UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



"¿DEFERENCIA JUDICIAL O DEFICIENCIA JUDICIAL?"

TRABAJO DE GRADO

JULIÁN DAVID SOLORZA MARTÍNEZ

BOGOTÁ D.C.
2021

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO



"¿DEFERENCIA JUDICIAL O DEFICIENCIA JUDICIAL?"

TRABAJO DE GRADO

JULIÁN DAVID SOLORZA MARTÍNEZ

MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA
Director

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
JUNIO DE 2021
BOGOTÁ D.C., COLOMBIA
2021

AGRADECIMIENTOS

A Gabriela, Martín y Mónica por el amor, la paciencia y la comprensión, pero sobre todo por ser la inspiración y el motor para tratar de ser mejor persona cada día. A Fanny y a Carlos, mis padres, con quienes estaré eternamente agradecido por todo lo que fue y lo que será. A la Fundación Tomás Rueda Vargas, por ser determinante en mi formación personal y profesional y, además, por posibilitar la realización de esta maestría. A DLA Piper Martínez Beltrán Abogados, mi casa profesional de toda la vida y al equipo de Litigios. Al doctor Manuel Restrepo Medina, mi director de tesis, por su oportuno acompañamiento y valioso consejo. Y, por su puesto, a Dios.

DECLARACIÓN DE AUTONOMÍA

Yo, Julian David Solorza Martínez, declaro bajo gravedad de juramento, que he escrito la presente tesis de maestría por mi propia cuenta, y que, por lo tanto, su contenido es original. Declaro que he indicado clara y precisamente todas las fuentes directas e indirectas de información y que esta tesis de maestría no ha sido entregada a ninguna otra institución con fines de calificación o publicación.

Julián David Solorza Martínez
Junio de 2021

DECLARACIÓN EXONARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Declaro que la responsabilidad intelectual del presente trabajo es exclusivamente de su autor. La Universidad del Rosario no se hace responsable de contenidos, opiniones o ideologías expresadas total o parcialmente en él.

Julián David Solorza Martínez
Junio de 2021

TABLA DE CONTENIDO

ÍNDICE DE TABLAS.....8

ÍNDICE DE GRÁFICOS.....8

INDICE DE ANEXOS.....8

RESUMEN.....10

ABSTRACT.....11

INTRODUCCIÓN.....12

1. Contexto: Presupuestos básicos.....16
- **1.1** Protección de la competencia.....16
  - **1.1.1** La libre competencia.....16
    - **a.** Ley 155 de 1959.....18
    - **b.** Decreto 2153 de 1992.....19
    - **c.** Ley 1340 de 2009.....21
    - **d.** Decreto 4886 de 2011.....22
  - **1.1.2** La Superintendencia de industria y comercio.....22
  - **1.1.3** Procedimiento Administrativo Sancionatorio.....25
- **1.2** Control judicial de la administración.....34
  - **1.2.1** Principios fundantes.....36
  - **1.2.2** Controles.....36
  - **1.2.3** Justicia administrativa.....39
  - **1.2.4** Características del proceso contencioso administrativo.....41

2. Conceptualización de la deferencia judicial.....44
- **2.1** Definición del concepto "deferencia" 44
- **2.2** Contexto sobre el asunto de la deferencia judicial.....47
- **2.3** Deferencia judicial en Estados Unidos.....52
  - **2.3.1** Las agencias.....52
  - **2.3.2** La doctrina Chevron.....55
  - **2.3.3** La evolución de la doctrina Chevron en la jurisprudencia estadounidense.....58
- **2.4** Deferencia judicial en España.....68
  - **2.4.1** Las agencias.....69
  - **2.4.2** La discrecionalidad técnica.....70
- **2.5** Deferencia judicial en Chile.....72
- **2.6** Conclusión.....74

3. Deferencia judicial en el caso colombiano.....76
- **3.1** El control judicial de los actos sancionatorios de la administración en Colombia77
  - **3.1.1** Desde la perspectiva normativa.....77
  - **3.1.2** Desde la perspectiva jurisprudencial.....80
  - **3.1.3** El deber ser.....86

3.2 Presunción de legalidad de los actos administrativos.....90
3.2.1 Definición y alcance.....90
3.2.2 Relación con el control judicial.....92
3.3 Deferencia especial en el caso colombiano.....94
3.3.1 Antecedentes.....94
3.3.2 Deferencia especial – periodo de la intangibilidad relativa e implícita de la decisión disciplinaria administrativa.....95
3.3.3 Deferencia especial - periodo de la intangibilidad relativa explicita de la decisión disciplinaria administrativa.....101
3.4 Conclusión.....108
4. Estudio de caso - análisis del control judicial de los actos administrativos sancionatorios de la superintendencia de industria y comercio en materia de prácticas restrictivas de la competencia.....109
4.1 Visos de deferencia.....112
4.2 Metodología.....115
4.2.1 Sentencias analizadas.....115
4.2.2 Ficha jurisprudencial.....117
4.3 Presentación de resultados.....119
4.3.1 Datos estadísticos.....119
4.3.2 Análisis cualitativo.....124
a. Fallos que anulan el acto administrativo.....124
b. Fallos que confirman el acto administrativo.....148

CONCLUSIONES.....215

REFERENCIAS.....221

ANEXOS.....231

INDICE DE TABLAS

Tabla No. 1. “Procedimiento actuación administrativa” ….……34
Tabla No. 2. “Sentencias Consejo de Estado” …..…….……116
Tabla No. 3. “Sentencias Tribunales Administrativos” ..……116
Tabla No. 4. “Sentencias Juzgados Administrativos” ……..…….117

INDICE DE GRÁFICOS

Gráfica No. 1. “Instancias” ……..……..120
Gráfica No. 2. “Anulación y confirmación de actos controlados” ….……121
Gráfica No. 3. “Deferencia judicial” ..……..…….122
Gráfica No. 4. “Concepto Ministerio Público” …….…….123
Gráfica No. 5. “Análisis pruebas técnicas” ……..…….124

INDICE DE ANEXOS

Anexo 1 “Ficha 2. CEMEX”.....231
Anexo 2 “Ficha 4. ARGOS”.....237
Anexo 3 “Ficha 7. LÜLLE”.....242
Anexo 4 “Ficha 8. BANCOLOMBIA”.....252
Anexo 5 “Ficha 9. INGENIOS”.....272
Anexo 6 “Ficha 10. MELTEC”.....290
Anexo 7 “Ficha 12. CEMEX”.....295
Anexo 8 “Ficha 13. HOLCIM”.....300
Anexo 9 “Ficha 14. ARGOS”.....307
Anexo 10 “Ficha 15. CARMELITA”.....319
Anexo 11 “Ficha 17. ORTIZ”.....345
Anexo 12 “Ficha 21. STERLING”.....355
Anexo 13 “Ficha 23. UNIARROZ”.....363
Anexo 14 “Ficha 25. FLORHUILA”.....381
Anexo 15 “Ficha 27. COOFLOTAX”.....406
Anexo 16 “Ficha 29. VILLA DEL RIO”.....413
Anexo 17 “Ficha 32. GASES DE OCCIDENTE”.....423
Anexo 18 “Ficha 33. GASES DE OCCIDENTE”.....428
Anexo 19 “Ficha 37. LA GALLETA”.....433
Anexo 20 “Ficha 39. ESSO Y TEXACO”.....450
Anexo 21“Ficha 41. GOMEZ LONDOÑO.....460
Anexo 22 “Ficha 42. COMPENSAR”.....469
Anexo 23 “Ficha 43. COMPENSAR”.....476
Anexo 24 “Ficha 45. SALUDCOOP”.....481
Anexo 25 “Ficha 47. ALIANSALUD”.....484
Anexo 26 “Ficha 48. SURAMERICANA”.....488
Anexo 27 “Ficha 52. EAAB”.....493
Anexo 28 “Ficha 53. SAYCO”.....496
Anexo 29 “Ficha 54. PROCABLES”.....506
Anexo 30 “Ficha 55. PROCABLES”.....520

Anexo 31 “Ficha 56. COLMENA”.....530
Anexo 32 “Ficha 57. COLMENA”.....542
Anexo 33 “Ficha 60. RCN”.....553
Anexo 34 “Ficha 62. AYALA”.....572
Anexo 35 “Ficha 63. AYALA”.....582
Anexo 36 “Ficha 64. ROBLEDO”.....594
Anexo 37 “Ficha 66. RODRIGUEZ”.....616
Anexo 38 “Ficha 68. MANOTAS”.....638
Anexo 39 “Ficha 71. CONSTRUCTORA MP”.....657
Anexo 40 “Ficha 74. SERVICIOS OCCIDENTALES”.....673
Anexo 41 “Ficha 75. SERVICIOS OCCIDENTALES”.....687
Anexo 42 “Ficha 84. VALENCIA”.....701
Anexo 43 “Ficha 85. VALENCIA”.....716
Anexo 44 “Ficha 86. COLMENARES”.....727
Anexo 45 “Ficha 88. GONZALEZ”.....743
Anexo 46 “Ficha 89. FENDIPETROLEO”.....756
Anexo 47 “Ficha 90. FENDIPETROLEO”.....769
Anexo 48 “Ficha 91. IVESUR”.....781
Anexo 49 “Ficha 92. BOHORQUEZ”.....792
Anexo 50 “Ficha 94. MAYA”.....818
Anexo 51 “Ficha 96. FEDEGAN”.....836
Anexo 52 “Ficha 98. TELMEX”.....853
Anexo 53 “Ficha 100. CORREA”.....857
Anexo 54 “Ficha 102. EAAB”.....864
Anexo 55 “Ficha 104. EBSA”.....876
Anexo 56 “Ficha 106. ROA”.....897
Anexo 57 “Ficha 108. HERNANDEZ.....913
Anexo 58 “Ficha 110. CONCESIÓN”.....916
Anexo 59 “Ficha 126. MIRA”.....924
Anexo 60 “Ficha 142. M CORREA”.....951
Anexo 61 “Link sentencias”.....968

RESUMEN

La proliferación de la actividad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de prácticas restrictivitas de la competencia a raíz de la expedición de la Ley 1340 de 2009, ha ocasionado, a su vez, que la actividad judicial en virtud de la cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo realiza el control judicial de estas actuaciones de la administración también se haya incrementado.

A raíz de la revisión de algunos de los fallos judiciales mencionados, surgió la inquietud de analizar la manera en que los jueces están llevando a cabo el control judicial de estos específicos actos sancionatorios de la Superintendencia y Comercio pues se evidenció que en su mayoría los mismos son confirmados por el respectivo juez, quien es sus razonamientos otorgó prevalencia a las actuaciones de la administración limitándose a reproducir el acto administrativo demandado en detrimento de los argumentos expuestos por los demandantes.

En consecuencia, en la presente investigación se analiza una muestra importante de sentencias judiciales con el objetivo de determinar si a la hora de realizar el control judicial de los actos sancinonatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, los jueces son deferentes a favor de la administración, si existen deficiencias en la manera en cómo la jurisdicción lleva a cabo el control judicial o si, por el contrario, los jueces realizan un control judicial integral, pleno y sin restricciones.

Previo a lo anterior, la investigación aborda el concepto de la deferencia judicial tomando como parámetro su desarrollo en sistemas jurídicos foráneos; estudia la manera en que de conformidad con la ley y la jurisprudencia se ha ejercido el control judicial de los actos sancionatorios de la administración en Colombia y, a partir de lo anterior, formula las bases para efectos de determinar, según el ordenamiento jurídico colombiano, cómo debe ser el referido control judicial.

Los resultados de la investigación arrojaron diversas conclusiones entre las que se destaca el hallazgo de una muestra importante que denota profundas deficiencias en el control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección a la libre competencia, lo cual sugiere una alerta que merece ser atendida por la academia y, en general, por los diversos usuarios de la justicia.

Palabras clave: deferencia judicial, control judicial, acto administrativo sancionatorio, principio de legalidad, presunción de legalidad, acceso a la administración de justicia

ABSTRACT

The proliferation of the sanctioning activity from the Superintendency of Industry and Commerce in the issue of restrictive practices of competition as a result of the issuance of Law 1340 of 2009, has caused, in turn, increased judicial activity by virtue of which the administrative litigation jurisdiction conducts judicial control of these actions from the administration.

As a result of reviewing some of the aforementioned judicial decisions, concern arose to analyze the way in which judges are carrying out judicial control of these specific sanctioning acts of the Superintendency of Industry and Commerce, since it was noted that most of them and confirmed by the respective judge, who in his reasoning gave prevalence to the actions of the administration, limiting himself to reproduce the administrative act demanded to the detriment of the arguments presented by the plaintiffs.

Consequently, in this research an important sample of judicial decisions is analyzed in order to determine whether, when carrying out judicial control of sanctioning acts issued by the Superintendency of Industry and Commerce, judges are deferential in favor of the administration, if there are deficiencies in the way in which the jurisdiction carries out control or if, on the contrary, judges carry out a comprehensive, full and unrestricted judicial control.

Prior to the above, this research addresses the concept of judicial deference taking as a parameter its development in foreign legal systems; it also studies the way in which, in accordance with the law and jurisprudence, judicial control of the sanctioning acts of the administration in Colombia has been exercised and, based on this, formulates the bases for the purpose of determining, according to the Colombian legal system, how the referred judicial control ought to be.

The results of the investigation produce various conclusions, among which the finding of an important sample that denotes profound deficiencies in the judicial control of the administrative sanctioning acts issued by the Superintendency of Industry and Commerce in the field of protecting free competition stands out, which suggests an alert that deserves to be heeded by academia and, in general, by the various users of justice.

Key words: judicial deference, judicial control, administrative sanctioning act, principle of legality, legality presumption, access to justice administration.

INTRODUCCIÓN

A partir del año 2009, con la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio ha ejercido de manera más decidida sus funciones de policía administrativa para efectos de proteger la libre competencia.

Este hecho ha ocasionado que dicha autoridad administrativa haya tramitado y resuelto varias investigaciones que han terminado con la expedición de actos administrativos sancionatorios en contra de diversos agentes económicos y que, a su vez, han tenido un notable impacto en la economía nacional y en los medios de comunicación.

En respuesta de lo anterior, varios de aquellos que se han visto afectados con los actos administrativos sancionatorios han interpuesto demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos administrativos sancionatorios con la esperanza de lograr que, en virtud del control judicial de las actuaciones de la administración, la jurisdicción de lo contencioso administrativo anule dichas multas y ordene el restablecimiento del derecho correspondiente.

Argumentos que van desde la violación del debido proceso por parte de la Autoridad de Competencia, pasando por el desconocimiento técnico del sector de la economía donde se desenvuelven los sujetos que han sido objeto de sanción, hasta la valoración indebida y arbitraria de los hechos y las pruebas que fueron objeto del procedimiento administrativo sancionatorio, hacen parte de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho que los afectados han formulado en contra de los actos administrativos sancionatorios.

Hoy en día son varias las sentencias que tanto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como el Consejo de Estado han proferido para efectos de resolver las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, hasta donde se tiene conocimiento, en Colombia no se ha realizado un estudio sistemático de dichos fallos para analizar la manera en que la jurisdicción de lo contencioso administrativo lleva a cabo el control judicial de los actos administrativos mencionados.

Sin embargo, ante el debate que ha generado la forma en la que la Superintendencia de Industria y Comercio ha ejercido su potestad sancionatoria en el marco de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia, varias voces autorizadas han planteado en eventos académicos y columnas de opinión la necesidad de estudiar a fondo y revisar la manera en la que los jueces administrativos están fallando las demandas contra esos actos administrativos.

Así, en el marco del panel denominado “Debido proceso y papel de los medios de comunicación”, Jorge Orlando Montealegre Escobar, ex Superintendente de Industria y Comercio afirmó los siguiente “no hay un control judicial efectivo de las decisiones de la Superintendencia (…) debe haber una instancia judicial que debe ser el contencioso, pero con un trámite preferencial y también con un término definido porque si el Superintendente, si la administración sabe que tiene un control efectivo y que ese tribunal se va a pronunciar

con prontitud seguramente buena parte de las cosas que hoy se hacen no se harían o se harían se tomarían decisiones con mucho mayor cuidado"[1].

Al final, son los jueces y los tribunales de la República quienes en ejercicio del control judicial tienen en sus manos la definición de estas controversias, razón por la cual esa labor se torna fundamental para garantizar, por una parte, que los particulares se ciñan a la normatividad y respeten las normas sobre protección de la competencia y, por la otra, que el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, en tanto se trata del ejercicio de un poder considerable que limita las libertades públicas, se realice también con estricta sujeción a la ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, la forma como los jueces lleven a cabo el control judicial de los actos administrativos sancionatorios resulta fundamental para determinar si en verdad esa garantía de todos los ciudadanos está operando adecuadamente o si, por el contrario, se presentan fenómenos que la hacen defectuosa y, en consecuencia, digna de análisis y revisión.

Al analizar una pequeña muestra de sentencias en las cuales el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado han resuelto demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia, se encontró que el control judicial que realizan dichos jueces es bastante severo en relación con los aspectos del debido proceso que deben rodear el procedimiento administrativo, mientras que en lo que respecta al control de las consideraciones técnicas que realiza la autoridad de competencia, el mismo es más bien suave y deferente al punto de que los fallos en mención se limitan a parafrasear la labor acometida por la Superintendencia de Industria y Comercio sin analizar de manera exhaustiva la racionalidad de sus afirmaciones.

Esta situación puede tener diversas explicaciones. Sin embargo, lo cierto es que en las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia no simplemente se requieren consideraciones jurídicas para abordar los asuntos, sino que también juega un papel fundamental y determinante el aporte que realizan ciencias como la economía, la matemática y sus diversas ramas como la econometría y la estadística, entre otras, para entender aspectos fundamentales como el mercado investigado, la oferta, la demanda, su sustituibilidad, sus elasticidades, el comportamiento de sus agentes, la forma en que compiten, las utilidades que arroja dicho mercado, etc. Por lo general, los jueces no tienen esos conocimientos ni dominan esas materias.

Quizás es por lo anterior que, al momento de realizar el control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia, los jueces son más exhaustivos al revisar consideraciones jurídicas que al analizar las consideraciones técnicas de tipo económico o matemático.

[1] https://www.youtube.com/watch?time_continue=811&v=ghUcik9NMK0 min 1.17.00 y siguientes

Ejemplo de lo anterior es el fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 28 de junio de 2013[2], en virtud del cual se anuló un acto administrativo sancionatorio proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio y la sentencia proferida en segunda instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 9 de agosto de 2018[3], en virtud de la cual se negaron las pretensiones de una demanda en contra de un acto administrativo sancionatorio proferido por la misma Superintendencia.

En el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el acto administrativo sancionatorio se anuló porque la autoridad de competencia impuso una sanción al afectado, persona natural empleada de una empresa agente del mercado respectivo, con fundamento en una norma que no guardaba relación con su conducta ya que solo era aplicable a los agentes del mercado, por lo que concluyó que la Superintendencia de Industria y Comercio había vulnerado el principio de tipicidad y, por ende, el derecho al debido proceso del demandante.

Por su parte, el fallo del Consejo de Estado, luego de desechar los cargos relativos a la violación del debido proceso del demandante (caducidad, violación de normas procedimentales, violación al derecho de defensa, indeterminación del pliego de cargos, violación del principio del *non bis in idem*, violación a principios de buena fe y confianza legítima, entre otros) se pronunció sobre el cargo relativo a la falsa motivación en virtud del cual el demandante atacó frontalmente el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con las características y la estructura del sector económico en el que se desenvolvía el afectado y simplemente concluyó que no le asistía razón al demandante reiterando lo expresado por la autoridad en el acto administrativo.

El fallo en comento no argumentó por qué el razonamiento de la Superintendencia era el adecuado en detrimento del razonamiento del demandante, simplemente se limitó a transcribir lo dicho por la autoridad de competencia en el acto administrativo demandado dando a entender que por el solo hecho de haberse pronunciado, dicho razonamiento era el correcto. En otras palabras, la sentencia en comento al hacer el control judicial fue deferente a favor de la autoridad de competencia.

Pese a que lo anterior tan solo es una pequeña muestra, sí genera una inquietud relevante de cara a la manera en que los jueces están realizando el control judicial de asuntos técnicamente complejos como las prácticas restrictivas de la competencia.

Con esta perspectiva, el propósito de la presente investigación consiste en realizar un análisis de la manera en que el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca han venido realizando el control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de prácticas restrictivas de la competencia dentro del periodo comprendido desde el año 2009, fecha en que entró en vigencia la Ley 1340 de 2009, a la fecha.

[2] Radicado: 11001333100220110059O1

[3] Radicado: 25000232400020100033401

En ese sentido, esta investigación tiene como pregunta central: ¿La garantía del control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de prácticas restrictivas de la competencia se encuentra limitada por la auto restricción del juez en los aspectos técnicos?, con el objetivo general de determinar si en el marco del control judicial de los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre prácticas restrictivas de la competencia, el juez administrativo realiza un control de las valoraciones técnicas, o si, por el contrario, se presenta el fenómeno de la deferencia judicial.

En línea con lo anterior, los objetivos específicos de la investigación son (i) caracterizar el concepto de deferencia judicial en favor de la administración acudiendo a referencias que respecto de dicho fenómeno se han realizado en Estados Unidos, España y Chile; (ii) determinar si la doctrina y/o la jurisprudencia nacional hacen referencia al fenómeno de la deferencia judicial a favor de la administración en el control judicial de los actos administrativos; (iii) identificar la forma en que los jueces administrativos realizan el control de los aspectos técnicos de los actos administrativos sancionatorios en materia de prácticas restrictivas de la competencia a través del estudio de casos; y (iv) valorar la incidencia de la manera en que el juez administrativo realiza el control judicial de los aspectos técnicos de los actos administrativos sancionatorios en materia de prácticas restrictivas de la competencia desde la perspectiva de la garantía del control judicial.

En consecuencia, esta investigación se realizará a partir de una caracterización conceptual sobre el control judicial y el fenómeno de la deferencia judicial en el control de los actos administrativos que se presenta en otras latitudes para, posteriormente y con fundamento en el método cualitativo (Ragin, 2017), construir una imagen del control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia, por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, que permita identificar y valorar si se presenta un control judicial estricto de dichos actos o si, por el contrario, al realizar el control judicial los jueces son deferentes a favor de la administración.

1. CONTEXTO: PRESUPUESTOS BÁSICOS

Como quiera que la presente investigación consiste en analizar el control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en su función de Autoridad encargada de la protección de la competencia, conviene hacer algunas breves anotaciones respecto a (i) el derecho a la libre competencia; (ii) a la Superintendencia de Industria y Comercio, quien actúa como demandada en el marco de los procesos judiciales respectivos que serán objeto de análisis, y (iii) al procedimiento administrativo sancionatorio que dicha Autoridad lleva a cabo para proferir las decisiones cuyo control judicial se analizará.

Del mismo modo para efecto de abordar la presente investigación conviene hacer una breve referencia al control judicial de la administración para identificar sus principios fundamentales, los controles instaurados por el ordenamiento jurídico, las características básicas de la justicia contencioso administrativa y las características del proceso contencioso administrativo.

Todo lo anterior brindará las herramientas necesarias para entender el contexto en el que se profieren los fallos judiciales que serán objeto de análisis en virtud de la presente investigación.

1.1.Protección de la competencia

Como quiera que la presente investigación consiste en analizar el control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en su función de Autoridad encargada de la protección de la competencia, conviene, a manera de introducción, hacer algunas breves anotaciones respecto a (i) el derecho a la libre competencia; (ii) a la Superintendencia de Industria y Comercio, quien actúa como demandada en el marco de los procesos judiciales respectivos que serán objeto de análisis, y (iii) al procedimiento administrativo sancionatorio que dicha Autoridad lleva a cabo para proferir las decisiones cuyo control judicial se analizará.

1.1.1. La libre competencia

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece claramente su intención en relación con el régimen económico por el que opta el Estado y señala la libertad como pilar fundamental de la actividad económica, siempre y cuando sea ejercida en el marco del bien común, razón por la cual le otorga competencia al legislador para delimitar el alcance de la actividad económica "cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación".

Ese mismo artículo constitucional eleva a la categoría de "derecho de todos" a la libre competencia económica[4] y pone en cabeza del Estado la función de impedir que se obstruya

[4] Sobre el concepto de la libre competencia en el marco de la libertad de empresa en el Estado social de derecho cfr. CORREA HENANO Magdalena, Libertad de Empresa en el estado Social de Derecho, 1er ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p.165 y ss y 563 y ss.

o se restrinja la libertad económica y de evitar y/o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante.

Siguiendo a la Corte Constitucional, la libre competencia es un derecho individual y colectivo[5], toda vez que es una expresión de la libre iniciativa privada y, a su vez, constituye una fuente de beneficios para los consumidores al propiciar en el mercado la oferta de bienes y servicios de alta calidad y a un precio justo. En palabras del máximo Tribunal Constitucional:

> "Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades."[6]

Esta particular característica del derecho a la libre competencia tiene como consecuencia directa que para su reivindicación las personas cuentan con las acciones populares y de grupo, así como con las acciones ordinarias individuales establecidas para la defensa de la competencia y el reproche de la competencia desleal, e, incluso, según algunos autores, con el "mecanismo excepcional de la tutela de los derechos fundamentales, cuando se logre acreditar una vulneración de la libre competencia que represente para el sujeto que reclama una alteración de los elementos esenciales para el desarrollo de la persona y su dignidad" (Correa, 2009).

De manera ilustrativa, la Corte Constitucional ha señalado que la libre competencia "se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita" [7], es decir, cuando los empresarios pueden acceder a un mercado sin enfrentar barreras injustificadas.

---

[5] Para profundizar en el concepto de la libre competencia como derecho colectivo, se sugiere consultar, entre otras, las siguientes sentencias: (i) CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-228 de 2010; (ii) CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. C.P Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP); (iii) CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 26 de noviembre de 2015. C.P Hernán Andrade Rincón. Exp. 85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP); TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sentencia de 12 de julio de 2007. M.P Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda. Exp. 25000-23-15-000-2004-02049-01;

[6] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-815 del 2 de agosto de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Radicado: Expediente D- 3367

[7] Ibid.

En concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio, las ventajas de la libre competencia son fundamentales para un desarrollo eficiente de la economía nacional toda vez que "la libre competencia constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos (consumidores) y empresarios reciban precios más bajos y bienes 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." (Superintendencia de Industria y Comercio, 2017).

Ahora bien, para efectos de proteger el derecho a la libre competencia y en adición al fundamento constitucional señalado, el Estado colombiano cuenta con una serie de disposiciones normativas que contienen definiciones, prohibiciones e indicaciones en relación con las prácticas comerciales restrictivas y establecen la institucionalidad que debe encargarse de velar por su adecuado cumplimiento.

En síntesis, las conductas prohibidas por el régimen de competencia son (i) los acuerdos entre dos o más empresas que prevengan, restrinjan, o distorsionen la competencia; (ii) toda conducta abusiva por parte de agentes económicos que tengan una posición dominante en el mercado; y (iii) ciertos actos unilaterales realizados por empresas. "También están prohibidas las integraciones económicas que contraigan sustancialmente la competencia y que no compensen con eficiencias. Además de las anteriores, el Régimen de Competencia contempla los actos de Competencia Desleal establecidos en la Ley 256 de 1996 que afecten o tengan impacto en el mercado."[8]

A continuación, se hará un breve recuento de las principales normas que conforman el régimen de competencia.

a. *Ley 155 de 1959*

Expedida el 24 de diciembre de 1959, esta ley consagró por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Si bien dicha norma no fue fruto de la configuración de una política estatal en materia de competencia[9], sí fue la primera expresión normativa que se ocupó de prohibir "toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o

[8] En http://sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia

[9] Al respecto Miranda señala que el poco avance en la configuración de la política de competencia como una política estatal obedeció "a que el esquema económico imperante, influenciado por las corrientes Cepalinas, no permitía un desarrollo propicio de la normatividad, pero sobre todo de los conceptos filosóficos subyacentes a la política de competencia.". MIRANDA, Alfonso. (1998). El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Comisión de Libre Competencia y Asuntos Del Consumidor Panamá. Recuperado de: https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/14-control-jurisdiccional-en-rpc-y-pcr-aml.pdf

determinar precios inequitativos", lo cual en nuestros días se conoce como la "prohibición general"[10]. En efecto, el artículo primero[11] de la ley en comento señala que

> "Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.
> "PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general."

La importancia de esta norma ha sido tal que la mayoría de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia que ha abierto la Superintendencia de Industria y Comercio se han fundamentado, entre otras, en la violación de la "prohibición general".

Adicionalmente, la Ley en comento sometió a la vigilancia del Estado a los agentes económicos que tuvieran la capacidad de determinar los precios de mercado de un determinado bien o servicio (artículo 2) y estableció el régimen de integraciones económicas (artículo 4) en virtud del cual se consagró la obligación de informar previamente las operaciones llevadas a cabo por empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen de la misma cadena de valor con el objetivo de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada, siempre y cuando cumplieran con alguna de las dos condiciones señaladas por la norma. Dichas operaciones podían ser autorizadas, condicionadas u objetadas en función de su afectación a la libre competencia.

La Ley 155 también contiene normas relativas a actos de competencia desleal (arts.7 a 12); disposiciones relativas a la institucionalidad que en su momento se diseñó para efectos de velar por el cumplimiento de esa ley (artículo12) y al procedimiento administrativo que se seguiría en caso de recibir una denuncia por la inobservancia de la misma (artículos 12 a 16); normas contentivas de las multas que se podían imponer a los infractores (artículo 14); y la sanción jurídica de nulidad por objeto ilícito de los acuerdos, convenios u operaciones prohibidas por la Ley.

b. *Decreto 2153 de 1992*

[10] En la Resolución 26129 de 2015, la Delegatura para la Protección de la Competencia señaló lo siguiente: "Esta disposición, por su lenguaje, se considera una norma de textura abierta, en la medida en que prohíbe conductas que tienden a restringir la libre competencia, sin que las mismas sean descritas de forma específica, como sí se hace en la lista no taxativa de conductas anticompetitivas previstas en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, por lo cual la adecuación entre los hechos y la norma dependerá de cada caso en concreto."

[11] Modificado por el artículo 1° del Decreto 3307 de 1963.

El Decreto 2153 del 30 de diciembre 1992[12] marcó en Colombia el acercamiento a una política definida y estructurada de competencia[13], toda vez que (i) se ocupó del diseño de la autoridad de competencia (artículos, 1 a 43); (ii) estableció normas en relación con la "prohibición general" (artículo 46), los acuerdos contrarios a la libre competencia (artículo 47), los actos contrarios a la libre competencia (artículo 48), el abuso de la posición dominante (artículo 50) y las integraciones empresariales (artículo 51); e (iii) introdujo normas en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio por violación al régimen de competencia (artículos 4 y 52).

En relación con la Superintendencia de Industria y Comercio, el Decreto le otorgó de manera general la competencia para velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como para imponer las sanciones por su inobservancia. También definió las competencias del Superintendente de Industria y Comercio, dentro de las que se destacan la de decidir sobre la terminación de las investigaciones por presuntas violaciones del régimen de competencia y la de imponer las sanciones a las personas jurídicas y naturales por la violación de dicho régimen. Así mismo, creó la Delegatura para la Protección de la Competencia a la cual también le atribuyó varias funciones, dentro de las cuales se destaca la de "Tramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente Decreto" y la de "Elaborar los estudios económicos y técnicos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la Delegatura de la Promoción de la Competencia."

El reparto de competencias al que se ha hecho referencia también tiene una incidencia directa en el procedimiento administrativo sancionatorio que rige hoy en día en materia de competencia y que consiste en un proceso cuya iniciación e investigación está a cargo del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y cuya decisión está a cargo de su superior, esto es, del Superintendente de Industria y Comercio[14], previo informe motivado rendido por el Superintendente Delegado.

---

[12] Modificado por la Ley 1340 de 2009, modificado y adicionado por el Decreto 019 de 2012 y adicionado por la Ley 590 de 2000.ed

[13] Siguiendo a Miranda, "Fue solamente hasta el final de los años ochenta y durante la década de los noventa, que nuestros países hicieron una nueva aproximación al Derecho de la Competencia, dictando normas y estableciendo o restructurando sus autoridades de la competencia, como una consecuencia lógica de la apertura económica y el proceso gradual pero continuo de internacionalización de la economía."

"En Colombia esta nueva etapa comenzó con la expedición del Decreto 2.153 de 1992, por medio del cual se restructuró la Superintendencia de Industria y Comercio en adelante (SIC), se dictaron nuevas normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y se crearon tres nuevas dependencias dentro de la SIC: la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia, la División de Promoción de la Competencia y el Consejo Asesor del Superintendente en materias de Competencia". MIRANDA, Alfonso. (1998). El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Comisión de Libre Competencia y Asuntos Del Consumidor Panamá. Recuperado de: https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/14-control-jurisdiccional-en-rpc-y-pcr-aml.pdf

[14] Son varias las críticas que la academia y los operadores jurídicos han realizado en relación con esta estructura. La principal consiste en señalar que la persona que investiga no es independiente de la persona que resuelve el procedimiento administrativo sancionatorio, ocasionando que, en últimas, la misma entidad que eleva el

En lo que tiene que ver con los actos y acuerdos contrarios a la libre competencia y con el abuso de posición dominante, además de reforzarse la "prohibición general" se elaboró una lista más amplia y no taxativa situaciones que los configuran.

Finalmente, en lo relativo a las sanciones pecuniarias, el decreto estableció que para las personas naturales la multa podría alcanzar hasta los 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que para las personas jurídicas podría alcanzar hasta los 2000.

c. *Ley 1340 de 2009*

A partir de la promulgación de la Ley 1340 del 24 de julio de 2009 el derecho de la competencia en Colombia ha experimentado una evolución y un fortalecimiento sin precedentes. Dicha ley, además de "actualizar la normatividad en materia de la protección de competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados", que estaba contenida principalmente en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992, también dotó a las autoridades de importantes herramientas para garantizar el cumplimiento de su deber constitucional de proteger la libre competencia económica.

Como lo sostiene Archila, la Ley 1340 de 2009 modificó y aclaró en gran medida lo relacionado con la autoridad competente, el procedimiento aplicable y, de manera implícita, la normatividad sustancial aplicable en materia de protección de la competencia (Archila, 2010). A partir de la ley en comento, la Superintendencia de Industria y Comercio se consolidó como la principal autoridad encargada de la protección competencia en el país y, por ende, como la autoridad que ejerce las funciones de policía administrativa en esta materia.

Entre los muchos cambios relevantes que trajo consigo la Ley 1340 de 2009, uno de los más importantes tuvo que ver con el procedimiento para efectos de llevar a cabo las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia y más puntualmente con el régimen sancionatorio aplicable. Además de abordar temas como las finalidades del procedimiento administrativo (artículo 3), el régimen de las integraciones empresariales (artículos 9 a 13), el establecimiento de beneficios por colaboración (artículo 14), reserva de documentos (artículo 15), ofrecimiento de garantías (artículo 16), la publicación de las

---

respectivo pliego de cargos es la que termina decidiendo al respecto. Desde la institucionalidad se intenta enervar este argumento señalando la independencia entre el Delegado y el Superintendente de Industria y Comercio, no obstante tal independencia es por lo menos cuestionable si se tiene en cuenta que este último es el superior jerárquico de aquel.

