

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

*Las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de “consumidores” en algún punto de la cadena de valor, a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena.*

*[N]o puede ser de recibo el argumento de algunos recurrentes, según el cual existió ausencia de responsabilidad y adecuación típica de la conducta por estar probado que las agremiaciones investigadas no representan empresas, sino propietarios y conductores de vehículos, pues precisamente, el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, señala que lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico. Así que aun cuando la circunstancia alegada por los recurrentes este supuestamente “probada”, la misma no anula en ninguna medida el juicio de reproche que se realizó.*

*[L]a Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad encargada de proteger en Colombia la libre competencia económica, y por esta vía, tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso per capita respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia. (...).*

*[L]a libre competencia constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios (consumidores) reciban precios más bajos y bienes y servicios de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.*

*En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan los recursos de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, entre otras. Estudios recientes sobre el impacto de las prácticas restrictivas de la competencia afirman que, en promedio, los productos sometidos a estas conductas sufren aumentos del 20% de su valor real, por lo que se hace necesario aumentar la capacidad investigativa de las autoridades de competencia, así como el monto de las sanciones a imponer en orden a prevenir que se sigan cometiendo estas prácticas ilegales. Otros documentos académicos hablan de incrementos de hasta el 60% en los productos o servicios afectados por los carteles o conductas anticompetitivas, e igualmente muestran cómo los Estados deben contar con normas y capacidad sancionatoria suficientes que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas, de tal forma que los agentes del mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas.*

*[L]a efectiva protección de la libre competencia económica y la aplicación eficiente de sus normas y sanciones sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar general de los consumidores, entre los que se encuentran tanto consumidores finales como compradores intermedios, quienes tienen derecho a que sus proveedores de materias primas, insumos o servicios se ajusten a las normas de protección de la libre competencia económica para poder ellos acceder a más y mejores bienes y servicios.*

*[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.*

**Resolución No. 7825 del 2 de abril de 2019 – Recurso de reposición**

*[L]a libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, se 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 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 y servicios con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, coludidos, cartelizados o influenciados por actos unilaterales, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por unos pocos. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y servicios y, por otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.*

*En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2009, la 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”.*

*[L]os 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 columna vertebral de la economía social de mercado y el bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio.*

*Así, en el marco de tal propósito estatal, el ordenamiento jurídico colombiano estableció en el Decreto 2153 de 1992 la lista de algunas prácticas específicas que se consideran contrarias a la libre competencia. Dentro de las conductas que la ley considera anticompetitivas se encuentran **(i)** los acuerdos restrictivos de la competencia; **(ii)** los abusos de posición dominante; y **(iii)** los actos restrictivos de la competencia.*

**ACTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA** – Conductas unilaterales – Actos de influenciación - Se requiere que el sujeto que realiza la conducta tenga la posibilidad de influir en el funcionamiento del mercado o de modificar su estructura, independiente de los efectos que puedan generarse

*Frente a estos últimos, esto es, los actos restrictivos de la competencia, es preciso reiterar que estos representan comportamientos unilaterales, cuestión que los diferencia de los acuerdos restrictivos de la competencia (o carteles empresariales), que suponen la participación de dos o más agentes del mercado. Adicionalmente, los actos restrictivos de la competencia, para configurarse, no requieren ser llevados a cabo por un sujeto calificado o dominante, elemento que diferencia esta conducta de aquellas constitutivas de abuso de la posición dominante, las cuales sí requieren o exigen que el agente que las realiza ostente dicha calidad.*

*[P]ara que los actos unilaterales restrictivos de la competencia dispuestos en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 gocen de la entidad suficiente para generar efectos anticompetitivos en el mercado, se requiere que el*

**Resolución No. 7825 del 2 de abril de 2019 – Recurso de reposición**

*sujeto activo que despliega el comportamiento, por lo menos, tenga la posibilidad de influir en el funcionamiento del mercado o de modificar su estructura. Por ende, aunque no se requiere que quien realice este tipo de comportamientos ostente posición de dominio, sí resulta necesario que el agente que los desarrolle tenga algún grado de influencia relevante en el mercado.*

*[E]l comportamiento proscrito en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 (actos de influenciación), se refiere particularmente a la conducta a través de la cual un sujeto activo influencia a otro para que incremente los precios de sus productos o servicios, o para que desista de su intención de rebajarlos. Específicamente, la conducta está dispuesta en los siguientes términos:*

**“Artículo 48. Actos contrarios a la libre competencia.** Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

(...)

