

Radicación: 15-81527 – Caso “COCORNÁ”

Resolución No. 11623 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Propósitos de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio

[L]a libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

[L]a libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, protege a los empresarios, generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos y prestarán más y mejores servicios, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

[L]a libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros de las prácticas anticompetitivas. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

[L]a libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes y servicios, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia abarca tanto a consumidores intermedios como finales.

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

“El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.

(...)

La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigados, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos –ubicados en otros eslabones-, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.

En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción”.

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la protección de la columna vertebral de la economía social de mercado y del bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio, incluido el Estado, cuando adelanta procesos de contratación para adquirir bienes y servicios que satisfagan sus necesidades.

Resolución No. 11623 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición**ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA - Colusión en procesos de contratación pública.**

[E]s función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la transparencia y la competencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales.

[P]ara que se predique el acuerdo restrictivo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones públicas), se requiere de un comportamiento en el que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público, sin importar la forma jurídica que tome dicho pacto, o que como consecuencia de dicho acuerdo se genere el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de “acuerdo” contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas”.

[L]o que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esta conducta se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (bid rigging o collusive tendering en inglés) y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia ha señalado:

“Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado “Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia”. En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal.

Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado.”

[L]a colusión en la contratación estatal puede producir, entre otros, los siguientes efectos negativos: (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes; (iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Por lo anterior, este tipo de conductas son reprochadas a través del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, descripción típica del ordenamiento jurídico colombiano que condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas.

[C]ualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de acuerdos restrictivos de la competencia previsto en el artículo 410-A del Código Penal.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Derecho administrativo sancionatorio – Diferencias con el derecho penal – Exclusión del factor subjetivo

[D]ebe aclararse que la presente actuación es de carácter administrativo, y que por tanto, el análisis del caso y la imposición de la respectivas sanciones se hizo con base en un análisis del ordenamiento administrativo sancionador colombiano, y específicamente, respecto a la norma especial de protección de la libre competencia en Colombia, el cual se encuentra contenido en la Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2011 y demás normas que los adicionan y complementan.

Resolución No. 11623 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

[T]eniendo en cuenta que el derecho administrativo sancionador hace parte, junto con el derecho penal, del denominado “ius puniendi”, o facultad de sancionar o castigar que ostenta el Estado colombiano, se ha entendido que a éste le son aplicables, mutatis mutandis, las garantías superiores que rigen precisamente el derecho penal nacional

[D]e acuerdo al artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en todas las actuaciones judiciales y administrativas debe darse aplicación del debido proceso. De igual forma, la misma norma superior establece que toda persona se presumirá inocente hasta tanto no sea demostrada su culpabilidad.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, norma que estipula los principios generales a aplicar en las actuaciones y procedimientos administrativos, menciona de manera explícita el debido proceso y los principios de legalidad de las faltas y sanciones y presunción de inocencia, entre otros, los cuales deben ser aplicables en los casos de materia administrativa sancionatoria.

[E]n los procesos administrativos sancionatorios, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, el legislador ha deseado que se dé aplicación a las garantías mínimas del debido proceso, las mismas que aplican para el derecho penal.

Ahora bien, y no obstante lo anterior, ha sido la misma Corte Constitucional quien ha manifestado que no es posible entender que “(...) todo el derecho [sea] de orden penal y, por tanto, no toda sanción soportada en el derecho tiene tal carácter (...)”.

[E]n materia administrativa y específicamente respecto del régimen sancionatorio, si bien es claro que la administración debe dar aplicación a las garantías mínimas del debido proceso, las mismas no siempre tienen el mismo alcance que en el ámbito penal.

[S]i bien el derecho penal y el derecho administrativo sancionador abarcan el denominado ius puniendi del Estado, se trata de dos regímenes legales con objetivos diferentes que no pueden ser equiparados en su totalidad.

Así, el derecho penal propende por la garantía del orden social en abstracto, es decir, por proteger bienes sociales más amplios, presentando un mayor grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos y las libertades individuales de los ciudadanos. Mientras que por su parte, el derecho administrativo sancionador busca proteger y garantizar la organización y el buen funcionamiento de la Administración, cuestionando y castigando los incumplimientos de los deberes, prohibiciones y mandatos consignados, lo cual descarta cualquier tipo de sanción que implique una privación de la libertad.

Esta diferenciación hecha respecto al derecho penal y el régimen administrativo sancionador tiene directas implicaciones en el análisis y aplicación de los diferentes principios y elementos constitutivos del debido proceso que deben garantizarse en cada actuación administrativa o judicial.