En palabras de Jaeckel "El aspecto que más inquietudes genera es que sea la misma autoridad la que formula cargos, condena e impone multas de hasta US$25 millones contra el acusado.

"Frente a esta afirmación podría decirse que es equivocada, pues el proceso mediante el cual se investiga y sanciona es adelantado por despachos y funcionarios independientes y autónomos entre sí, toda vez que la formulación de cargos y la investigación la adelanta el Superintendente Delegado, mientras que la decisión del caso la adopta el Superintendente.

"La justificación citada, aunque parcialmente cierta, es un sofisma." JAECKEL, Jorge (2019) Quien acusa decide. asuntos:legales. Recuperado de: https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jorge-jaeckel-kovacs-2836049/quien-acusa-decide-2869982

actuaciones administrativas (artículo 17), medidas cautelares (artículo 18), la participación de terceros interesados (artículo 19), la definición de la naturaleza de los actos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en el curso de la actuación administrativa (artículo 20), notificaciones y comunicaciones (artículo 23), caducidad de la potestad sancionatoria (artículo 27), la ley implementó importantes modificaciones en relación con el monto de las multas a imponer a las personas jurídicas (artículo 25) y naturales (artículo 26) por la violación de cualquier disposición sobre protección de la competencia.

En efecto, mientras el Decreto 2153 de 1992 establecía que la Superintendencia de Industria y Comercio podía imponer sanciones pecuniarias a las personas jurídicas hasta por dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a las personas naturales hasta por trecientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en virtud de la Ley 1340 de 2009 la misma Superintendencia ahora puede imponer sanciones pecuniarias a las personas jurídicas hasta por cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a las personas naturales hasta por dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Este notable incremento en la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio junto con un importante esfuerzo institucional ha ocasionado que su actividad investigativa y sancionatoria se haya incrementado sustancialmente. Según datos de la misma Superintendencia, para el año 2009 impuso sanciones por $8.002 millones de pesos, mientras que para la vigencia del año 2017 dicho rubro ascendió a $345.257 millones (SIC, 2017). Por su parte, entre el año 2006 y el año 2009, el valor de las sanciones impuestas por la entidad fue de $34.153 millones de pesos, mientras que luego de la implementación de la Ley 1340 de 2009, entre el periodo de 2010 a 2017, dicho valor ascendió a $1.77 billones de pesos (SIC, 2017).

Son célebres, entre otras, las sanciones impuestas a la industria azucarera en el año 2015[15] que ascendió a $260.000 millones de pesos, a la industria pañalera en el año 2016[16] que ascendió a $208.000 millones y a la industria cementera en los años 2017 y 2018[17] que ascendió a $201.616 millones.

d. *Decreto 4886 de 2011*

Proferido el 23 de diciembre de 2011, el Decreto 4886 fundamentalmente modificó la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y determinó las funciones de sus dependencias.

1.1.2. La Superintendencia de Industria y Comercio

[15] Resoluciones 80847 del 7 de octubre de 2015, 103652 del 30 de diciembre de 2015.

[16] Resoluciones 43218 del 28 de junio de 2016 y 86817 del 16 de diciembre de 2016.

[17] Resoluciones 81391 del 11 de diciembre de 2017 y 23157 del 6 de abril de 2018.

Creada mediante el Decreto 2974 de 1968 con el fin, (i) Tramitar y decidir los asuntos relacionados con la propiedad industrial; (ii) Vigilar las cámaras de comercio, conforme a las disposiciones legales vigentes; (iii) Vigilar el cumplimiento de las normas sobre profesión de comerciantes y de agente viajero; (iv) Desempeñar las funciones de secretaría técnica del comité de regalías; (v) Vigilar y controlar el cumplimiento de las disposiciones sobre normas técnicas y requisitos de calidad fijadas por el Ministerio; (vi) Vigilar y controlar el cumplimiento de las normas sobre cuotas de absorción establecidas en desarrollo de la Ley 90 de 1948; (vii) Estudiar y tramitar las solicitudes que presenten los interesados en relación con estímulos tributarios que existan o puedan ser establecidos para el desarrollo de la industria, y (viii) Tramitar los asuntos relativos a la celebración y ejecución de contratos de integración y ensamble, ejercer vigilancia sobre su cumplimiento y tramitar lo que se relacione con el desarrollo de la política sobre la materia en coordinación con la División de Programación Sectorial y con el Instituto de Comercio Exterior, en la actualidad, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad nacional en materia de competencia[18], según lo establece el artículo 6° de la ley1340 de 2009.

En virtud del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio fue reestructurada para acompasarla con la Constitución de 1991, lo que conllevó "a la especialización funcional de la entidad; la eliminación de labores que deberían ser adelantadas por otras entidades, particularmente del nivel descentralizado territorial; la abolición de trámites y requisitos innecesarios, los cuales suponían obstáculos a la iniciativa privada y el reconocimiento de la idoneidad y aptitud de los particulares para desempeñar ciertas labores que en el pasado se radicaron en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio".[19]

A lo largo de su historia la Superintendencia de Industria y Comercio ha ido acumulando variadas funciones técnicas en relación con diversos aspectos de la economía como la vigilancia y control de las normas sobre producción, precios, mercadeo y márgenes de comercialización, propiedad industrial, prácticas comerciales restrictivas, protección del consumidor, entre otros.[20].

No obstante, para los efectos del presente trabajo se hace énfasis en que la Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo del Estado, perteneciente a la rama ejecutiva y de carácter técnico[21] que ejerce la inspección vigilancia y control en relación con el régimen de competencia[22], en virtud de lo cual "conocerá en forma privativa de las

[18] Tiene su origen en la Superintendencia de Regulación Económica.

[19] http://www.sic.gov.co/historia

[20] Al respecto véase los Decretos 149 de 1976, 2153 de 1992, 1130 de 1999, 442 de 2000, 3523 de 2009, 1687 de 2010, 4130, 4175, 4176, 4886 de 2011, 19 de 2012 y las Leyes 446 de 1998, 510, 527, 546 y 550 de 1999, 1266 de 2008, 1335, 1340, 1341, 1346, 1369 de 2009 y 1438, 1480 de 2011.

[21] Artículo 1° del Decreto 2153 de 1992

[22] Dentro de las funciones actuales que tiene la Superintendencia, es conveniente resaltar las siguientes contenidas en el artículo 1° del Decreto 4886 de 2011: "1. Asesorar al Gobierno Nacional y participar en la formulación de las políticas en todas aquellas materias que tengan que ver con la protección al consumidor, la

investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal."[23]

Para efectos de llevar a cabo su función, la Superintendencia actúa a través del Superintendente de Industria y Comercio[24] y del Superintendente Delegado para la

promoción y protección de competencia, a propiedad industrial, la protección de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones. 2. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales. 3 Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. 4. Imponer con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones. (…) 10. Rendir, cuando lo considere pertinente, concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que le informen las autoridades respectivas y que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. 11. Pronunciarse en los términos de la ley, sobre los proyectos de integración o concentración cualquiera que sea el sector económico en el que se desarrollen, sean estos por intermedio de fusión, consolidación, adquisición del control de empresas o cualquier otra forma jurídica de la operación proyectada. (…) 16. Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal que afecten el interés general y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley.

[23] Artículo 6 Ley 1340 de 2009

[24] Dentro de las funciones actuales que tiene el Superintendente de Industria y Comercio, es pertinente resaltar las siguientes consagradas en el artículo 3 del Decreto 4886 de 2011: "1. Asesorar al Gobierno Nacional y participar en la formulación de las políticas en todas aquellas materias que tengan que ver con la protección al consumidor, la promoción y protección de la competencia, la propiedad industrial, la protección de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones. (…) 5. Impartir instrucciones en materia de protección al consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, la protección de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones, así como fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación. 6. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.7. Ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal. 8. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal. 9. Decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en el caso de las investigaciones en ejercicio de facultades administrativas de competencia desleal, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga.10. Autorizar, en los términos de la ley, los acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, a los que se refiere el parágrafo del artículo 1o de la Ley 155 de 1959, el artículo 5 de la Ley 1340 de 2009 o demás normas que la modifiquen o adicionen. 11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías. 12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas

Protección de la Competencia[25]. El último es el encargado de realizar las averiguaciones preliminares para efectos de determinar la procedencia de una investigación administrativa, de abrir la investigación administrativa en contra de los presuntos infractores del régimen de competencia, de instruir la investigación y de rendir un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio en el cual le aconseja adoptar determinada decisión en relación con el proceso administrativo sancionatorio. Por su parte el Superintendente de Industria y Comercio es quien mediante acto administrativo resuelve el proceso administrativo sancionatorio y el eventual recurso de reposición que los afectados puedan interponer en contra del acto administrativo sancionatorio.

Tanto el Superintendente de Industria y Comercio como el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia cuentan dentro de su equipo de trabajo con profesionales en distintos saberes, tales como economistas, abogados, ingenieros, entre otros, quienes les prestan apoyo técnico en su labor de instruir y decidir los procesos administrativos sancionatorios mediante los actos administrativos correspondientes.

Finalmente, es la Superintendencia de Industria y Comercio la entidad que hace las veces de parte demandada en el marco de los procesos judiciales que se llevan a cabo para realizar el control judicial de los actos administrativos sancionatorios que son objeto de esta investigación.

1.1.3. Procedimiento Administrativo Sancionatorio

Los Decretos 2153 de 1992 y 4886 de 2011 consagran tanto el trámite, como la división de funciones en el procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia. Bajo ese supuesto, las normas configuran dos etapas separadas de instrucción

---

sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley. 13. Conceder los beneficios por colaboración con la Superintendencia de Industria y Comercio previstos en la Ley 1340 de 2009 y las normas que la modifican o adicionan (…) 19. Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley."

[25] Dentro de las funciones actuales que tiene el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, es pertinente resaltar las siguientes consagradas en el artículo 9 del Decreto 4886 de 2011: "(…) 2. Velar por el cumplimiento de las normas y leyes vigentes y proponer nuevas disposiciones. (…) 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. 7. Elaborar los proyectos de resolución mediante los cuales se decida una investigación por violación a las normas sobre protección de la competencia, de acuerdo con los lineamientos e instrucciones que sobre el caso particular imparta el Superintendente de Industria y Comercio. 8. Dar aviso a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector involucrado, del inicio de una investigación por prácticas comerciales restrictivas o del trámite de una operación de integración empresarial, de acuerdo con lo establecido en la ley. (…) 18. Elaborar los estudios económicos y técnicos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la Delegatura. 19. Compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia.

y sanción, en las que se asignan distintas responsabilidades a dos funcionarios diferentes, pero ambos pertenecientes a la Superintendencia de Industria y Comercio.

En efecto, el Decreto 4886 de 2011 pone a cargo del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (artículo 9 núm. 4) el trámite de la imputación de cargos y de la instrucción de las investigaciones y asigna al Despacho del Superintendente (artículo 3 núm. 11) la adopción de las decisiones definitivas relativas a las investigaciones efectuadas por prácticas ilegales, en particular la imposición de sanciones y órdenes de suspensión de conductas irregulares.

El mismo esquema determina el Decreto 2153 de 1992 al establecer un trámite en el que el Superintendente Delegado funge como órgano director de toda la investigación, siendo quien tramita e impulsa el desarrollo del procedimiento mediante gestiones como la formulación de cargos y práctica de pruebas y deja las providencias sustanciadas para la decisión final. Por su parte, el Superintendente permanece ajeno a todas estas labores de investigación e instrucción y solo interviene al finalizar el proceso como órgano decisor.

En respaldo de lo anterior, se pueden tomar prestadas las palabras del propio Superintendente, quien se ha referido de la siguiente manera a las etapas del proceso administrativo sancionatorio:

> "Como puede apreciarse, la norma citada [artículo 52 del Decreto 2153 de 1992] dispone que el procedimiento administrativo que se adelanta en las investigaciones por presuntas prácticas restrictivas de la competencia **está compuesto por dos etapas, una etapa de instrucción (indagación preliminar e investigación formal con pliego de cargos) y otra de decisión o juzgamiento**. Así mismo, la regla transcrita, desarrollada en el numeral 4 del **artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 y en el numeral 19 del artículo 3 del mismo Decreto, establece los funcionarios competentes para adelantar cada una de las etapas del procedimiento administrativo** que han sido referidas.
>
> "En efecto, según el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011:
>
> > '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 instruirlas investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.
>
> "En el mismo sentido, el numeral 19 del artículo 3 del mismo Decreto dispone:

"Artículo 3. Funciones del despacho del superintendente de industria y comercio. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

"19. Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la Ley."

"Así las cosas, es claro que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es el funcionario competente para instruir la investigación, mientras que el Superintendente de Industria y Comercio es el funcionario competente para, una vez terminada la instrucción de la investigación, tomar la decisión final sobre la actuación."[26]

Profundizando en las etapas del procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia, se tiene que las mismas han sido determinadas de forma expresa en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992[27], y pueden resumirse así:

- La actuación para determinar la existencia de una infracción se puede iniciar de oficio o a solicitud de un tercero;

- El procedimiento administrativo puede estar precedido de una averiguación preliminar, en cuya virtud la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio recauda las pruebas tendientes a adoptar una decisión sobre "la necesidad de realizar una investigación". En esta etapa, que puede o no realizarse, todavía no existe un proceso administrativo en contra del administrado, al cual no se le han formulado cargos ni imputaciones y tampoco se le ha vinculado formalmente al proceso;

- En caso de que la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio decida que no existen méritos para abrir una investigación, la actuación administrativa se archivará. En caso contrario, el procedimiento inicia formalmente con la resolución de apertura de la investigación (o pliego de cargos), la cual debe ser notificada personalmente al investigado. Este acto debe cumplir con los requisitos mínimos establecidos en el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[28];

[26] SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución 85441 del 30 de octubre de 2015, "Por medio de la cual se decide un recurso de Queja".

[27] Modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012

[28] El artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala lo siguiente:

En relación con el pliego de cargos, por lo general, dicho acto administrativo tiene la siguiente estructura[29]:

- Consideraciones jurídicas: la Superintendencia de Industria y Comercio establece su competencia para realizar la investigación sobre prácticas restrictivas de la competencia.

- Consideraciones relativas al origen de la investigación: la Superintendencia de Industria y Comercio manifiesta si la investigación tiene como origen una queja o denuncia.

- Consideraciones en relación con la averiguación preliminar: la Superintendencia de Industria y Comercio resume las actuaciones que llevó a cabo en desarrollo de la averiguación preliminar, tales como requerimientos de información, visitas administrativas, testimonios, entre otras.

- Consideraciones en relación con los agentes del mercado objeto de la investigación: la Superintendencia de Industria y Comercio identifica cuales son los agentes del mercado del producto respectivo sobre el cual versa la investigación y especifica sus particularidades.

- Consideraciones en relación con el producto (bien o servicio) objeto de la investigación: la Superintendencia de Industria y Comercio hace la descripción del producto y del mercado del mismo, identificando aspectos relativos a la oferta y la demanda del bien o servicio, su proceso de producción y los factores que inciden en el mismo, las características de la industria respectiva (por ejemplo estudios relativos a la concentración del mercado, capacidad de la industria, clientes, comercialización, comportamiento de los precios, etc.), todo lo cual dependerá, se reitera, del objeto de la investigación. En este proceso es usual que la Superintendencia de Industria y Comercio utilice estudios económicos especializados para determinar variables que le ayuden en su proceso de identificación de las características del mercado o del producto.

- Consideraciones jurídicas en relación con el régimen de competencia: la Superintendencia de Industria y Comercio expone las consideraciones

---

"ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. (…)

Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serian procedentes Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso. (…)" Se resalta.

[29] Cfr. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Resolución 49141 del 21 de agosto de 2013

jurídicas de las prácticas restrictivas de la competencia por las cuales abrió la investigación. Esta exposición estará determinada por la conducta que a juicio de la Autoridad presumiblemente aconteció (por ejemplo, acuerdo de precios, obstrucción de las importaciones, etc.).

- Consideraciones fácticas en relación con las conductas: la Superintendencia de Industria y Comercio señala los hechos y las pruebas que en su criterio la llevaron a abrir la investigación por haberse configurado las conductas constitutivas de prácticas restrictivas de la competencia.

- Imputación: la Superintendencia de Industria y Comercio señala las normas que estima vulneradas e imputa dichas conductas a los investigados.

- Manifestación sobre las sanciones procedentes: la Superintendencia de Industria y Comercio comunica las sanciones que serían procedentes en caso de encontrar que los investigados incurrieron en las conductas por las que se les acusa

- Parte resolutiva: entre otras, se determina la apertura de la investigación en contra de los sujetos determinados, se ordena la notificación personal del acto administrativo y se corre traslado por el término de 20 días para que los investigados presentes sus argumentos y soliciten pruebas.

- A partir de ese momento, el investigado cuenta con 20 días hábiles para presentar descargos, solicitar y allegar pruebas, y ofrecer garantías para la terminación anticipada de la investigación;

- Fenecidos los 20 días hábiles mencionados en el numeral anterior, inicia la etapa probatoria, en donde la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio decreta y practica pruebas de oficio o a solicitud de parte, otorgando los traslados y llevando a cabo las audiencias correspondientes;

- Todas las anteriores etapas del procedimiento se encuentran agrupadas en una primera fase denominada como fase de instrucción de la investigación. Lo anterior se concluye a partir de la lectura de los tres primeros incisos del pluricitado artículo 52 ibid., en donde se lee que todas las actuaciones antedichas tienen como finalidad la de esclarecer los hechos objeto de investigación y una vez "instruida" la misma se procede a la fase de decisión o juzgamiento;

- Instruida la fase de investigación, Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio cita audiencia "por una sola vez" para que los investigados y terceros reconocidos presenten sus argumentos respecto de la investigación. La Delegatura es la competente para decidir el cierre de la etapa de instrucción cuando encuentre que se han recaudado las pruebas necesarias para calificar el mérito de la investigación;

- Tras la realización de la audiencia única de alegación, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia está facultado solamente para presentar un informe motivado ante el Superintendente de Industria y Comercio con sus conclusiones sobre la investigación. De este informe se corre traslado a los implicados para que se manifiesten;

  El informe motivado, por lo general, tiene la siguiente estructura[30]:

  - Resumen sobre la imputación realizada en el pliego de cargos.

  - Resumen de la actuación procesal llevada a cabo en la investigación.

  - Recuento de las solicitudes procesales realizadas por los investigados.

  - Recuento de las respuestas dadas por la Superintendencia de Industria y Comercio a las solicitudes procesales.

  - Consideraciones en relación con los agentes del mercado objeto de la investigación: la Superintendencia de Industria y Comercio identifica cuales son los agentes del mercado del producto respectivo sobre el cual verse la investigación y especifica sus particularidades.

  - Consideraciones en relación con el producto (bien o servicio) objeto de la investigación: la Superintendencia de Industria y Comercio hace la descripción del producto y del mercado del mismo, identificando aspectos relativos a la oferta y la demanda del bien o servicio, su proceso de producción y los factores que inciden en el mismo, las características de la industria respectiva (por ejemplo estudios relativos a la concentración del mercado, capacidad de la industria, clientes, comercialización, comportamiento de los precios, etc.), todo lo cual dependerá, se reitera, del objeto de la investigación. En este proceso es usual que la Superintendencia de Industria y Comercio utilice estudios económicos especializados para determinar variables que le ayuden en su proceso de identificación de las características del mercado o del producto.

  - Recuento de los argumentos de defensa de los investigados.

  - Valoración y consideraciones de la Delegatura para la Protección de la Competencia en relación con la defensa de los investigados.

  - Consideraciones jurídicas en relación con el régimen de competencia: la Superintendencia de Industria y Comercio expone las consideraciones jurídicas de las prácticas restrictivas de la competencia por las cuales abrió la

[30] Cfr. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, Informe Motivado "Caso Cemento" Rad.: 11-116942. 2017

investigación. Esta exposición estará determinada por la conducta que a juicio de la Autoridad presumiblemente aconteció (por ejemplo, acuerdo de precios, obstrucción de las importaciones, etc.).

- Consideraciones fácticas en relación con las conductas: la Superintendencia de Industria y Comercio señala los hechos y las pruebas que en su criterio la llevaron a abrir la investigación por haberse configurado las conductas constitutivas de prácticas restrictivas de la competencia.

- Determinación de la responsabilidad de los investigados

- Recomendación: la Delegatura para la Protección de la Competencia le manifiesta al Superintendente de Industria y Comercio una recomendación en el sentido de sancionar o no a los investigados.

- Antes de expedir el acto administrativo sancionatorio, en virtud del artículo 25[31] del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio deberá convocar al Consejo Asesor de Competencia, quien opinará y emitirá una recomendación no obligatoria en relación con el procedimiento administrativo sancionatorio.[32]

[31] El artículo 25 del decreto 4886 de 2011 señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 25. CONSEJO ASESOR. El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, integrado por (5) cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

"El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los siguientes eventos:

"1. Para el ejercicio de las funciones previstas en los numerales 9 y 10 del artículo 9o del presente decreto.

"2. Para la imposición de las multas previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 relacionadas con la violación a las disposiciones de protección de la competencia, por incurrir en alguna de las conductas consideradas como restrictivas de la competencia previstas en el artículo primero de la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 o cualquier otra disposición especial en la materia, así como por el incumplimiento del deber de informar una operación de integración empresarial.

"3. Cuando en ejercicio de facultades administrativas de competencia desleal se vayan a adoptar las mismas medidas a las que se refieren los dos numerales anteriores.

"Los miembros del Consejo Asesor estarán sujetos a las inhabilidades y régimen de honorarios previstos para los miembros del Consejo Asesor del Superintendente Financiero.

"Tales honorarios se pagarán siempre y cuando no se trate de servidores públicos."

[32] La existencia del Consejo Asesor de Competencia ha sido presentada como una garantía adicional en favor de los investigados. No obstante, esa figura ha sido criticada por varios operadores jurídicos porque en la audiencia con el Consejo solo tiene presencia la Superintendencia de Industria y Comercio y no los investigados y, adicionalmente, porque en varios casos se ha demostrado que el Consejo ha sesionado el mismo día en que se profiere el acto administrativo, por un espacio de tiempo insuficiente para conocer los detalles del

- El Superintendente profiere una resolución decisoria frente a la cual cabe recurso de reposición en vía administrativa.[33]. Por lo general, la estructura de la resolución sancionatoria es la siguiente:

  - Resumen sobre las consideraciones y la imputación realizada en el pliego de cargos.

procedimiento administrativo sancionatorio y sin que los consejeros hayan revisado los escritos de defensa y las pruebas de los investigados. Son varios los testimonios en sede judicial donde miembros de ese Consejo han señalado que el conocimiento del proceso lo obtienen de resúmenes del mismo elaborados por la propia Superintendencia de Industria y Comercio.

[33]Decreto 2153 de 1992, Artículo 52: "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 par 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.

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.

Parágrafo 1. Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la Ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio."

- Resumen de la actuación procesal llevada a cabo en la investigación.

- Recuento de la recomendación presentada por el Superintendente Delegado de Industria y Comercio en el informe motivado.

- Recuento de los argumentos presentados por los investigados frente al informe motivado.

- Consideraciones jurídicas: el Superintendente de Industria y Comercio establece su competencia para realizar la investigación sobre prácticas restrictivas de la competencia.

- Marco normativo: la resolución expone las normas con fundamento en las cuales resolverá la investigación.

- Consideraciones en relación con el mercado en el que se desarrollaron las conductas investigadas: el Superintendente de Industria y Comercio identifica cuales son los agentes, el producto, su proceso de fabricación, consideraciones en torno a la oferta y demanda del mismo, el alcance geográfico del mercado, su tamaño, concentración, barreras de entrada, estructura de precios y de costos, entre otras, que, se insiste, dependerán de la conducta investigada y el bien o servicio afectado por dicha conducta.

- Consideraciones fácticas y jurídicas en relación con las conductas: el Superintendente de Industria y Comercio analiza la ocurrencia o no de las conductas endilgadas a los investigados, valora los argumentos de defensa de los investigados y procede a emitir su conclusión técnica al respecto.

- Consideraciones fácticas y jurídicas en relación con argumentos adicionales. el Superintendente de Industria y Comercio evalúa los argumentos relativos al debido proceso y otros que los investigados puedan esgrimir.

- Determinación de la responsabilidad de los investigados: el Superintendente de Industria y Comercio procede a individualizar la responsabilidad de cada uno de los investigados en la omisión de las prácticas restrictivas de la competencia, indicando el grado de participación en la conducta de cada uno de los investigados.

- Determinación del monto de la sanción: en caso de encontrar que los investigados incurrieron en las conductas anticompetitiva investigadas, el Superintendente de Industria y Comercio determina el valor de la multa a imponer a cada uno.

- Parte Resolutiva: el Superintendente de Industria y Comercio consigna las decisiones en relación con la investigación administrativa sancionatoria

- En caso de que alguno o todos los investigados hayan interpuesto recurso de reposición contra el acto administrativo sancionatorio, el superintendente de Industria y Comercio procederá a resolverlo mediante resolución motivada.

Así las cosas, al graficar el procedimiento del artículo 52 *ejusdem*, se tiene lo siguiente:

Tabla 1 "Procedimiento actuación administrativa"

Actividades / Etapas	ETAPA PREVIA AL INICIO DE ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA	ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA										
		1a Fase de la Actuación: Instrucción de la Investigación					2a Fase de la Actuación: Alegatos de conclusión, recomendaciones y decisión o juzgamiento					
	Actuaciones Previas	Inicio de la Actuación Administrativa			Pruebas		Alegatos de conclusión y recomendaciones			Decisión o Juzgamiento		
Desarrollo de averiguaciones preliminares												
Resolución de apertura de la investigación												
Notificación de la Resolución de apertura de la investigación												
Traslado de la Resolución de apertura de la investigación												
Resolución que decreta pruebas												
Práctica de Pruebas												
Audiencia Única de alegatos												
Informe motivado												
Traslado del informe motivado												
Resolución de Terminación (sanciona/archiva)												
Impugnación de la Resolución de Terminación												
Resuelve recursos contra Resolución de Terminación												

1.2.Control judicial de la administración

El control del poder ejecutivo es un elemento nuclear que caracteriza la existencia del derecho administrativo[34]. A lo largo de la historia, la forma en la que dicho poder se ha controlado ha ido variando a la par con las formas de gobierno y el asentamiento de la teoría de la división de los poderes en virtud de la cual el poder judicial ha logrado cierta independencia del ejecutivo en el marco del estado de derecho. "Puede afirmarse que la evolución del derecho administrativo se caracterizó por la extensión de la tutela judicial y, correlativamente, por la acentuación de los caracteres jurisdiccionales del contencioso administrativo" (Marín, 1992)[35].

[34] Al respecto ha dicho Aberastury "En la medida en que no existan límites al accionar del Ejecutivo, no podremos aventurarnos ni podrá existir el derecho administrativo pues, precisamente, estos límites son los que permiten el nacimiento y desarrollo de esta rama de la ciencia jurídica." (Aberastury 2006)

[35] En ABERASTURY Pedro, La Justicia Administrativa, 1a ed. Bueno Aires, Lexis Nexis, 2006, Página3.

En nuestro país el control de la administración está en cabeza de la rama judicial[36] y preponderantemente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo[37], cuyas decisiones son independientes (artículo 228 de la Constitución). La organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo actualmente se encuentra regulada en la Ley estatutaria de la administración de Justicia (artículos 34 a 43) y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (artículo 103 y s.s.). Por su parte, los controles establecidos por el ordenamiento jurídico se encuentran regulados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Para entender la configuración de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, resulta ilustrativa la descripción que trae la sentencia C-197 de 1996:

> "Las normas constitucionales que aluden a dicha jurisdicción (arts. 236, 237 y 238), contienen apenas regulaciones básicas en relación con la institucionalización del Consejo de Estado; la forma de su composición, su división en salas y secciones, con el fin de separar las funciones jurisdiccionales de las que no tienen ese carácter (función consultiva y colegisladora); y las atribuciones constitucionales de que es titular. Igualmente, se consagra la figura jurídica de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.
> "Corresponde a la ley estatutaria desarrollar los contenidos normativos constitucionales mencionados, mediante la regulación de la materia concerniente a la configuración estructural y funcional básica tanto del Consejo de Estado, como de los demás órganos que conforman la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como son los tribunales y los jueces administrativos, como en efecto se hizo a través de los arts. 11-b), 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 de la ley 270/96, Estatutaria de la Administración de Justicia.
> "Adicionalmente, corresponde a la ley ordinaria establecer todas las reglas jurídicas concernientes al debido proceso contencioso administrativo que regulen lo relativo a la competencia de los órganos encargados de dirimir los conflictos propios de la jurisdicción contencioso administrativa, los sujetos procesales, los tipos de acción, las diferentes clases de procesos y los procedimientos que deben seguirse para el trámite de éstos, de conformidad con las previsiones de los arts. 29, 40-6, 150-2, 228, 229 y 237-1-2-5 de la Constitución."[38]

Como quiera que la presente investigación se centrará en analizar la manera en la que la justicia administrativa lleva a cabo el control de los actos administrativos sancionatorios

[36] Betancur identifica los distintos tipos de organización de la justicia administrativa así: "el judicialista del sistema anglosajón en el que se imparte dicha justicia por los tribunales ordinarios, el francés que presenta autoridades administrativas revestidas de calidad de tribunal pero por fuera de la administración activa; y el judicial administrativo en el que se ejerce por tribunales o jueces especializados pertenecientes a la rama jurisdiccional del Estado."

[37] "La Administración no sólo se somete a los tribunales contencioso administrativos. También a los civiles, laborales y penales. Aunque el control del actuar administrativo, sujeto a tal derecho, es protagonizado por una jurisdicción especializada, también los tribunales ordinarios pueden y deben garantizar el respeto del principio de legalidad por parte de autoridades y funcionarios" (Rivero y Arenas, 2018).

[38] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-197 de 1999.

proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en lo relacionado con las prácticas restrictivas de la competencia, a continuación, se hará una breve referencia a los aspectos básicos del control judicial de la administración en Colombia con el único propósito de brindar un contexto para efectos de abordar posteriormente lo referente a la deferencia judicial, a la forma en la que desde el punto de vista teórico se lleva a cabo el control judicial de los actos de la administración en Colombia y al estudio de los casos seleccionados para llevar a cabo el análisis propuesto.

1.2.1. Principios fundantes

Tal como lo ha señalado la doctrina, el sistema de las garantías de los administrados se fundamenta en el principio de legalidad y en el principio de responsabilidad "Por el primero se somete a la administración a la normatividad jurídica, o sea, a las leyes que regulan su actividad; y por el segundo, se le previene que su desconocimiento permitirá el cuestionamiento de su gestión y aun el compromiso de su propia responsabilidad, (arts. 6 y 90 de la Constitución)"[39]

El control judicial de los actos de la administración, en su concepción más pura, responde al mecanismo mediante el cual en el estado de derecho se garantiza que la actividad de la administración se sujete permanentemente al ordenamiento jurídico, esto es, que las normas y los actos que ella expida no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores (Vidal, 1994).

Lo anterior se conoce como el principio de legalidad, "según el cual la Administración ha de actuar conforme al ordenamiento constitucional y legal que determina su competencia" (Cassagne, 2009). En la norma constitucional, el artículo 6° consagra con claridad el referido principio al señalar que "Los particulares solo son responsables ante las autoridades públicas por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"

Al ser un deber de la administración actuar conforme al ordenamiento jurídico, la exigencia de dicho comportamiento se configura como un derecho de los administrados, quienes en el marco de un estado de derecho deben contar con mecanismos para lograr que aquel deber se cumpla. En efecto, la no observancia del principio de legalidad conlleva una sanción que para los actos de la administración, que puede ser la declaratoria de nulidad por ilegalidad o la responsabilidad (Betancur, 2015).

1.2.2. Controles

La supremacía del principio de legalidad puede hacerse efectiva en virtud de dos controles: el control administrativo y el control judicial. El control administrativo es el que realiza la misma entidad que realizó la actuación administrativa, quien de oficio o ante la petición del afectado puede revisar su actuación a la luz de las normas jurídicas en que debía fundarse. Lo anterior en el marco de lo que se ha conocido tradicionalmente como la vía

[39] BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 8va ed. Medellín, Señal Editorial, 2015 Página 34

gubernativa, término que en la actualidad ha desaparecido en la terminología utilizada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[40], entre otras, en virtud de la apariencia de supuesta independencia que proyectaba en relación con la función administrativa propiamente dicha, dentro de la cual debe entenderse incluida la resolución de los recursos contra los actos administrativos.[41]

No obstante, en caso de que la actuación administrativa no sea susceptible de recursos ante la administración o que siéndolo el afectado no haya quedado conforme con la respuesta que la misma le haya dado, puede optar por el control judicial donde es en últimas el juez de lo contencioso administrativo quien decidirá si la actuación de la administración quebrantó o no el principio de legalidad (Vidal, 2009). En otras palabras, una vez adquiera firmeza la actuación administrativa, de conformidad con lo señalado en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, será el juez contencioso administrativo quien decidirá si la actuación de la administración se ajustó al principio de legalidad.

En palabras del Consejo de Estado, "Este control jurisdiccional persigue asegurar la vigencia del principio de legalidad de la actividad administrativa (hoy también de constitucionalidad), de modo que los actos de aquella se adecúen al ordenamiento jurídico y que se pueda exigir a los diferentes órganos o sujetos de imputación jurídica, la consiguiente responsabilidad patrimonial, no sólo por la expedición de dichos actos, sino en razón de los hechos, las operaciones administrativas y los actos contractuales que realicen."

Hacen parte del control judicial todos los medios de control señalados en el artículo 135 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a saber (i) nulidad por inconstitucionalidad (artículo 135), (ii) control inmediato de legalidad (artículo 136), (iii) nulidad (artículo 137), (iv) nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 138), (v) nulidad electoral (artículo 139), (vi) reparación directa (artículo 140), (vii) controversias contractuales (artículo 141), (viii) repetición (artículo 142), (ix) pérdida de investidura (artículo 143), (x) protección de los derechos e intereses colectivos (artículo 144), (xi) reparación de los perjuicios causados a un grupo (artículo 145), (xii) cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos

[40] Lo resumió así la Sección Cuarte del Consejo de Estado en sentencia del 29 de mayo de 2014 (Rad.: 13001-23-33-000-2012-00045-01(20383):

> "[…] es del caso señalar que el concepto de vía gubernativa desapareció de la terminología procesal administrativa después de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) que ahora la denomina actuación administrativa, relativa a los recursos consagrados en la ley, esto es, los de reposición y apelación. Así, el artículo 161 [2] del CPACA contempla como requisito de procedibilidad, es decir que se deben cumplir de forma previa a la presentación de la demanda el de haber "ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios" y el artículo 76 del mismo código establece las reglas de oportunidad y presentación de los recursos de reposición y apelación."

[41] Al respecto, Betancur señala "El equívoco se creó durante la vigencia del decreto 2733 de 1959 que contemplaba sólo lo relacionado con los recursos contra los actos, en una época en la que no se regulaba el proceso de expedición de los actos administrativos. Por eso se pensó que la vía gubernativa era algo independiente o separado del proceso de expedición de los actos administrativos. Y el equívoco lo mantuvo la misma doctrina cuando empezó a darle cierta autonomía a lo que se denomina vía gubernativa, sin preocuparse por el proceso de expedición de los actos." (Betancur 2016).

administrativos (artículo 146), (xiii) nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción (artículo 147), y (xiv) control por vía de excepción (artículo 148).