**2. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para (sic) desista de su intención de rebajar los precios.**

(...)”.

*[L]o determinante está en la posibilidad de influenciar, de manera que, si bien se requiere que el agente económico que despliega la conducta tenga la entidad o potencialidad suficiente para influenciar a otro agente para que modifique su política de precios, no resulta necesario comprobar el efecto para que la violación se entienda concretada y sea merecedora de juicio de reproche. Lo que debe comprobarse es la mera realización de la conducta sugestiva por parte de un sujeto activo, quien debe tener la entidad suficiente para hacer que el sujeto pasivo reaccione ante su influencia, y cuyo juicio de reproche tendrá lugar independientemente de que se pruebe que la conducta tuvo efectos.*

*Así lo ha corroborado el Consejo de Estado, al señalar en su jurisprudencia que la conducta no requiere la condición o configuración de una respuesta positiva por parte del sujeto pasivo.*

*[S]e rechazan los argumentos presentados por los recurrentes en relación con que no debe proceder juicio de reproche alguno, ya que no se ha demostrado afectación al libre albedrío de ninguna empresa y no se ha hecho un análisis económico tendiente a identificar el efecto general que sobre la competencia causó la conducta investigada. Como se dispuso previamente y considerando que el comportamiento que es objeto de estudio en la presente actuación corresponde a actos de influenciación, el juicio de reproche, según la ley y la jurisprudencia, no está condicionado a la demostración de efectos sino que se centra específicamente en la efectiva posibilidad de influenciar que logre acreditarse.*

*[E]l Consejo de Estado ha indicado que “[p]ara que la conducta sea considerada como contraria a la libre competencia, es necesario que concurren los elementos subjetivo y objetivo que integran la estructura jurídica de la citada norma”. Tales elementos, han sido definidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en diferentes oportunidades en los siguientes términos:*

**“1. Elemento subjetivo:** Alude a los sujetos activos o pasivos que intervienen en la conducta, así como a las cualificaciones que la misma norma establece. Siendo entonces, el sujeto activo, quien ejerce el acto de influenciar sobre una empresa determinada, con el ánimo de incidir en su política de precios. Y en correlación, el sujeto pasivo, es la empresa sobre la que se pretende influir, esto es, la que recibe el mensaje u orden.

**2. Elemento objetivo:** Corresponde a la **conducta unilateral desplegada por el sujeto activo**, que en ejercicio de su actividad económica orienta sus actos a alterar el libre albedrío de otra empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los productos y servicios que ofrece. En efecto, la conducta de “influenciar” presupone “incidir”, “sugerir”, esto es, “insinuar” o “inspirar” una idea, en el parecer de otro sobre el monto del precio que debe cobrarse al público consumidor por un determinado producto, bien sea para aumentarlo o disminuirlo

(...)”. (Negrilla fuera del texto).

(...)

