

Radicación: 16-453444 – Caso “TUBERÍAS”

Resolución No. 68412 del 29 de noviembre de 2019 – Recurso de reposición

LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA – Procedimiento por prácticas restrictivas de la libre competencia económica – Escenarios normativos

La libertad de competencia es el escenario en el cual unos agentes económicos buscan conquistar un mercado, en el cual la sana rivalidad es un elemento esencial para lograr adquirir una participación en el mismo y vender sus bienes y servicios a los consumidores. En este sentido, la Corte Constitucional ha indicado que:

“La libertad de competencia acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante”.

La libre competencia económica se instituye como una libertad para los agentes de mercado (personas jurídicas o naturales) que contiene ciertos derechos, entre los que se encuentran:

“(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios”.

[D]ichas prerrogativas están directa y reflexivamente encaminadas a que los particulares puedan ejercer la libre empresa siempre y cuando respeten los límites que la Constitución y la ley establecen. Así, el respeto por el régimen de la libre competencia económica, el cual se encuentra compuesto por distintas disposiciones normativas, es una de las obligaciones que esos agentes de mercado deben cumplir en el ejercicio de su actividad económica.

En caso tal de que estos agentes de mercado incumplan las normas que protegen la libre competencia económica el Estado se encuentra facultado para intervenir en el mercado y sancionar a quienes sean responsables de dichas violaciones. Esta facultad se encuentra radicada en la Superintendencia de Industria y Comercio, quien, de encontrar que pudo haber existido algún tipo de violación o distorsión en el mercado, generada por la ejecución de una conducta anticompetitiva, procede a adelantar un proceso administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia.

[T]res son los escenarios normativos que se identifican en la integración y aplicación normativa en el procedimiento por prácticas restrictivas de la libre competencia económica: (i) el sustancial, en el cual se encuentran las normas jurídicas que censuran conductas; (ii) el procesal, donde están las disposiciones relacionadas con el procedimiento como tal; y (iii) el de las sanciones, donde se encuentra el monto de las multas que pueden ser impuestas.

[E]stas normas buscan garantizar el derecho a la libre competencia económica, el cual es la columna vertebral del modelo económico adoptado por el constituyente de 1991: la economía social de mercado. Este modelo, “reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”. De esta forma, esa protección del modelo económico a través de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio busca cumplir tres propósitos: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica (Ley 1340 de 2009).

[L]a libre competencia económica en Colombia se configura como un derecho colectivo que impone limitaciones a la actividad de los agentes de mercado y que debe ser garantizado por el Estado. Esa garantía se materializa a través de la intervención que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio mediante el proceso administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, el cual se encuentra consagrado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. Y, es mediante este que, de encontrarse que un agente de mercado o una persona vinculada a este incurrió en alguna conducta anticompetitiva, esta Entidad impone las multas contempladas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, los cuales modificaron los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Resolución No. 68412 del 29 de noviembre de 2019 – Recurso de reposición

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Presunción de inocencia

[L]a presunción de inocencia es una de las garantías fundamentales que integran el debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política). Esta presunción es aplicable en actuaciones judiciales y administrativas. Por tal razón, el artículo 3 del CPACA señala de manera expresa que:

“En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de **presunción de inocencia**, de no reformatio in pejus y non bis in ídem”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[L]a presunción de inocencia debe ser observada por la entidad encargada de juzgar una conducta hasta la expedición del acto que declare responsable de una infracción administrativa a una persona. En este sentido ha referido “(i) que se trata de un derecho fundamental, (ii) que es una garantía cuyo alcance se extiende hasta el perfeccionamiento de la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad, y (iii) que es una garantía que debe ser aplicada tanto de las sanciones penales, como de las administrativas”. En consecuencia, es un derecho que debe ser garantizado por la administración hasta que no haya una decisión definitiva frente a determinado caso.