Teniendo en cuenta que la totalidad de las decisiones judiciales que se analizarán en el presente trabajo corresponden a sentencias emitidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el marco de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, conviene hacer una breve referencia a las particularidades de este medio de control partiendo de lo establecido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[42].

Lo primero que se debe decir es que mediante esta pretensión[43] se persigue la protección del derecho subjetivo del demandante amparado por una o varias normas jurídicas, que se estima vulnerado en virtud del acto administrativo demandado. Para tal efecto, en virtud del inciso segundo del artículo 163 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el demandante deberá señalar en qué consiste la violación de su derecho y la pretensión de condena que persigue[44]. Esto con el fin de que además de declararse la ilegalidad de dicha actuación de la administración, se reivindique el derecho vulnerado mediante el correspondiente restablecimiento del mismo. En consecuencia, únicamente estará legitimado para instaurar esta pretensión el titular del derecho que se considera vulnerado. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

---

[42] "ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

"Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel."

[43] No se ignora la discusión doctrinal que ha tenido lugar en virtud de la modificación que en términos conceptuales introdujo el Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en relación con la denominación que debe dársele a los medios de control establecidos en la ley. El debate gira en torno a denominarlos "acciones", como ocurría antes de la expedición del nuevo código, o catalogarlos como pretensiones como se entiende en virtud del mismo. Para los efectos de este trabajo de investigación hemos optado por acoger la postura plasmada en la ley vigente. Al respecto, véase entre otros RIVERO, Ricardo y ARENAS Hugo, Derecho Administrativo Especial, 1era ed. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018, Página 184 y 185. y BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 8va ed. Medellín, Señal Editorial, 2015 Página 39 a 42.

[44] "ARTÍCULO 163. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. (…)

"Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda."

> "Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada."[45]

En segundo lugar, como quiera la nulidad y restablecimiento del derecho procede por las mismas causales que la nulidad[46], esto es, cuando los actos administrativos "hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió", el juez administrativo debe llevar a cabo el examen de legalidad confrontando la actuación administrativa con las normas que se estiman violadas, pero, adicionalmente, debe ocuparse del derecho vulnerado en virtud de la actuación acusada, para lo cual, en caso de declarar la ilegalidad de dicha actuación, adoptará las condenas necesarias para su restablecimiento.

En tercer lugar, de conformidad con lo señalado en el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los efectos de la sentencia que resuelve la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho serán *erga omnes* en lo que se refiere a la declaratoria de nulidad e *inter partes* en lo relativo al restablecimiento del derecho.

1.2.3. Justicia administrativa

El artículo 236 de la Constitución contempla la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mientras que el artículo 237 le impone, entre otras, la función de "Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley."

La doctrina ha definido a la justicia administrativa como "un medio técnico-jurídico que somete la actividad de órganos dependientes (los administrativos lo son) a la fiscalización de órganos independientes, para eliminar del acto, con fuerza de cosa juzgada, aquellos aspectos de ilegalidad perturbadores del ordenamiento jurídico general o de los derechos subjetivos de los administrados, o para sancionar su actividad material desconocedora de estos mismos derechos"[47].

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su parte segunda contiene disposiciones en relación con la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El artículo 103 del Código señala que el

---

[45] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-197 de 1999.

[46] Artículo 138 del código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[47] BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 2da ed. Medellín, Señal Editorial, 1986 Página 7

objeto de los procesos que se adelantan en esa jurisdicción es "la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y la ley y la preservación del orden público", lo cual se convierte en un prisma con el que los jueces que la integran deben acometer su labor de realizar el respectivo control judicial.

El artículo 104 *ibid.* determina los asuntos que puede abordar la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para lo cual establece un principio general en virtud del cual esta conoce "además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa" y luego establece una lista de procesos que somete a su conocimiento.

En virtud de lo anterior y siguiendo la metodología planteada por Betancur, se pueden extraer las siguientes características en relación con la jurisdicción de lo contencioso administrativo:

- En cuanto a los sujetos: por regla general la autoridad siempre será la parte demandada y el particular será quien cuestione la actuación administrativa. Lo anterior sin perjuicio de aquellos procesos en los cuales la autoridad impugna sus propios actos o de aquellos procesos en los cuales ambos extremos procesales sean entidades públicas.

- En cuanto al objeto: "lo constituye el control de la actividad administrativa en sus distintas manifestaciones, en cuanto esta actividad desconozca el derecho objetivo o los derechos de los particulares"[48]. Desde ya se advierte que en nuestro país el control judicial de la actividad administrativa en los términos del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no está limitado, por lo menos desde la perspectiva legal, en función del carácter técnico de la entidad pública.

- En cuanto a la apreciación: el juez administrativo debe realizar un análisis de todo lo ocurrido en el proceso del acto administrativo, "en especial, para juzgar la legalidad de sus actuaciones para deducir de su comportamiento ciertas consecuencias de orden legal, como son la validez de los actos y contratos y la indemnización de perjuicios por sus hechos u omisiones"[49]. Sin perjuicio de lo que se abordará más adelante, el juez administrativo no tiene límites diferentes al marco de la demanda interpuesta para efectos de realizar el control pleno de la actuación administrativa.

- En cuanto al juzgamiento: la función primordial del juez administrativo, como ya se dijo, es la de mantener el imperio de la ley (principio de legalidad). A este

[48] BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 8va ed. Medellín, Señal Editorial, 2015 Página 49.

[49] Ibid.

respecto, ulteriormente se analizará la incidencia de la presunción de legalidad de los actos administrativos en la labor de control judicial que debe llevar a cabo la justicia administrativa, pues también se adelanta desde ya que, en nuestro criterio, ante una demanda en contra de un acto administrativo el juez administrativo no puede escudarse en la presunción de legalidad de dicho acto para efectos de abstenerse o condicionar la realización del control judicial pleno del mismo.

Posteriormente, los artículos 106 a 134 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establecen disposiciones relativas a la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo haciendo referencia a la composición del Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos, cuyas competencias se encuentran regladas en los artículos 149 a 158 ibid.

1.2.4. Características del proceso contencioso administrativo

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula el proceso contencioso administrativo en sus artículos 159 a 268. Del análisis de dichas normas, se tiene que el proceso es inquisitivo, contradictorio, mixto y no es público[50]:

- Es inquisitivo porque el juez adquiere relevancia en el aspecto probatorio del proceso al poder decretar de oficio la pruebas que considere pertinentes para el esclarecimiento de la verdad, para lo cual el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo le otorga las facultades correspondientes[51]. En adición a lo anterior, el mismo Código otorga diversas facultades al juez administrativo para efectos de tomar parte activa en el marco del proceso, como por ejemplo el control por vía de excepción, en virtud del cual "En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos *inter partes* los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley."

- Es contradictorio porque en el marco del proceso las partes demandante y demandada se encuentran en un plano de igualdad para efectos de exponer sus

[50] Ibid. Página 197 y ss.

[51] ARTÍCULO 213. PRUEBAS DE OFICIO. En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.

Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decrete pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decrete.

argumentos y alegaciones. La autoridad que expidió el auto administrativo defenderá su legalidad en un plano de igualdad en relación con quien demanda lo contrario.

> "Las mismas presunciones de legalidad y veracidad o certeza, que amparan a todo acto administrativo y a la actividad en general de la administración, no alcanzan a romper esta igualdad entre las partes, en sentido procesal, se repite, que no sustancial, porque la primera no tiene otra consecuencia distinta que la de imponer a la parte impugnadora no la prueba de la legalidad de su actuación sino precisamente la carga procesal de alegar su ilegalidad. (…) Y la segunda, la de veracidad, porque no es más que una consecuencia de la primera, impuesta por razones de seguridad jurídica y dado el interés general prevalente que maneja y representa la administración. Aunque si bien en este evento le incumbe al impugnante desvirtuarla, el fenómeno no es más que otro caso de inversión de la carga probatoria."[52]

- Es mixto porque el procedimiento consagrado Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo propende por la oralidad (audiencia inicial y audiencia de juzgamiento)[53], pero a su vez tiene características escriturales (presentación de la demanda, alegatos de conclusión).

- No es público porque a él solo tienen acceso las partes del mismo y los terceros que posteriormente se vinculen.

Lo relativo a la demanda y sus requisitos de procedibilidad, (artículos 161 a 167), el trámite de la demanda (artículos 168 a 178), las etapas del proceso (artículos 179 a 186), la sentencia (artículos 187 a 195), notificaciones (artículos 196 a 206), nulidades e incidentes (artículos 207 a 210), pruebas (artículos 211 a 222), intervención de terceros (artículos 223 a 228), medidas cautelares (artículos 229 a 241) y los recursos (artículo 242 a 268) se encuentran regulados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. No obstante, los aspectos no regulados, se regirán por lo consagrado en el Código General del Proceso "en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones administrativas."

Finalmente, en relación con la sentencia que debe proferir el juez de lo contencioso administrativo se resalta para los efectos del presente trabajo de investigación que el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo impone la obligación de que la misma contenga "un análisis crítico" de las pruebas y los racionamientos legales, de equidad y doctrinarios necesarios para fundamentar sus conclusiones. Este aspecto es relevante porque exige del juez administrativo un análisis calificado en relación con los asuntos planteados en la demanda que exigirá la realización de

[52] BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 8va ed. Medellín, Señal Editorial, 2015 Página 199.

[53] Artículos 180 y 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

razonamientos, inferencias, comparaciones, deducciones, confrontaciones, etc., para efectos de fundar la decisión correspondiente.

En nuestros días y gracias al fuerte impacto que en las democracias han tenido los derechos humanos y la constitucionalización del derecho, se ha configurado una sociedad más dueña de sus libertades y se ha replanteado el derecho público a partir de una concepción más igualitaria en la relación entre el gobierno y los gobernados. En este contexto, "los ciudadanos se han interesado por promover la materialización de la Constitución, y han encontrado poderosos aliados en los jueces. La Constitución no puede defenderse por sí sola, corresponde a las autoridades respetarla y ejecutarla. Sin embargo, las autoridades de origen político son vulnerables a una gran diversidad de intereses particulares que no suelen coincidir con el interés general. En la medida en que los cambios constitucionales han hecho posible apelar a una justicia independiente y profesional, y a procedimientos judiciales que permiten la protección eficaz de los derechos, la ciudadanía ha resuelto poner en marcha el aparato judicial en pro de sus derechos" (Hernández, 2013).

En línea con lo anterior, el control judicial se erige como una importante herramienta con la que cuentan los ciudadanos para hacer respetar sus derechos.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA DEFERENCIA JUDICIAL

Como quiera que el objetivo general de este trabajo de investigación es determinar si en el marco del control judicial de los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre prácticas restrictivas de la competencia, el juez administrativo realiza un control de las valoraciones técnicas, o si, por el contrario, se presenta el fenómeno de la deferencia judicial, resulta fundamental acercarnos al significado del concepto de deferencia judicial y a su desarrollo en otras jurisdicciones.

Para efectos de lo anterior se presentará una definición básica del concepto de deferencia, posteriormente se ofrecerá un breve contexto general sobre el asunto de la deferencia judicial, luego se analizará su surgimiento como teoría en el marco de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América y posteriormente se estudiará la manera en que ese concepto ha trascendido a otras jurisdicciones, particularmente la española y la chilena, las cuales, si bien tienen un sistema jurídico diferente al americano, han evidenciado la aplicación de este concepto en sus países con las adaptaciones propias de sus sistemas jurídicos.

Se anticipa desde ya que el objetivo particular del capítulo en curso no es realizar un estudio teórico detallado de la deferencia judicial en diferentes jurisdicciones ni mucho menos adoptar posiciones sobre las diferentes tesis que se han esgrimido al respecto, sino brindar las nociones básicas del concepto que permitirán entender el asunto central de la deferencia judicial para poder emprender el estudio de caso propuesto (análisis del control judicial de las decisiones sobre prácticas restrictivas de la competencia) y determinar si en la práctica en nuestro país se presenta deferencia judicial en alguna de sus manifestaciones, este sí, el objetivo fundamental de la presente investigación.

Son diversos los trabajos foráneos que abordan la doctrina de la deferencia judicial desde la perspectiva eminentemente teórica y a partir del derecho comparado[54], determinando los tipos de deferencia que existen, las particularidades del concepto en cada uno de los países, etc. A ellos acudiremos en cuanto sea necesario para exponer las ideas fundamentales del concepto.

2.1.Definición del concepto “deferencia”

De conformidad con la definición ofrecida por la Real Academia Española (RAE) la deferencia es (i) la “adhesión al dictamen o proceder ajeno, por respeto o por excesiva moderación” (ii) “muestra de respeto o de cortesía” y (iii) “conducta condescendiente”[55]

De entrada, estas definiciones ofrecen elementos muy importantes de cara a la investigación, pues sugieren como aspectos claves de la deferencia los siguientes:

- La posición de una persona (o institución) en relación con el dictamen o proceder de otra.

[54] Al respecto pueden verse los trabajos de Ventura, Encina, entre otros.

[55] Real Academia Española. Concepto de Deferencia. Tomado de: https://dle.rae.es/deferencia

- La adhesión como característica principal de la posición.

- El respeto, la cortesía y moderación excesiva como el fundamento de la adhesión al proceder ajeno.

Ahora bien, en el plano jurídico, la definición de deferencia varía en función de las características del derecho administrativo y de la práctica jurídica del lugar en el que se ha aplicado esta institución. En ese orden de ideas, los doctrinantes han desarrollado una definición del concepto en función de las decisiones emitidas por los tribunales de justicia de los respectivos países que analizan, quienes se han ocupado de hacer referencia a los elementos que la componen y a aquellos necesarios para su aplicación práctica. Es por lo anterior que varios académicos han señalado que el concepto de deferencia judicial no se encuentra definido con precisión y que, por lo mismo, se ha utilizado para abarcar varios enfoques jurídicos[56].

No obstante, pese a la cantidad considerable de definiciones que se pueden encontrar en la doctrina, gran parte de ellas comparten elementos comunes que permiten desarrollar una definición amplia y general del concepto e identificar los elementos característicos comunes, tal y como se evidencia en las definiciones expuestas a continuación:

- Ventura ha definido la deferencia como un "concepto propio del derecho administrativo, que vendrá a colocar un énfasis o peso razonable sobre las valoraciones técnicas de las Administraciones Públicas"[57].

- Zapata la define a partir de dos perspectivas, "como la actitud permanente y recíproca de respeto y cortesía que se deben los poderes públicos, y por otra, consistente en que los órganos del Estado reconocen y respetan las respectivas esferas de competencia en que cada uno tiene derecho a tomar decisiones con relativa autonomía."[58]

- Daniel Solove, también desde un punto de vista jurídico, la ha definido como la práctica de aceptar sin mayor cuestionamiento, los juicios tanto empíricos como de facto efectuados por el órgano decisor bajo revisión[59].

[56] Al respect, véase Paul Horwitz, Three Facts of Deference, 83 Notre Dame L. Rev. 551 (2008) Pag. 1072

[57] Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, p. 79

[58] Encina Mansilla, Antonio. Deferencia Judicial Hacia la Administración, p. 7

[59] SOLOVE, Daniel: "The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights", EnIowa LegalReview, University of Iowa, N°84, 1999, p.7

- Philip Soper establece que la deferencia sugiere una actuación de algún modo contrario a la forma en que normalmente se actuaría si simplemente se considerara el equilibrio de razones ... que influyen en la acción.[60]

Nótese que si se analizan de manera conjunta estas definiciones se pueden extraer las siguientes características del concepto:

- La identificación de una relación entre la administración y otro órgano del Estado.

- La valoración como el objeto de la relación entre la administración y el otro órgano estatal.

- El objeto de la valoración recae sobre las consideraciones y/o decisiones de la administración.

- Una consideración esencial para efectos de realizar la valoración consiste en el reconocimiento de las esferas de competencia tanto del órgano cuya posición se valora (la administración) así como del órgano que debe llevar a cabo la valoración.

- Los presupuestos de la valoración son el respeto, la cortesía y el reconocimiento de la autonomía del órgano cuya posición se valora.

- El resultado de la valoración no responde solamente a las razones relativas a la posición valorada. Responden a un criterio de aceptación en atención a los presupuestos señalados para la valoración.

En consecuencia y de manera abstracta, es posible señalar que la deferencia judicial es una forma que tiene el operador judicial de valorar las decisiones de la administración al momento de llevar a cabo el control judicial de las mismas. La deferencia necesariamente implica que en la valoración de las decisiones de la administración el operador judicial restrinja su campo de acción y adopte una posición condescendiente y adhesiva en atención al respeto y a la autonomía de aquella.

Del mismo modo, se puede señalar que la deferencia judicial puede tener grados de intensidad. Es decir, es probable identificar diferentes grados de deferencia en función del grado de aceptación que el operador judicial manifieste en relación con las decisiones de la administración y en función de los parámetros que dicho operador judicial establezca para su aplicación. Así, podrá identificarse una deferencia plena cuando el operador judicial no se inmiscuya en la valoración de las decisiones de la administración o una deferencia moderada cuando el operador judicial se inmiscuya en la valoración siempre y cuando observe que la decisión de la administración se produjo con defectos formales, por ejemplo.

[60] "deference suggests that I am acting in some sense contrary to the way I would normally act if I simply considered the balance of reasons...that bear on the action"

2.2.Contexto sobre el asunto de la deferencia judicial

El concepto de la deferencia judicial en relación con las decisiones de la administración tiene su origen en estados cuyas instituciones han sido influenciadas por el derecho anglosajón. Gran parte del desarrollo jurisprudencial y doctrinal que existe en la materia ha tenido lugar en estados como Reino Unido, Canadá y por supuesto, Estados Unidos[61]. Pese a lo anterior, en otras latitudes se ha analizado e identificado la aplicación de esta teoría con las adaptaciones propias de los sistemas jurídicos correspondientes.

En razón a la constante evolución y a las grandes transformaciones que se generaron de manera progresiva dentro de cada uno de estos Estados en materia económica, política y social, se presentó la necesidad de crear instituciones especializadas de carácter administrativo, denominadas agencias, que se encargarían de regular los distintos sectores de a acuerdo a las facultades conferidas por el legislador[62].

A su vez, la actividad de las agencias y el ejercicio de sus potestades cada vez más amplias generaron múltiples problemas relativos a la regulación y al alcance de sus facultades, por lo que se hizo notoria la importancia de ejercer un control sobre la actividad de las mismas. La necesidad del control encuentra claro sustento en el hecho de que las actuaciones de estos organismos administrativos podrían derivar en la afectación de los derechos individuales de los ciudadanos y también en la necesidad de evitar que las mismas se ejercieran de manera arbitraria o dando lugar al abuso de poder.

Dentro de los objetivos de este control se destacan dos esenciales, por un lado, se convierte en la manera de garantizar que el actuar de la administración se encuentra sujeto a la ley (principio de legalidad) y por el otro, busca garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos de los ciudadanos[63].

Como es bien sabido, en el marco de un estado de derecho, tiene plena vigencia el principio fundamental de separación de poderes en virtud del cual cada uno de ellos es independiente y autónomo en el ejercicio de las facultades que a cada uno les confiere la constitución y la ley[64]. Así mismo, para el correcto funcionamiento del estado se requiere que los poderes, actuando de manera coordinada y armónica, se contrapongan y balanceen entre sí, ejerciendo un control entre ellos mismos para de esta forma evitar una concentración de poder que derive en el abuso del mismo frente a los ciudadanos[65], sin desconocer la independencia, respeto y autonomía que los caracteriza.

---

[61] Encina Mansilla, Antonio. Deferencia Judicial Hacia la Administración, p. 8, 14

[62] Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, p. 9

[63] Pérez Alonso, Jorge. ¿El Ocaso de Chevron?: Auge y Fracaso de la Doctrina de la Deferencia Judicial Hacia el Ejecutivo, p.326

[64] García de Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, 2000 p. 194

[65] Tesis de Chile P. 11 – 12 y Pérez Alonso, Jorge. ¿El Ocaso de Chevron?: Auge y Fracaso de la Doctrina de la Deferencia Judicial Hacia el Ejecutivo, p. 325

En este contexto es que el ciudadano, receptor final de todas las acciones, decisiones y políticas implementadas por el Estado, debe contar con los mecanismos que le permitan defender sus derechos en caso de que la actuación del Estado se realice en contra del ordenamiento jurídico y derive en la transgresión de sus derechos[66].

En consecuencia, el asunto de la deferencia judicial se desarrolla en el marco de una tensión que se genera en la inevitable relación entre el poder judicial y el poder ejecutivo: ¿hasta dónde debe llegar el control judicial de los actos de la administración teniendo en cuenta la independencia y la autonomía de la misma en el ejercicio de sus funciones? O, en otras palabras, ¿cómo debe realizarse el control judicial de las decisiones de la administración?

Las agencias como integrantes del poder ejecutivo poseen potestades discrecionales que les permiten emitir normas y adoptar decisiones en relación con las materias que conocen en virtud de lo establecido por la ley. En dichas materias, las agencias tienen un marco de acción amplio derivado de la especialización y del conocimiento que adquiere la agencia de la actividad que desarrolla. Sin embargo, la amplia discrecionalidad mencionada es un escenario propicio para la arbitrariedad y el abuso de poder, por lo que surge la necesidad de regular las determinaciones de las agencias y la interpretación que realicen las mismas de los preceptos legales que les corresponde ejecutar.

Ahora bien, uno de los mayores inconvenientes que se presentan alrededor del control judicial de la administración y su discrecionalidad, es que dicho control debe respetar el papel constitucional que ha sido conferido al poder ejecutivo y a sus agencias, lo que se acrecienta teniendo en cuenta que se trata de organismos e instituciones que tienen legitimación popular de manera indirecta en este caso, por derivar su poder y autoridad de un gobernante elegido.[67]

Es en este contexto general donde surgió la deferencia judicial como una forma de llevar a cabo el control de las decisiones de la administración a partir del respeto de dichas determinaciones en razón a la especialidad y a la experticia técnica de la agencia decisora. Como se expondrá en detalle más adelante, la consolidación de esta teoría ocurre en la sentencia *Chevron* proferida el 25 de junio de 1985 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, quien al resolver el dilema sobre el alcance que tienen los tribunales a la hora de hacer el control judicial de las actuaciones de la administración en el marco de un conflicto entre Chevron vs Natural Resources Defense Council, publicó la sentencia que posteriormente se convertiría en la más citada en el derecho administrativo americano (Justia, 2019).

---

[66] Tesis de Chile P. 11 – 12 y Pérez Alonso, Jorge. ¿El Ocaso de Chevron?: Auge y Fracaso de la Doctrina de la Deferencia Judicial Hacia el Ejecutivo, p. 325

[67] García de Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, 2000 p. 34

El fallo fue elaborado por el Magistrado John Paul Stevens y apoyado de manera unánime por sus colegas del Tribunal Supremo[68]. En dicha providencia el Tribunal Supremo concluyó que, al momento de interpretar una ley, las agencias gubernamentales deben someterse a la voluntad del legislador en caso de que ella se revele clara en la disposición a interpretar. Sin embargo, en caso de que la interpretación de la ley ofrezca ambigüedades, al momento del control judicial, antes que analizar la disposición y definir su propia interpretación, los tribunales deberán ser deferentes a favor de la interpretación de la agencia gubernamental en caso de que dicha interpretación sea razonable.

En otras palabras, la sentencia Chevron señala que cuando los jueces realizan el control judicial de un acto de la administración en el que ésta ha aplicado una disposición legal, lo primero que debe hacer el juez respectivo es preguntarse si el legislador consagró una disposición específica en relación con el tema analizado. En caso de que la respuesta sea afirmativa, tanto el juez como la agencia gubernamental deben ajustar su actuación a la disposición realizada por el legislador, lo que necesariamente conllevará a que el juez analice si la interpretación de la agencia coincide con la disposición expresa del legislador para determinar la prosperidad de la demanda. Sin embargo, en caso de que la respuesta sea negativa, el juez debe abstenerse de realizar su propia interpretación y debe ahora preguntarse si la interpretación de la disposición legal que realizó la agencia gubernamental resulta razonable. En caso de encontrarla razonable, el juez deberá prohijar la interpretación realizada por la agencia y fallar el respectivo caso en consecuencia.

A raíz de la consolidación de la teoría de la deferencia judicial, surgieron varios interrogantes en relación con el control judicial de la administración, el cual muchos consideraron excluido. Este fenómeno ha sido expuesto por Pérez Alonso, quien en su artículo titulado "El Ocaso de Chevron" hace alusión a lo que él denomina agujeros grises y negros como supuestos en los cuales el control judicial está supeditado a limites tan ambiguos que terminan otorgando mayor libertad a la administración y supuestos normativos en los que se excluye expresamente al control judicial, respectivamente.

En consecuencia, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia, las mayores controversias en relación con esta teoría pueden resumirse en lo siguiente:

- La falta de claridad respecto de si efectivamente debía existir o no un control sobre las agencias, teniendo en cuenta las facultades atribuidas a estas por parte del legislador y el impacto que sus decisiones pudiesen llegar a tener para los derechos de los ciudadanos.

- El grado de respeto que debe existir entre los poderes públicos y su impacto en el nivel de control que debía ejercer el juez. Existía y aún existe desconocimiento sobre la posibilidad del juez de sustituir la interpretación de las agencias, sobre el grado de deferencia que debía otorgar a la administración, sobre los elementos

[68] Warren Earl Burger, Byron Raymond White, William Joseph Brennan, Jr., Lewis Franklin Powell, Jr. Y Harry Andrew Blackmun.

para determinar ese grado de deferencia y los factores que se deben tener en cuenta para ello.

- La interpretación de la intención del legislador al delegar en la administración la facultad de regular los vacíos respecto de la ejecución o aplicación de la ley en el marco de las atribuciones conferidas. En este caso la problemática surge cuando la delegación se da de manera implícita y no de manera expresa, pues en este supuesto cabe un grado de análisis mayor para determinar, además de la razonabilidad de la determinación, la competencia de las agencias para cubrir dichas lagunas e interpretar la ley.

- La interpretación de la intención del legislador en relación con asuntos específicos de carácter técnico que no se determinan con claridad en la ley, lo cual exigirá un análisis del caso concreto.

Para finalizar la contextualización del asunto de la deferencia judicial y los elementos de juicio que permiten su análisis en el marco de diferentes ordenamientos, es necesario hacer referencia al principio de separación de poderes y a la discrecionalidad administrativa, conceptos ambos sobre los que reposan las diferentes reflexiones que ha suscitado la deferencia judicial a nivel mundial.

En relación con la separación de poderes, este principio general se ha posicionado como un fundamento esencial y, a la vez, controversial en el marco de aplicación de la deferencia judicial, llegando a catalogarse por distintos doctrinantes como el fundamento de la doctrina[69]. Por un lado, se tiene la concepción según la cual de la división de poderes se deriva la importancia de la deferencia judicial y, por el otro, la postura que señala que dicha doctrina resulta contraria al principio de separación de poderes por la restricción que implica para el ejercicio de las funciones del poder judicial, llegando a catalogarla como 'perniciosa', entendiendo por ello que es perjudicial para el ordenamiento jurídico[70].

Siguiendo a Encina, la variación de la teoría clásica de la separación de poderes dio paso a la creación de la doctrina de pesos y contrapesos (*check and balances)* en Estados Unidos, la cual, a su vez, se fundamenta en la noción de equilibrio entre los poderes públicos bajo el entendido de que cada uno de ellos ejerce una función diferente encomendada por la constitución que no puede ser ejercida bajo la influencia o la intervención de otro, sin desconocer la necesidad del establecimiento de controles recíprocos entre dichos poderes para garantizar el equilibrio pretendido.[71]

En consecuencia, los detractores y los adeptos de la teoría de la deferencia judicial debaten sobre la idea de establecer si el control judicial de los actos de la administración afecta el principio de separación de poderes y de pesos y contrapesos al interpretarse dicha

[69] Al respecto véase: García de Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, 2000.

[70] Encina Mansilla, Antonio. Deferencia Judicial Hacia la Administración, p. 11, 12, 38

[71] Ibid.

revisión como una invasión a las competencias naturales del ejecutivo otorgadas por la constitución, o si, por el contrario, la deferencia judicial afecta dicho principio al inmiscuirse en la función natural propia del poder judicial de revisar el contenido de los actos de la administración para cumplir su labor de preservar el principio de legalidad y la protección de los derechos de los ciudadanos.

En relación con la discrecionalidad administrativa, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia es posible evidenciar que la misma se convierte en un elemento fundamental dentro de la determinación de los escenarios en los cuales tiene aplicación el concepto de deferencia judicial[72]. Esta se define como la facultad o potestad otorgada a la administración, en virtud de la cual su actuar tiene un campo de acción mucho más amplio que le permite adoptar decisiones en cierta medida libres, supeditadas siempre al ordenamiento jurídico, de tal manera que detente la competencia para apreciar lo que sea de interés público.

La doctrina ha clasificado la discrecionalidad de la administración en potestades discrecionales y potestades regladas, siendo el eje fundamental para determinar la definición de dichas subcategorías el grado de discrecionalidad con el que cuenta la administración para la adopción de la decisión. En relación con las potestades discrecionales materializadas en actos administrativos discrecionales, Milkes señala lo siguiente:

> "Se entiende por los primeros aquellos actos administrativos expedidos por una autoridad administrativa en escenarios donde el legislador -o aquella en ejercicio de su potestad reglamentaria- no agotó de manera plena y completa alguno de los elementos de los enunciados normativos que a ella atañen. En este evento, y ante la ausencia de cualquier elemento del texto normativo, le corresponde a la Administración pública la concreción de los mismos, por lo que, en ejercicio de tal potestad discrecional, puede tomar una decisión"[73].

Por su parte, las potestades regladas hacen referencia a aquellas frente a las cuales la administración encuentra en el fundamento normativo correspondiente la totalidad de cuestiones necesarias para adoptar la determinación y que la eximen de acudir a su discrecionalidad. En principio, podría pensarse que el ejercicio de las potestades regladas de la administración no ofrece dificultad alguna debido al estrecho margen de discrecionalidad otorgado por la adecuación típica de la norma. Sin embargo, también ha señalado la doctrina que toda actuación administrativa tiene un mínimo grado de discreción:

> "Pero la ley no puede regularlo todo ni con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (y, en cualquier caso, no lo regula así). De ahí que, en muchas ocasiones, las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin

[72] Encina Mansilla, Antonio. Deferencia Judicial Hacia la Administración, p. 12 y Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, p. 20

[73] Milkes, Irit. Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales. En Revista Digital de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Junio de 2019.

que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica, lo que no excluye que su decisión deba ser adoptada dentro de ciertos límites jurídicos generales. En esto consiste la discrecionalidad, de cuya existencia no creo que pueda dudarse, y que originariamente (en virtud de la Constitución o de la ley) corresponde ejercer a los gobiernos y administraciones públicas, poderes activos y permanentes que tienen a su cargo la gestión de los intereses públicos en el marco de la legalidad. (...) Por eso, lo normal hoy en día es que las potestades administrativas reguladas por la ley contemplen algún o algunos elementos de discrecionalidad, ya sea en el *an*, en el quid, en el *quammodo* o al menos en el *quando*. La discrecionalidad administrativa no es sólo un hecho con el que el derecho tiene que contar necesariamente. No es un mal inevitable que haya que reducir a la mínima expresión. Es más bien una necesidad institucional, una premisa del buen funcionamiento de la Administración cada vez en mayores áreas."[74]

2.3.Deferencia judicial en Estados Unidos

2.3.1. Las agencias

Como quiera que es en Estados Unidos donde el concepto de deferencia judicial hacia la administración se ha desarrollado con más intensidad, es pertinente hacer una breve referencia a una de las características relevantes de su sistema administrativo: las agencias. En efecto, el derecho administrativo estadounidense ha sido catalogado como 'el derecho de las agencias'[75], debido a que se fundamenta en la existencia de aquellas, consideradas entes pertenecientes a la rama ejecutiva. Esta circunstancia tiene una implicación relevante de cara al control judicial de sus actos, pues se considera que las agencias tienen legitimación democrática, por lo menos de manera indirecta[76].

Uno de los antecedentes más importantes en cuanto a agencias se refiere, fue la creación en 1887 de la *Interestate Commerce Commision (ICC),* a la cual el Congreso de los Estados Unidos delegó la potestad de regular el tráfico ferroviario interestatal, aspecto fundamental del comercio de ese país[77]. La ICC fue la primera agencia federal en detentar atribuciones normativas y jurisdiccionales[78].

No obstante, fue a partir del *new deal* que tuvo lugar la creación masiva de agencias, lo cual le permitió a los americanos avanzar en la regulación estatal de la actividad económica.

---

[74] SÁNCHEZ MORÓN. Miguel. Discrecionalidad Administrativa y control judicial. Tecnos. Madrid. Páginas. 13 y 14

[75] Al respecto véase: ¿El Ocaso de Chevron?: Auge y Fracaso de la Doctrina de la Deferencia Judicial Hacia el Ejecutivo, p. p. 331 y Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, p. p. 9

[76] Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, p. 10

[77] Majone, G. (1996). Regulating Europe. Regulation and its modes. Pag 16.

[78] Chávez, A First Reference About Chevron Deference. P. 263

De manera progresiva se fueron creando agencias para cada una de las industrias, las cuales, a su vez, fueron reclamando un mayor grado de autonomía para cumplir la labor que les encomendó el legislador[79], teniendo en cuenta la especialidad técnica[80] que dicha función requería y la necesidad de dictar normas de carácter general sobre los asuntos de su competencia.

Ahora bien, de conformidad con Ley del Acto de Procedimiento Administrativo (en delante APA), las agencias en Estados Unidos se definen como "cada autoridad del Gobierno de los Estados Unidos de América, esté o no sujeta al control de otra agencia, sin incluir (A) el Congreso; (B) los tribunales de los Estados Unidos; (C) los gobiernos de los territorios o las posesiones de los Estados Unidos; (D) el gobierno del Distrito de Columbia (…)" (APA U.S.C. 5 § 551)" [81].

Desde su creación a cada agencia se le encomienda una función en relación con un área específica, para lo cual el legislador les otorga potestades que, por lo general, les permiten crear normas y políticas que consideran necesarias para cumplir con su finalidad, así como la posibilidad de impartir órdenes a todos aquellos que tengan relación con su área de influencia. Las potestades que se le otorgan a las agencias, como ya se dijo, tienen características legislativas y judiciales, razón por la cual su actividad presenta cuestionamientos desde el punto de vista del principio de la separación de poderes[82].

Las dos principales facultades de las agencias son *rule making* y *adjudication*, las cuales se encuentran definidas en la Ley de Procedimiento Administrativo, así:

- *Rule making:* es el proceso de la agencia en virtud del cual formula, enmienda o deroga una regla[83], entendida esta última como una declaración de la agencia de aplicación general o particular diseñada para implementar, interpretar o prescribir una ley política, o describir la organización, procedimiento o requisitos de

[79] Administrative Procedure Act. U.S.C. 5 § 553

[80] Chávez, A First Reference About Chevron Deference. P. 264

[81] ""agency" means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency…" Administrative Procedure Act. U.S.C. 5 § 551 (1)

[82] García de Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, 2000 p. 180

[83] Administrative Procedure Act. U.S.C. 5 § 551 (5) ""rule making" means agency process for formulating, amending, or repealing a rule;"

práctica de una agencia[84]. Es decir, en términos generales, el proceso de reglamentación[85].