*[D]e conformidad con el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, lo determinante está en la posibilidad de influenciar. Lo que debe comprobarse es la mera realización de la conducta sugestiva por parte de un sujeto activo, quien debe tener la entidad suficiente para hacer que el sujeto pasivo reaccione ante su influencia, y cuyo juicio de reproche tendrá lugar independientemente de que se pruebe que la conducta tuvo efectos, aspectos suficientemente acreditados en el Expediente.*

**Resolución No. 7825 del 2 de abril de 2019 – Recurso de reposición**

Así lo ha corroborado el Consejo de Estado, al señalar en su jurisprudencia que la conducta no requiere la condición o configuración de una respuesta positiva por parte del sujeto pasivo: “(...) Ahora, para los efectos que consagra **la conducta sancionada es irrelevante que la influencia hubiera obtenido o no el resultado esperado por la actora**, pues no solo en ella no se establece ningún tipo de condicionamiento, lo que hace suponer que se tipifica con su sola realización, sino porque según el artículo 45 (sic, correcto artículo 48) del Decreto 2153 de 1992 **lo determinante está en la posibilidad de influenciar**. (...)”. (Negrillas y subrayado fuera de texto).

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA** - Valoración probatoria – Análisis y valoración de las pruebas en su conjunto

[E]n Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso:

“**Artículo 176. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser **apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

(...). (Subraya y negrilla fuera del texto).

[E]l sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Así mismo, respecto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. **La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.**”

Lo anterior representa una razón por la que cualquier argumento de los recurrentes dirigido a desacreditar o valorar aisladamente la prueba, desconociendo la coincidencia que presenta con los demás elementos probatorios deba ser rechazado, toda vez que una posición en ese sentido desconoce abiertamente la obligación legal de valoración conjunta de la prueba prevista en la ley procesal y en la jurisprudencia nacional.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA** – Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio – Etapa de averiguación preliminar – Recaudo probatorio – Debido proceso

[E]l planteamiento de los recurrentes con el que pretenden censurar las pruebas recaudadas antes de la apertura de la investigación, parte de un entendimiento equivocado, que lo hace incurrir en una premisa falsa, al tratar de equiparar las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia con la figura de la “inspección judicial”, prevista en el artículo 236 de la Ley 1564 de 2012 y, a partir de allí, llegar a la conclusión también errada de pretender exigir la aplicación de sus reglas o formalidades. De tal modo, debe aclararse a los recurrentes que esta última figura, la “inspección judicial”, es un medio probatorio previsto en la legislación procesal civil y, por el contrario, la función de inspección, de que ha sido investida esta autoridad administrativa, tiene una connotación y alcance distinto y tal facultad no se puede equiparar, ni entender limitada o contenida en el medio probatorio denominado “inspección judicial”. De modo que cualquier argumento sobre el particular se rechaza por infundado.

[D]entro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema normativo que conforma el régimen de protección de la libre competencia económica (conformado, entre otros, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011), que resulta casi íntegro en términos procesales. De manera previsible, el legislador dispuso que en lo no previsto en las normas procesales especiales que constituyen el régimen de protección de la libre competencia económica se aplicarán las disposiciones del Código Contencioso

**Resolución No. 7825 del 2 de abril de 2019 – Recurso de reposición**

Administrativo – hoy Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-. A su vez, en la Ley 1437 de 2011 se admite la aplicación de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, principalmente, en lo que tiene que ver con el régimen probatorio.

[L]a etapa de averiguación preliminar, donde esta Superintendencia concreta la mayoría de sus funciones de inspección, vigilancia y control del régimen de protección de la libre competencia económica, se encuentra prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, 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 considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar**, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.” (Negritas y subrayas por fuera del texto original).

Según la norma de referencia, a la etapa de averiguación preliminar le antecede una actuación inicial cuya finalidad es determinar la admisibilidad y prioridad de cada caso. Una vez verificadas estas características procede entonces adelantar la averiguación preliminar, trámite que antecede al acto de apertura formal de la investigación con la formulación del pliego de cargos.

[L]a etapa de averiguación preliminar es una actuación de la administración que no está sujeta a formalidad alguna, que no es obligatoria y que tiene como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación, como lo ha reconocido el Consejo de Estado. Además, dicha etapa tiene carácter reservado y aún no se ha vinculado a ninguna persona, en la medida que los presuntos infractores no han sido identificados y, por lo mismo, en esta etapa existe una manifiesta imposibilidad fáctica y jurídica para notificar a una “persona determinada” de cualquier decisión de impulso de las funciones de inspección, vigilancia y control que se llegare a adoptar.