[H]aciendo especial énfasis en el elemento de la culpabilidad que es el que nos atañe en el caso concreto, si bien este resulta aplicable como criterio general en los procesos administrativos sancionatorios, puede ser objeto de ciertos matices.

[E]ste Despacho reconoce que si bien se ha reconocido que el principio del debido proceso, junto con todos los elementos que lo componen, como por ejemplo el elemento subjetivo de la culpabilidad, por regla general aplican en el régimen administrativo sancionador, el margen de configuración del legislador en materia de sanciones administrativas es más amplio que en materia penal y por ende admite un análisis que, en ocasiones, excluye la valoración del factor subjetivo.

COLUSIÓN EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – Conducta por objeto – No es obligatorio determinar la intención de los investigados

[E]l numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece que serán considerados contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan “por objeto” la colusión en las licitaciones o concursos.

[E]sta Superintendencia ha establecido en múltiples oportunidades, que la implicación de las denominadas conductas “por objeto” recae específicamente en el hecho que la Autoridad no solo no está en la obligación de establecer los efectos de la conducta en el mercado, sino que tampoco está en la obligación de determinar la intención de los investigados.

*[S]e ha reconocido que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con acuerdos que tengan **por objeto** la violación de la libre competencia, incluido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento*

Resolución No. 11623 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

que deba tenerse en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

La anterior posición además encuentra sustento en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, quien afirmó en un caso anterior relacionado con un acuerdo de precios, que la intención de las partes era irrelevante a la hora de analizar la conducta anticompetitiva.

[E]n Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica, y en especial lo relacionado con los acuerdos restrictivos de la competencia, está estructurado sobre la base de **ilícitos objetivos** para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención (dolo o culpa) de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Colusión em procesos de contratación pública – valoración probatoria – Prueba indiciaria - Relaciones preexistentes entre los competidores

[E]sta Superintendencia ha manifestado que para determinar la existencia de uno de los acuerdos considerados como restrictivos de la libre competencia en los términos del Decreto 2153 de 1992, no es necesario contar con prueba directa que dé cuenta de un acuerdo formal, escrito y suscrito por las partes investigadas.

Por el contrario, la Superintendencia, en línea con las posturas internacionales en la materia, ha establecido que puede evidenciarse la existencia de acuerdos contrarios a la libre competencia con la presencia de pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales.

[S]e ha entendido que en los casos específicos de colusión en licitaciones públicas, precisamente la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial juega un papel fundamental. Esto debido a que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, como lo podrían ser acuerdos escritos entre las partes. Es así como, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado:

“...Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que “el derecho de la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ...hay que resaltar –continúa la sentencia indicada- que estas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”. Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 de abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

En igual sentido, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile se ha afirmado sobre la prueba indiciaria lo siguiente:

“(...) La existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta. E incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia”.

Finalmente, en Estados Unidos los tribunales han condenado por colusión diferentes conductas sobre la base de prueba indirecta. Como señala el profesor y abogado practicante Irving Scher “puesto que los tribunales reconocen que rara vez se cuenta con evidencia directa de un acuerdo de colusión, la prueba circunstancial se permite y puede ser decisiva/resolutiva”. Lo anterior ha sido confirmado por el juez Richard Posner, quien ha señalado que “la mayoría de los casos son construidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial”.

[E]n el caso concreto, este Despacho encontró demostrado en el Expediente diferentes elementos indiciarios que dieron cuenta de:

(i) la existencia de una relación de vieja data entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, en virtud de la cual se desarrolló un sistema de colaboración, el cual emplearon sistemáticamente durante un tiempo considerable, y que incluía una distribución de funciones entre

Resolución No. 11623 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

los investigados de conformidad con su experiencia, utilización de recursos compartidos, la vinculación de terceros para poder cumplir los requisitos habilitantes y poder efectivamente participar en los diferentes procesos de selección y, finalmente, el planteamiento de una estrategia que buscaba incrementar la probabilidad de éxito de los investigados en el respectivo proceso; y

(ii) la existencia de una relación comercial previa entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** por un lado, y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC** por el otro, que se manifestaba en la participación de estos últimos como miembros de consorcios conformados con los primeros, a los cuales les aportaban su experiencia, e involucrando su responsabilidad por cualquier actuación, hecho y omisión del respectivo consorcio.

De esta forma, esta Superintendencia debe manifestar que, contrario a lo argumentado por los impugnantes, fueron efectivamente los múltiples elementos indiciarios los que, analizados en conjunto y de acuerdo a las reglas de la experiencia y la sana crítica, permitieron a este Despacho llegar a la conclusión de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los recurrentes, sin necesidad de contar con una prueba directa al respecto.