- *Adjudication:* es el proceso de la agencia en virtud del cual formula una orden[86], entendida esta como la totalidad o una parte de una disposición final ya sea afirmativa o negativa, cautelar o declarativa, proferida por una agencia en asuntos diferentes a la creación de una norma pero que incluyen la concesión de licencias[87].

En virtud de lo anterior, Garcia de Enterría definió las agencias en los Estados Unidos interpretando la finalidad buscada por el legislador al otorgarles las facultades señaladas anteriormente, así

> "(…) [Las agencias son] instituciones especializadas en las que se intenta excluir el poder crudamente político del Presidente y remitir su funcionamiento a criterios estrictamente técnicos y objetivos administrados por un personal independiente y permanente (…) a las que se delega un poder normativo propio y de resolución con el cual logran establecer regulaciones y gestiones objetivas y técnicas…" (García de Enterría, 2000, pág. 176)

La necesidad de enfocar la actividad de las agencias en criterios eminentemente técnicos en pro del desarrollo del sector objeto de la influencia de la agencia, es un aspecto determinante para la teoría de la deferencia judicial ya que, como se verá más adelante, se convertirá en un argumento adicional que sustentará el respeto que bajo esta teoría deberá otorgar el control judicial a las decisiones de la administración por su falta de conocimiento de los aspectos técnicos que sí domina la agencia.

En relación con las potestades otorgadas a las agencias y, en particular, sobre la potestad de *adjudication*, la doctrina ha identificado los actos administrativos derivados de esta potestad como una manifestación imperativa de la administración al existir la posibilidad de que el destinatario de la orden no se encuentre conforme con ella respecto de su contenido y/o alcance[88]. En virtud de lo anterior, también se han catalogado como actos que revelan

[84] Administrative Procedure Act. U.S.C. 5 § 551 (4) ""rule" means the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefor or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing;

[85] Control judicial de la regulación económica. P65

[86] Administrative Procedure Act. U.S.C. 5 § 551 (7) ""adjudication" means agency process for the formulation of an order;"

[87] Administrative Procedure Act. U.S.C. 5 § 551 (6) ""order" means the whole or a part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in a matter other than rule making but including licensing;"

[88] García de Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, 2000 p. 181

una característica judicial teniendo en cuenta que, de conformidad con la ley de Procedimiento Administrativo, los funcionarios encargados de llevar a cabo los procedimientos de adjudicación son conocidos como jueces de derecho administrativo[89].

Para Garcia de Enterría, las agencias se constituyen como una especie de jueces que, si bien no resuelven de manera definitiva, dictan lo que podría denominarse como una decisión inicial (*initial decision),* frente a la cual el control judicial se configura como una especie de apelación (*appeal)* que realiza su análisis con fundamento en las apreciaciones inicialmente realizadas por la administración.[90]

Ahora bien, como quiera que el ejercicio de las potestades de las agencias encuentra su fundamento en la legislación, en muchas ocasiones y como es natural, dichas normas no contienen la totalidad de indicaciones para que las agencias actúen, por lo que la existencia de dichos vacíos jurídicos e indeterminaciones generan la necesidad de que alguien los solucione en aras de hacer que aquella sea aplicable. Según la doctrina, en Estados Unidos no duda en interpretarse el silencio o la imprecisión de la Ley nada menos que como una delegación que el Legislativo hace al Ejecutivo para que la aplique como crea oportuno. (García de Enterría, 2000, p. 192).

Así las cosas, las agencias adoptan reglas y políticas que consideran convenientes para el desarrollo del sector sujeto a sus directrices teniendo en cuenta un criterio técnico y de especialidad que le otorga estar dedicada exclusivamente al sector respectivo. Con ese mismo derrotero, las agencias adoptan decisiones de carácter general y particular, las cuales pueden afectar derechos individuales. Todo lo anterior con apoyo en la legislación, que fue la que les otorgó estas potestades a las agencias.

Es en este contexto donde la cuestión de la deferencia judicial hacia la administración encuentra su marco.

2.3.2. La doctrina Chevron

En términos generales, la doctrina Chevron hace referencia a la manera en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en sede de apelación, consideró que debía hacerse el control judicial de las actuaciones de la administración. La doctrina se incorporó en la sentencia proferida el 25 de junio de 1985 por la Corte Suprema en el marco del conflicto surgido entre Chevron vs Natural Resources Defense Counsil. El fallo fue elaborado por el Magistrado John Paul Stevens y apoyado de manera unánime por sus colegas del Tribunal Supremo[91].

Como ya se adelantó, el fallo en comento es uno de los más controversiales y citados en la historia del derecho público norteamericano, tras vislumbrar los elementos que deben ser

---

[89] García de Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, 2000 p. 182

[90] García de Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, 2000 p. 183

[91] Warren Earl Burger, Byron Raymond White, William Joseph Brennan, Jr., Lewis Franklin Powell, Jr. Y Harry Andrew Blackmun.

tenidos en cuenta al momento de llevar a cabo el control judicial sobre la interpretación de la ley por parte de una agencia[92].

La demanda que dio origen al fallo en comento fue interpuesta por *Natural Resources Defense Counsil,* quien demandó la interpretación que realizó la *Environmental Protection Agency* (EPA) de la *Clean Air Act* proferida en 1977. Dicha acta establecía las normas que debían cumplir los estados que no se hubiesen ajustado a los parámetros de calidad del aire establecidos por la EPA. Uno de los requisitos establecidos era la exigencia de obtener un permiso para la modificación o implementación de nuevas fuentes estacionarias de polución.

En relación con las fuentes estacionarias, en 1981 la EPA adoptó una interpretación del término fuentes estacionarias en virtud de la cual se permitió que las plantas pudieran instalar varias de ellas sin exigir permisos para cada una, siempre y cuando no se superaran los niveles de contaminación totales de la respectiva planta. El efecto práctico de esta interpretación es que las plantas se relevaban de la obligación de solicitar permisos por cada fuente estacionaria de polución si cumplían la condición de no superar los niveles de contaminación totales permitidos.

Esta interpretación no fue compartida por *Natural Resources Defense Counsil,* quien consideró que la misma disminuía el control a la contaminación producida por las empresas, lo cual, en su criterio, era contrario a la intención de la *Clean Air Act*.

En un primer momento, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia analizó el asunto y determinó que lo pretendido por el *Clean Air Act* era disminuir la contaminación, que la ley no contenía una definición precisa de fuente estacionaria de polución, que la interpretación debía hacerse en consideración al espíritu de la ley y que la interpretación analizada no correspondía con el espíritu de la ley consistente en reducir la contaminación. En consecuencia, la Corte de Apelaciones determinó que la interpretación de la EPA no era procedente y decidió sustituirla, por lo que impuso su interpretación por encima de la realizada por la autoridad administrativa que le correspondía vigilar el sector correspondiente.

No obstante, el fallo de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia fue revisado por la Corte Suprema de los Estados Unidos y posteriormente revocado, toda vez que se consideró que la interpretación realizada por la EPA merecía deferencia judicial y que el Tribunal de Apelaciones se había equivocado al sustituir su interpretación.

Para fundamentar su posición, la Corte Suprema comienza por señalar que cuando un juez deba revisar la interpretación de la ley realizada por una agencia, lo primero que debe llevar a cabo es una revisión de dicha ley y lo señalado por el legislador. En caso de

[92] Al respecto véase: ¿El Ocaso de Chevron?: Auge y Fracaso de la Doctrina de la Deferencia Judicial Hacia el Ejecutivo, p. 336, Chávez, A First Reference About Chevron Deference, p.272, Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo.

encontrarse que la ley o su intención se revelan claras, tanto la agencia como el juez deben estarse a esa interpretación[93].

Posteriormente, afirma la Corte que en caso de que no se pueda establecer con claridad una determinación legislativa o su intención y se esté analizando la interpretación de la agencia, el juez debe realizar el control judicial pero solo para determinar si la interpretación de la agencia es razonable teniendo como parámetro la ley objeto de interpretación. En caso de que ello sea así, el juez deberá otorgar deferencia a favor de la administración y abstenerse de sustituir la interpretación de la misma[94].

Con fundamento en el precedente *Morton vs Ruiz*, la Corte señaló que una de las potestades de las agencias es expedir reglas para desarrollar los mandatos de la ley y solucionar lo vacíos que hubiesen quedado en la misma, por lo que, si en la ley existían vacíos dejados de manera explícita por el legislador, esa circunstancia consistía en una delegación expresa a favor de la agencia[95] para que la misma llenara esos vacíos mediante la formulación de sus reglas y políticas.

En consecuencia, el control judicial debe consistir en verificar que la interpretación de la agencia no fuera arbitraria, caprichosa, producto del abuso de la discrecionalidad o contraria a la Ley, criterio establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo[96] y de verificar lo anterior, debía dejar incólume la interpretación realizada por la agencia. Igual consideración debía adoptarse en aquellos casos donde los vacíos no fueran expresos sino implícitos, evento en el cual debía procederse solo a valorar si la interpretación de la agencia era razonable.

La Corte Suprema afirmó que la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia se equivocó al invalidar la interpretación de la EPA, pues al no haber encontrado que la intención del legislador fuese clara, lo que procedía era el análisis de razonabilidad de dicha interpretación y no la sustitución de la misma por el criterio del juzgador.

Al realizar ese ejercicio en el caso en concreto, la Corte encontró que no existía en la legislación una disposición clara para la definición de las fuentes estacionarias y en relación con la interpretación realizada por la EPA, señaló la Corte que la misma evidenciaba la intención de la agencia de adoptar una política flexible en atención a las complejidades técnicas del asunto.

En adición a lo anterior, la Corte Suprema considera que el esquema regulatorio analizado es técnico y complejo, por lo que muy probablemente el Congreso contempló la posibilidad de que la agencia lograra un equilibro en cuanto a la interpretación del precepto en razón a

[93] Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984) (842)

[94] Al respecto véase: ¿El Ocaso de Chevron?: Auge y Fracaso de la Doctrina de la Deferencia Judicial Hacia el Ejecutivo, p. 337. Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984) (842)

[95] Morton v. Ruiz, 415 US 199 (1974) (231) y Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984) (843)

[96] Administrative Procedure Act. U.S.C. 5 § 706 (2) (A): arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law;

la experticia y el conocimiento especializado que detenta. Se trata de la reconciliación de políticas en conflicto que requieren de un conocimiento completo, lo que, en palabras de la Corte, depende de un conocimiento más que ordinario respecto de los asuntos sujetos a regulación[97].

En virtud de todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación de la agencia era razonable y que en ese caso no podía el juez entrar a sustituirla para imponer su criterio, que en ningún caso puede consistir en la formulación de una política determinada, aspecto correspondiente al legislador o a la administración[98].

De acuerdo con lo señalado por la doctrina, la Sentencia *Chevron* es la sentencia hito en materia de deferencia judicial como quiera que fue la primera en esbozar un "procedimiento" para el control judicial de los actos de la administración que se ha denominado el *two step system*[99] y que consiste en (i) analizar la ley y verificar si la intención del legislador es clara e inequívoca respecto al tema que se revise en sede judicial. En caso de que encuentre que sí, tanto la administración como el juez deberán atenderse a lo allí establecido. (ii) En caso de que se encuentre que no, se debe dar deferencia a la interpretación de la administración en caso de que la misma sea razonable[100].

La deferencia así señalada para algunos es la aplicación del principio de la separación de poderes en tanto que con la misma se propende por el respeto de cada uno de ellos dentro de sus esferas de actuación[101] atendiendo además a criterios de experticia y especialidad en la ejecución de las funciones.

2.3.3. La evolución de la doctrina Chevron en la jurisprudencia estadounidense

Aun cuando la sentencia de Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council Inc.[102] marcó la pauta en materia de deferencia judicial, vale la pena hacer un breve recuento de la evolución jurisprudencial de este concepto, revisando tanto las sentencias que se profirieron con anterioridad como las que siguieron al fallo *Chevron.*, pues dicho repaso permitirá evidenciar como se fue gestando dicha doctrina y también como ha sido revaluada a partir de los debates y las dificultades que ofrece.

- ***Gray v. Powell, 314 U.S. 402 (1941):*** el caso aborda el asunto sobre la procedencia de la concesión de una exención de carbón Seaboard por parte de la *Bituminous Coal Division of the Department of the Interior* bajo las disposiciones

[97] Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837, 1984, (844)

[98] Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984) (864)

[99] Al respecto véase Pérez Alonso, Jorge. ¿El Ocaso de Chevron?: Auge y Fracaso de la Doctrina de la Deferencia Judicial Hacia el Ejecutivo, p. 337 y Chávez p. 272 a 274

[100] García de Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, 2000 p.91

[101] Ibidem.

[102] Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984)

del *Coal Act of 1937*. El fundamento que esgrimió Seaboard para solicitar la exención consistía en que reunía la calidad de productor y consumidor del mismo.

La solicitud inicial fue negada por el director de la División, quien determinó que Seaboard no podía enmarcarse bajo la figura de productor ya que contrataba la extracción del carbón con terceras compañías y la llevaba a cabo en tierras que no eran de su propiedad. Esta decisión fue apelada por Seaboard y, posteriormente, revocada mediante la decisión en controversia en el presente caso.

Las consideraciones del decreto revocatorio de la decisión del director de la División se fundamentan en que, con base en los hechos del caso, Seaboard cabe en la categoría de productor establecida en el *Coal Act of 1937*, pues se involucra de manera directa en el proceso de extracción en lugar de adquirir el producto final directamente de un vendedor.

La Corte Suprema establece que la resolución de la controversia radica en determinar si Seaboard puede ser considerado un productor o no, bajo las disposiciones del Acto. Encontrando finalmente que los supuestos fácticos del caso no fueron contemplados por el legislador, la Corte llega a la conclusión de que la determinación de si Seaboard puede ser considerado un productor recae enteramente en la administración, debido a la discrecionalidad que el Congreso le asignó directamente.

La Corte soporta su decisión señalando que, si bien el Congreso pudo darse a la tarea de regular circunstancias específicas como la que acontecieron en el caso, el legislador consideró más eficiente delegar las decisiones de esa naturaleza a la división administrativa, por considerarla más cercana a la industria y con el conocimiento idóneo para adoptar tales decisiones.

Adicionalmente, a juicio de la Corte, es mandatario respetar las conclusiones adoptadas por la administración en el marco de decisiones que han sido directamente delegadas a ella, las cuales no están llamadas a ser controvertidas por otros órganos por discusiones meramente fácticas.

- ***Skidmore v. Swift & Co. (1944):*** la controversia surge a raíz de la reclamación elevada por un grupo de trabajadores a una planta de empaque en Texas con la finalidad de obtener el pago de horas extras, daños y honorarios de abogados bajo la ley laboral vigente (*Fair Labor Standards Act*), que regula lo referente a las horas de trabajo y la respectiva contraprestación de acuerdo a ello y a la interpretación que de dicha ley realizó la ‘la oficina del Administrador’, agencia creada por el Congreso para adquirir información sobre las condiciones en las industrias y empleos sujetos a la Ley Laboral en cuestión y exponer sus puntos de vista sobre la aplicación de la Ley en diferentes circunstancias en un boletín interpretativo como guía de aplicación para los diferentes supuestos.

  El Tribunal de Distrito negó las pretensiones de los accionantes y el Tribunal de Apelaciones confirmó esa decisión. A su vez, la Corte Suprema conoce del caso

a través de la figura de la '*Certiorari*' como "un mecanismo de selección discrecional ideado en los Estados Unidos para la apertura de la competencia apelada de la Suprema Corte Federal"[103].

La discusión se da en virtud de un acuerdo verbal en el cual los trabajadores se obligaban, además de cumplir con su horario diurno, a permanecer en la sala de bomberos de la planta de tres a cuatro noches por semana, para responder a cualquier contingencia que se pudiere llegar a presentar, sin establecer en el tiempo de espera una tarea específica a realizar.

De acuerdo con la Corte, no existe disposición expresa que determine que el tiempo de espera es o no tiempo de trabajo, por lo que es algo que depende del estudio que realice el tribunal respecto del acuerdo de las partes y sus elementos.

De conformidad con lo anterior, señala la Corte que la intención del legislador era determinar que es tarea exclusiva de los tribunales y no de la administración, determinar si los casos particulares encajan en lo dispuesto por la ley[104]. Sin embargo, los conceptos de la administración, como en este caso los elaborados por 'la oficina del Administrador', son un criterio importante a tener en cuenta por la gran experiencia acumulada en la materia objeto de análisis.

En consecuencia, la Corte precisó que solucionaría el caso atendiendo a las determinaciones del boletín desarrollado por la organización administrativa en cuestión, específicamente teniendo en cuenta la afirmación según la cual los períodos de inactividad generalmente no cuentan como tiempo de trabajo pues la persona desarrolló las actividades comunes (dormir y comer) que habría escogido realizar libremente en caso de no estar atento a un llamado que podría darse o no.

Con respecto a las interpretaciones de la administración y a la deferencia que debe otorgar el Tribunal a las mismas, la Corte señaló que estas no son concluyentes, no constituyen una interpretación de ley o un estándar para juzgar situaciones de hecho, pero que constituían un parámetro a tener en cuenta con alto valor persuasivo en virtud del nivel de experiencia de la autoridad administrativa que por lo general es mucho mayor al que probablemente detenten los jueces en cada caso particular[105].

Finalmente se consideró que las interpretaciones y opiniones de la administración siempre han recibido un valor agregado y un grado de respeto, pues si bien no controlan a los tribunales en virtud de su autoridad, sí constituyen un conjunto de

[103] El 'certiorari' y la jurisdicción discrecional de los superiores tribunales. Leandro J. Giannini, p. 29.

[104] Skidmore v. Swift & Co., (1944) 323 US 137

[105] Ibidem, p. 139

experiencia y un juicio informado al que los tribunales y litigantes pueden recurrir adecuadamente para recibir orientación[106].

Destaca la Corte que el peso que se le otorga a tal juicio en un caso particular dependerá de una serie de elementos tales como la minuciosidad de su consideración, de las razones para sustentarla, la validez de su razonamiento y su consistencia con pronunciamientos anteriores y posteriores[107].

Lo interesante de este precedente es que otorga a los conceptos de la administración un grado de persuasión que dependerá de la profundidad y validez de su racionamiento, sin limitar el control judicial correspondiente. Es decir, podría decirse que otorga a los conceptos de la administración un estatus de criterios auxiliares.

- ***Bowles v. Seminole Rock & Sand Co. 325 U.S. 410, (1945)***: la controversia se suscita cuando la Oficina de Administración de Precios requiere a la compañía *Seminole Rock & Sand Co.,* por una presunta violación a la Regulación de Precios Máximos (*Maximum Price Regulation*). Dicha regulación, que pretendía mitigar un estado de crisis económica, establecía que el Máximo Precio Cobrado por un vendedor durante el mes de marzo de 1942 no podía ser aumentado por el vendedor en ninguna de sus operaciones futuras.

  Teniendo que la compañía sólo efectúo entregas de piedra molida pactadas a un precio de 0.60 dólares por tonelada, pero celebró tratos comerciales en que se obligaba a entregar piedra molida a un precio de 1 dólar por tonelada, la Corte encuentra que el problema jurídico radica en determinar cuál de estos precios puede considerarse como el Máximo Precio Cobrado y, en consecuencia, cuál es el máximo precio que la compañía podrá cobrar en sus operaciones futuras.

  Para la Corte, el problema puede ser resuelto mediante la aplicación e interpretación que la regulación expresamente incluye para la determinación del Precio Máximo Cobrado y precisa que cuando se está frente a la interpretación de una norma administrativa, debe atenderse la construcción de dicha regulación, siempre que el significado de las palabras empleadas no se encuentre en duda. En otras palabras, la Corte asignó un carácter vinculante a las interpretaciones anteriores que una agencia haya efectuado respecto de una norma que la regula.

  En el caso particular, esto se evidenció cuando la Corte dio prevalencia a la interpretación que la Agencia hizo de su propia regulación, con base en que esta interpretación no solo era razonable, sino que había sido reiterada y sostenida por parte de la agencia, dando así lugar a un precedente administrativo.

[106] Ibidem, p. 140

[107] Ibid.

Por lo anterior, la Corte otorga deferencia a la decisión emitida por la Oficina de Administración de precios, revocando los fallos emitidos por los tribunales de instancias anteriores.

- ***Morton v. Ruiz (1974):*** La controversia se desarrolla en razón a una demanda colectiva instituida por un grupo de nativos que pretenden ser acreedores del beneficio de asistencia general que les corresponde bajo la Ley Snyder y que fue negado por parte de la Oficina de Asuntos de Nativos (Bureau of Indian Affairs - BIA), en virtud a uno de los requisitos de elegibilidad establecidos en el Manual BIA, porque los nativos no vivían en la reserva sino cerca de ella.

  Al hacer el respectivo análisis, la Corte encuentra que ni la Ley Snyder, ni la Ley de asignaciones impone limitación geográfica o de índole alguna para la entrega de la asistencia. Sin embargo, considera que existe una delegación expresa que determina que la BIA, dentro de todas sus actividades, dirigirá, supervisará y adecuará el gasto en beneficio de todos los nativos de Estados Unidos[108].

  Señala la Corte que el poder de una agencia administrativa en relación con la ley que esta ejecuta, en este caso con la administración de un programa creado por el Congreso, implica el desarrollo de políticas y reglas de tal forma que se llenen los vacíos dejados por el Congreso ya sea de manera implícita o explícita, siempre y cuando estas se encuentren sujetas a los requerimientos legales y no sean resultado de un actuar arbitrario, caprichoso o en el que se evidencia abuso de la discrecionalidad[109].

  De conformidad con lo anterior, la Corte determina que el poder de las agencias para establecer reglas que afecten derechos y obligaciones individuales sustanciales conlleva a la responsabilidad de ser consistentes con la legislación vigente y de emplear los procedimientos que se ajusten a ella.

  En este caso, tras un análisis de razonabilidad sobre las determinaciones adoptadas por parte de la BIA, la Corte reiteró lo dispuesto bajo *Skidmore v. Swift* en cuanto a la deferencia exponiendo que el peso o valor que se asigne a la interpretación de una agencia administrativa dependerá, entre otras cosas, de su coherencia con los pronunciamientos anteriores y posteriores de la Corte y con el propósito del Congreso.

  En el caso particular, encontró la Corte que la intención del Congreso dista de las determinaciones adoptadas por la agencia pues la apropiación de la asistencia general fue para los indios que viven en la reserva o cerca de ella, por lo que limitar la asistencia a aquellos que viven en la reserva es contrario a lo que

[108] Morton v. Ruiz, 415 US 199 (1974), p. 209

[109] Ibidem, p. 231, 232.

pretende el legislador, por lo que la postura de la BIA es inconsistente y no debe otorgarse deferencia a su interpretación[110].

- ***Federal Election Campaign v. Democratic Senatorial Campaign Committee (1981):*** el Comité Demócrata de la Campaña Senatorial denunció ante la Comisión Federal de Elecciones la presunta irregularidad cometida por el Comité Nacional Republicano de Senadores al realizar gastos en nombre y a favor de comités de partidos estatales y nacionales, pese a no encontrarse presuntamente permitido bajo la Ley Federal de Campañas Electorales. Una vez analizada la reclamación, la Comisión la desestimó argumentando que, si bien esta figura no se encontraba positivizada en la ley, tampoco se encontraba prohibida.

  Un primer recurso fue elevado por el peticionario ante la Corte Distrital, quien se acogió a lo resuelto por la Comisión, y un segundo recurso fue elevado ante el Tribunal de Apelaciones, el cual negó la deferencia judicial y revocó el aval otorgado por la Comisión indicando que, en su criterio, efectivamente existían razones para considerar que acuerdos de esta naturaleza no se ajustaban a la Ley Federal de Campañas Electorales.

  La Corte Suprema encontró que, sin perjuicio de los razonamientos en contra manifestados por el Tribunal de Apelaciones, es cierto que, si bien la ley no autoriza al Comité Nacional Republicano de Senadores a hacer gastos para su propio beneficio, no lo prohíbe, ni de ella se puede deducir que no pueda actuar como una agencia de un comité que sí se encuentra autorizado para hacer gastos.

  A juicio de la Corte, en el presente caso se obvió que al decidir sobre una deferencia judicial en que se busque determinar si la acción de una Comisión se encuentra ajustada a la ley, la tarea de los tribunales no es interpretar la ley aplicable según mejor lo considere, sino hacer un análisis enfocado en la decisión administrativa adoptada con el fin de resolver si la misma fue suficientemente razonable para ser aceptada por las instancias judiciales.

  Dando pautas a los tribunales para tomar la determinación de si la decisión de la agencia fue suficientemente razonable, la Corte indica que para otorgar deferencia no se requiere que la decisión de la agencia puede ser la única razonable. Con base en esa postura, prevaleció la autonomía de las autoridades administrativas y el respeto por sus decisiones. Aclaró la Corte que evaluar una deferencia judicial no implica que el tribunal debe resolver la inquietud jurídica originalmente planteada por el peticionario.

- ***Christensen v. Harris County (2000):*** la controversia se desarrolla en el marco de la Ley Laboral de 1938 (The Fair Labor Standards Act) en virtud de la cual, entre otras cosas, se permite compensar a los empleados por el trabajo realizado en horas extra con tiempo compensatorio en lugar de dar una remuneración de carácter económico. Sin embargo, en caso tal de que los empleados no dispongan

[110] Ibidem, Página 237

del tiempo compensatorio que tienen acumulado, bajo ciertas circunstancias, el empleador deberá pagar a estos las horas extra siguiendo los parámetros económicos establecidos.

El conflicto surge cuando para evitar el pago de las horas extra en razón al tiempo compensatorio acumulado, el condado de Harris opta por adoptar una política bajo la cual se ordena que sus empleados programen tiempo libre para reducir la cantidad de tiempo acumulado. Ante dicha política, alguaciles adjuntos al condado acuden a la jurisdicción argumentando que dicha disposición es violatoria de la Ley Laboral, pues la legislación no prevé que un empleador obligue a sus empleados a utilizar el tiempo compensatorio, salvo que exista un acuerdo que lo permita.

El Tribunal del Distrito accedió a las pretensiones de los accionantes y el Tribunal de Apelaciones revocó la decisión argumentando que la Ley Laboral no regula lo atinente a la problemática suscitada y que, por tanto, no se prohíbe al condado implementar una política como la expuesta.

La Corte se acogió a la posición del Tribunal de Apelaciones, tras advertir que la ley no prohíbe al empleador instar a sus empleados para establecer tiempos libres reduciendo el tiempo compensatorio acumulado, al contrario, la finalidad misma del legislador es garantizar la liquidación de dicho tiempo compensatorio y garantizar que el trabajador reciba un beneficio oportuno y adecuado por las horas extra de trabajo. Por lo anterior, los peticionarios no consiguen demostrar que el condado violó la Ley Laboral.

Determina la Corte que las interpretaciones de las agencias administrativas contenidas en cartas de opinión, manuales y pautas de aplicación que carecen de fuerza de ley, no garantizan la deferencia bajo la doctrina de Chevron, aunque son merecedoras de cierto grado de respeto en caso tal de tener carácter persuasivo, de acuerdo a lo dispuesto en Skidmore, lo que para la Corte no aplica en el caso particular.

Señala que el marco de deferencia establecido en Chevron se aplica a la interpretación de una agencia contenida en un reglamento. Pero en este caso, la regulación del Departamento de Trabajo no aborda el tema del tiempo compensatorio obligatorio, por lo que la decisión se zanja tras la imposibilidad de demostrar una verdadera transgresión a la legislación.

- ***U.S. vs. Mead Corp (2001):*** el conflicto encuentra su origen cuando los planificadores diarios importados por Mead Corp, hasta ahora libre de impuestos, son cambiados de clasificación por la Agencia de Aduanas, dando lugar a que sean gravados por el impuesto de importaciones en aduanas.

  Con el fin de retornar al esquema tributario más favorable, Mead Corp apeló esta clasificación ante el Tribunal de Comercio Internacional, el cual ratificó lo decidido por la Agencia de Aduanas. Por el contrario, el Tribunal Federal

consideró que las clasificaciones de aduana, emitidas como decisiones individuales bajo la actuación denominada carta administrativa o *ruling letter*, no deben ser tomadas como regulación de aduanas, puesto que este tipo de norma recibe el nivel de deferencia más alto bajo la doctrina Chevron.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal expuso que las cartas administrativas no pueden ser consideradas como regulación en tanto no son formalmente notificadas según lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo, no tienen fuerza de ley y no versan directamente sobre los derechos y obligaciones de los importadores.

Al conocer sobre el asunto, la Corte Suprema fija la controversia en determinar si las cartas administrativas son objeto del nivel de deferencia más alto bajo la doctrina Chevron. La Corte resuelve aprobar la argumentación planteada por el Tribunal Federal determinando que a las cartas administrativas no les es aplicable la doctrina Chevron y que no era la intención del legislador asignarles a las cartas administrativas fuerza de ley.

No obstante, la Corte aclara que las cartas administrativas que comunican del cambio de clasificación de importador de aduanas, sí pueden ser de objeto de deferencia bajo la doctrina Skidmore, la cual sostiene que sólo es necesario que la argumentación de la determinación de la agencia se ajuste a la lógica, a los elementos técnicos y a la legislación vigente, en un mayor o menor grado.

La Corte expone que la diferencia de la doctrina de deferencia adecuada es relevante en tanto la doctrina Chevron asigna un alto nivel de autonomía y respeto en la decisión administrativa, mientras que la doctrina Skidmore no le asigna esa solemnidad, permitiéndole al juez entrar a analizar la decisión de fondo.

Este fallo deja claro que la doctrina Chevron no derogó la de Skidmore, pues ambas pueden ser aplicadas por los jueces atendiendo a las particularidades de cada caso.

- ***SAS Institute Inc. v. Iancu (2018)***: el caso se desarrolla bajo la aplicación de una figura creada por el Congreso, denominada ‘revisión inter partes’ (*inter partes review)*, en virtud de la cual se permite impugnar ante la Oficina de Patentes, las solicitudes de patentes.

  La controversia se suscita cuando *SAS Institute* eleva una solicitud de revisión respecto de 16 solicitudes de la patente de Software de ComplementSoft, ante lo cual el Director accedió a instituir la revisión únicamente respecto de un subconjunto de la totalidad de las patentes, negando la revisión de las restantes. Esto conllevó a que la Junta se pronunciara en la decisión final solo acerca de las solicitudes revisadas previamente por parte del Director, abriendo el debate sobre la posibilidad de la institución parcial de la revisión.

En primer lugar, la Corte Suprema analiza la procedencia del control judicial respecto de una decisión de la oficina de patentes, para determinar que procede salvo en aquellos casos en los cuales exista disposición expresa que excluya la revisión judicial de la administración sobre la materia específica. En el caso particular, el solicitante argumenta que la agencia actuó en contra de la ley, lo que encaja dentro de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo y permite al operador judicial continuar con la revisión.

En segundo lugar, al examinar las disposiciones legales aplicables, la Corte advirtió que la ley proporciona una respuesta clara a tal debate estableciendo que la Oficina de Patentes debe emitir una decisión final por escrito con respecto a la patentabilidad de cualquier reclamo de patente impugnado por el peticionario[111]. De conformidad con lo anterior, reitera la Corte que cuando la ley tiene un significado claro, el deber de una agencia administrativa es seguir lo dispuesto de manera expresa sin sustituir los preceptos legales por otros de su preferencia.

El director argumentó que una institución parcial es más eficiente porque permite a la Junta enfocarse en temas de mayor relevancia evitando un desgaste de tiempo injustificado. Sin embargo, según la Corte, su argumentación se reduce a justificaciones políticas completamente debatibles, lo que se aparta de lo dispuesto por la ley y propone un asunto que no le corresponde decidir al operador judicial, más aún cuando la intención del legislador carece de ambigüedad.

Dentro de la defensa instituida, el director solicita una sentencia a su favor en razón a la doctrina de Chevron, pues afirma que la ley no expresa nada respecto de la posibilidad de revisión parcial, por lo cual considera que el asunto debería ser dejado a su juicio otorgándole deferencia a su interpretación. Sin embargo, la Corte aclara que aún bajo la doctrina de Chevron, si después de emplear todas las herramientas de construcción legal el tribunal comprueba que el Congreso tenía una intención sobre el tema específico en cuestión, esa intención es ley y debe aplicarse. En ese supuesto no debe respetarse la interpretación de la ley realizada por parte de la Agencia en el caso particular, pues no hay nada que justifique la deferencia[112].

Finalmente, la Corte determina que la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos por medio de su director debe instituir una revisión sobre todas las solicitudes de patentes impugnadas por el peticionario, al igual que la Junta debe emitir un juicio sobre la totalidad de las mismas.

Como se puede apreciar, en principio se podía pensar que con la sentencia *Chevron* el asunto de la deferencia judicial podía haber quedado claro. No obstante, la evolución

[111] "issue a final written decision with respect to the patentability of any patent claim challenged by the petitioner" 35 U. S. C. §318(a)

[112] SAS Institute Inc. v. Iancu, 584 US ___ (2018)

jurisprudencial expuesta enseña que la aplicación de dicha doctrina no ha sido pacífica y en cambio ha encontrado diferentes variantes en las que el operador judicial no renuncia a ejercer un el control judicial y otorga a la interpretación de las agencias el estatus de criterio auxiliar para adoptar una decisión, es decir, reconoce la existencia de varios grados de deferencia.

Es más, el auge de la teoría de la deferencia judicial ha ocasionado que varios doctrinantes recuerden y reivindiquen la importancia del control judicial de la administración como presupuesto fundamental del estado de derecho, ya que se trata de la solución a la cuestión de la protección del ciudadano frente al abuso de poder de las autoridades.

Siguiendo a Pérez Alonso, son varias las dificultades de la doctrina *Chevron,* las cuales han llevado a reflexiones que sugieren el fracaso de la misma en su intención de otorgar deferencia a la interpretación de la administración[113]:

- La aparente contradicción entre los fundamentos de la doctrina *Chevron* con la Ley de Procedimiento Administrativo: por un lado, la doctrina *Chevron* señala que, ante la falta de claridad en la intención del legislador, su intención fue que las agencias interpretaran la ley, con fundamento en el principio de separación de poderes y que corresponde a las agencias adoptar ese tipo de decisiones. Por su parte, según la Ley de Procedimiento Administrativo y la jurisprudencia de la Corte Suprema correspondiente, la interpretación de las leyes corresponde al juez.

- La dificultad de determinar cuándo se puede concluir que la intención del legislador no es clara y las actividades que debe llevar a cabo el juez para determinarlo.