Este elemento de reserva tiene mucha importancia en las funciones de la Superintendencia por cuanto su intervención en esta etapa busca demostrar, sumariamente, la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia en el mercado. Con lo anterior, esta Superintendencia propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

[E]s importante distinguir las diferencias que existen en las etapas que tiene la actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia, pues a partir de ellas se puede definir el rol, condición y derechos que le asiste a los administrados que intervienen en cada una de las fases preliminar y formal del trámite. Se insiste, la etapa de averiguación preliminar tiene como finalidad verificar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

Bajo ese contexto, esta Superintendencia en la etapa de averiguación preliminar se encuentra investida de facultades constitucionales y legales para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

[E]s el mismo artículo 15 de la Constitución Política la norma superior que autoriza, a las autoridades con funciones de inspección, vigilancia y control, el acceso a documentos privados en los términos que señale la ley.

En desarrollo de lo anterior, los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, prevén que:

**“Artículo 1. Funciones Generales.** (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...)

**62.** Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

**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. (...).”

**Resolución No. 7825 del 2 de abril de 2019 – Recurso de reposición**

Así mismo, la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, en su artículo 202, establece que esta Superintendencia ejerce permanentemente funciones especializadas de policía judicial en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control. En armonía con esto, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “[e]l carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones”. (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).

En contraste con la fase de averiguación preliminar, es a partir de la notificación personal del acto de apertura de la investigación y formulación de cargos, en que se adquiere propiamente la calidad o rol de “investigado” y se cuenta con las oportunidades procesales establecidas en el régimen de protección de la libre competencia económica para ejercer en debida forma el derecho de defensa y contradicción, tal y como lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 al señalar que “[c]uando 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.” (Negrillas y subrayas por fuera del texto original).

[L]os reproches de los recurrentes en que intentan censurar las actuaciones desplegadas por esta Entidad en la etapa de averiguación preliminar y, por esa vía, tildar de “contaminadas”, “ilegítimas” o “irregulares” las pruebas recaudadas no tienen ningún asidero fáctico o legal. Por el contrario, como se ha explicado con suficiencia, esta Superintendencia goza de amplias facultades constitucionales y legales, en la fase preliminar, para realizar el acopio de diferentes probanzas, sobre las cuales realizará luego el análisis que conducirá a abrir o no investigación formal por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia y, en consecuencia, a fundamentar el acto de apertura de la investigación y formulación de cargos con dichas pruebas, sin que las mismas estén viciadas de ninguna nulidad, por lo que el argumento presentado al respecto es a todas luces improcedente.

[E]l derecho de defensa y contradicción, sobre las pruebas recaudadas en la averiguación preliminar, en cualquier caso, se encuentra plenamente garantizado a cualquier investigado una vez se le notifica el acto de apertura de la investigación y formulación de cargos, momento en que cuentan con la plena posibilidad de solicitar o aportar pruebas, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Distinto es el hecho de que los investigados, por negligencia o decisión propia, guarden silencio o se abstengan de ejercer su derecho de contradicción de las pruebas o que ante la contundencia o eficacia de las pruebas obrantes en el Expediente el ejercicio de su derecho de contradicción sea infructuoso, circunstancias que no pueden ser atribuidas a esta Entidad y que mal podrían ser interpretadas como un desconocimiento del derecho de defensa y contradicción.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Solicitud y decreto de pruebas - Pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas**

[E]n una actuación administrativa a efectos del decreto de pruebas deben cumplirse los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad. La **conducencia** de un medio probatorio se traduce en “(...) la idoneidad legal que debe tener la prueba para demostrar determinado hecho. Supone que no exista norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado, el sistema de la prueba legal, de otra parte, supone que el medio que se emplea, para demostrar el hecho, está consagrado en la ley. La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio.” De otra parte, la **pertinencia** de la prueba trata sobre la “(...) adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso”. Por último, el criterio de **utilidad** implica constatar “(...) que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra”.