[L]a doctrina ha manifestado que la presunción de inocencia rige sin excepción alguna en el derecho administrativo sancionatorio. Frente al particular ha referido que:

“La presunción de inocencia rige, sin excepciones, en el ordenamiento administrativo sancionador, pues el jus puniendi está condicionado a las resultas del procedimiento contradictorio ya que es allí justamente, en donde tiene cabida las pruebas incriminatorias. De donde el derecho a no sufrir sanción alguna no pierde vigencia por la sola circunstancia de que se esté adelantando el procedimiento respectivo, por cuanto únicamente al momento que éste culmine con la decisión de fondo sobre la responsabilidad de su autor, la presunción queda esfumada; de lo contrario, lo que antes era una verdad interina se torna en una verdad definitiva”.

[L]a presunción de inocencia es un derecho fundamental de rango constitucional que resulta aplicable a las actuaciones adelantadas por esta Superintendencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha establecido que la rigurosidad en la aplicación de este principio, que es propio del derecho penal, debe darse de forma diferente, puesto que, entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, ambos integrantes del ius puniendi del Estado, existen sendas diferencias, tales como su naturaleza, finalidad y ámbito de aplicación.

De esta manera, resulta relevante recordar que:

“El derecho sancionador es una categoría jurídica amplia y compleja, por la cual el Estado puede ejercer un derecho de sanción o ius puniendi, destinado a reprimir conductas que se consideran contrarias al Derecho, es decir, a los derechos y libertades u otros bienes jurídicos protegidos. Dentro de sus manifestaciones, se han distinguido de un lado el derecho penal delictivo, que por lo mismo que está encaminado a proteger bienes jurídicos más preciados para el ordenamiento admite la punición más severa, y de otro, los que representan en general poderes del Derecho administrativo sancionador, como es el caso del contravencional, del disciplinario y del correccional[.]”

(...)

Entre los diversos tipos de derecho sancionador existen diferencias: es así como en el derecho penal no sólo se afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso y admite una punición más severa. **En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, por lo que las sanciones aplicables son de diferente entidad**”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[D]ebido a las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, la intensidad y dimensión con la que se aplica el principio de la presunción de inocencia varía en gran medida. Una de las razones por las cuales se aplica de forma distinta es por el hecho de que en materia penal la sanción que puede adoptar un juez de la República es la privación de la libertad de una persona, mientras que en materia administrativa sancionatoria la decisión no afecta dicho derecho fundamental, sino que esencialmente radica en la facultad que tiene la administración de imponer sanciones pecuniarias.

Resolución No. 68412 del 29 de noviembre de 2019 – Recurso de reposición

[E]n el derecho administrativo sancionatorio no se requiere tener certeza más allá de toda duda razonable para declarar la responsabilidad de personas que infringieron la ley o cometieron una contravención e imponerles una sanción.

[E]n el proceso administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia, si bien resulta aplicable el principio de la presunción de inocencia como lo ha expresado esta Superintendencia en distintas ocasiones, lo cierto es que este no aplica en la misma medida que en el derecho penal.

[P]ara declarar que una persona natural o jurídica es administrativamente responsable de infringir el régimen de la libre competencia económica no se requiere tener certeza más allá de toda duda razonable. Esto no indica que la administración juzgue de manera arbitraria una conducta sin tener en cuenta las pruebas obrantes en el expediente; al contrario, esto implica que la Autoridad, con fundamento en pruebas legalmente recaudadas y practicadas y con plena observancia de los principios de legalidad, tipicidad, debido proceso y prohibición de las sanciones de plano, entre otros, fundamente los motivos por los cuales llega a la conclusión de que en efecto se violó el régimen de la libre competencia económica.

Corroborar la conclusión anotada el hecho que el Consejo de Estado haya reiterado en varios de sus pronunciamientos que la Autoridad de Competencia se ha visto obligada a demostrar en ciertos casos la existencia de acuerdos restrictivos de la libre competencia a través de indicios y pruebas que, siendo valoradas en conjunto, prueban la existencia del acuerdo de voluntades entre dos o más agentes económicos.