- La aplicación de la doctrina *Chevron* es compleja toda vez que en primer lugar debe analizarse si la misma es aplicable al caso concreto, en segundo lugar, se debe establecer si la intención del legislador no es clara, para lo cual pueden existir varios métodos y criterios que pueden arrojar diversas respuestas. Adicionalmente, la jurisprudencia no ha aclarado con exactitud los supuestos incluidos y excluidos de la aplicación de la doctrina *Chevron.*

- La jurisprudencia ha terminado por variar el grado de deferencia de la doctrina *Chevron* en virtud de los criterios que se adopten para llevar a cabo la validación de los *two steps* señalados en la sentencia. En consecuencia, no se trata de una doctrina clara. Al respecto Ventura señaló lo siguiente:

  > "Sin duda alguna, la introducción de la deferencia en el control judicial presenta la duda sobre si ésta tiene una serie de grados o si su margen de aplicación es variable.
  >
  > […]

[113] Pérez Alonzo, Jorge. (2011). ¿El ocaso de Chevron?: auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo. *Revista de administración pública*, (184), 342-347.

> "Por lo tanto, se reconoció expresamente que existen diferentes tipos de deferencia, la cual puede ser aplicada en distintos grados. De esta forma, la mayoría de la Corte considera que, en razón de la variedad de formas de los estatutos, de las maneras en que puede expresarse el Congreso y de cómo funcionan las agencias, no puede hablarse de la aplicación de deferencia, o de ninguna. En otras palabras, se cree que debe de ajustarse la aplicación de la deferencia al caso concreto, y a las diferentes envergaduras que presentará."[114]

- La variada jurisprudencia de la Corte Suprema ha evidenciado que el objetivo de la doctrina *Chevron*, aumentar el nivel de deferencia a favor de las agencias, se ha ido desvaneciendo en virtud de las variaciones e interpretaciones que de dicha doctrina se han realizado en sede judicial.

Con independencia de lo anterior y para los efectos de la presente investigación, la referencia a la evolución de la doctrina *Chevron* que se ha expuesto permite aclarar de manera general la cuestión fundamental de la deferencia judicial: ¿cómo debe ser el control judicial de los actos de la administración?

2.4.Deferencia judicial en España

La tradición jurídica de España varía sustancialmente de la tradición jurídica de Estados Unidos, razón por la cual el derecho administrativo de ambos países difiere en varios aspectos fundamentales[115]como en su origen, los elementos que lo componen y que garantizan su funcionamiento, en la visión que cada uno de los sistemas tiene respecto del sistema de división de poderes y del peso que otorga a cada una de las ramas del poder público, entre otros.

Estas diferencias entre los sistemas de ambos estados permiten comprender que la apropiación o adopción de conceptos jurídicos de un sistema a otro, como sucede en el caso de la deferencia, no implica que la aplicación del concepto de que se trate se dé en el mismo grado o con la misma finalidad.

No obstante, la cuestión del control judicial de la administración y la forma en que debe realizarse teniendo en cuenta la discrecionalidad técnica como característica fundamental de la administración es un asunto que en España ha dado paso a que la doctrina y la jurisprudencia, en menor grado, analicen el tema de la deferencia judicial.

Uno de los trabajos más completos a este respecto es la tesis doctoral de Manuel Ventura Rodriguez denominada "Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo", la cual analiza de manera sistemática, entre otros varios aspectos la manera en que la deferencia a favor de la administración ha

[114] Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, p. 35

[115] García de Enterría, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración, 2000 p. 204

sido analizada en el contexto español y propone la posibilidad de adoptarla como el control judicial idóneo frente a la discrecionalidad técnica de la administración.

2.4.1. Las agencias

Al igual que en Estados Unidos, el concepto de la deferencia judicial cobra relevancia en España debido a la proliferación de las agencias. De acuerdo a lo expuesto por Mullor en su artículo titulado "Organismos reguladores independientes y control judicial en España: un rompecabezas difícil de solucionar", aproximadamente en la década de los años noventa, se dio paso al fenómeno de la 'agencificación' en España, lo que trajo consigo la creación masiva de agencias u organismos reguladores independientes sectoriales[116] encargados de la supervisión y control de sectores económicos y sociales concretos como la energía, las telecomunicaciones, el agua y el transporte[117].

Atendiendo al principio de separación de poderes junto con la doctrina del sistema de pesos y contrapesos[118] y, por lo mismo, a la necesidad del control judicial de las determinaciones adoptadas por las agencias en razón a la posible afectación de derechos individuales, surgieron una serie de dificultades en cuanto a las condiciones bajo las cuales debía llevarse a cabo dicho control por parte del operador judicial. Lo anterior, en gran parte, por la falta de regulación al respecto y de claridad sobre los límites del operador judicial y de los factores que este debe tener en cuenta al momento del ejercicio del dicho control.

En lo que respecta a la naturaleza de las agencias, las mismas son un organismo que hace parte de la Administración Pública de España, con personería jurídica propia y autonomía financiera y presupuestaria[119], por lo cual ostentan un grado importante de autonomía respecto de las tres ramas del poder. Tanto en Estados Unidos como en España, su creación obedece a la necesidad de gestionar de mejor manera diversos sectores que requieren de conocimientos técnicos y de evitar la politización de los mismos abriendo paso una selección de funcionarios y de dirigentes en razón a su experiencia.

Señala Müllor que en razón a la prevalencia de un carácter eminentemente antiformalista[120], tras la proliferación de agencias en Estados Unidos, el control judicial se relegó a un segundo plano, además de no encontrarse plenamente capacitado para responder a ello. Lo anterior a diferencia de lo que sucede en España, donde predomina el carácter formalista en virtud del cual prevalece la neutralidad del derecho frente a las otras ciencias.

---

[116] "El estudio y esta denominación excluye a las instituciones reguladoras que operan mercados financieros y de valores y que supervisan la competencia." (Organismos reguladores independientes - Joan Solanes Mullor)

[117] Mullor, Joan Solanes. Organismos Reguladores Independientes.

[118] Los Principios del Derecho de la Regulación. Santiago Muñoz Machado. Página 7 – 8

[119] Mullor, Solanes. Organismos reguladores independientes y control judicial en España: un rompecabezas difícil de solucionar. P. 157. (Solanes Mullor, 2016, pp. 95-100).

[120] El antiformalismo jurídico se define en oposición al formalismo, enfatiza el carácter indeterminado del derecho, sus lagunas y su falta de completitud como ciencia autónoma y lo conecta con la política y otras ciencias sociales. (Solanes Mullor, 2016, p. 157)

Ahora bien, en España se ha desarrollado ampliamente el concepto de la discrecionalidad técnica de la administración, concepto que se fundamenta en la superioridad en la potestad de la administración de regular y decidir de acuerdo a unos conocimientos técnicos y científicos especializados, circunstancia que debe tenerse en cuenta y que ha dado lugar a que se plantee la problemática no sobre la procedencia del control judicial de las agencias, sino sobre la manera en que el mismo debe realzarse, pues por un lado la doctrina señala que dicho control debe tener cuidado en no sustituir las funciones propias de la administración y, por el otro, afirma la necesidad de no prescindir del control judicial de las mismas en virtud de los requerimientos mínimos del estado de derecho.

Como respuesta posible a esa cuestión y como insumo para entender el papel de la discrecionalidad técnica, la doctrina española ha propuesto la adopción de la deferencia judicial, pues ha advertido que no se ha procedido a desarrollar ni a aplicar extensamente el concepto de deferencia para la precisión del concepto de la discrecionalidad administrativa (Ventura 2011). No obstante, otro sector de la doctrina encabezado por Garcia de Enterría se ha manifestado en contra de explorar esa solución en España por considerar que limita en exceso el control judicial de la administración.

2.4.2. La discrecionalidad técnica

A pesar de no existir una definición concreta, de conformidad con lo dispuesto por Ventura la discrecionalidad técnica podría definirse "como el proceso, elaborado por el órgano administrativo competente, mediante el cual se procede a determinar los elementos propios de un mandato legislativo, carentes de precisión, en razón de su compleja naturaleza científica; dicho término alude a conocimientos que no puedan desprenderse de la experiencia común, o que, para establecer los mismos, haya que llevar a cabo un proceso de captación y análisis de datos empíricos." (Ventura, p. 160)

Siguiendo el completo trabajo de Ventura, la cuestión del control de la discrecionalidad técnica de la administración en España, su naturaleza y sus alcances no encuentran en la doctrina acuerdos que faciliten su estudio. Existen varias posiciones divergentes salvo en entender que dicha discrecionalidad implica "una decisión o elección entre varias opciones válidas jurídicamente en el ámbito administrativo"[121], cuestión esta que genera el debate de la manera en que debe hacerse el control judicial de dicha discrecionalidad técnica.

En adición a lo anterior, como factores que dificultan el control judicial de la discrecionalidad técnica se identifican (i) la presencia constante de elementos técnicos y científicos en todos los ámbitos del conocimiento humano que impactan la actividad administrativa en razón a los temas que conoce; (ii) las constantes innovaciones tecnológicas que requieren que la administración las entienda, (iii) la existencia de conceptos jurídicos indeterminados que necesariamente requerirán interpretación a la hora de ser aplicados, todo lo cual genera que la administración tenga diversas posibilidades válidas a la hora de ejercer sus competencias.

[121]Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, p. 44

La jurisprudencia de los tribunales españoles no ha determinado con claridad los criterios bajo los cuales debe ser efectuado el control judicial, ni ha emitido pronunciamiento alguno en el que refleje solución alguna al conflicto entre dicho control y principios constitucionales como la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, por lo que brilla por su ausencia un criterio jurisprudencial definido al respecto. Lo único posible de determinar en este aspecto es que a diferencia de lo que sucedía hace algunos años, hoy en día se reclama un mayor control judicial por parte de las altas cortes.[122]

Ahora bien, en razón a su naturaleza, la discrecionalidad técnica involucra en sí misma una motivación lógica de los actos que se obtengan como resultado de la interpretación o determinación adoptada respecto del concepto jurídico o situación indeterminada. Para Igartua, la motivación como elemento fundamental se convierte en aquello que puede definir si la determinación adoptada roza la línea entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. La motivación evidencia el actuar racional y para él, ha sido la razón del descontrol que existe actualmente, pues el mismo radica en la precariedad de la motivación elevada por parte de las respectivas agencias[123]. Al mismo tiempo, expone una interesante premisa en virtud de la cual el ejercicio de la discrecionalidad técnica se equipara a una actividad jurídica de concreción conceptual, por lo cual a los jueces les compete anular y sustituir las decisiones adoptadas en el marco del ejercicio de dicha discrecionalidad[124].

No obstante, Ventura expone que no resulta válido ejercer control judicial cuando los motivos no pueden ser analizados en su totalidad y con claridad, destacando de igual forma la dificultad que se encuentra en estudiar motivaciones de un concepto técnico del cual generalmente no se posee un conocimiento más que ordinario. Esta consideración plasma la visión del autor en relación con la necesidad de definir una manera de llevar a cabo el control judicial en atención a las falencias técnicas del juez.

En contraposición, Fernández, resalta la importancia de la motivación y destaca que, si bien los jueces no son expertos en todas las ciencias, pueden someter los asuntos a la sana crítica y pronunciarse en caso tal de que adviertan situaciones como la omisión de un hecho relevante, apreciaciones jurídicas erróneas, arbitrarias, irracionales, entre otras.

Estas profundas consideraciones de manera general evidencian la tensión entre dos intereses igualmente relevantes que ocasiona la cuestión del control judicial de la discrecionalidad técnica, como el mantenimiento de la separación de poderes y velar por la tutela judicial efectiva del reclamante en cuanto a llevar a cabo un proceso con la totalidad de garantías y el lleno de requisitos legales[125]. Los debates se mantienen vigentes, en tanto

[122] Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, p. 55

[123] Igartua Salaverría, Juan. Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional. Madrid: Civitas, 1998, p.13 – 15

[124] Ibidem.

[125] Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, p. 53 y Constitución Española. Artículo 24.

ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo español han brindado una solución jurídica al respecto, aun cuando progresivamente en razón a la proliferación de agencias en España se ha dado implícitamente a la aplicación del concepto de deferencia judicial[126].

Finalmente, es pertinente señalar que, así como la deferencia judicial ha servido para explorar soluciones en relación con la discrecionalidad técnica, también ha servido para poner de relieve otros temas fundamentales que impactan en la actuación de la administración y en la forma en cómo se lleva a cabo su control judicial. Cuestiones como la de la frontera de la ciencia y su impacto en relación con la deferencia no solo hacia la administración sino a los expertos técnicos que participan en un proceso judicial, así como la posición de desventaja en la que se encuentran los jueces para abordar estos temas y estas relaciones, han develado la necesidad de idear soluciones para fortalecer el papel del juez con la finalidad de que pueda cumplir su labor constitucional

La cuestión no puede concluir con la identificación de las debilidades del juez, sino que debe continuar para analizar posibilidades diferentes a que los ciudadanos deban aceptar como una fatalidad la adhesión del juez al criterio de la administración en asuntos de carácter técnico y científico que desconoce.

2.5.Deferencia judicial en Chile

Finalmente, para terminar la conceptualización de la deferencia judicial, consideramos importante hacer referencia a la manera en que este concepto ha sido abordado en Chile, un país cuyo sistema jurídico de derecho administrativo comparte las mismas influencias europeo-continentales del colombiano y en donde este tema ha sido objeto de algunos pronunciamientos en virtud de la inquietud sobre el control judicial de la administración.

De conformidad con Encina[127], los jueces chilenos no se han referido a la deferencia en los términos estudiados en la doctrina *Chevron,* esto es, para hacer referencia al respeto judicial por las interpretaciones y las decisiones de la administración. No obstante, dicho autor señala que la doctrina del país austral si ha escrito al respecto en virtud del análisis de algunas sentencias que han tenido en consideración el respeto hacia las decisiones de la administración.

En su trabajo, Encina cita a autores chilenos como Luis Cordero Vega, quien afirma que la administración, además de estar legitimada democráticamente de manera indirecta, goza de un carácter especializado, circunstancia esta que impone al juez analizar el alcance de su control en atención a particularidades como la discrecionalidad que el legislador otorgó a la administración, el nivel técnico del acto que revisa, entre otros.

---

[126] Ventura Rodríguez, Manuel Enrique. Deferencia y Discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el Derecho Administrativo, p. 55

[127] Encina Mansilla, Antonio. Deferencia Judicial Hacia la Administración, p. 16

En el caso chileno, llama la atención que la doctrina analiza la deferencia judicial a partir de un criterio práctico: el nivel de especialidad del juez que revisa el acto de la administración. Si la revisión es llevada a cabo por un juez "generalista" existirán razones para que se presente la deferencia judicial a favor de la administración, toda vez que el juez seguramente no tendrá los conocimientos necesarios para manifestarse sobre las cuestiones técnicas objeto de la actuación de la administración. Por el contrario, señalan los autores en comento que, si la revisión la realiza un juez especializado, el juez deberá prescindir de la deferencia al estar en la capacidad de pronunciarse en relación con las cuestiones técnicas que son objeto de la actuación de la administración.[128]

Retomando a Encina, dicho autor hace referencia a los dos controles de carácter general de los actos de la administración para señalar que el primero, la nulidad de derecho público, "es eminentemente formal, ya que las causales aplicables, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, concurre sólo cuando el vicio afecta la forma, competencia e investidura regular"[129], razón por la cual los tribunales no pueden ser deferentes a favor de la administración. Por su parte, en relación con el segundo, denominado recurso de protección y que tiene por objeto controlar la ilegalidad y la arbitrariedad, afirma que al ser necesario un análisis de fondo de los actos de la administración podría tener lugar un margen de deferencia judicial al no ser los jueces expertos en esas materias.

Sin embargo, como es bien sabido, en adición a los jueces de letras y a la corte de apelaciones, Chile cuenta con órganos jurisdiccionales especializados[130] para que conozcan sobre ciertos asuntos y al ser el conocimiento técnico y especializado de la administración uno de los pilares de la deferencia judicial, esa configuración del sistema jurisdiccional chileno puede enervar en gran medida dicho pilar.

Para algunos doctrinantes chilenos, la creación de estos tribunales especializados fue importante para quienes propugnan por el control judicial pleno de los actos de la administración (derecho administrativo de luz roja) ya que los mismos hacen parte de la jurisdicción, pero también para aquellos que defienden la idea de que es la administración la encargada de responder ante los vacíos normativos en aras del bien común, por lo que este ejercicio político no debe reducirse al derecho (derecho administrativo de luz verde)[131], ya

[128] Véase TAPIA, Javier y CORDERO, Luis: "La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional", en Estudios Públicos, Vol.139,2015, pp. 38-39.

[129] Encina Mansilla, Antonio. Deferencia Judicial Hacia la Administración, p. 34

[130] Como por ejemplo, el Subcontralor General, el Tribunal de Contratación Pública, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal de Propiedad Industrial, los Tribunales Tributarios y Aduaneros y los Tribunales Ambientales.

[131] En relación con el derecho administrativo de luz roja y de luz verde, puede consultarse a MONTT OYARZÚN, Santiago: Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales, en DE ACUÉTARAMARTINEZ(Coord.):Derecho administrativo y regulación económica: Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz, editorial La Ley, primera edición, 2011.Passim

que al ser estos tribunales especializados y contar con un buen número de funcionarios técnicos, es más probable que coincidan con el criterio de la administración.

No obstante, y pese a contar con órganos jurisdiccionales especializados, la cuestión de la deferencia no desaparece del todo, pues dichos órganos especializados no son los órganos de cierre de la jurisdicción y sus decisiones puede ser revisadas por la Corte Suprema, la cual no detenta el grado de especialidad técnica de aquellos. Ejemplo de esta tensión fue lo ocurrido con un fallo de la Corte Suprema chilena en virtud del cual se anuló una decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de ese país que había considerado que un concurso sobre el espectro electromagnético se ajustaba a la libre competencia. Al respecto, Lucas Sierra académico e investigador señaló:

> "El Estado de Derecho exige que jueces superiores controlen la corrección jurídica de las decisiones judiciales y administrativas. Pero al suplantar el criterio sustantivo de los órganos especializados corren el riesgo de cometer errores. El TDLC tiene personal experto y experiencia en su normativa sectorial. Los jueces de la CS, en cambio, son generalistas por definición.
>
> (…)
>
> "En esta técnica de dos preguntas subyace el hecho de que los jueces generalistas tienen un conocimiento fundamental, pero limitado. Por esto, al juzgar sobre el mérito de las decisiones del TDLC y de otros órganos especializados, deben deferencia a la especialidad. El voto de mayoría de la CS refleja exactamente lo contrario."[132]

En clara referencia a la doctrina *Chevron* y a su método de los *two steps*, realizó una crítica abierta a la decisión de la Corte Suprema y reclamó que el órgano de cierre de la justicia chilena otorgara una deferencia judicial a favor de un órgano especializado de carácter jurisdiccional. No obstante, esta cuestión no está permitida por las normas que gobiernan los recursos contra las decisiones expedidas por los órganos especializados por lo que la discusión sigue abierta.

2.6.Conclusión

Ha quedado claro que la cuestión de la deferencia judicial, si bien es originaria de países anglosajones cuyos sistemas jurídicos se basan en el *common law*, también se encuentra presente y ha sido analizada en países cuyos sistemas se fundamentan en el *civil law*, fundamentalmente porque, con independencia de la configuración particular de las instituciones del derecho administrativo, en todos existe una administración con unas funciones determinadas y que en el marco de un estado de derecho coexiste con un poder judicial que tiene el deber de preservar los derechos de los ciudadanos y garantizar el respeto al principio de legalidad.

Tal como se pudo observar, el concepto de la deferencia judicial supone una idea general consistente en el respeto que el juez que lleva a cabo el control de un acto de la administración le debe otorgar al mismo en virtud de consideraciones que van desde el respeto por el principio de la separación de los poderes hasta el reconocimiento de la supremacía de la

[132] En https://www.cepchile.cl/cep/opinan-en-la-prensa/lucas-sierra/deferencia-judicial

administración en cuestiones técnicas. Lo anterior implica una restricción en la labor del control judicial en pro de la actuación administrativa.

Así mismo, se pudo establecer que la deferencia judicial no es una cuestión que se derive de la ley. Ha sido un concepto de desarrollo jurisprudencial y doctrinal, razón por la cual no existen parámetros claros para su aplicación y sus variantes pueden llegar a ser incalculables si se tiene en cuenta el tipo de autoridad administrativa, su grado de especialización, las actividades que desarrolla en virtud de la ley que les otorga competencia, el nivel de discrecionalidad que le fue otorgado por el legislador, el tipo de acto proferido por la administración sujeto a control (*rule making, adjudication)*, las características del órgano judicial que realizará el respectivo control (generalista o especializado), el asunto objeto de pronunciamiento por parte de la administración, etc.

Adicionalmente, al ser un concepto de construcción jurisprudencial, las maneras de aplicar la deferencia judicial, su intensidad, requisitos y demás características han dependido del desarrollo que los jueces le han dado en cada uno de los países, por lo que lejos de ser un concepto uniforme, en cada país presentará las características particulares correspondientes.

Teniendo en cuenta lo anterior a continuación se abordará el análisis de la deferencia judicial en el caso colombiano en relación única y exclusivamente con el control de los actos administrativos de carácter sancionatorio, lo cual será el sustento teórico para emprender el análisis de caso propuesto en aras de determinar cómo ha sido el control de los actos administrativos sancionatorios expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia.

3. DEFERENCIA JUDICIAL EN EL CASO COLOMBIANO

En el presente capítulo se abordará la cuestión relativa a la forma en la que el Consejo de Estado ha realizado el control judicial de los actos sancionatorios, para efectos de determinar si en Colombia ha tenido aplicación el fenómeno de la deferencia judicial a favor de la administración y la manera en que dicho concepto se ha trasplantado a nuestras latitudes.

Se anticipa que la cuestión de la deferencia judicial no se agota en el análisis de las decisiones de la administración en materia sancionatoria, pues son múltiples las potestades discrecionales de la administración que pueden ser susceptibles de un análisis como el propuesto en esta investigación y que ya han abordado otros autores. Ejemplo de ello son las decisiones que adoptan las comisiones de regulación, cuyo control judicial en tanto actos discrecionales no escapa al debate permanente sobre la manera en la cual debería hacerse. No obstante, la presente investigación consiste en un estudio de caso de la manera en que se ha llevado a cabo el control judicial unas actuaciones administrativas concretas: las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia.

Dicho lo anterior y con apoyo de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se determinará la forma en la que actualmente se ejerce el control judicial de los actos administrativos sancionatorios, por lo menos desde el punto de vista formal, y luego se analizará el fenómeno de la "intangibilidad relativa" o "deferencia especial" que se evidenció en una época determinada en relación con el control judicial de los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario.

Sobre este último aspecto, conviene señalar que ha sido en el marco de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos sancionatorios de carácter disciplinario donde la jurisprudencia ha concentrado el debate en relación con la manera en que se ejerce el control judicial de la actuación de la administración. Esto se explica, en gran medida, porque a diferencia de otras materias, el proceso sancionatorio disciplinario ha contado con una regulación particular que, como se verá, le sirvió como fundamento al juez de lo contencioso administrativo para aplicar la deferencia especial al ejercer el control judicial de los actos administrativos proferidos en el marco de dicho proceso reglado. Así las cosas, el concepto de la intangibilidad material y de la deferencia especial no se identificó en jurisprudencia relativa al control judicial de los actos sancionatorios en otro tipo de campos.

No obstante, en virtud de la expedición del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, todos aquellos procedimientos sancionatorios que no se encontraban regulados en normas especiales fueron objeto de la regulación que trajo dicho Código[133]. En consecuencia, se puede afirmar que desde el 18 de enero de 2011 todos los procesos de carácter sancionatorio están regulados y, por ende, las consideraciones relativas a la manera en la que la jurisdicción de lo contencioso administrativo lleva a cabo el control judicial de los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario que produjo el Consejo de Estado y que serán objeto de análisis en las siguientes líneas, son plenamente

[133] Artículo 47 y s.s.

aplicables al control judicial de todos los actos administrativos sancionatorios, dentro de los que se encuentran también los proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de autoridad de competencia que serán objeto de análisis en el capítulo tercero.

3.1.El control judicial de los actos sancionatorios de la administración en Colombia

3.1.1. Desde la perspectiva normativa

Actualmente no existen dudas acerca de la manera en la que el juez de lo contencioso administrativo debe llevar a cabo el control de los actos administrativos sancionatorios. El control debe ser pleno e integral y sin ningún tipo de restricción.

En adición a las normas de rango constitucional que soportan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es pertinente señalar que tanto el artículo 6[134] como el artículo 124 de la Carta Política establecen la necesidad de que exista un mecanismo en virtud del cual se pueda garantizar la prevalencia del principio de legalidad y la sujeción estricta al mismo por parte de las autoridades. Como ya se comentó, el artículo 6 de la Constitución consagra el principio de legalidad en virtud del cual se limita el poder de la administración, el cual tendrá como límite lo establecido en la ley, so pena de incurrir en responsabilidad. Por su parte, el artículo 124[135] ordena a la ley determinar la responsabilidad de la administración y la manera de hacerla efectiva, labor que para nuestros efectos se realizó en virtud de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En relación con la manera en que se debe realizar el control judicial de los actos administrativos sancionatorios, es relevante traer a colación lo señalado por los artículos 1, 2, 5, 7, 9 y 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que resultan plenamente aplicables a nuestro tema de estudio:

- En virtud del artículo 1 se establece con claridad que la administración de justicia esta instituida para "hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades" consagrados en la Constitución y la ley, "con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional". Es decir, en últimas, para hacer efectivo el principio de legalidad como pilar fundamental del estado social de derecho.

- Por su parte, el artículo 2 reitera la garantía constitucional del acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 constitucional, garantía que se materializa no desde el plano meramente formal, sino en virtud de una

[134] "ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."

[135] "ARTICULO 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva."

correcta y eficiente prestación de dicho servicio[136], lo que, entre otras, significa que el control judicial se realice de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley.

- El artículo 5 vuelve a señalar la autonomía e independencia de la rama judicial en el ejercicio de su función de administrar justicia y establece que "Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias". Esta característica es relevante en la medida en que permite concluir que la única consideración que deben tener los jueces a la hora de administrar justicia es el dictado de la Constitución y la ley.

- El artículo 7 consagra un deber trascendental consistente en que la administración de justicia debe ser eficiente, lo que significa que el control judicial debe realzarse de manera diligente "sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley.". En consecuencia, es también un deber de los jueces proferir fallos de calidad, característica esta por la que el Estado debería esforzarse en garantizar permanentemente, pues su ausencia no solo perjudica la situación particular de un administrado en un proceso determinado, sino que erosiona una de las bases mismas del estado social de derecho.

- El artículo 9 repite una obviedad necesaria: "Es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso."

- Finalmente, el artículo 55 consagra una disposición relevante común a todos los jueces de la república en relación con la elaboración de las sentencias judiciales. El inciso primero de artículo en cita establece que "Las sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales.". Consecuencia de lo anterior es que, salvo disposición legal en contrario, en el ejercicio del control judicial los jueces no pueden sustraerse de analizar alguno de los hechos o de las cuestiones planteadas por quien acude a la jurisdicción.

[136] Al respecto, en sentencia C- 031 de 2019, dijo la Corte Constitucional:

"En este sentido, de acuerdo con la interpretación de esta Corte, el acceso a la justicia debe entenderse no solo como la posibilidad de acudir a los jueces competentes para dirimir una determinada controversia o conflicto, sino que además se debe entender como la posibilidad de que dicho planteamiento se haga efectivo, a través de la culminación del proceso con la determinación final del juez sobre el caso y el cumplimiento de la sentencia. En otras palabras, de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia C-037 de 1996, "(…) la función en comento [de garantizar el acceso a la administración de justicia] no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerado".

Ni la Constitución ni la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia autorizan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo a realizar el control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la administración de manera deferente en virtud de las características del órgano que lo expide; por el contrario, las normas estudiadas indican con claridad que el control judicial debe ser pleno e integral.

La misma consideración puede extraerse al analizar las disposiciones consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuyos artículos 103, 104, 105 y 187 resultan relevantes:

- El artículo 103 establece el objeto y los principios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo señalando que los procesos que allí se adelantan "tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico", lo cual se encuentra en armonía con lo señalado al respecto por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y por la Constitución.

- Por su parte, el artículo 104 establece las materias que conocerá la jurisdicción de lo contencioso administrativo, afirmando que "además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa". El mismo artículo en sus numerales 1 a 7 enlista otro tipo de procesos que también serán de conocimiento de dicha jurisdicción.

  Se resalta que al señalar las materias que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el legislador no establece ninguna restricción en la manera en que el juez debe llevar a cabo la función judicial y resolver las controversias y litigios respectivos.

- El artículo 105 consagra las materias que están por fuera del control judicial de la jurisdicción contencioso administrativa, siendo claro que en relación con los asuntos contemplados en los numerales 1 a 4 de ese artículo el juez administrativo no puede siquiera asumir competencia.

- El artículo 187 señala el contenido de la sentencia en virtud de la cual se lleva a cabo el control judicial en materia contencioso administrativa:

  > "ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.
  > "En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

> "Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.
> "Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor."

Del artículo transcrito, se resalta que el juez administrativo tiene la obligación de decidir sobre todas las excepciones propuestas y sobre todas aquellas que considere probadas, para lo cual deberá consignar en su decisión un "análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones." Esta exigencia, en concordancia con lo señalado en el artículo 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, excluye la posibilidad de que haya providencias que no cuenten con una motivación cítrica respecto de las cuestiones planteadas en la demanda o fallos que se abstengan de abordar los hechos y asuntos planteados en los medios de control regulados en el Código.

Resulta claro entonces que en Colombia no existe norma alguna que limite o restrinja el control judicial de los actos administrativos sancionatorios cuya competencia corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Del mismo modo ha concluido el Consejo de Estado que:

> "Sobre el primer aspecto, es decir, el alcance del control de legalidad de los actos administrativos de naturaleza disciplinaria, debe partirse de la premisa según la cual el control de legalidad del juez administrativo sobre estos actos es pleno, es decir, no tiene restricciones ni limitaciones de ninguna índole por la naturaleza del acto administrativo que se enjuicia, como en general no las tiene sobre ningún acto administrativo"[137].

3.1.2. Desde la perspectiva jurisprudencial

Como se anticipó al comienzo del presente capítulo, es en materia del control de actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario en donde el Consejo de Estado ha sostenido los debates más nutridos en relación con la manera en la que debe llevarse a cabo su control judicial por parte del juez administrativo.

Al revisar esas consideraciones jurisprudenciales, aplicables no solo a los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario sino a todos los actos administrativos sancionatorios, se evidencia que en nuestro país se consideró en alguna época que en su control el juez contencioso administrativo podía aplicar una "deferencia especial" a favor de la administración, la cual consistía fundamentalmente en una auto restricción del control judicial en pro de las interpretaciones y valoraciones probatorias realizadas por la autoridad administrativa que profirió los actos sometidos a la acción judicial y en detrimento de las reclamaciones que al respecto formularan los demandantes.

[137] CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo contencioso -administrativo. sentencia de 11 de diciembre de 2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación. 2005-00012.

Como quiera que el asunto de la "deferencia especial"[138] será analizada en otro aparte del presente capítulo, baste por ahora señalar que dicha postura fue erradicada por el mismo Consejo de Estado, que finalmente optó por señalar que el control de los actos administrativos sancionatorios debe ser pleno e integral, decisión que encuentra su consolidación en la sentencia de unificación proferida el 9 de agosto de 2016 por la Sala Plena del Consejo de Estado que fue emitida en virtud de los criterios dispares y contradictorios que al respecto se habían esgrimido en fallos del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo entre los años 2010 y 2016.

Debido a la importancia de la sentencia de unificación a la que se hace referencia, a continuación, se traerán a colación sus consideraciones relevantes, las cuales permitirán entender las características y la forma en la que debe llevarse a cabo el control judicial de los actos administrativos sancionatorios.

En primer lugar, el Consejo de Estado precisó que la función disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, la cual se debe ejercer dentro del marco de los límites constitucionales y con estricta observancia de las garantías allí establecidas[139], por lo que concluyó que:

> "De ahí que no pueda sostenerse válidamente que existe una limitación al juez de lo contencioso administrativo frente a su competencia para la revisión de la legalidad y constitucionalidad de la actuación de las autoridades como titulares de la acción disciplinaria, en el ámbito de la función pública que le corresponde."[140]

Posteriormente, la sentencia hizo referencia al derecho a la tutela judicial efectiva y al alcance que le ha dado la Convención Americana de Derechos Humanos[141]para concluir que

---

[138] También conocida en nuestra jurisprudencia como la "intangibilidad relativa" de los actos administrativos sancionatorios.

[139] Al respecto, en sentencia del 22 de octubre de 2012, radicado 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738), la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló lo siguiente:

"(…) en el ámbito administrativo la sanción no es un fin sino un instrumento adicional con el que se cuenta para la consecución de las competencias asignadas, de allí que el poder punitivo que le es confiado deba ser siempre el resultado de la ponderación de dos extremos: el respeto por las garantías sustanciales y procedimentales de los ciudadanos sobre los que la potestad recae y el que se constituya en una herramienta para el correcto ejercicio de las funciones; sin dicha ponderación no es posible explicar en el ámbito administrativo la facultad de imponer un castigo."

[140] CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto del 2016, Radicado No. 11001-03-25-000-2011-00316-00, Consejo Ponente: William Hernández Gómez.

[141] Señaló la Sala Plena del Consejo de Estado:

"Los artículos 8 (sobre garantías procesales) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana de los Derechos Humanos consagran el derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien en principio la Corte Interamericana de Derechos Humanos identificó tal derecho con la institución latinoamericana de amparo, a partir de la sentencia del caso C.P. vs Perú del 3 de noviembre de 1997, consideró que el recurso efectivo que consagra el artículo 25.1 debe entenderse en un sentido más amplio, esto es, como el derecho humano a la

en virtud del mismo, toda persona tiene derecho a tener un recurso idóneo antes los jueces para efectos de obtener protección en contra de los actos que puedan vulnerar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley y en la Convención.

Aterrizando al caso colombiano, el Consejo de Estado hizo un breve recuento de lo que la Corte Constitucional ha considerado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva a la luz de los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución y recordó que en relación con los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:

> "(…) hace las veces del recurso judicial efectivo en los términos de la Convención Americana, por cuanto el control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo implica que puede y debe verificar: (i) La procedencia de la intervención de la jurisdicción contenciosa para examinar el control de decisiones disciplinarias; (ii) la existencia de un control integral y pleno de tales decisiones y de los procedimientos seguidos para el efecto; y, consecuencialmente (iii) la posibilidad de la jurisdicción de emprender exámenes sobre la actividad probatoria."[142]

A continuación, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo analizó el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de conformidad con las normas consagradas en la Constitución y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para concluir que el objeto de la misma consiste en "la preservación del ordenamiento jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley, por cuanto es expresión del ejercicio del control judicial de los actos de la administración, en el marco del Estado Social de Derecho"[143], y aclaró que esa concepción también imperó en vigencia del Código Contencioso Administrativo. Lo anterior para concluir que los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario no pueden escapar al control judicial teniendo en cuenta la naturaleza administrativa de su procedimiento.

Continuando con su razonamiento, la Sala Plena recordó una obviedad: las autoridades administrativas tienen características diferentes a las autoridades judiciales, razón por la cual sus decisiones no son asimilables. Ello lo hizo señalando las particularidades de la

---

protección judicial efectiva. Sostuvo en aquella sentencia que "[…] el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención […]". Tal posición ha sido reiterada desde entonces por el tribunal interamericano.

