estableció la interpretación de las facultades otorgadas a la autoridad de conformidad con la Constitución. La interpretación tiene presente una característica muy importante de las

inspecciones no anunciadas, que es que la SIC puede solicitar documentos que estén almacenados en ordenadores y en el correo institucional de las personas investigadas, así como los mensajes de datos enviados a través de dichos correos, dado que constituyen información empresarial. Por consiguiente, con el fin de cumplir con las garantías de procedimiento, la SIC recopila información que figura exclusivamente en dispositivos empresariales y en aquellos utilizados para fines comerciales (correos electrónicos y teléfonos móviles).

4. Desafíos prácticos para la autoridad en relación con la recopilación de pruebas

19. La SIC se ha enfrentado a algunos desafíos prácticos a la hora de aplicar herramientas digitales en investigaciones administrativas; algunos están relacionados con el funcionamiento de las herramientas y la evolución continua de la tecnología, mientras que otros han surgido recientemente debido a las medidas de confinamiento y el teletrabajo.

20. Como se ha mencionado anteriormente, la autoridad dispone de diferentes herramientas digitales. La aplicación de las herramientas varía en función tanto de la tarea que se va a realizar (recopilación, tratamiento o análisis) como del tipo de dispositivo al que se accederá. Algunos de los problemas prácticos identificados en la presente contribución están relacionados con i) el lenguaje del sistema operativo de los ordenadores y otros dispositivos a los que la autoridad tendrá acceso y que revisará durante las inspecciones y ii) los avances tecnológicos y la actualización continua del sistema operativo de los dispositivos que contienen la información. El sector tecnológico está desarrollando rápidamente nuevo *software* y nuevas aplicaciones para sus usuarios. Esto requiere actualizaciones constantes por parte del fabricante de las soluciones digitales utilizadas por la autoridad para poder hacer frente a nuevas realidades. Además, es necesaria la formación continua del equipo encargado de utilizarlas.

21. La pandemia de COVID-19 supone un importante desafío para la capacidad de la SIC de recopilar información. En época de pandemia, la Superintendencia tuvo que reforzar el uso de los medios electrónicos. En el artículo 53 de la Ley 1437 de 2011, se establece la posibilidad de que la autoridad utilice medios electrónicos en los procedimientos administrativos. Esta facultad ha sido importante en el confinamiento, durante el cual se impusieron restricciones a la movilidad y la seguridad sanitaria de los investigadores y el público en general se convirtió en una preocupación primordial. Esta situación afectó directamente a la ejecución normal de las actividades y requirió que el personal y los contratistas adoptaran un proceso de ajuste para lograr los objetivos de la entidad a través del establecimiento de prioridades de investigación y medidas dirigidas principalmente a garantizar que los mercados funcionan correctamente durante la crisis. Algunas de las actividades relacionadas con las funciones de inspección, vigilancia y control de la SIC que se han visto afectadas por las medidas obligatorias de confinamiento preventivo fueron: i) la práctica de inspecciones no anunciadas y declaraciones en persona; ii) la recopilación de información mediante requisitos de información; y iii) el análisis remoto de la información recopilada y almacenada en correos electrónicos. La facultad de llevar a cabo actividades de inspección se ha visto afectada, por ejemplo, por la eliminación del factor sorpresa propio de algunos mecanismos, dado que la autoridad debe «notificar» a las personas investigadas sobre la práctica de declaraciones virtuales y, en este caso, también se han producido importantes inconvenientes en la recopilación de la información contenida en los ordenadores, los dispositivos móviles y los correos electrónicos, así como en la recopilación de los documentos físicos del empresario almacenados *in situ*; y la imposibilidad de realizar visitas administrativas físicas en otras ciudades del territorio nacional distintas de Bogotá.

22. A pesar de las dificultades a las que la SIC se ha enfrentado en el ejercicio de sus funciones, las condiciones particulares provocadas por la emergencia le han permitido implementar diferentes herramientas y métodos para promover sus actividades. A través de estas herramientas, la autoridad de competencia ha logrado, incluso durante el confinamiento preventivo obligatorio decretado por el Gobierno nacional, continuar con el cumplimiento de sus funciones de forma eficaz y actuar en un período de tiempo razonable frente a las circunstancias que se dan en el contexto de la pandemia. Entre las herramientas innovadoras aplicadas por la Delegatura para la Protección de la Competencia para el desempeño completo de sus funciones está, por ejemplo, el uso de medios electrónicos para recopilar de forma remota la información y las declaraciones necesarias para aclarar los hechos que resulten pertinentes para la autoridad en el desarrollo del procedimiento administrativo. El uso de medios electrónicos permite a la autoridad mantener una comunicación directa, ágil y rápida con los agentes del mercado que están sujetos a investigación. De esta manera, también se garantiza la continuidad del ejercicio de las funciones atribuidas a la SIC. Otro ejemplo de la forma en que la SIC ha utilizado herramientas que no son tradicionales es el uso exclusivo de direcciones electrónicas como medio de comunicación para publicar la información. Esta herramienta acorta el tiempo de respuesta de los agentes económicos necesarios para permitir que la autoridad trabaje de forma más eficaz en sus funciones de vigilancia y cumpla así con el régimen de competencia colombiano.