[C]abría la posibilidad de que en materia administrativa sancionatoria por prácticas restrictivas de la competencia se declare la responsabilidad de una persona con fundamento en indicios. Lógicamente, esto sería procedente tras haber analizado y valorado de manera integral las pruebas obrantes en cada caso concreto.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria

Debe recordarse que el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 dispone que:

***“Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria.* La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia **caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado**”.** (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De conformidad con esa disposición normativa, la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio caduca pasados cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria del régimen de la libre competencia económica o, en su defecto, del último hecho constitutivo en los casos de las conductas continuadas.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Naturaleza del informe motivado – Funciones y facultades del Superintendente Delegado para la Protección de la competencia – Trámite de solicitud de nulidades

[E]l informe motivado es un documento no vinculante para el Superintendente de Industria y Comercio en el cual el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia emite una mera recomendación. Sin embargo, no es cierto que dicho funcionario no sea competente para resolver peticiones o solicitudes de nulidad en el mismo o en cualquier otra oportunidad antes de su expedición, razón por la cual el argumento resulta improcedente.

El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, establece el procedimiento administrativo sancionatorio especial aplicable al trámite que por posibles prácticas restrictivas de la libre competencia adelanta esta Entidad. Dicho artículo establece:

***“Artículo 52. Procedimiento.* <Artículo modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.**

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Resolución No. 68412 del 29 de noviembre de 2019 – Recurso de reposición

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

*Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, **el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción.** De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.*

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo (...). (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[D]el artículo citado es posible concluir que son tres la “etapas que conforman el procedimiento administrativo sancionatorio: (i) etapa preliminar o de averiguación preliminar, (ii) etapa de investigación y (iii) etapa de decisión”. De conformidad con la norma citada, son dos los funcionarios que, a través de sus despachos, intervienen en cada una de estas etapas. Así, el Superintendente Delegado es quien instruye la investigación y el Superintendente de Industria y Comercio es quien toma la decisión final.

[E]l Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es quien da impulso al proceso administrativo sancionatorio en la etapa preliminar o de averiguación preliminar y en la de investigación, mientras que el Superintendente de Industria y Comercio únicamente interviene en la etapa de decisión.

[A]l ser el Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia el competente para instruir la investigación por prácticas restrictivas de la libre competencia económica resulta evidente que el Superintendente Delegado está legalmente facultado para proferir actos administrativos al interior del procedimiento sancionatorio. Inclusive, los numerales 4, 6 y 20 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 refieren, entre otras funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, las siguientes:

“Artículo 9. Funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:

(...)

4. Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

(...)

6. Presentar al Superintendente de Industria y Comercio una vez instruida la investigación, informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal.

(...)

20. Decidir los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa que se interpongan contra los actos que expida (...).”

[E]l Superintendente Delegado en ejercicio de sus funciones expide actos administrativos, entre los que se encuentran el acto de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, resoluciones que resuelven sobre solicitudes probatorias, que resuelven recursos de reposición y solicitudes de revocatoria directa. En ese orden de ideas, dicho funcionario tiene competencia para proferir actos administrativos. Recuérdese que los actos administrativos se forman una vez convergen ciertos elementos: órgano competente, objeto, causa, motivo y finalidad.

[E]l Superintendente Delegado profiere dentro del trámite administrativo sancionatorio actos administrativos de carácter particular y concreto, a través de los cuales instruye las investigaciones por prácticas restrictivas de la

Resolución No. 68412 del 29 de noviembre de 2019 – Recurso de reposición

competencia. Estos actos son de trámite o preparatorios –excepto el que niega pruebas, conforme lo señalado en el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009–.

Es por esta razón que frente a dichos actos no procede ningún tipo de recursos. Puesto que:

“[L]os actos de trámite y preparatorios, que son aquellas actuaciones preliminares que produce la administración para una posterior decisión definitiva sobre el fondo de un asunto, **generalmente, no producen efectos jurídicos, en relación con los administrados, ni crean, extinguen o modifican sus derechos subjetivos personales, reales o de crédito, ni afectan sus intereses jurídicos. En consecuencia es razonable entender que contra los mismos no proceden los recursos”.** (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[E]l informe motivado es un acto administrativo de mero trámite, preparatorio o de impulso previo a la decisión definitiva de la administración. Respecto de la naturaleza y alcance de este documento la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido que:

“[E]l Informe Motivado no es una nueva imputación de cargos, ni una variación de los cargos imputados en las resoluciones de apertura; simplemente recoge el análisis que hace el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de lo que, en su concepto, arrojó la investigación. En este sentido, el entendimiento totalmente equivocado de la naturaleza jurídica del Informe Motivado lleva a los recurrentes a considerar, en forma también equivocada, que se les estaba desconociendo el principio de congruencia, lo cual, es simplemente un imposible jurídico.