"En el mismo orden de ideas, en sentencia proferida en el caso B.D. y otros vs Uruguay, del 13 de octubre de 2011, la Corte Interamericana expuso que la efectividad supone que además "[…] de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes […]"."

[142] CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto del 2016, Radicado No. 11001-03-25-000-2011-00316-00, Consejo Ponente: William Hernández Gómez.

[143] Ibid.

Procuraduría General de la Nación como titular de la potestad disciplinaria, en virtud de las cuales sus decisiones sancionatorias no pueden entenderse expedidas de manera autónoma e independiente, contrario a lo que ocurre con los fallos proferidos por la rama judicial.

> "En efecto, los actos proferidos en ejercicio de la función disciplinaria por la Procuraduría General de la Nación, son actos que no gozan de los atributos de independencia e imparcialidad, porque dicha potestad se ejerce a partir de un estructura de delegación piramidal o escalonada, en cuya cabeza se encuentra el Procurador General de la Nación, quien de conformidad con el artículo 7, ordinal 2.º del Decreto 262 de 2000, tiene la competencia para formular políticas generales y criterios de intervención en materia de control disciplinario.
> "Por el contrario, los actos expedidos en ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, los emitidos por los jueces unipersonales o colegiados, obran bajo las atribuciones de autonomía e imparcialidad que constitucionalmente les fueron atribuidas en los artículos 228 y 230, constitucionales. De manera que la autonomía e independencia son un atributo propio de la función jurisdiccional por lo que los actos proferidos en virtud de ella, no tienen ningún tipo de control exógeno a la misma función judicial.
> […]
> "Para F.C., en la función judicial el Estado protege un "interés público externo", representado en la solución del litigio que se le plantea y en el cual no es parte interesada, circunstancia que lo sitúa en una posición independiente y ajena al conflicto de derechos frente al cual debe pronunciarse con autoridad de cosa juzgada, en tanto que en el desarrollo de la función administrativa, el Estado es parte del conflicto y busca proteger intereses públicos que le son propios."[144]

Con fundamento en lo anterior, que dicho sea de paso no es nada diferente a lo que estaba claramente delineado en el ordenamiento jurídico colombiano, el Consejo de Estado unificó[145] la manera en la que debía realizarse el control de los actos administrativos

---

[144] Ibid.

[145] Se lee en la parte resolutiva de la sentencia en comento:

"F A L L A

"Primero: Se unifica el alcance del control judicial de los actos administrativos proferidos por los titulares de la acción disciplinaria regulada en la Ley 734 de 2002, en los siguientes términos:

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo ejerce el control judicial integral de los actos administrativos sancionatorios, proferidos por los titulares de la acción disciplinaria regulada en la ley 734, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

"El control que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, constituye el recurso judicial efectivo en los términos del ordinal 1.º del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

"Así mismo, se advierte a la comunidad en general, que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación constituyen precedente y tendrá aplicación en las decisiones judiciales que se profieran a partir de la fecha."

sancionatorios de carácter disciplinario concluyendo que debe ser integral y que tiene las siguientes características:

- "La competencia del juez administrativo es plena, sin "deferencia especial" respecto de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria."[146] Esta característica no hace más que reivindicar lo establecido en la Constitución y la ley, en virtud de las cuales no se expide salvoconducto alguno para que los jueces sean deferentes a favor de la administración en el marco del control judicial de sus actos.

- "La presunción de legalidad del acto administrativo sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo."[147]Con acierto el Consejo de Estado elimina un antecedente altamente peligroso, arbitrario y sin fundamento legal creado por la jurisprudencia, en virtud del cual existían actos administrativos más legales que otros dependiendo de la autoridad administrativa de la que provinieran y del procedimiento administrativo que se hubiese seguido para proferirlos.

- "La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley, de ningún modo restringe el control judicial."[148] Reafirma la obviedad a la que se hizo referencia: las autoridades administrativas y sus decisiones y las autoridades judiciales y sus decisiones no son asimilables.

- "La interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede disciplinaria, es controlable judicialmente en el marco que impone la Constitución y la ley."[149] En los términos del punto anterior, al no ser asimilables, los actos administrativos sancionatorios proferidos por la administración no escapan al control judicial que debe realizar el juez contencioso administrativo en cumplimiento de su mandato constitucional y legal.

- "Las irregularidades del trámite procesal, serán valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad que lo caracteriza."[150] El juez contencioso administrativo debe hacer un análisis crítico en relación con los actos administrativos demandados sin tener en cuenta la concepción de la administración y sin estar inclinado a favorecer al demandado o al demandante.

[146] Ibid.

[147] Ibid.

[148] Ibid.

[149] Ibid.

[150] Ibid.

- "El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos."[151]

- "El control judicial integral involucra todos los principios que rigen la acción disciplinaria."[152]

- "El juez de lo contencioso administrativo es garante de la tutela judicial efectiva."[153]

El criterio de unificación expuesto ha sido aplicado de manera uniforme en los pronunciamientos posteriores del Consejo de Estado[154] en materia disciplinaria, por lo que

[151] Ibid.

[152] Ibid.

[153] Ibid.

[154] Al respecto, véase entre otras las siguientes sentencias:

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, sentencia del 8 de septiembre de 2017, radicado No. 25000-23-42-000-2013-06052-01(3654-14), Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 8 de septiembre de 2017, radicado no. 11001-03-25-000-2011-00419-00(1572-11), Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 21 de septiembre de 2017, radicado no. 68001-23-33-000-2013-00667-01(3114-14), Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 26 de octubre de 2017, radicado no. 11001-03-25-000-2011-00157-00(0569-11), Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 9 de noviembre de 2017, radicado no. 05001-23-33-000-2012-00918-01(3237-14), Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 20 de septiembre de 2018, radicado no. 25000-23-42-000-2013-00587-01(2604-15), Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 20 de septiembre de 2018, radicado no. 11001-03-25-000-20100-0230-00(1902-10), Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 20 de septiembre de 2018, radicado no. 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

no cabe duda que la deferencia judicial, tal como fue entendida y aplicada en Colombia no solo no está permitida en el marco del ordenamiento jurídico sino que también se encuentra descartada de plano por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

3.1.3. El deber ser

De conformidad con los artículos 127 y 138 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, un acto administrativo es nulo (i) cuando haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse; (ii) cuando haya sido expedido sin competencia; (iii) cuando haya sido expedido de forma irregular; (iv) cuando haya sido expedido con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, (v) cuando haya sido expedido mediante falsa motivación; y (vi) cuando haya sido expedido con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Teniendo en cuenta lo anterior es que debe interpretarse la obligación contenida en el numeral 4 del artículo 162 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual el demandante deberá expresar los fundamentos de derecho de las pretensiones, así como las normas violadas y el concepto de la violación cuando la demanda recaiga sobre un acto administrativo. En ese orden de ideas, en las demandas de nulidad o de nulidad y restablecimiento el demandante deberá señalar la o las causales de nulidad invocadas y fundamentarlas.

Son varios los tratadistas que explican a profundidad las características de cada una de las causales de nulidad a las que se ha hecho referencia[155], no obstante, para los efectos de la presente investigación baste señalar que cada una de las causales exige una labor argumentativa del demandante y una actividad probatoria que será más o menos intensa dependiendo de la causal de la que se trate. Por ejemplo, las causales de desviación de poder y de falsa motivación, requieren que el demandante, más allá de su enunciación, demuestre la manera en que el funcionario que expidió el acto administrativo perseguía un fin diferente al que el derecho le asignó y/o que los motivos en los que se fundó dicho acto son falsos, inexactos, infundados, etc. Por su parte, las causales de anulación referentes a la expedición irregular del acto, violación del derecho de audiencia y defensa o desconocimiento de una

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 17 de octubre de 2018, radicado no. 11001-03-25-000-2012-00319-00(1281-12), Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 22 de octubre de 2018, radicad no. 05001-23-33-000-2014-01955-01(3614-16), Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

- CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 31 de octubre de 2018, radicado no. 25000-23-42-000-2015-00753-01(3786-16), Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cueter.

[155] Al respecto, véase a BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 8va ed. Medellín, Señal Editorial, 2015 Página 290 y s.s. y RODRIGUEZ Libardo, Derecho Administrativo General y colombiano, 18a ed. Bogotá, Temis, 2013 Página 321 y s.s.

norma en la que debía fundarse, requerirá que el demandante identifique la norma y señale el concepto de la violación, aunque la prueba de la norma que fundamenta la causal en ocasiones no es requerida y cuando lo es, por lo general, no reviste mayor dificultad[156].

Para efectos de la labor del control judicial, es pertinente señalar que como quiera que el mismo es pleno e integral, una vez propuestos los fundamentos de la demanda, es deber del juez emprender un análisis crítico de todos y cada uno de ellos, confrontándolos con el acto administrativo demandado, lo cual le impone el deber no solo de revisar el acto administrativo sino de analizar las consideraciones, interpretaciones y valoraciones normativas, fácticas y probatorias que realizó la administración para efectos de determinar si se encuentran acreditados los vicios alegados por el demandante. Por ejemplo, al momento de analizar el vicio propuesto de falsa motivación, el juez no puede caer en la tentación de desestimar ese cargo por el solo hecho de encontrar motivado el acto administrativo, pues el hecho de que exista motivación no significa que la misma sea veraz. En ese caso el juez deberá analizar la motivación que tuvo la administración y concluir de manera autónoma e independiente si la misma adolece o no de los defectos endilgados por el demandante. En palabras del Conejo de Estado:

> "Aunque en principio el análisis de la legalidad del acto demandado está enmarcado en las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto que el juez puede y debe examinar otras conexas con derechos fundamentales, con el fin de garantizar la primacía del derecho sustancial y optimizar la tutela judicial efectiva. Estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que sustentan la sanción. Así como verificar la valoración de la prueba, lo cual comprende: (i) el análisis acerca del acatamiento al derecho de audiencia y defensa; (ii) el respeto de los principios y reglas fijadas por la Constitución y la ley disciplinaria para el recaudo del material probatorio y; (iii) se debe comprobar si el acto fue debidamente motivado. Examinar que en la actuación disciplinaria se haya dado estricto cumplimiento a todos los principios rectores de la ley que rige la materia. Que la sanción disciplinaria corresponda a la gravedad de la falta y a la graduación que prevé la ley. Realizar el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad de la ilicitud sustancial y de ser necesario, valorar los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional así como las justificaciones expuestas por el disciplinado"[157].

También, es bueno recordar que aun cuando el deber que tiene el demandante de señalar las normas violadas y el concepto de la violación (numeral 4, artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) no puede desconocerse,

---

[156] Señala BETANCUR "de acuerdo con lo expuesto, no deben probarse: La constitución, la ley en sentido formal, los decretos extraordinarios, los decretos legislativos, los de emergencia, los autónomos, los reglamentos simplemente ejecutivos, etc. Deben acreditarse: las ordenanzas, los acuerdos, los decretos de los gobernadores y alcaldes, las resoluciones de los funcionarios de estos niveles, etc., etc.". BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 8va ed. Medellín, Señal Editorial, 2015 Página 481 y 482

[157] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 9 de noviembre de 2017, radicado no. 05001-23-33-000-2012-00918-01(3237-14), Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

el juez tiene el deber de "examinar otras conexas con derechos fundamentales, con el fin de garantizar la primacía del derecho sustancial y optimizar la tutela judicial efectiva."[158]

Estas consideraciones cobran relevancia a la hora de realizar el control judicial de actos administrativos sancionatorios, pues al ser una manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, el juez administrativo debe verificar con especial recelo que se hayan respetado las garantías de la persona afectada con la sanción y que la administración no haya infringido el principio de legalidad, razón por la cual el papel del juez en el marco del control judicial más que pasivo y deferente con la administración, debe ser activo e inmiscuirse en la valoración de las pruebas que se llevaron a cabo en el proceso administrativo sancionatorio y en la verificación del cumplimiento de los principios y garantías que deben regir esa clase de actuaciones, tales como los principios de legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, culpabilidad, igualdad, derecho de defensa, etc. Al respecto el Consejo de Estado ha señalado:

> "En ejercicio del juicio integral, tal y como acontece en el presente caso, el juez de lo contencioso administrativo puede estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la imposición de la sanción disciplinaria.
>
> "Así las cosas, en esta sentencia de unificación se precisa el alcance del control judicial integral que tiene el juez de lo contencioso administrativo, cuando se trate de actos sancionatorios disciplinarios, de todo aquello que tenga vinculación con las causales de nulidad invocadas y los derechos fundamentales allí involucrados.
>
> "Respecto de la valoración de las pruebas recaudadas en el disciplinario.
>
> "De las causales de nulidad que regula el artículo 137 de la L. 1437, se destacan cuatro de ellas, porque tendrían relación directa con la valoración probatoria bajo los parámetros de un juicio integral, a saber: (i) violación del derecho de audiencia y de defensa, que vincula el derecho al debido proceso regulado en el artículo 29 Constitucional que consagra el derecho a presentar pruebas, solicitarlas o controvertirlas. (ii) Infracción de las normas en que debe fundarse el acto administrativo. Cuando el acto administrativo no se ajusta a las normas superiores a las cuales debía respeto y acatamiento, resulta lógico deducir que en el evento en que la decisión disciplinaria contraríe los principios y reglas ya estudiadas que regulan la actividad de recaudo y valoración probatoria, establecidas en el artículo 29 de la Constitución y en las normas citadas de la Ley 734 de 2002, estará viciada por no sujetarse a las normas sustanciales y procesales que son imperativas para el operador disciplinario. (iii) Falsa motivación, se configura cuando las razones de hecho o de derecho que se invocan como fundamento de la decisión no corresponden a la realidad. Motivación que constituye un principio rector en el artículo 19 de la L. 734. El juicio integral permite controlar la valoración de la prueba porque sólo a partir de su objetiva y razonable ponderación, se puede colegir si el acto disciplinario se encuentra debidamente motivado.

[158] Ibid.

.

"Respecto de los principios rectores de la ley disciplinaria.

"Este control judicial integral, permite que el juez de lo contencioso administrativo pueda y deba examinar en la actuación sancionatoria el estricto cumplimiento de todos los principios rectores de la ley disciplinaria, esto es, la legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, presunción de inocencia, celeridad, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, función de la sanción disciplinaria, derecho a la defensa, proporcionalidad, motivación, interpretación de la ley disciplinaria, aplicación de principios e integración normativa con los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia.

[…]

"En el mismo sentido, el juez administrativo está facultado para hacer el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la ilicitud sustancial, de tal suerte que si el caso lo exige, se valoren los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado."[159]

Nótese que en la jurisprudencia que impera en la actualidad el Consejo de Estado es tajante al referirse a la posibilidad de estudiar la legalidad, pertinencia y conducencia de las pruebas que soportan la sanción administrativa en el marco del control judicial de sus actos administrativos sancionatorios, lo cual se convierte en obligatorio cuando dicho análisis es impuesto en virtud de las causales de nulidad invocadas por el demandante o por la conexión de esas circunstancias con una posible vulneración de los derechos y garantías fundamentales del demandante.

Finalmente, se insiste que todas las consideraciones jurisprudenciales estudiadas anteriormente, si bien abordan asuntos atinentes al control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos en el marco de procesos disciplinarios llevados a cabo por la Procuraduría General de la Nación, son plenamente aplicables al control judicial de cualquier acto administrativo sancionatorio proferido por cualquier órgano de la administración, tal como lo reconoce esa misma jurisprudencia al señalar:

"Control integral de los actos administrativos que imponen sanciones disciplinarias. La ley no establece limitación para que el juez decrete, practique y valore pruebas para el esclarecimiento de la verdad, como en cualquier otro proceso contencioso. (Artículo 213, CPACA)."[160]

Posición que ha sido reiterada en otras sentencias del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

---

[159] Ibid.

[160] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 21 de septiembre de 2017, radicado no. 68001-23-33-000-2013-00667-01(3114-14), Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

"(…) el **control de legalidad de actos de carácter sancionatorio** como los proferidos en el marco de una actuación disciplinaria, conlleva, entre otras cosas, el estudio encaminado a verificar que dentro del trámite correspondiente se hubieran observado las garantías constitucionales que le asisten al sujeto disciplinado y, en general, **comporta un control judicial integral.**"[161]

Las cuales hacen referencia al control judicial de actos administrativos correspondientes al género sancionatorio:

"(…) el control ejercido por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo sobre los actos administrativos de naturaleza disciplinaria es de carácter integral, el cual comporta una revisión legal y constitucional, sin que alguna limitante restrinja la competencia del juez, entre otras razones, porque la presunción de legalidad del acto sancionatorio es similar a la de cualquier acto administrativo (…)"[162]

3.2.Presunción de legalidad de los actos administrativos

Como quiera que en el marco del control judicial de los actos administrativos es relevante desvirtuar dicha presunción para efectos de obtener su nulidad y que en la mayoría de las sentencias que resuelven dichas demandas en contra de las pretensiones del impugnante es frecuente advertir que una de las conclusiones a las que arriba el juez consiste en que no se ha logrado desvirtuar la presunción de legalidad, es pertinente hacer referencia al significado de esa presunción y a su incidencia en el ejercicio del control judicial que lleva a cabo el juez contencioso administrativo.

3.2.1. Definición y alcance

En nuestro ordenamiento jurídico, la presunción de legalidad está consagrada en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual señala que "Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar".

En consecuencia, todos los actos administrativos que profiere la administración gozan de la presunción de legalidad, en virtud de la cual se considera que fueron proferidos de conformidad con el ordenamiento jurídico, esto es, que han cumplido con la legalidad prestablecida en la expedición del acto (Santofimio, 1994). En palabras de Dromi, la presunción de legalidad es "la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que

[161] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 26 de octubre de 2017, radicado no. 11001-03-25-000-2011-00157-00(0569-11), Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

[162] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 31 de octubre de 2018, radicado no. 25000-23-42-000-2015-00753-01(3786-16), Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cueter.

se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción" (Dromi, 1987). Desde un punto de vista práctico, la presunción de legalidad significa que "los actos tienen imperio mientras la autoridad judicial no los declare contrarios a derecho"[163].

Lo anterior no podría ser de otra manera en virtud de la sujeción coercitiva de la actividad de la administración al ordenamiento jurídico (principio de legalidad - artículo 6 de la Constitución). No tendría ningún sentido y sería inviable el ejercicio de la función administrativa si no se partiera de la base que de la misma es realizada de acuerdo con lo establecido en la ley[164].

Es por esta razón que quien pretenda desvirtuar la legalidad de un acto administrativo tiene el deber de alegar que el mismo inobservó el ordenamiento jurídico, exigencia esta que se desprende también de lo señalado en el numeral 4 del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual "Cuando se trate de impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación". Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

> "La necesidad de hacer prevalecer los intereses públicos o sociales sobre los intereses particulares y de responder en forma inmediata a la satisfacción de las necesidades urgentes de la comunidad, determina que los actos administrativos, una vez expedidos conforme a las formalidades jurídicas y puestos en conocimiento de los administrados, se presuman legales y tengan fuerza ejecutiva y ejecutoria, es decir, sean obligatorios para sus destinatarios y pueden ser realizados materialmente aun contra la voluntad de éstos.
> "Los anteriores caracteres que se predican del acto administrativo tienen su fundamento constitucional en el régimen de derecho administrativo que institucionaliza nuestra Constitución, con fundamento en los arts. 1, 2, 3, 4, 6, 83, 84, 90, 91, 92, 113, 115, 121, 122, 123-2, 124, 150-2-4-5-7-8-9-19-21-22-23-25, 189, 209, 210, 211, 236, 237 y 238, entre otros."[165]

En línea con lo anterior, en virtud del principio de legalidad las actuaciones de la administración gozan de tres presunciones a saber: legalidad, certeza y responsabilidad de la administración (Betancur, 2015), las cuales condicionan la actividad procesal que debe agotar quien pretenda obtener el control judicial de un acto administrativo:

---

[163] VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, 10ma ed, Bogotá, Temis, 1994, Página 138.

[164] Al respecto, Alberto Yepes señala que la presunción de legalidad "Corresponde al atributo del acto administrativo que se basa en el principio de legalidad, es decir, a la máxima según la cual toda actuación de la administración, sin excepción, esta sometida a la ley, entendida esta como todo el ordenamiento jurídico, razón por la cual precisamente, se presume que estas actuaciones son legales" YEPES, Alberto. "Existencia, validez y eficacia del acto administrativo.", en Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I. La Administración y su actividad. Bogotá, Universidad del Rosario e Ibáñez, 2016, Página 259.

[165] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-197 de 199.

"En este último sentido, se entiende porqué frente a las mencionadas presunciones se le impone a quien esté en desacuerdo y desee operar los mecanismos o medios de control, conductas procesales de alcances diferentes. Mientras a quien pretende desvirtuar la presunción de legal que se predica de una decisión, se le impone una carga procesal de simple alegación que no requiere prueba (la ley, en principio, no forma parte del *tema probandum);* a quien quiere desvirtuar la presunción de certeza se le impone la carga, esta sí probatoria, de demostrar que los supuestos tenidos en cuenta por la administración, ordinariamente contenidos en la motivación, no corresponden a la realidad. Como también se le impone a quien quiere obtener un resarcimiento de perjuicios de la administración por sus contratos, actos, hechos, omisiones u operaciones administrativas, la carga de probar los supuestos de hecho que ponen de presente la ocurrencia de un daño antijurídico imputable a la misma. "[166]

3.2.2. Relación con el control judicial

Frente al significado de la presunción de legalidad de los actos administrativos en relación con la labor que debe realizar el juez contencioso administrativo en Colombia, se considera que lo único que ocasiona es que quien impugne la legalidad del acto administrativo tendrá la carga de manifestar las normas que dicha actuación vulneró y el concepto de su vulneración y que en caso de no lograr demostrar dichas acusaciones el acto continúe produciendo efectos jurídicos.

No obstante, una vez el demandante cumple con la carga de alegar las normas que estima violadas y el concepto de la violación, la presunción de legalidad no debe tener injerencia alguna en la labor del juez contencioso administrativo, quien deberá realizar el análisis crítico de los argumentos presentados por el demandante y por la autoridad demandada para arribar al fallo respectivo. En otras palabras, la presunción de legalidad no debe fortalecer los argumentos de la administración para efectos de defender la legalidad del acto y, por lo mismo, tampoco debe debilitar los argumentos del demandante que reclama su ilegalidad, la prosperidad de unos y otros debe depender exclusivamente de la valoración que el juez haga del caso concreto sin que en dicha valoración interfiera la presunción de legalidad.

No puede olvidarse que la presunción de legalidad es precisamente eso, una presunción que admite prueba en contrario, razón por la cual ella misma no tiene ni puede tener la virtualidad de enervar los cargos de ilegalidad en contra del respectivo acto administrativo, pues ello sería tanto como romper la igualdad existente en relación con las partes del proceso judicial, otorgándole a la administración una ventaja inadmisible en virtud de una característica del acto demandado. "Las mismas presunciones de legalidad y veracidad o certeza, que amparan a todo acto administrativo y a la actividad en general de la administración, no alcanzan a romper esa igualdad entre las partes" (Betancur, 2015).

Como corolario de lo anterior, el juez administrativo está en la obligación de argumentar por qué los argumentos del demandante no lograron desvirtuar la presunción de legalidad del

[166] BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 8va ed. Medellín, Señal Editorial, 2015 Página 35.

acto impugnado pues una manifestación en ese sentido sin la correspondiente motivación consistiría un fallo de bulto en el control judicial que haría nugatoria la garantía que tienen los ciudadanos de exigir la sujeción de la administración al imperio de la ley.

Aunque en la actualidad estas consideraciones pudieran parecer obvias, se considera que son pertinentes toda vez que existe jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la que en su momento la presunción de legalidad se convirtió en un argumento que le restaba valor a los reproches de ilegalidad que los administrados realizaban en contra actos administrativos en el marco del control judicial. Ejemplo de lo anterior es la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2010 por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que se puede leer lo siguiente:

> "Puestas las cosas de este modo, si de modo general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el que el afectado puede participar de modo activo y determinante en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria ejercida a la luz del Código de la materia, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso. Por ello, cuando el asunto se traslada, el control judicial en la sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario, dotado como el que más, de la presunción de legalidad y acierto, desde luego sin perjuicio de la evaluación que se haga en cada caso concreto."[167]

Nótese cómo la postura de la sentencia en comento parte de la infalibilidad de la administración cuando ejerce su potestad sancionatoria en el marco de procedimientos administrativos reglados, como si por ese solo hecho los administrados estuvieran a salvo de las posibles interpretaciones arbitrarias e ilegales que pudieren tener lugar para efectos de la expedición de esos actos administrativos sancionatorios.

De acogerse esta postura jurisprudencial, la presunción de legalidad de los actos administrativos sancionatorios que fueran expedidos en virtud de un procedimiento donde el administrado hubiese sido escuchado (que hoy en día son la mayoría), se convertiría más que en una presunción en un argumento que por sí mismo enervaría los reproches de ilegalidad que frente a dicha actuación se hicieran en sede judicial y, en últimas, dejaría a los administrados a merced de la arbitrariedad de la administración en relación con las sanciones que esta quisiera imponer, eliminando de un tajo el derecho que le asiste a los particulares de exigir que las autoridades se apeguen en sus actuaciones al ordenamiento jurídico y, de paso, anulando la razón de ser del juez de lo contencioso administrativo.

[167] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección b, del 2 de septiembre de 2010, Radicado No. 44001-23-31-000-2003-00377-01(0083-10), Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

A lo anterior debe agregarse que al momento en el cual fue expedida la sentencia en comento e interpuesta la demanda que le dio origen, no existía norma alguna en el ordenamiento que le diera tal alcance a la presunción de legalidad, alcance que, se reitera, es en nuestro parecer a todas luces inconstitucional.

Finalmente, si bien la sentencia en comento finaliza su disertación advirtiendo que la misma se realiza "sin perjuicio de la evaluación que se haga en cada caso concreto", lo cierto es que abrió un escenario muy reprochable en virtud del cual limitó el control judicial de las actuaciones de la administración en materia sancionatoria disciplinaria, a tal punto que ese mismo razonamiento fue replicado en varias providencias posteriores[168].

3.3.Deferencia especial en el caso colombiano

3.3.1. Antecedentes

Hasta este punto ha quedado claro que el control judicial en el caso colombiano no contempla ninguna especie de deferencia a favor de la administración al momento de ejercer el control judicial de los actos administrativos. No existe ningún fundamento legal que así lo permita y actualmente tampoco existe jurisprudencia que avale ese proceder. Del mismo modo, tampoco se encuentran antecedentes jurisprudenciales que, en materia del control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre prácticas restrictivas de la competencia, hayan optado explícitamente por negar las pretensiones de una demanda de nulidad por considerar que el control judicial debía morigerarse en atención a la especialidad técnica de la referida autoridad administrativa.

No obstante, en relación con el control judicial de los actos administrativos sancionatorios en materia disciplinaria, sí existió en Colombia una práctica reiterada del juez contencioso administrativo consistente en limitar el control judicial de los actos administrativos en virtud de una especie de deferencia a favor de la autoridad que imponía la sanción disciplinaria. Aunque a dicha práctica se le puso fin por vía jurisprudencial hace apenas tres años, es pertinente analizar la forma en la que operó e identificar las razones que en su momento tuvo el juez contencioso administrativo para proceder de esa manera.

Respecto a las sanciones disciplinarias impuestas por la administración, la Ley 167 de 1941, que en su momento regulaba la organización de la justicia contencioso administrativa, en su artículo 73 excluyó del control judicial "Las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos, excepto las que impliquen suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes". Posteriormente, el artículo 82 del Decreto 01 de 1984, señaló que "Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional." Betancur explicó esta situación en la segunda

[168] Vgr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección b, del 11 de julio de 2013, Radicado No. 52001-23-31-000-2004-00188-02(1982-09), Consejo Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

edición de su obra de Derecho Procesal Administrativo publicada en 1986 al referirse a los actos excluidos del control judicial de la jurisdicción contencioso administrativa:

> "Son actos, en principio, dictados en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración. Mediante ellos impone ciertas sanciones a sus servidores, en el grado y oportunidad que ella estime adecuados.
> […]
> "En este campo, el código vigente introduce una reforma radical, ya que del principio general sentado del ord. 3 del art. 73 de la ley 167, en el sentido de que las correcciones disciplinarias impuestas a los funcionarios públicos no eran acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa, salvo las excepciones allí previstas, se pasó a la regla contraria, según la cual sólo quedan por fuera de ese control las sanciones impuestas por el Tribunal Disciplinario (art. 85 if.)."[169]

No obstante, esta tendencia del legislador a excluir los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario del control judicial desapareció con la reforma al Código Contencioso Administrativo, llevada a cabo por el Decreto 2304 de 1989. En efecto, el artículo 12[170] de dicho decretó modificó el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo relativo al objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no excluyó ningún tipo de actuación administrativa sancionatoria de carácter disciplinario del control judicial de dicha jurisdicción.

Finalmente, esta postura se ratificó en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues en sus artículos 104 y 105 no se excluye de control judicial ningún tipo de acto sancionatorio disciplinario, razón por la cual se concluye que a la fecha e incluso desde el 7 de octubre de 1989 los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario son objeto de control judicial.

3.3.2. Deferencia especial – período de la intangibilidad relativa e implícita de la decisión disciplinaria administrativa

---

[169] BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, 2da ed. Medellín, Señal Editorial, 1986 Página 45

[170] "ARTÍCULO 12. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

"Artículo 82. OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas.

"Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley.

"Esta Jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos; o de gobierno.

"La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la Ley".

En célebre sentencia de unificación dictada el 9 de agosto de 2016, la Sala Plena del Consejo de Estado realizó un recuento histórico en virtud del cual documentó las diferentes formas que había adoptado el control judicial de los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario encuadrándolas en varias épocas. Si bien del estudio de las sentencias se pueden identificar las tres tendencias a las que se hará referencia y unos períodos de tiempo en la cuales las mismas se aplicaron, es pertinente mencionar que ello no fue completamente uniforme y que en el período donde se aplicaba mayoritariamente una de las tres posiciones también existieron fallos que aplicaban las otras dos. De allí la necesidad de proferir la sentencia de unificación que finalmente tuvo lugar en el año 2016.

La primera forma en la que se llevó a cabo el control de los actos administrativos disciplinarios se enmarca en la que el Consejo de Estado denominó "El período de la intangibilidad relativa e implícita de la decisión disciplinaria administrativa, fundada en la justicia rogada y la deferencia especial"[171], el cual tuvo lugar en vigencia de la Ley 167 de 1941 hasta la expedición de la sentencia C-197 de1999 por parte de la Corte Constitucional y se caracterizó por (i) la tesis estricta de revisión; y (ii) la intangibilidad relativa de los actos sancionatorios.

De conformidad con la sentencia de unificación, en esta época el control judicial llevado a cabo por los jueces se encontraba limitado por el principio de justicia rogada, en virtud del cual el juez de lo contencioso administrativo debía realizar el control judicial del acto demandado únicamente a la luz de los derechos que el demandante estimara vulnerados (tesis estricta de revisión). En palabras del Consejo de Estado:

> "En dicho lapso tiene especial fuerza la "tesis estricta de restricción", según la cual, el control del juez de lo contencioso administrativo está limitado a los derechos jurídicos invocados por el demandante, cuando se trate del control de los actos administrativos, usualmente llamada "justicia rogada", la cual tuvo sus orígenes en el auto de enero de 1949, con ponencia de P.G.P. Allí se afirmó lo siguiente: "[…] porque debiendo declarar la sentencia si el acto acusado viola o no tales disposiciones, no podría ella fundarse en consideraciones de textos que no sean atinentes […] ni en ninguna forma que no haya sido expresa y precisamente citada en la demanda, por no ser oficiosa sino rogada a la justicia que se imparte por esta jurisdicción […]"[172]

Por su parte, otra de las características del control judicial de los actos administrativos en esta época era la de la intangibilidad relativa de los mismos, concepto en virtud del cual, al momento de realizar el control judicial, el juez de lo contencioso administrativo otorgaba una deferencia a favor de la interpretación normativa y de la valoración probatoria realizada por la autoridad que profería los actos administrativos disciplinarios, toda vez que consideraba que el titular de la acción disciplinaria tenía "cierto grado de autonomía valorativa de los hechos y de las normas disciplinarias, en el ámbito de la función pública que es propia".

---

[171] CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto del 2016, Radicado No. 11001-03-25-000-2011-00316-00, Consejo Ponente: William Hernández Gómez.

[172] Ibid.

No obstante, reconoce el Consejo de Estado que la teoría de la intangibilidad relativa del acto administrativo sancionatorio de carácter disciplinario no fue esgrimida en los respectivos fallos de la justicia contencioso administrativa de manera explícita, toda vez que (i) la auto restricción del juez al momento de realizar el control judicial del acto administrativo sancionatorio se camuflaba en el concepto de justicia rogada, y (ii) la deferencia tenía lugar de manera implícita en relación con las sanciones disciplinarias provenientes de la Procuraduría General de la Nación. Es tal vez por esta razón que no existe en nuestro país un estudio en el que se aborde el concepto de deferencia judicial en el control judicial de los actos de la administración.

Explica el Consejo de Estado que la tesis de la deferencia a favor de la interpretación de la administración tiene su origen en la sentencia de Chevron vs Natural Resources Defense Council publicada el 25 de junio de 1985 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos a la que se hizo amplia referencia en el capítulo anterior:

> "La doctrina de la "deferencia" del juez administrativo, respecto de las interpretaciones hechas por la administración, tiene como paradigma en Estados Unidos la sentencia del caso Chevron vs. Natural Resources Council, del año 1984, que decidió un asunto de contaminación industrial del medio ambiente, en el que el Tribunal Supremo consideró que "[…] Un Tribunal no puede sustituir con su propia interpretación de un precepto legal la interpretación hecha por el Administrador de una Agencia […]". En ese caso, prevaleció la interpretación que por vía administrativa hizo la Environmental Protection Agency.
>
> "Los partidarios de la "deferencia" hacia la administración, justifican su tesis en las siguientes razones: 1) El parapeto técnico administrativo, entendido como aquel nivel de experticia con el cual cuenta la administración, según ellos, notoriamente deficiente en los jueces. 2) La vieja tradición de *hands-off* , esto es, de manos fuera de los asuntos del ejecutivo, o de no interferencia en su funcionamiento. 3) La presión de la congestión judicial que impide una labor eficiente de los jueces. 4) La voluntad del legislador es delegar cuestiones altamente técnicas en el ejecutivo y por tanto, respecto de ellos no puede darse un control integral por parte de los jueces."[173]

Como ejemplos de la aplicación de la deferencia judicial a favor de la administración, existen las siguientes sentencias del Consejo de Estado cuyas consideraciones que evidencian dicho proceder serán transcritas en su totalidad debido a lo ilustrativas que resultan para la presente investigación:

- Sentencia del 2 de septiembre de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado:

  > "Según el diseño Constitucional, la potestad correccional y disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, a quien se reconoce un poder preferente, lo que no excluye que algunas entidades puedan ejercer directamente esa misma potestad disciplinaria, pero en ambos casos sometida

[173] Ibid.

al control judicial que ejerce la Jurisdicción Contencioso Administrativa. **No obstante el control judicial de la potestad disciplinaria no se ejerce de cualquier modo, sino que conoce limitaciones y restricciones que lo alejen de convertirse en una tercera instancia**. Al respecto, la Sala se permite evocar lo dicho en el fallo de 3 de septiembre de 20092 en la cual se dejó sentado:

"De esta manera **la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias**. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia, como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso.