[L]a sanción impuesta radicó en la aplicación de los artículos 267 y 268 del Código General del Proceso y el artículo 67 del Código de Comercio, consistentes en tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión que constituyen el objeto de la prueba en cuestión. Ahora, y teniendo en cuenta que según el numeral 5.4 del ARTÍCULO QUINTO de la Resolución No. 22909 del 3 de mayo 2017, lo que se buscaba demostrar con los documentos que injustificadamente **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** no exhibieron, eran precisamente sobre las características de la relación entre estos, particularmente, que dicha relación se extiende a la determinación coordinada de los contenidos sustanciales de las ofertas y a la participación conjunta en la ejecución de los contratos en los que cualquiera de esas personas resultara adjudicataria, con lo que se reúnen los elementos de configuración del acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Buena fe y presunción de inocencia

[D]ebe recordarse que si bien la Constitución Política de Colombia, en su artículo 83, obliga a presumir la buena fe de las personas, la misma Corte Constitucional ha reconocido que no se trata de un principio absoluto, por lo cual admite prueba en contrario. De esta forma, en el presente caso, tal y como obra en el Expediente, se encontraron y analizaron diferentes elementos probatorios, los cuales fueron expuestos en la Resolución Sancionatoria, que lograron precisamente controvertir la presunción de buena fe de los sancionados, y por el contrario, demostrar un actuar deshonesto frente a la administración y contrario a la normatividad vigente en materia de libre competencia en Colombia.

[R]especto a la supuesta violación del principio de presunción de inocencia, este Despacho encuentra ampliamente probado en el Expediente que las sanciones impuestas en la Resolución Sancionatoria tuvieron lugar luego de haberse demostrado un actuar anticompetitivo, violatorio del régimen de libre competencia en Colombia, lo cual fue soportado en múltiples elementos de prueba como ya fue mencionado. Pero adicionalmente, las sanciones fueron el resultado de un proceso administrativo extenso, regido por la ley nacional, en donde se garantizaron todas las garantías procesales de los investigados para presentar su defensa y controvertir las pruebas recolectadas por esta Entidad.

En este sentido, y teniendo en cuenta que los impugnantes no aportaron ningún elemento que demuestre un actuar de esta naturaleza por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en ninguna etapa del proceso, el Despacho encuentra completamente infundado el argumento de relacionado con una supuesta violación del principio de presunción de inocencia.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio - Etapa de averiguación preliminar – Visitas administrativas

[L]as visitas administrativas se enmarcan en la facultad de inspección, control y vigilancia que se encuentra en cabeza de esta Superintendencia, en virtud de la cual puede realizar una averiguación preliminar, previo a la apertura de una investigación formal por presuntas violaciones al régimen de libre competencia.

Lo anterior se encuentra regulado, por un lado, en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, los cuales establecen:

“Artículo 1. Funciones Generales. (...)

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

Resolución No. 11623 del 6 de mayo de 2019. Recurso de reposición

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 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.

(...)”.

A su vez, el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el cual modifica al artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, establece que:

“artículo 155. Procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas. El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, quedará así:

Artículo 52. Procedimiento.- 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 solicitud de un tercero y **en caso de considerarle admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.**

Quando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado (...). (Subraya y negrilla fuera de texto).

[D]e forma previa a la existencia de una investigación formal (etapa que se inicia con la expedición de una Resolución de Apertura, la cual debe ser notificada personalmente a los involucrados), la Superintendencia de Industria y Comercio podrá adelantar una averiguación preliminar con el fin de obtener la información que le permita “determinar la necesidad de realizar una investigación”.

[D]icha etapa previa a la investigación tiene el carácter de discrecional y reservada, y tiene como objetivo (i) adelantar una serie de actuaciones tendientes a verificar la posible existencia de unos supuestos de hecho que eventualmente pudieran constituir una infracción de las normas sobre libre competencia, y (ii) obtener información que permita identificar los presuntos responsables de los hechos que constituirían una infracción.

[E]ste Despacho deja en claro que durante la etapa de averiguación preliminar, dado que no se está actuando aún en el marco de una investigación formal, la Entidad no tenía la obligación de expedir auto de pruebas alguno, ni anunciar a los administrados con anticipación de la práctica de una visita, pues la misma, como ya se ha reiterado, hace parte del ejercicio de la facultad de inspección, vigilancia y control que tiene esta Superintendencia.