Claramente, **el Informe Motivado se traduce en un resultado preliminar del procedimiento administrativo** que tiene la finalidad de determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Por lógica, el grado de conocimiento que se tiene en el Informe Motivado sobre las particularidades fácticas de una conducta investigada es aún mayor, y más detallado, que el contenido en una Resolución de Apertura y formulación de cargos.

Esto es así debido a que cuando se profiere el Informe Motivado se ha agotado gran parte de la dialéctica del procedimiento administrativo, lo que incluye no solo los descargos de los investigados sino también todo un debate probatorio que permite sumar elementos de juicio suficientes sobre las diferentes circunstancias en que ha tenido lugar la posible comisión de una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica. **En ese momento, se concreta una recomendación de quien ha instruido la investigación – Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia- a quien tendrá que pronunciar una decisión definitiva -Superintendente de Industria y Comercio- respecto de si ha habido una infracción,** sin que las consideraciones contenidas en el Informe Motivado tengan el alcance de una nueva imputación fáctica o jurídica o puedan entenderse como una variación a la que en un inicio se realizó en la Resolución de Apertura”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

[E]se documento recoge el análisis realizado por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en el cual emite una recomendación la cual no crea, define, modifica o extingue situaciones jurídicas. Será tarea del Superintendente de Industria y Comercio decidir si acoge o no la recomendación emitida, hecho que quedará plasmado en el acto administrativo que decida la actuación administrativa, previa sesión del Consejo Asesor de Competencia, a través del cual se archivará la investigación o se declarará la responsabilidad administrativa de los investigados.

[E]l informe motivado es un acto administrativo de trámite que antecede la decisión definitiva de la Superintendencia de Industria y Comercio.

[L]a norma aplicable al procedimiento adelantado por esta Superintendencia en lo relativo a las nulidades, vicios e irregularidades que pueden presentarse en el marco de una investigación por prácticas restrictivas de la libre competencia es el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, el cual dispone:

“Artículo 21. Vicios y otras irregularidades del proceso. Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3o del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.

Cuando se aleguen vicios u otras irregularidades del proceso, la autoridad podrá resolver sobre ellas en cualquier etapa del mismo, o en el mismo acto que ponga fin a la actuación administrativa”.

De acuerdo con esta norma jurídica (i) existen oportunidades procesales perentorias para que los investigados aleguen las posibles nulidades, vicios o irregularidades, so pena de tenerse saneadas; (ii) la Autoridad puede

Resolución No. 68412 del 29 de noviembre de 2019 – Recurso de reposición

resolver esas solicitudes en cualquier etapa del procedimiento; y (iii) de no resolverse en una etapa distinta, estas deben ser resueltas en el acto que ponga fin a la actuación administrativa.

[L]os vicios e irregularidades que se presenten durante la etapa de instrucción deben ser presentados antes del traslado del informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio. Si la solicitud se presentara de manera posterior, las irregularidades y vicios alegados se entenderían saneados. Sin embargo, si estos se presentan de manera posterior al traslado de ese documento, estos deben alegarse dentro del término para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo.

La norma también señala de manera clara que la Autoridad puede resolver sobre esas solicitudes en cualquier etapa del proceso. Como se advirtió, son dos los funcionarios que están facultados para expedir actos administrativos en el marco del proceso administrativo sancionatorio, en ese sentido, cualquiera de ellos – Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia o Superintendente de Industria y Comercio– tiene la competencia para resolver sobre esas solicitudes siempre y cuando se realice a través de un acto administrativo motivado –independientemente si es de trámite o si es definitivo–.