En armonía con lo anterior, la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, en su artículo 164, establece que toda decisión debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. En el mismo sentido, los artículos 168 y 169 *ibidem* establecen que “[e]l juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.” y que “[l]as pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”.

[R]esulta indiscutible que no toda prueba cuya práctica se pretende en el procedimiento administrativo tiene la vocación de permitir verificar los hechos que estarían relacionados con el objeto de la investigación y con las réplicas presentadas por los investigados en sus descargos. Por lo tanto, es menester aclarar a los recurrentes que existe es el deber legal para el operador jurídico de resolver sobre la admisibilidad de las peticiones probatorias de conformidad con el cumplimiento de los requisitos de ley y de lo útil que pueda resultar su práctica, según sea el caso, y no una obligación automática e inconsulta de decretar la “totalidad” de las pruebas solicitadas, sin realizar ningún análisis o reparo de su conducencia, pertinencia y utilidad.

**Resolución No. 7825 del 2 de abril de 2019 – Recurso de reposición**

[E]l reproche de los recurrentes se limita simplemente a señalar que las pruebas solicitadas debían haberse decretado en su “totalidad”, sin que exista el más mínimo esfuerzo argumentativo por intentar demostrar el cumplimiento de los requisitos de ley antes mencionados, o el cumplimiento de los requisitos que fueron desatendidos y que condujeron a su rechazo, sin que eso implique que este sea el momento oportuno para tal propósito y, más importante, tampoco existe ninguna referencia sobre la supuesta utilidad de las pruebas que dejaron de decretarse. Es decir, brilla por su ausencia algún análisis concreto acerca de cómo alguna prueba que fue rechazada, de haberse decretado y practicado, habría tenido la virtualidad de cambiar las conclusiones o determinaciones que se adoptaron en la Resolución Sancionatoria, ausencia de argumentación que ratifica el hecho de que la decisión de su rechazo fue completamente adecuada y, a su vez, deja en evidencia que la censura invocada por los impugnantes no es más que un señalamiento absolutamente infundado.

[E]l decreto de cualquier prueba también debe obedecer a los requisitos legales previstos en la norma que regula cada medio probatorio y para el caso de pruebas testimoniales el artículo 212 del Código General del Proceso suministra ese marco legal.

**“Artículo 212. Petición de la prueba y limitación de testimonios.**

Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos, **y enunciarse concretamente los hechos objeto de la prueba.** (...)” (Negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, la ley adjetiva le impone a los investigados ciertas cargas, entre ellas, la de cumplir con los requisitos exigidos para que puedan decretarse algunos medios probatorios y cuyo incumplimiento, como en este caso, le acarrea al que eleva una solicitud probatoria una consecuencia adversa, puesto que su solicitud tendrá que ser rechazada.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Principio de congruencia – Resolución de Apertura e Informe Motivado**

[D]e acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 09 de 2012, el 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.

[C]uando 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.

Conceder una postulación como la sugerida por los recurrentes en relación con el supuesto desconocimiento del principio de congruencia, implicaría que el Informe Motivado tendría que ser una copia idéntica de la Resolución de Apertura y, en consecuencia, toda la dialéctica propia del procedimiento administrativo, incluyendo los resultados que arroja el periodo probatorio de la investigación, sería totalmente inocua y simplemente decorativa, lo que desfiguraría la naturaleza y esencia de cualquier diseño procesal. Al respecto, esta Superintendencia, en otras ocasiones, se ha referido en idéntico sentido:

**“(…) la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no implica la imposibilidad de que en el curso de la investigación se sumen elementos de juicio que respalden la imputación jurídica y fáctica, pues es en el desarrollo de la etapa probatoria (fase instructiva) donde se adquiere un mayor conocimiento de las circunstancias que rodean la infracción de la norma legal que dio origen a la investigación o para controvertir las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar y que hacen parte del expediente.**

## Resolución No. 7825 del 2 de abril de 2019 – Recurso de reposición

(...)