"Bajo esta perspectiva, **el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate**, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

"Decantado que **el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación**, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción.

"Corresponde entonces a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, entre otras cosas, verificar que la prueba recaudada en el trámite disciplinario, se haya ajustado a las garantías constitucionales y legales, es decir, la acción de nulidad resulta ser un momento propicio para la exclusión de la prueba producida con violación al debido proceso, o sea, para aquella en cuya práctica se han trasgredido los principios básicos rectores de esa actividad fundamental para el ejercicio del derecho de defensa.

"Entonces, en línea de principio puede predicarse que **el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba**, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas hace el órgano disciplinario

resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad.

"Por lo mismo, **el control judicial del poder correccional que ejerce la Procuraduría General de la Nación, no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U**.".

"Todo lo anterior implica que en la sede Contenciosa Administrativa el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea, es decir, cuando el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular si la producción y la valoración de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley.

"A pesar de lo dicho, **no cualquier defecto procesal está llamado a quebrar la presunción de acierto que blinda los actos de la Administración**, cuando ella se expresa en el ejercicio de la competencia correccional y disciplinaria, pues en esta como en ninguna otra, está presente de modo activo la parte supuestamente agraviada que es sujeto esencial en el juicio correccional. Se refiere el Consejo de Estado a que la competencia disciplinaria derivada de la Constitución y la Ley, se ejerce de manera minuciosamente reglada dentro del procedimiento fijado para el juicio disciplinario. Como puede verse, es propio de esta actividad específica de la administración, que ella sea cumplida con estricta sujeción al Código Disciplinario Único que se ocupa en detalle y minuciosamente de regular la protección de las garantías constitucionales básicas, es decir un código que ampara el derecho de defensa, la publicidad, la contradicción de la prueba, el derecho a presentar alegaciones, así como la posibilidad de una doble instancia y en general que el acto final en que se impone un castigo, no sea simplemente el fruto de la actividad genérica de la Administración, sino el resultado de la participación del propio afectado, a quien dicho Código Disciplinario Único entrega las herramientas necesarias para contener los desvíos en que pudiera incurrir la Autoridad en el ejercicio de esa competencia sancionatoria. Puestas las cosas de este modo, **si de modo general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el que el afectado puede participar de modo activo y determinante en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase represiva**. Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria ejercida a la luz del Código de la materia, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso. **Por ello, cuando el asunto se traslada, el control judicial en la sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede**

erosionar el fallo disciplinario, dotado como el que más, de la presunción de legalidad y acierto, desde luego sin perjuicio de la evaluación que se haga en cada caso concreto."[174] (Se resalta y se subraya)

- Sentencia del 11 de julio de 2013, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

"Del anterior precedente jurisprudencial, la Sala destaca las siguientes subreglas que deben orientar el ejercicio del control de legalidad de los actos administrativos disciplinarios:

"-No hay restricciones a la facultad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para enjuiciar los actos de naturaleza disciplinaria.

"-La actividad administrativa disciplinaria comprende una función especializada, regida por normas y procedimientos propios, en la que los principios que informan el derecho al debido proceso y a la defensa cobran significativa importancia, por esta misma razón, **el acto administrativo disciplinario tiene una connotación especial**.

"-El funcionario titular de la acción disciplinaria, dada la autonomía e independencia del ejercicio de la autoridad que ejerce, puede hacer uso de las reglas de interpretación de las normas jurídicas, actuando dentro de unos límites impuestos por la Constitución y la Ley, dentro del mismo criterio de autonomía funcional que el mismo legislador le autoriza.

"-La Presunción de Legalidad que se predica de todo acto administrativo, adquiere particular relevancia frente al acto sancionatorio disciplinario, pues éste ha sido el resultado de un procedimiento disciplinario, con etapas, partes, formulación de cargos, descargos, etapa probatoria, fallo, etc.

"-**El control judicial contencioso administrativo del acto administrativo disciplinario no puede constituir una instancia más dentro de la actuación**.

"-**La interpretación y aplicación de la ley, son un ejercicio de la autonomía funcionalmente conferida al servidor que tiene el poder disciplinario.**

"-El control de legalidad del acto no autoriza per se, la imposición de un criterio de interpretación y valoración diferente, ello sólo es posible en los casos en los que la decisión desborde los límites que imponen la Constitución y la ley.

[174] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección b, del 2 de septiembre de 2010, radicado no. 44001-23-31-000-2003-00377-01(0083-10), Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila

"-El examen de legalidad del acto no es un juicio de corrección sino de validez. Por la especificidad de la actuación administrativa disciplinaria, la carga argumentativa y probatoria para quien alega la ilegalidad del acto administrativo sancionatorio es mayor.

"-**Es inviable extender a esta jurisdicción el debate probatorio de la instancia disciplinaria**.

"-Resulta imposible anular el acto administrativo disciplinario frente a mínimos defectos del trámite procesal.

"-La omisión en el cumplimiento de las normas que garantizan el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción y que afecte la validez y legalidad de la providencia sancionatoria, conlleva la declaratoria de su nulidad."[175]

Estos dos extractos jurisprudenciales revelan con claridad la forma en la que operaba en su momento la comentada deferencia especial. En efecto, en ambas sentencias no se reconoce de manera explícita la deferencia, la misma se camufla en una serie de argumentos que en la práctica concluyen que en el marco del control judicial de los actos administrativos sancionatorios se debe respetar la interpretación de las normas y de las pruebas realizadas por el titular de la potestad disciplinaria, limitando así la función de control judicial del juez contencioso administrativo.

Los argumentos que sirven de ropaje a la deferencia son evidentes: (i) la imposibilidad de convertir el proceso judicial en una nueva instancia de revisión de la valoración normativa y probatoria; (ii) el reconocimiento del titular de la potestad disciplinaria como el llamado a ejercerla y la imposibilidad del juez de sustituirlo en su labor mediante una nueva interpretación de las normas y de las pruebas; y (iii) la presunción de legalidad reforzada de los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario limita y restringe la eficacia de los argumentos de la demanda que buscan su nulidad.

3.3.3. Deferencia especial - período de la intangibilidad relativa explícita de la decisión disciplinaria administrativa

La segunda forma en la que se llevó a cabo el control judicial de los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario se identifica a partir de la promulgación de la Constitución de 1991 y se consolida con la expedición de la sentencia C-197 de 1999. El hito que marca esta época fue el desmonte de la característica de justicia eminentemente rogada que tenía el control judicial dando paso a un papel mucho más activo del juez contencioso administrativo en esa función.

[175] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección b, del 11 de julio de 2013, radicado no. 52001-23-31-000-2004-00188-02(1982-09), Consejo Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

Lo anterior ocurrió con ocasión del estudio de constitucionalidad del numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo[176], el cual establecía el requisito exigido a los demandantes según el cual debían indicar en la demanda las normas que consideraran vulneradas y el concepto de la violación. Si bien dicha disposición no fue retirada del ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional declaró su constitucionalidad condicionada a que (i) la misma no se interprete de manera extrema y señaló que en caso de que el juez administrativo evidenciara "la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata" debe proceder a su protección inmediata con independencia de si el demandante lo alegó como vulnerado en su demanda, y (ii) el juez administrativo debe aplicar el mandato constitucional consagrado en el artículo 4º, en virtud del cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Lo anterior ocasionó que, en el control judicial de los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario, el juez de lo contencioso administrativo abandonara paulatinamente el argumento de la justicia rogada que, tal como lo reconoció el propio Consejo de Estado, le había servido de soporte para camuflar la deferencia a favor de la administración. En consecuencia, los fallos proferidos en esta época por el Consejo de Estado fueron más explícitos a la hora de reconocer la intangibilidad relativa de los actos administrativos sancionatorios o deferencia especial, toda vez que sostuvieron que como la actuación disciplinaria era función de un órgano particular del Estado que debía ser ejercida en el marco de un procedimiento reglado, el control judicial de dicha actuación no podía convertirse en una tercera instancia de la misma, estableciéndose así una deferencia a favor de la manera en cómo la autoridad administrativa hubiese llevado a cabo la actuación.

Por su parte, el fundamento para la aplicación de la deferencia especial frente a los actos administrativos de carácter sancionatorio se resumió por parte del Consejo de Estado así:

> "En resumen, esta tesis explícita de "deferencia especial" o de "intangibilidad relativa" de las decisiones adoptadas por los titulares de la acción disciplinaria, se justificó en las siguientes razones: (i) El procedimiento disciplinario tiene una especie de "juez natural". (ii) La presunción de legalidad del acto administrativo sancionador tiene especial relevancia o consideración. (iii) La existencia de un procedimiento disciplinario extensamente regulado por la ley restringe el control judicial. (iv) Reconoce autonomía e independencia en la interpretación normativa y la valoración probatoria, sólo controlable judicialmente si desborda los límites que impone la Constitución y la ley. (v) Las diferencias interpretativas entre el titular de la acción disciplinaria y el juez de lo contencioso administrativo, no constituyen por sí mismas

[176] "ARTÍCULO 137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

[…]

"4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación."

razones para invalidar la decisión administrativa sancionatoria. Debe prevalecer la presunción de legalidad. (vi) Los mínimos defectos de trámite procesal no necesariamente conducen a la nulidad del acto sancionador."[177]

A continuación, se transcriben los apartes relevantes de tres sentencias que resultan ilustrativos para evidenciar como opero la forma de control judicial de los actos administrativos sancionatorios a la que se ha hecho referencia:

- Sentencia del 30 de marzo de 2011, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado que confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de nulidad del acto administrativo, básicamente por tres razones: (i) "la Sala advierte que lo que pretende el demandante es que se reabra el debate probatorio surtido en sede administrativa, lo cual no resulta posible porque, como ya se vio, esta Sala no constituye una tercera instancia en los procesos disciplinarios." [178]; (ii) "Tampoco se acreditó que durante el decreto o la práctica de las pruebas dentro de la actuación disciplinaria, se le haya desconocido el derecho al debido proceso del demandante, estando radicada en cabeza de él la carga de la prueba"[179]; y (iii) "Sin embargo, del contenido del acto complejo demandado, se desprende que dentro de la actuación administrativa se respetaron las garantías procesales del actor y en criterio de esta Sala, la valoración de las pruebas en los términos de dicho acto, resulta coherente, justa y razonada"[180]. Los fundamentos relevantes del fallo en comento son los siguientes:

  "No obstante, dicho control no se ejerce de cualquier modo, sino que **está sujeto a limitaciones y restricciones que lo alejan de convertirse en una tercera instancia.** Al respecto, resulta pertinente reiterar lo que expresó la Sala en el fallo de 3 de septiembre de 2009 en la cual consideró:

  "De esta manera la posibilidad de demandar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa las providencias que culminan el proceso disciplinario, **no implica trasladar, de cualquier manera, a la sede contenciosa administrativa el mismo debate agotado ante las autoridades disciplinarias**. Dicho de otra manera, el juicio que se abre con la acción de nulidad, no es una simple extensión del proceso disciplinario, sino que debe ser algo funcionalmente distinto, **si es que el legislador consagró el debido proceso disciplinario como el lugar en que debe hacerse la crítica probatoria y el debate sobre la interrelación de la normatividad aplicable como soporte de la sanción, además del principio de la doble instancia,**

[177] CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto del 2016, Radicado No. 11001-03-25-000-2011-00316-00, Consejo Ponente: William Hernández Gómez.

[178] CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 30 de marzo de 2011. Radicado No. 05001-23-31-000-1998-02823-01(2060-10). Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

[179] Ibid.

[180] Ibid.

como una de las garantías más importantes para ser ejercidas en el interior del proceso.

"Bajo esta perspectiva, **el control de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, implica una especial cualificación y depuración del debate**, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.

"Decantado que el juzgamiento de los actos de la administración, no puede sustituir de cualquier manera el poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, es menester añadir que ello tampoco implica la intangibilidad de los actos de juzgamiento disciplinario, pues ellos están sometidos a la jurisdicción.

(…)

"Entonces, en línea de principio **puede predicarse que el control que a la jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa pruebas hace el órgano disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad**. Por lo mismo, el control judicial del poder correccional (…) no puede ser el reclamo para que se haga una nueva lectura de la prueba que pretenda hacer más aguda y de mayor alcance, pues esa tarea corresponde a las instancias previstas en el C.D.U." (Negrillas de la Sala).

"Todo lo anterior implica que **en la sede Contenciosa Administrativa, el debate discurre en torno a la protección de las garantías básicas, cuando quiera que el proceso disciplinario mismo ha fracasado en esa tarea,** es decir, cuando el trámite impreso a la actividad correccional resulta intolerable frente a los valores constitucionales más preciados, como el debido proceso, el derecho de defensa, la competencia del funcionario y de modo singular, si el Decreto y la práctica de las pruebas se hizo atendiendo estrictamente las reglas señaladas en la Constitución y en la ley.

[…]

"En ese sentido, si de manera general los actos de la administración están dotados de la presunción de legalidad, esa presunción asume un carácter más valioso en el juicio disciplinario, en el cual el afectado participa de modo activo en la construcción de la decisión, mediante el ejercicio directo del control de la actividad de la administración, cuando ella se expresa en su fase

represiva. **Dicho en breve, es propio de la actividad disciplinaria, que el control de las garantías sea la preocupación central del proceso correccional.** Por ello, cuando el asunto se traslada, y emerge el momento de control judicial en sede Contencioso Administrativa, no cualquier alegato puede plantearse, ni cualquier defecto menor puede erosionar el fallo disciplinario."[181]

- Sentencia del 9 de febrero de 2012, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado que negó las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho del demandante por las siguientes razones: (i) "la Sala advierte que lo pretendido es que, se reabra el debate probatorio surtido en sede administrativa, lo cual no resulta posible porque, como se indicó, esta Jurisdicción no constituye una tercera instancia en los procesos disciplinarios"[182], (ii) "De conformidad con el acervo probatorio obrante en el proceso se pudo constatar que la Procuraduría General de la Nación le brindó todas las garantías procesales, toda vez que, pudo controvertir los hechos que se imputaron, ejerció el derecho de defensa y contradicción, pues solicitó pruebas, presentó alegatos de conclusión e interpuso el recurso de apelación y estuvo debidamente representado por apoderado dentro del trámite del proceso disciplinario"[183]; y (iii) "la Administración cumplió con el deber de motivar los actos acusados, con la observancia del debido proceso y el respeto a las garantías constitucionales"[184]. Los fundamentos más relevantes de esas consideraciones fueron los siguientes:

  "Bajo esta perspectiva, **el control de legalidad y constitucionalidad** de los actos de la administración, que la Constitución ha confiado a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, **implica una especial cualificación y depuración del debate, pues dicho control no puede convertirse en un nuevo examen de la prueba como si de una tercera instancia se tratara.**

  […]

  "Entonces, en línea de principio puede predicarse que **el control que a la Jurisdicción corresponde sobre los actos de la administración, cuando ésta se expresa en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe mantenerse al margen de erigirse en un nuevo momento para valorar la prueba**, salvo que en su decreto y práctica se hubiere violado flagrantemente el debido proceso, o que la apreciación que de esa prueba haya hecho el órgano

[181] Ibid.

[182] CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de febrero de 2012, Radicación: 11001-03-25-000-2009-00140-00(2038-09) Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

[183] Ibid.

[184] Ibid.

disciplinario resulte ser totalmente contra evidente, es decir, reñida con el sentido común y alejada de toda razonabilidad."[185] (se subraya y se resalta)

- Sentencia del 11 de diciembre de 2012, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado:

> "[…] el procedimiento disciplinario constituye un verdadero procedimiento, con reglas propias y con un funcionario competente para adelantar su trámite. Sin perder su naturaleza disciplinaria, en cuanto dicho procedimiento es enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puede decirse que este procedimiento tiene una especie de "juez natural", […] **El funcionario titular de la acción disciplinaria, dada la autonomía e independencia del ejercicio de la autoridad que ejerce, puede hacer uso de las reglas de interpretación de las normas jurídicas**, actuando dentro de unos límites impuestos por la Constitución y la ley, dentro del mismo criterio de autonomía funcional que el mismo legislador le autoriza.[…] **la especificidad del proceso disciplinario conduce a que la presunción de legalidad que se predica de todo acto administrativo, adquiera particular relevancia frente al acto sancionatorio disciplinario.** […] pero siendo el procedimiento disciplinario un verdadero procedimiento, con etapas, partes, formulación de cargos, descargos, etapa probatoria, fallo, etc., el control judicial contencioso administrativo de ese acto definitivo no puede constituir una instancia más dentro de la actuación. […] **De otro lado, la interpretación y aplicación de la ley, son un ejercicio de la autonomía funcionalmente conferida al servidor que tiene el poder disciplinario; entonces cuando éste adopta las decisiones interpretando y aplicando la ley, siguiendo su propio criterio, y con fundamento en los elementos de juicio aportados al proceso, el control de legalidad del acto no autoriza per se, la imposición de un criterio de interpretación y valoración diferente**; ello sólo es posible en los casos en los que la decisión desborde los límites que imponen la Constitución y la ley. El examen de legalidad del acto no es un juicio de corrección sino de validez […]"[186]. (Se resalta y se subraya).

Como puede apreciarse, en esta etapa se reconocía sin vacilación que los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario no escapaban al control de juez administrativo. No obstante, de manera explícita el juez de lo contencioso administrativo se impuso una restricción en el ejercicio del control judicial consistente en abstenerse de valorar la interpretación y la valoración de la prueba realizada por la administración por considerar que la misma fue realizada en el marco de un procedimiento reglado que propendía por la protección de las garantías de los investigados y que era conducido por un órgano del Estado a la que le fue asignada esa función. Y para efectos de excusarse de llevar a cabo el control

[185] Ibid.

[186] CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo contencioso -administrativo. sentencia de 11 de diciembre de 2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación. 2005-00012.

judicial respectivo se argumentaba que el proceso judicial no podía convertirse en una tercera instancia del procedimiento administrativo.

En virtud de esa restricción, el control judicial de los actos administrativos sancionatorios llevado a cabo por los jueces administrativos, básicamente, se convirtió en una especie de acción de tutela que solo procedía en caso de encontrarse una vulneración patente de las garantías fundamentales del afectado por el acto administrativo. En vigencia de la teoría de la intangibilidad relativa, su procedencia era tan restringida que puede concluirse que las causales de procedibilidad del control judicial de los actos administrativos sancionatorios se asemejan a las vías de hecho que se requieren en la actualidad para efectos de sustentar una acción de tutela en contra de una sentencia judicial. Sin embargo, la nulidad y el restablecimiento del derecho son pretensiones que se interponen en el marco de una acción judicial ordinaria consagrada por el legislador y los actos administrativos proferidos por la administración no son sentencias proferidas por un órgano independiente como el judicial, sino que son actos administrativos proferidos por la administración con todas las prerrogativas de las que goza.

No obstante, el germen de la desaparición de la deferencia especial en Colombia, por lo menos desde el plano formal, se puede encontrar en las mismas sentencias que se han transcrito. En ellas se advierte la intención del Consejo de Estado, aunque de manera contradictoria, de advertir que el control de los actos administrativos sancionatorios de carácter disciplinario es pleno. Del mismo modo, se advierte su intención contradictoria de presentar el control judicial de dichos actos como no restringido: "No se trata de que el control de legalidad de ese acto administrativo de naturaleza especial sea un control restringido"[187].

Dicha tensión generó que en la época de la intangibilidad relativa explicita, el propio Consejo de Estado profiriera fallos donde abandonaban las auto restricciones que se había impuesto en la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia líneas atrás para efectos de llevar a cabo el control judicial de los actos administrativos sancionatorios y reconocían, por ejemplo, que el juez contencioso administrativo sí podía y debía analizar la interpretación y valoración probatoria de la administración en materia disciplinaria en busca de la primacía de los derechos fundamentales reivindicando así, desde un plano sustancial, la plenitud e integralidad del control judicial. Al respecto, comentó el Consejo de Estado:

> "Ahora bien, contrariando lo indicado por la Sala Plena, la Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 26 de marzo de 2014, con ponencia de G.E.G.A., consideró que el control judicial de legalidad debía avanzar hacia un análisis sustancial, en busca de la primacía de los derechos fundamentales, en particular del debido proceso. Bajo esta óptica, sostuvo que dicho control es "pleno e integral", esto es, que se efectúa a la luz de las disposiciones de la Constitución Política como un todo y que no se encuentra limitado

[187] Ibid.

a lo argumentado en la demanda, ni por interpretaciones restrictivas de la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo."[188]

La proliferación creciente de las sentencias contradictorias en el seno del mismo Consejo de Estado terminaron por causar que la Sala Plena del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo profiriera la sentencia de unificación del 9 de agosto de 2016, en la que se optó por lo menos de manera formal, se reitera, por la tesis del control pleno e integral de todos los actos administrativos sancionatorios y, por ende, por la erradicación de la deferencia especial en el control judicial de los actos de la administración que se expuso en detalle al inicio de este capítulo.

3.4.Conclusión

Del análisis realizado en el presente capítulo se ha podido concluir que en Colombia no existe ley alguna que consagre la deferencia judicial en el control de los actos administrativos sancionatorios que debe hacer el juez contencioso administrativo. Es más, en la actualidad tampoco existe algún precedente judicial vigente que permita esa práctica, razón por la cual el pluricitado control judicial debe ser pleno, integral y sin restricción alguna.

Del mismo modo, se ha determinado que en Colombia existió la denominada "deferencia especial", en virtud de la cual el juez de lo contencioso administrativo limitó el control judicial de los actos administrativos sancionatorios con fundamento en diversos argumentos que, en últimas, le otorgaban validez y prevalencia a las interpretaciones, valoraciones y motivos que tuvo la administración al expedirlos.

También se pudo determinar que la "deferencia especial" puede presentarse de varias formas. En una época fue implícita y en otra más explícita. Todo dependerá de la manera en la que el juez de lo contencioso administrativo lleve a cabo el control judicial, pues pese a que, en la ley, la doctrina y la jurisprudencia actuales hoy no haya duda de que el mismo es pleno e integral, será la forma en la que se lleve a cabo la que determinará si el juez está siendo deferente con la administración o no.

Es en este contexto en el que cobra relevancia la presente investigación, como quiera que (i) un examen de la forma en cómo se está realizando el control judicial de los actos administrativos sancionatorios, en este caso de los proferidos por la autoridad de competencia, permitirá determinar si el control judicial en esta materia en realidad si es pleno e integral, como debe ser, o si, por el contrario, es deferente; y (ii) que en caso de encontrarse algún rezago de deferencia, permitirá discurrir y preguntarse acerca de los motivos por los cuales se presenta ese fenómeno, lo cual servirá para que se piensen alternativas para reivindicar y fortalecer el control judicial como garantía imprescindible de todos los administrados en pro de garantizar la plena aplicación del principio de legalidad.

[188] CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de agosto del 2016, Radicado No. 11001-03-25-000-2011-00316-00, Consejo Ponente: William Hernández Gómez.

4. ESTUDIO DE CASO -ANALISIS DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTARTIVOS SANCIONATORIOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Aun cuando desde el punto de vista teórico ya se ha concluido que actualmente en Colombia no existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico que permita a los jueces resolver con deferencia a favor de la administración el control judicial de los actos administrativos sancionatorios y que, incluso, la jurisprudencia vigente al respecto tiene sentado que el referido control judicial debe ser pleno, integral y sin ningún tipo de restricción, la inquietud que motivó la presente investigación permanece intacta, como quiera que, como suele suceder en diversas materias, entre la teoría y la práctica generalmente pueden presentarse grandes divergencias.

Si el control judicial de los actos administrativos sancionatorios se realizara de conformidad con lo que señala el ordenamiento jurídico y ha definido la jurisprudencia estudiada en los acápites anteriores, en las sentencias que lo realizan debería evidenciarse lo siguiente:

- El control judicial de dichos actos administrativos debe realizarse sin ninguna especie de deferencia en favor de la autoridad de competencia, lo que significa que el juez debe confrontar los fundamentos del acto administrativo sancionatorio con los argumentos expuestos por los demandantes con el fin de determinar su validez y legalidad y no simplemente evidenciar y validar los fundamentos del mismo.

- El control judicial no puede verse restringido con ocasión de la existencia de un procedimiento sancionatorio expresamente reglado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el Decreto 2153 de 1992 o en cualquier otra norma, lo que se traduce en que el juez, al hacer el control judicial, debe analizar con celoso cuidado la legalidad de la actuación sin partir de la presunción de legalidad de la misma, pues es precisamente dicha presunción la que se pone en tela de juicio en la respectiva demanda.

- El control de la interpretación normativa y la valoración probatoria hecha en sede administrativa mediante un análisis crítico. En otras palabras, cuando la demanda verse sobre ello, el juez deberá confrontar la valoración probatoria que realizó la administración sin otorgarle ningún tipo de prevalencia o presunción de legalidad y confrontarla con los argumentos esgrimidos por el demandante, en igualdad de condiciones, debiendo hacer los análisis críticos pertinentes e, incluso, utilizando sus facultades en materia probatoria para arribar a las conclusiones a que haya lugar dentro del marco jurídico.

  En general pero sobre todo en aspectos técnicos como los que se debaten en estos asuntos, lo que se espera de un control judicial pleno es que el juez justifique la interpretación y la valoración probatoria que utilizó para resolver el caso y que su

posición este sustentada en razonamientos propios a partir de la confrontación de los extremos de la litis, para los cuales pruebas de oficio como dictámenes periciales, informes y/o testimonios técnicos podrían ser de gran ayuda en eventos donde las partes tienen discrepancias en relación con asuntos técnicos de alta complejidad.

- Las irregularidades del trámite procesal sean valoradas por el juez de lo contencioso administrativo, bajo el amparo de la independencia e imparcialidad; debe recordarse que la decisión que pone fin a un procedimiento administrativo no se asimila a una decisión judicial porque aquella básicamente no se adopta de manera imparcial ni independiente, lo cual es palpable en el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio pues en el marco de su procedimiento sancionatorio quien acusa, investiga y sugiere la decisión final es subalterno de quien decide, por lo cual es innegable que la misma autoridad administrativa es "juez y parte" en el referido proceso.

  En ese orden de ideas, el control judicial de un acto acusado como ilegal en virtud de una demanda no puede partir de la idea de que la sola existencia de un procedimiento reglado para su expedición es argumento suficiente para decantarse por las posiciones de la administración

- El juez de lo contencioso administrativo no sólo es de control de la legalidad, sino también garante de los derechos; Laverde lo resume así:

  > "Dado que la actuación administrativa es una expresión del poder punitivo estatal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recomienda "extremar las precauciones" para la protección de los derechos fundamentales de las personas, por lo que el juez contencioso ya no es un mero revisor de la legalidad ("juez revisor"), sino un juez de constitucionalidad e incluso de convencionalidad ("juez protector"), lo que obliga a realizar la confrontación de la actuación administrativa sancionatoria frente a tales normas superiores, puesto que al juez le corresponde declarar cualquier "excepción que encuentre probada" (art. 187 CPACA)"[189] .

- El control judicial integral involucre todos los principios que rigen la actuación administrativa sancionatoria;

- El juez de lo contencioso administrativo sea garante de la tutela judicial efectiva.[190]

---

[189] LAVERDE ALVAREZ, Juan Manuel. La Sanción Administrativa, Perspectivas Contemporáneas, Bogotá, 2020. Legis, p. 119 y 120.

[190] Al respecto, LAVERDE señala que "el juez contencioso debe realizar un control integral sobre los actos sancionatorios de la Administración, deber que se deriva del principio de la tutela judicial efectiva y el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo previsto en el artículo 103 del Código."

No obstante, respecto al control judicial de actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de prácticas restrictivas de la competencia, la existencia de algunos fallos proferidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo[191] en los que en opinión del autor se evidencia una auto restricción del fallador a la hora de analizar la legalidad de dichos actos administrativos en beneficio de la postura plasmada en las decisiones objeto del control judicial, limitándose aquellos a reproducir los argumentos de la administración sin siquiera cuestionarlos o confrontarlos críticamente para determinar su validez, constituyen un indicio de que el control judicial puede estarse llevando a cabo no de manera plena, integral y sin restricciones, sino de forma deferente a favor de la administración o, por lo menos, de manera deficiente.

En virtud de lo anterior, en el presente capítulo se presentan los resultados del análisis cuantitativo de una muestra importante de sentencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo con ocasión de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho interpuestas por personas naturales y jurídicas en contra de actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en virtud de los cuales se interpusieron sanciones pecuniarias a los demandantes por haber infringido el régimen de protección de la competencia.

Se reitera que el objetivo del análisis de las sentencias consiste en construir una imagen del control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia, por parte de los Juzgados Administrativos, Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, que permita identificar y valorar si de conformidad con la muestra analizada se presenta un control judicial estricto de dichos actos o si, por el contrario, al realizar el control judicial los jueces son deferentes a favor de la administración.

Atendiendo a las particularidades propias del sistema judicial colombiano, lo que se espera encontrar es que el Juez Administrativo es deferente en favor de la administración a la hora de controlar los aspectos técnicos contenidos en los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de prácticas restrictivas de la competencia.

No obstante, esa deferencia judicial no corresponde a una decisión consciente del juez administrativo o a una institución jurídica que se haya abierto paso a través de la jurisprudencia, como ha ocurrido en otras latitudes, sino que es más bien fruto de la falta de pericia en el manejo de ciencias como la economía y la matemática que resultan fundamentales para abordar los casos en donde se analizan situaciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia

En efecto, lo que se espera encontrar del análisis de los casos es que la mayoría de los actos administrativos sancionatorios que son anulados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca o por el Consejo de Estado, lo son por incurrir en defectos en relación con aspectos procedimentales relativos al debido proceso, como por ejemplo la violación al

[191] Por ejemplo, el fallo proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 9 de agosto de 2018, Radicado: 25000232400020100033401

derecho de contradicción y defensa, al principio de congruencia, al principio de legalidad, de tipicidad, al acaecimiento de la caducidad, etc, los cuales, para efectos de esta investigación se han denominado asuntos "formales" o de "forma"[192].

Por el contrario, se espera que en aquellos casos en los que el juez no ha evidenciado quebrantamiento alguno al debido proceso, las pretensiones de las demandas contra los actos administrativos sancionatorios sean despachadas desfavorablemente dándosele la razón en lo que respecta a las consideraciones sustanciales a la autoridad de competencia, lo cual se denominará para efectos de este trabajo como asuntos de "fondo".

4.1.Visos de deferencia

Para efectos de evidenciar si en los fallos analizados se presentan visos de deferencia judicial, bastaría con señalar que lo que debe verificarse es la forma en la que se lleva a cabo el control judicial por parte de los jueces de la república. Si el juez no realiza el control judicial en los términos establecidos en el acápite inmediatamente anterior, es altamente probable que nos encontremos ante una sentencia con visos de deferencia judicial.

Así las cosas, para efectos de la presente investigación se adoptará una definición práctica de deferencia según la cual la misma consiste en la limitación del control judicial al cual es sometido el respectivo acto administrativo, en favor de la administración y con fundamento en cualquier razón, siempre que la misma se rebele en contra de la manera en que de conformidad con la ley y la jurisprudencia estudiadas en el presente trabajo, debe llevarse a cabo el adecuado control judicial de los actos de la administración.

Lo anterior como quiera que las razones que pueden dar lugar a la deferencia en los términos señalados pueden ser diversas e incluso dinámicas pues pueden mutar de acuerdo al contexto en el que se desempeña la administración de justicia. Motivos como el desconocimiento técnico de los jueces, la sobrecarga de trabajo, el deficiente diseño institucional, la simple omisión o los errores de interpretación de la demanda, etc., pueden ser razones que afecten el correcto control judicial de los actos de la administración.

Ahora bien, es importante señalar que la existencia de visos de deferencia judicial no está determinada por el fracaso o el éxito de las pretensiones del demandante en contra de la administración. Se reitera que en virtud del análisis cualitativo cuyos resultados se plasman en esta investigación, lo que determinará la existencia o no de los visos de deferencia judicial será la forma en la que el juez aborde la demanda y lleve a cabo el control judicial de los actos de la administración, mas no el resultado del proceso judicial en términos de la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, se considerará que en las sentencias analizadas existen visos de deferencia judicial cuando se evidencien, entre otras, las siguientes circunstancias:

- Cuando la sentencia omita resolver los cargos planteados en la demanda.

[192] Ver descripción del numeral 3.2 de la ficha jurisprudencial explicada en el acápite 4.3.2.

- Cuando la sentencia resuelva los cargos de la demanda transcribiendo las consideraciones de los actos administrativos demandados sin motivar porque dichas transcripciones desvirtúan los argumentos de la demanda. ¿Qué objeto tiene el control judicial si el argumento para adoptar una decisión es que a la misma conclusión arribó el acto de la administración que se controla?

- Cuando la sentencia resuelva el cargo de falsa motivación acudiendo a la simple transcripción de la motivación de los actos administrativos demandados sin llevar a cabo un análisis en relación con la validez y legalidad de la misma. Cuando una actuación de la administración se acusa de falsa motivación, el ejercicio mínimo que se espera del juez es que analice de manera crítica el acervo probatorio y el acto administrativo objeto de control de acuerdo con los argumentos esgrimidos por el demandante y confronte ese análisis con lo consignado en el acto administrativo, no que simplemente verifique su contenido.

- Cuando el fallo no confronta la motivación de los actos administrativos contra los cargos de la demanda y a partir de dicho ejercicio y de su propia valoración de las pruebas omite realizar su propia interpretación de la situación para arribar a una conclusión. Ese ejercicio de confrontación crítica en cabeza del juez es el núcleo fundamental del control judicial de los actos de la administración, pues solo así se puede garantizar que un poder independiente revise si otro poder con enormes facultades e incidencia en la vida de los administrados respetó el principio de legalidad y los derechos de las personas al ejercer su potestad sancionatoria.

- Cuando la sentencia auto restringe el control judicial y evita llevar a cabo un análisis de la valoración probatoria que en realizó la administración en los actos administrativos demandados.

- Cuando el fallo acude a la presunción de legalidad y a las negaciones indefinidas para negar los cargos de la demanda. En un escenario en donde la demanda tiene una postura y el acto administrativo sostiene otra contraria, la negación indefinida del juez en relación con alguna de las posturas no constituye motivación alguna. Si el juez se inclina por alguna de las posturas deberá justificar su decisión explicando las razones que lo llevaron a ello, tal como lo exige el ordenamiento jurídico.

  Es pertinente recordar que la presunción de legalidad de los actos administrativos no puede servir como argumento para desvirtuar una acusación en el marco del control judicial. La acusación debe resolverse con argumentos resultantes de análisis críticos que debe llevar a cabo el juzgador.

- Cuando ante asuntos de complejidad técnica, la sentencia se afilia a la posición esgrimida en los actos administrativos demandados sin motivar su decisión desde el punto de vista técnico y/o sin hacer uso de sus potestades en materia probatoria para llegar a la verdad, y/o sin confrontar lo contenido en los actos administrativos

demandados con los argumentos técnicos que soportan los cargos de la demanda para arribar a una conclusión motivada.