[D]ada la naturaleza del informe motivado, la cual es la de un acto administrativo de trámite, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es competente para resolver en el mismo las nulidades que hasta ese momento hayan presentado los investigados dentro de un proceso de prácticas restrictivas de la libre competencia.

[E]l Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia tiene competencia para resolver solicitudes de nulidad, siempre que lo haga a través de actos administrativos motivados, tales como el informe motivado, que pese a que son actos de trámite son en sí mismos la expresión de la voluntad de la administración. De hecho, debe advertirse que no existe diferencia alguna para el solicitante en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia resuelva las nulidades presentadas en el informe motivado o en una resolución independiente.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Análisis de significatividad de la conducta

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio ha sido enfática en señalar que el análisis de significatividad es procedente y tiene relevancia en el momento en el que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia decide iniciar o no una investigación, mas no en la etapa final de decisión. Es decir, es potestad de ese funcionario el establecer si una conducta es significativa o no. Al respecto se ha establecido que:

“[E]n gracia discusión sobre el análisis de significatividad de la conducta y los numerosos argumentos en ese sentido contenidos en las observaciones al Informe Motivado, vale la pena recordar a los investigados que en el punto en que se encuentra la presente investigación administrativa dicho análisis resulta inoportuno, pues es al momento de tomar la decisión de abrir una investigación que la significatividad de la conducta resulta pertinente”.

(...)

“Sobre este punto, para este Despacho resulta importante recordar que el análisis de significatividad de la conducta tiene relevancia solamente en el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia toma la decisión de iniciar o no una investigación administrativa, y en nada cambia el carácter ilegal de la misma”.

[E]l análisis de significatividad es relevante exclusivamente en el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia determina si existe mérito o no para iniciar una investigación formal por la presunta violación del régimen de la libre competencia económica.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Etapa de averiguación preliminar – Visitas administrativas – Práctica de pruebas

[L]as visitas de inspección administrativa son adelantadas durante la etapa preliminar o de averiguación preliminar en la cual esta Entidad busca recaudar las pruebas suficientes para verificar el estricto cumplimiento de las normas que integran el régimen de la libre competencia económica. Teniendo en cuenta que esta etapa es reservada e informal, no encuentra el Despacho que en alguna norma que regule el procedimiento aplicable a ese tipo de actuaciones se establezca la obligatoriedad de comunicarle a los visitados los hechos objeto de investigación o lo que sería igual a la hipótesis que eventualmente pueda tener la Delegatura frente a la posible comisión de conductas o comportamientos contrarios a la libre competencia económica.

[D]e la lectura de la sentencia C-165 de 2019 no es posible concluir que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ese tipo de actuaciones, se encuentre obligada a comunicar los hechos de objeto de investigación.

Resolución No. 68412 del 29 de noviembre de 2019 – Recurso de reposición

Lo que sí afirmó la Corte fue que las facultades probatorias de esta Superintendencia o de cualquier entidad que cumpla funciones de inspección, vigilancia y control en la realización de visitas de inspección administrativa se encuentran delimitadas en cuanto a su objeto y tema, toda vez únicamente se podrían decretar y practicar las pruebas que tengan una relación de conexidad con las funciones cumplidas por la Entidad.

[L]a etapa preliminar o de averiguación preliminar, en la cual esta Entidad adelanta visitas de inspección administrativa, es una etapa reservada e informal. También que los numerales 62, 63 y 64 del Decreto 4886 de 2011 establecen que son funciones de esta Superintendencia:

“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.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones”.

De la lectura de estas facultades no es posible aseverar que para el decreto o práctica de pruebas, como tampoco para la solicitud de documentos, se requiera de un acto como tal que ordene la prueba.

Nuevamente esto demuestra la característica esencial de la informalidad de las diligencias que se adelantan en las etapas referidas.

[F]rente a la toma de declaraciones en el marco de las visitas, es claro que debe respetarse lo dispuesto en el Código General del Proceso en lo relacionado con esas pruebas concretas. No obstante, también debe tenerse en cuenta el hecho de que para ese momento el ejercicio de la Superintendencia se limita a recaudar pruebas y que no existen personas vinculadas a un proceso formal.