**Aceptar la tesis sobre la supuesta incongruencia** planteada por los recurrentes conllevaría al absurdo de pensar que la Resolución Sancionatoria de una actuación administrativa tiene que ser exactamente igual a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, con la variación única en la fecha de expedición. Esto no ha sido así, no es así y nunca será así, pues obviamente eso **desvirtuaría las más elementales reglas de la razón y la lógica dentro del esquema procesal de indagación preliminar, apertura de investigación formal con pliego de cargos, descargos, pruebas, alegatos y decisión final sancionatoria o exoneratoria.** (...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La anterior posición ha sido validada por la jurisprudencia administrativa que, entre otras muchas decisiones judiciales, ha determinado con contundencia y claridad, que el surgimiento de hechos adicionales que forman parte de los planteados inicialmente en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas no configura una vulneración al debido proceso, por lo que los argumentos de los recurrentes en tal sentido no tienen mérito de prosperidad.

**INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICITIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria – Conductas de carácter continuado o de tracto sucesivo**

[E]n primer lugar **(i)** es necesario establecer a partir de qué momento se debe iniciar el conteo del término de caducidad de la facultad sancionatoria, en segundo lugar; **(ii)** determinar si la conducta investigada en el presente caso se trató de una considerada como de ejecución instantánea o de tracto sucesivo y, finalmente; **(iii)** definir si en el caso concreto tuvo lugar el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia.

[E]l término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Autoridad de Competencia se encuentra contemplado en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, así:

**“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”.

[C]orresponde a este Despacho establecer a partir de qué momento debe iniciarse el conteo del término de caducidad de la facultad sancionatoria, previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. En tal virtud, no hay duda de que su término inicia con la cesación o último acto constitutivo de la conducta sancionable, de donde se concluye que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo ha decantado su posición en relación con el momento en que inicia el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, cuando se está frente a comportamientos o hechos sancionables ejecutados de manera continuada o permanente.

[E]l análisis de esa Corporación ha sido uniforme en indicar que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, no se cuenta o computa desde el inicio del comportamiento dañino o contrario a la ley, pues tal regla es aplicable a acciones o conductas ejecutadas de manera instantánea; situación jurídica que cambia cuando se está frente a hechos o circunstancias constitutivas de sanción, ejecutadas de manera continuada, en razón a que el término de que trata la Ley, se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico.

[E]ste Despacho no puede compartir las aseveraciones de los recurrentes tendientes a indicar que el término de la caducidad de la facultad sancionatoria se cuenta a partir de que se tuvo conocimiento de la conducta, pues aceptar tales aseveraciones implicaría desconocer el ordenamiento jurídico y la interpretación que ha realizado el Consejo de Estado, como máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativo.

[E]s absolutamente claro, de la normatividad referida y la jurisprudencia citada, que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico.

[E]n relación con la naturaleza del comportamiento imputado a los investigados es importante precisar que según el contenido de la disposición citada y lo establecido por la jurisprudencia, la conducta es instantánea cuando los hechos que la constituyen se consuman en un único momento, mientras que tiene carácter continuado cuando se constituye por una “pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configura la conducta descrita en la ley como sancionable”.

**Resolución No. 7825 del 2 de abril de 2019 – Recurso de reposición**

*[L]a definición de conducta continuada que ha sido citada permite identificar sus elementos constitutivos, a saber: (i) pluralidad de acciones u omisiones, (ii) unidad de intención e (iii) identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable. Sobre la base de lo expuesto, la conducta sancionada en la Resolución Sancionatoria, contrario a algunas posturas de los recurrentes, es un comportamiento de carácter continuado en la medida en que claramente se puede verificar que reúne los tres elementos constitutivos expuestos.*