- Cuando la sentencia llega a la misma conclusión que la administración, pero no motiva las razones que tuvo para proceder de esa manera.

- Cuando los argumentos de la demanda no se confrontan con los fundamentos de los actos administrativos demandados en un plano de igualdad.

- Cuando la sentencia limita el control judicial a la verificación de la sola existencia de argumentos en los actos administrativos demandados.

Así un claro ejemplo de deferencia judicial en el que el encargado de realizar el control judicial reduce su labor a la mínima expresión se evidencia cuando la sentencia (i) se abstiene de realizar un análisis crítico de los actos demandados; le da plena credibilidad a la valoración probatoria de los mismos sin motivar las razones de ese proceder; (iii) no explica por qué los argumentos de la demanda no tienen vocación de prosperidad ni por qué la crítica a la valoración probatoria propuesta tampoco tiene asidero; e (iv) invoca la presunción de legalidad para efectos de justificar la decisión y, en últimas, eximirse de realizar el control judicial.

En la mayoría de las ocasiones, identificar los visos de deferencia judicial no resulta sencillo, pues la gran mayoría de sentencias son juiciosas en identificar los cargos de la demanda y en referirse a ellos en sus consideraciones. El asunto que debe analizarse detenidamente es la forma en que la sentencia analiza el cargo y lo resuelve. La simple referencia no quiere decir que automáticamente el control judicial se realizó adecuadamente.

Por regla general, los actos administrativos se construyen de acuerdo con la posición de la administración, la cual se manifestará en un sentido determinado y se motivará de acuerdo a la percepción de las pruebas que lleve a cabo la administración. En ese orden de ideas, si el ejercicio del control judicial se reduce a verificar el contenido del acto administrativo sin valorar de manera crítica las pruebas que valoró la administración, lo más probable es que termine concluyendo que lo realizado por la autoridad es razonable.

El problema de lo anterior es que el control judicial de los actos de la administración no está instituido para verificar si lo que hizo la administración es razonable, sino para determinar si se hizo bien de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Lo cierto es que en el marco del control judicial el demandante debe conocer las razones por las cuales sus cargos no prosperan y, más importante aún, la motivación del fallo para adoptar una decisión. La simple remisión a lo plasmado por la autoridad en los actos demandados no satisface lo que se espera del control judicial en los términos que han señalado la ley y la jurisprudencia vigentes.

4.2.Metodología

El estudio de caso que a continuación se presenta parte del análisis de 60 fallos preferidos en primera y segunda instancia por Jueces Administrativos de Bogotá, Duitama, Cali e Ibagué; Tribunales Administrativos de Cundinamarca, Boyacá y San Andrés y por el Consejo de Estado, entre 2012 y 2020.

Como quiera que en materia contencioso administrativa la jurisprudencia no se encuentra debidamente sistematizada, los fallos analizados fueron obtenidos a través de peticiones a los diferentes jueces, visitas a las diferentes secretarías de las autoridades judiciales mencionadas y del archivo personal.

Para cada sentencia se realizó una ficha jurisprudencial diseñada para obtener la información general de cada una e identificar las razones fundamentales de las decisiones derivadas del control judicial.

El análisis cualitativo de los fallos se llevó a cabo dividiendo las sentencias analizadas en dos grupos: (i) fallos que anulan el acto administrativo, y (ii) fallos que confirman el acto administrativo.

En relación con el primer grupo, las sentencias se analizarán para determinar el tipo del argumento o de los argumentos utilizados por el juez para anular el acto administrativo y clasificarlos (de "forma" o de "fondo"). Por su parte, en relación con el segundo grupo, el análisis se concentrará en determinar si de conformidad con lo señalado en el acápite 4.1 anterior en los fallos analizados se observan visos de deferencia judicial en favor de la Superintendencia de Industria y Comercio al resolver tanto los argumentos de "forma" como los de "fondo".

4.2.1. Sentencias analizadas

Se analizaron 60 sentencias con las siguientes particularidades: (i) treinta y cinco de primera instancia y veinticinco de segunda instancia; (ii) proferidas entre el año 2012 y el año 2020, (iii) y distribuidas de la siguiente manera:

- Consejo de Estado: 19 sentencias todas proferidas en segunda instancia.

Tabla 2 “Sentencias Consejo de Estado”

NUMERO DEL PROCESO	FECHA	JUEZ	INSTANCIA	MAGISTRADO PONENTE	TEMA
2001-1029-01	23/05/2013	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	MARCO ANTONIO VELILLA MORENO	ABUSO DE PD
2002-967-01	13/02/2014	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	MARCO ANTONIO VELILLA MORENO	PARALELISMO CONSCIENTE
2002-909-01	21/08/2014	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ	PARALELISMO CONSCIENTE
2013-254-01	13/11/2014	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ	FIJACIÓN DE PRECIOS
2008-137-01	20/11/2014	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	GUILLERMO VARGAS AYALA	INCUMPLIMIENTO ORDENES
2012-374-01	16/07/2015	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ	FIJACIÓN DE PRECIOS
2013-2773-01	30/07/2015	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ	ABUSO DE PD
2012-144-01	8/06/2016	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	GUILLERMO VARGAS AYALA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2007-102-02	12/02/2017	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO	FIJACIÓN DE PRECIOS
2006-916-01	7/12/2017	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	OSWALDO GIRALDO	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-788-01	12/04/2018	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN QUINTA	SEGUNDA	CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO	FIJACIÓN DE PRECIOS
2010-291-01	14/06/2018	CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN QUINTA	SEGUNDA	ALBERTO YEPES BARREIRO	FIJACIÓN DE PRECIOS
2010-305-02	21/06/2018	CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN QUINTA	SEGUNDA	ALBERTO YEPES BARREIRO	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-576-01	19/07/2018	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN QUINTA	SEGUNDA	ALBERTO YEPES BARREIRO	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-690-01	19/07/2018	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN QUINTA	SEGUNDA	CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO	FIJACIÓN DE PRECIOS
2011-159-01	26/07/2018	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN QUINTA	SEGUNDA	LUCY JEANNETTE BERMUDEZ	INTEGRACIONES
2010-334-01	9/08/2018	CONSEJO DE ESTADO- SECCIÓN QUINTA	SEGUNDA	ROCIO ARAUJO OÑATE	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-679-02	25/11/2019	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	NUBIA MARGOTH PEÑA GARZON	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-790-01	5/12/2019	CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS	COLUSION LICITACIONES

- Tribunales Administrativos (Cundinamarca, Boyacá y San Andrés): 29 sentencias, 23 proferidas en primera instancia y 6 proferidas en segunda instancia

Tabla 3 “Sentencias Tribunales Administrativos”

No DEL PROCESO	FECHA	JUEZ	INSTANCIA	MAGISTRADO PONENTE	TEMA
2010-291	19/11/2012	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	ALVARO ELOY AYALA PEREZ	ACUERDO DE PRECIOS
2010-334-01	3/12/2012	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	ALVARO ELOY AYALA PEREZ	FIJACIÓN DE PRECIOS
2011-523-01	6/12/2012	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	DIANA LUCIA PUENTES TOBON	OBSTRUCCIÓN DE ACCESO
2011-159-01	21/01/2013	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	ANA MARIA RODRIGUEZ ÁLAVA	INTEGRACIONES
2011-89-02	22/03/2013	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	ANA MARIA RODRIGUEZ ÁLAVA	OBSTRUCCIÓN DE INVESTIGACIÓN
2012-576	27/05/2013	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	ANA MARIA CORREA ANGEL	ABUSO POSICIÓN DOMINANTE
2011-59-01	28/06/2013	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	ANA MARIA CORREA ANGEL	FIJACIÓN DE PRECIOS
2011-30-01	13/02/2014	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	ANA MARIA CORREA ANGEL	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-679-00	13/03/2014	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	GLORIA DORYS ALVARREZ CORREA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2013-849	15/05/2014	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	OSCAR ARMANDO DIMATE VARGAS	ABUSO POSICIÓN DOMINANTE
2012-49-01	12/06/2014	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	ANA MARIA CORREA ANGEL	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-374-00	31/07/2014	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	FREDY IBARRA MARTÍNEZ	FIJACIÓN DE PRECIOS
2013-2773	11/09/2014	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO	ABUSO POSICIÓN DOMINANTE
2013-609-00	16/10/2014	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO	COLUSION LICITACIONES
2011-170-01	12/12/2014	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	ANA MARIA RODRIGUEZ ÁLAVA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2013-414	22/01/2015	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	FREDY IBARRA MARTÍNEZ	OBSTRUCCIÓN DE ACCESO
2013-1812	12/03/2015	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO	INTEGRACIONES
2014-680	23/04/2015	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO	COLUSION LICITACIONES
2013-2739	7/05/2015	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	LUIS MANUEL LASSO LOZANO	INTEGRACIONES
2013-2040	9/07/2015	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	FELIPE SOLARTE MAYA	COLUSION LICITACIONES
2013-759	27/08/2015	T.A. BOYACA	PRIMERA	LUIS ERNESTO ARCINIEGAS	OBSTRUCCIÓN DE ACCESO
2013-1861	8/10/2015	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO	COLUSION LICITACIONES
2015-040	12/04/2016	T.A. SAN ANDRES	PRIMERA	JESUS GUILLERMO GUERRERO	PROHIBICIÓN GENERAL
2012-52-01	3/11/2016	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	SEGUNDA	LUIS MANUEL LASSO LOZANO	FIJACIÓN DE PRECIOS
2015-326-00	29/06/2017	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	LUIS MANUEL LASSO LOZANO	OBSTRUCCIÓN INVESTIGACIÓN
2015-665-00	21/09/2017	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	MOISÉS RODRÍGO MAZABEL PINZÓN	OBSTRUCCIÓN INVESTIGACIÓN
2012-73-00	19/07/2018	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	FREDY IBARRA MARTÍNEZ	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-156-03	27/11/2018	T.A.C.SALA TRANSITORIA	SEGUNDA	LEONARDO GALEANO GUEVARA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2016-1340	20/06/2019	T.A.C. SECCIÓN PRIMERA	PRIMERA	FELIPE SOLARTE MAYA	OBSTRUCCIÓN DE IMPORTACIONES

- Juzgados Administrativos (Bogotá, Cali, Ibagué y Duitama): 12 sentencias proferidas en primera instancia

Tabla 4 "Sentencias Juzgados Administrativos"

NUMERO DEL PROCESO	FECHA	JUEZ	INSTANCIA	TEMA
2011-89-00	17/08/2012	PRIMERO DE BOGOTA	PRIMERA	OBSTRUCCIÓN DE INVESTIGACIÓN
2012-49-00	24/10/2013	QUINCE DE BOGOTA	PRIMERA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2013-131	18/12/2013	QUINTO DE BOGOTA	PRIMERA	COLUSIÓN LICITACIONES PUBLICAS
2012-44-00	31/01/2014	PRIMERO DE BOGOTA	PRIMERA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-71-00	27/02/2014	QUINCE DE BOGOTA	PRIMERA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-149-00	27/02/2014	QUINCE DE BOGOTA	PRIMERA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-116-00	23/05/2014	PRIMERO DE DUITAMA	PRIMERA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2012-52-00	27/03/2015	SEXTO DE BOGOTA	PRIMERA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2013-76-00	16/04/2015	SEGUNDO DE DUITAMA	PRIMERA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2013-47-00	26/01/2016	TERCERO DE IBAGUE	PRIMERA	FIJACIÓN DE PRECIOS
2016-177	15/05/2020	SEXTO DE CALI	PRIMERA	OBSTRUCCIÓN DE INVESTIGACIÓN
2017-166	18/12/2020	PRIMERO DE BOGOTA	PRIMERA	ACUERDO DE PRECIOS

4.2.2. Ficha jurisprudencial

La ficha bibliográfica elaborada para cada sentencia fue la siguiente:

ID: (el nombre del archivo de la sentencia)					
1. INFORMACIÓN GENERAL					
1.1. Juez	(ej. Tribunal Administrativo de Cundinamarca) (ej. Juzgado 1 Administrativo de Bogotá)				
1.2.Sección	(ej. Primera)	**1.3.M.P.**	(ej. Fredy Ibarra)		
1.4.No. del proceso	(ej 2002-1056-01)	**1.5.Fecha**	9 VI 20		
1.6. Instancia	(ej. primera	**1.7.Medio de control**	(ej. Nulidad y restablecimiento)		
1.8.Demandantes	**P. Jurídica.**		**P. Natural**		
(nombre completo de los demandantes)					
2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO					
2.1.Actos administrativos demandados	(ej. Res. 12345 del 23 de enero de 2020)				
2.2.Actos contrarios a la libre competencia	(ej. Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general)				
2.3.Sanción:¡	(ej. Muta de $10.000.000)				
3. DEMANDA					

3.1. Pretensiones				• Nulidad del artículo 1 de la Res. 12345 del 23 de enero de 2020 • Devolución de la multa • Etc			
3.2. Cargos formales							
3.3.Cargos de fondo							
3.4.Pruebas técnicas							
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega		**Anula**		**Confirma**		**Revoca**	
(observaciones)							
4.2. Motivo				**Formal**		**Fondo**	
4.3. Consideraciones formales							
4.4. Pruebas							
4.5. Consideraciones de fondo							
4.6. Pruebas							
4.7. Análisis deferencia							

La información contenida en la ficha bibliográfica se dividió en cuatro segmentos, así:

- Segmento “1 INFORMACIÓN GENERAL”
  - “1.1 Juez”
  - “1.2 Sección”
  - “1.3 M.P.”: se refiere al magistrado ponente
  - “1.4 No. del Proceso”
  - “1.5 Fecha”: de expedición de la sentencia
  - “1.6 Instancia”: del proceso (primera o segunda)
  - “1.7 Medio de Control”. Se refiere a la acción interpuesta
  - “1.8 Demandantes”: pueden ser personas naturales y/o jurídicas

- Segmento “2 IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO”
  - “2.1 Actos administrativos demandados”
  - “2.2 Actos contrarios a la libre competencia”: normas en las que se consagran los actos contrarios a la libre competencia en los que incurrieron los sancionados
  - “2.3 Sanción”: monto económico de la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio

- Segmento “3 DEMANDA”
  - “3.1 Pretensiones”
  - “3.2 Cargos formales”: se refiere a los argumentos de la demanda relativos a aspectos procedimentales relativos al debido proceso, como por ejemplo la violación al derecho de contradicción y defensa, al principio de congruencia, al principio de legalidad, de tipicidad, al acaecimiento de la caducidad, a la falta de graduación de la sanción, etc.

- "3.3 Cargos de Fondo": se refiere a argumentos dirigidos a atacar la configuración de los actos contrarios a la libre competencia, como, por ejemplo, inexistencia de paralelismo consciente de acuerdo de precios, etc.
- "3.4 Pruebas Técnicas": hace referencia a las pruebas de carácter técnico que se refirieron en la demanda para soportar los argumentos de la misma.

- Segmento "4 FALLO"
  - "4.1 Decisión": contempla cuatro opciones:
    - "Niega": fracasan las pretensiones de la demanda
    - "Anula": anula el acto administrativo demandado
    - "Confirma": para sentencias de segunda instancia que mantienen la decisión del *a quo*
    - "Revoca": para sentencias de segunda instancia que revocan la decisión del *a quo*
  - "4.2 Motivo" se contemplan dos motivos:
    - "Formal": cuando la decisión anula el acto administrativo por cargos formales
    - "Fondo": cuando la decisión anula el acto administrativo por cargos formales
  - "4.3 Consideraciones formales": *ratio decidendi* del fallo atinentes a cargos formales
  - "4.4 Pruebas": pruebas que esgrime el fallo para soportar la *ratio decidendi* del fallo atinentes a cargos formales
  - "4.5 Consideraciones de Fondo": *ratio decidendi* del fallo atinentes a cargos de fondo"
  - "4.6 Pruebas": pruebas que esgrime el fallo para soportar la *ratio decidendi* del fallo atinentes a cargos formales
  - "4.7 Análisis deferencia": se consigna el análisis del autor en relación con la existencia o no de visos de deferencia en la sentencia.

4.3.Presentación de resultados

4.3.1. Datos estadísticos

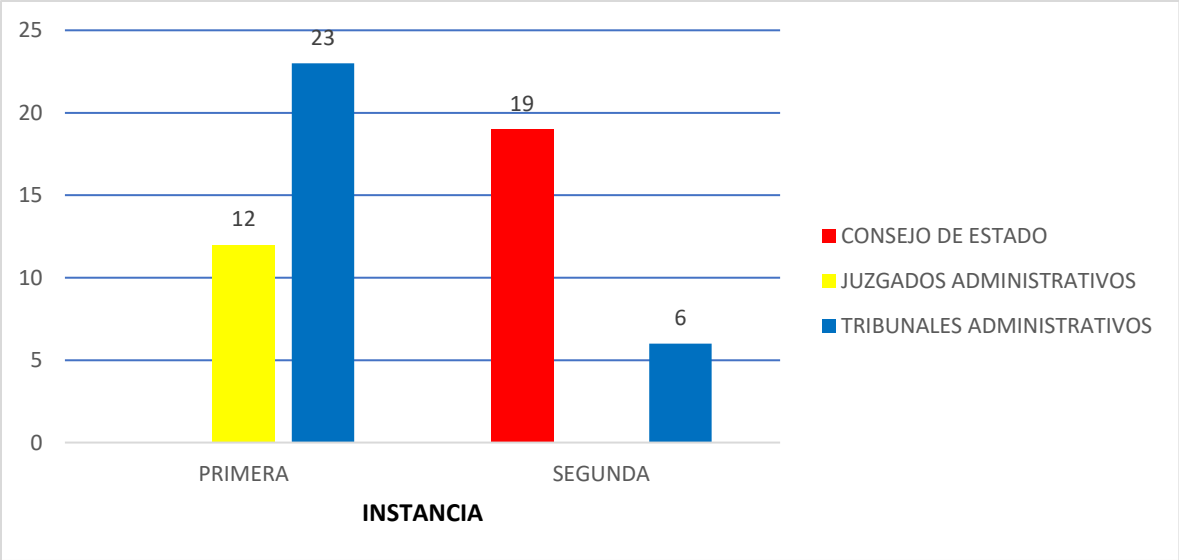
Antes de proceder al análisis cualitativo de las sentencias, se considera pertinente exponer los siguientes datos estadísticos obtenidos de las fichas jurisprudenciales y de la lectura de las sentencias analizadas:

- De los 60 fallos analizados, 35 (58.33%) se profirieron en primera instancia, mientras que 25 (41.64%) se profirieron en segunda instancia, así:

  - Consejo de Estado
    - Proferidos en primera instancia: No aplica
    - Proferidos en segunda instancia:19
  - Tribunales Administrativos
    - Proferidos en primera instancia: 23

        - Proferidos en segunda instancia: 6
    - Juzgados Administrativos:
        - Proferidos en primera instancia: 12
        - Proferidos en segunda instancia. No aplica

Grafica 1 "Instancias"

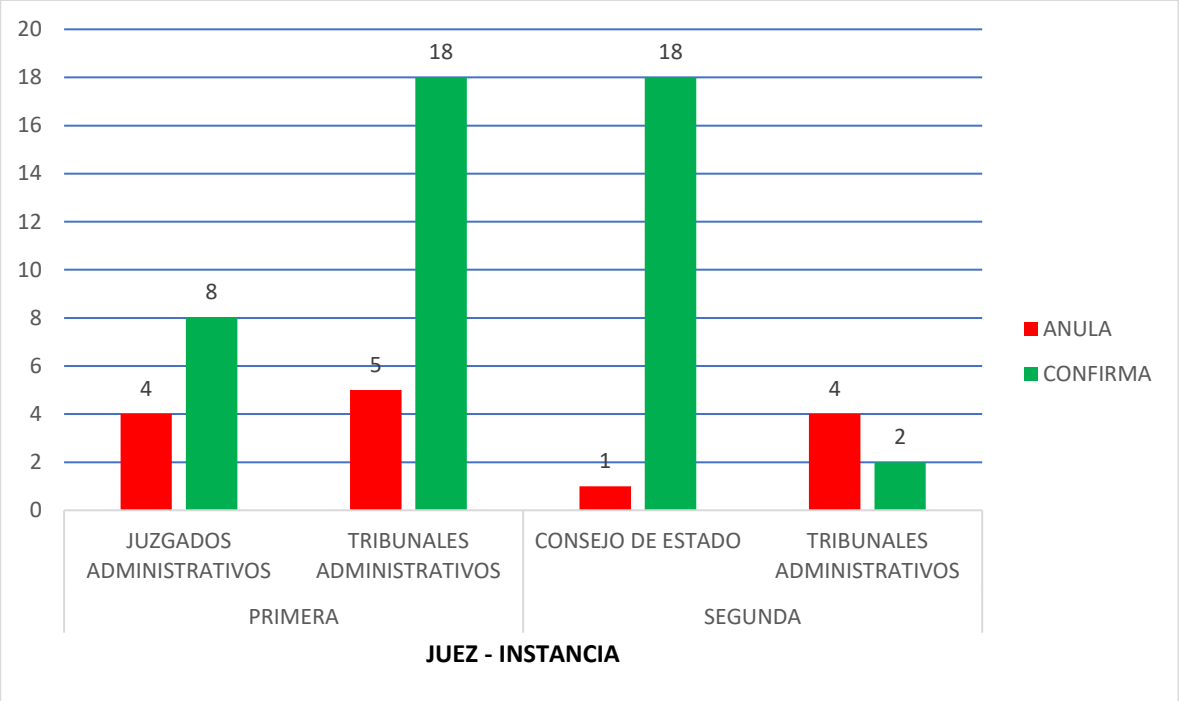


- De los 60 fallos analizados, 14 (23,33%) anulan los actos administrativos demandados[193], mientras que 46 (76,67%) los confirman, así:

    - Consejo de Estado:
        - Anulan en segunda instancia: 1
        - Confirman en segunda instancia: 18
    - Tribunales Administrativos:
        - Anulan en primera instancia: 5
        - Anulan en segunda instancia:4
        - Confirman en primera instancia:18
        - Confirman en segunda instancia: 2
    - Jueces Administrativos:
        - Anulan en primera instancia: 4
        - Confirman en primera instancia: 8

[193] Se incluyen aquellos fallos de segunda instancia que confirman la decisión de anular el acto administrativo adoptada en primera instancia

Grafica 2 "Anulación y confirmación de actos controlados"



- De los 14 fallos que anulan los actos administrativos demandados, 8 (57,14%) se anulan con fundamento en asuntos de "forma", 4 (28,57%) se anulan con fundamento en asuntos de "fondo"[194] y 2 (14.28%) se anulan con fundamento en asuntos de "fondo" y "forma".

- De los 14 fallos que anulan los actos administrativos demandados, 8 (57.14%) se encuentran ejecutoriados, 2 (14.28%) fueron revocados y 4 (28.58%) se encuentran pendientes de fallo en segunda instancia.

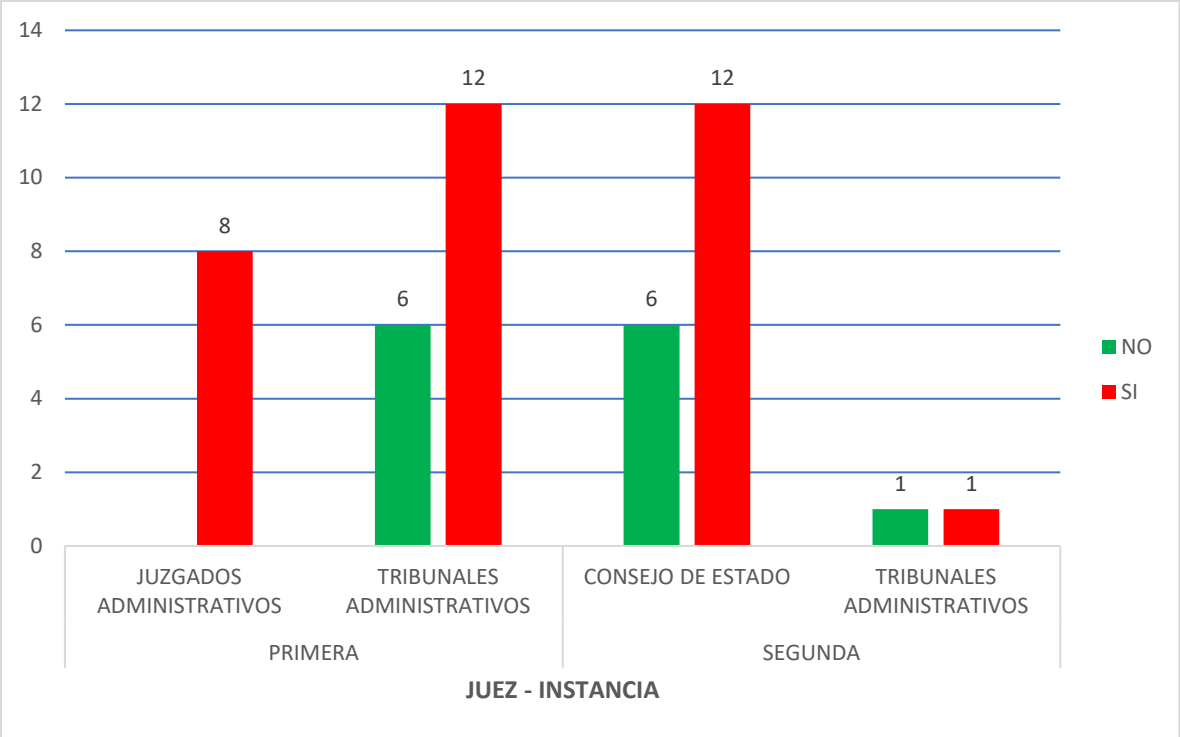
- De los 46 fallos que confirman los actos administrativos demandados, 33 (71.73%), presentan visos de deferencia judicial, mientras que 13 (28.26%) no los presentan y realizan un control judicial adecuado:

    - Consejo de Estado:
        - Deferencia judicial:12
        - Control adecuado: 6
    - Tribunales Administrativos:
        - Deferencia judicial: 13
        - Control adecuado: 7
    - Juzgados Administrativos:
        - Deferencia judicial: 8

[194] Los fallos que anularon los actos administrativos fundándose también en razones de fondo fueron proferidos en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

- Control adecuado: 0

Gráfica 3 "Deferencia judicial"

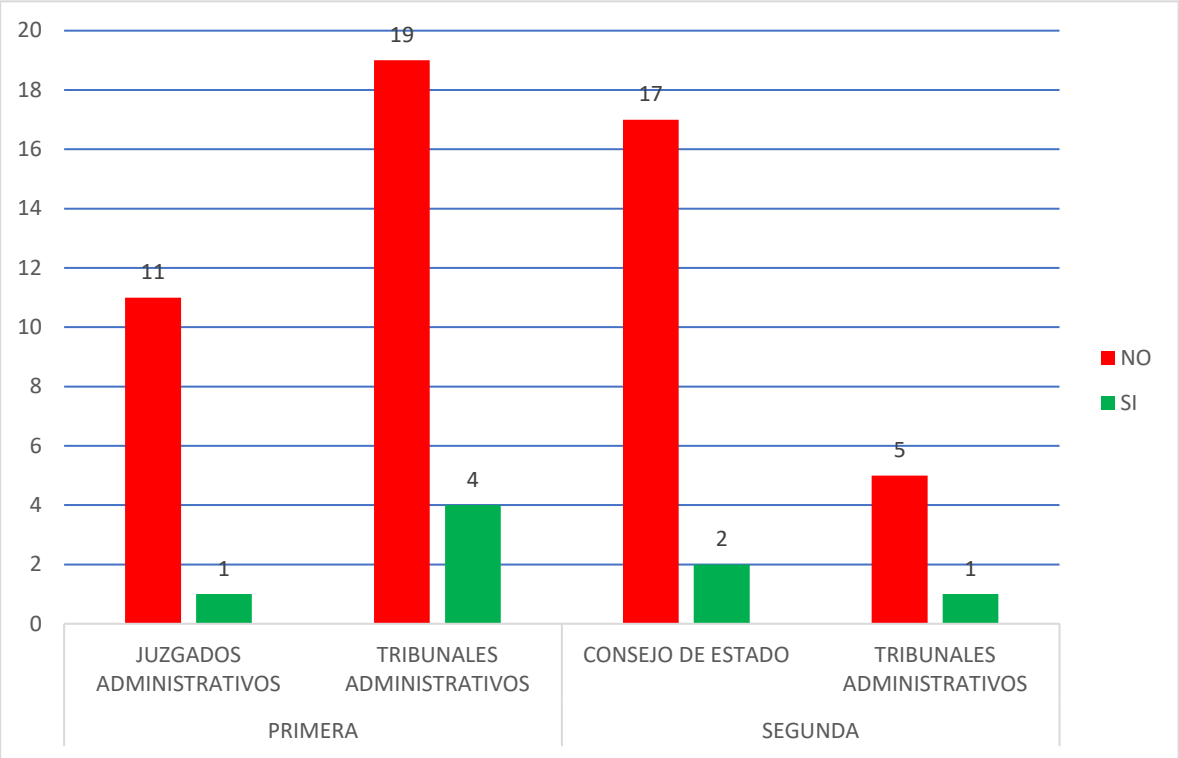


- De los 60 fallos analizados, tan solo 8 (13.33%) contaron con pronunciamiento de la Procuraduría General de la Nación[195], así:

    - Consejo de Estado: 2
    - Tribunales Administrativos: 5
    - Juzgados Administrativos: 1

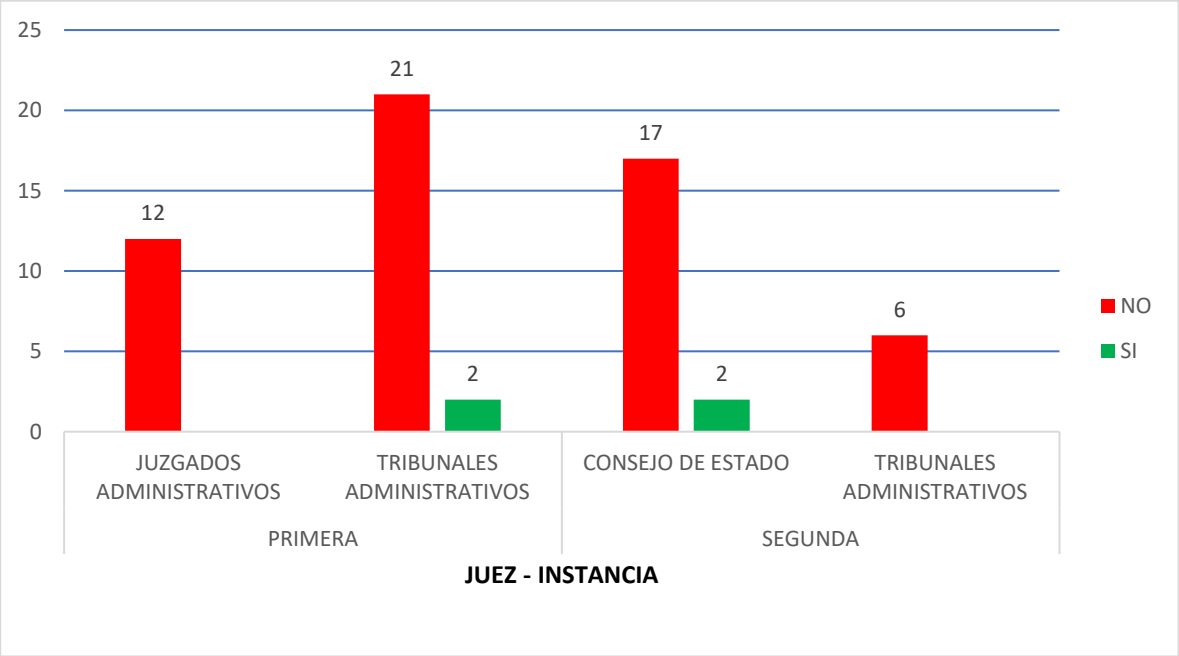
[195] 2 de los 8 conceptos emitidos por la Procuraduría General de la Nación recomendaron anular los actos administrativos demandados

Gráfica 4 “Concepto Ministerio Público”



- De los 60 fallos analizados, en tan solo 4 (6,66%) se analizó alguna prueba técnica:
    - Consejo de Estado: 2
    - Tribunales Administrativos: 2
    - Juzgados Administrativos: 0

Gráfica 5 “Análisis pruebas técnicas”



4.3.2. Análisis cualitativo

a. *Fallos que anulan el acto administrativo*

Como quiera que la característica principal de la deferencia judicial en los términos de la presente investigación consiste en la prevalencia de la posición de la administración en el marco del control judicial de sus decisiones, aquellos fallos en los que las pretensiones de la demanda de nulidad en contra de actos demandados prosperaron, en principio, no tienen visos de deferencia.

Sin embargo, la anterior circunstancia no los excluye del análisis que se propone esta investigación como quiera que otra de las características de la deferencia consiste en la prevalencia de la posición de la administración con ocasión de su reconocido conocimiento técnico en las materias que están a su cargo, por lo que reviste importancia conocer cuáles fueron los argumentos en los que se basó la sentencia que anuló el acto administrativo demandado para arribar a su conclusión.

Si los argumentos consisten en un análisis sobre las consideraciones técnicas utilizadas por la autoridad administrativa (configuración de las posibles prácticas restrictivas de la competencia y sus fundamentos jurídicos y económicos), el fallo constituiría un indicio de la no existencia de la deferencia judicial a favor de la administración. Si los argumentos consisten en la verificación de defectos formales (debido proceso, caducidad, incongruencia, etc.) diferentes a los aspectos técnicos del derecho de la competencia, la sentencia correspondiente no permitiría excluir la tesis de la existencia de la deferencia judicial y apoyaría una de las hipótesis de la presente investigación, según la cual el control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio es severo en lo que respecta a los asuntos formales ya identificados.

Ahora bien, por regla general cuando los jueces encuentran un argumento que ocasiona la declaratoria de nulidad de los actos demandados, se abstienen de estudiar el resto de los cargos. Sin embargo, existen ocasiones aisladas en donde los jueces se pronuncian en relación con todos los cargos de la demanda aun cuando hayan verificado alguno que les permita declarar la nulidad, razón por la cual en dichos fallos es posible identificar de qué forma el juez abordó el control judicial de los actos de la administración para establecer si hay visos de deferencia o no.

Con el anterior derrotero a continuación se procede a resumir lo encontrado en relación con los 14 fallos que de la muestra analizada revocaron los actos administrativos demandados:

1. Proceso: 2010-334-01 (Anexo 2)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

El Tribunal anula los actos administrativos demandados por encontrar probada la caducidad de la acción sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio:

> " (…) resulta claro la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo conocimiento de los hechos desde el 27 de diciembre de 2005, día en que se ordenó iniciar de oficio una investigación preliminar a las empresas cementeras del país que culminó con la Resolución 0091 del 8 de enero de 2010, notificada el 21 de enero de 2010 a la parte actora, por lo que la Sala infiere que en el presente caso transcurrieron más de los tres (3) años establecidos en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo para imponer la sanción a la investigada y agotar la vía gubernativa, de manera que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración"[196]

En consecuencia, luego de encontrar un defecto de naturaleza "formal", el Tribunal se abstiene de estudiar los demás cargos de la demanda:

> "En ese orden de ideas, la Sala se releva del estudio de los demás cargos planteados y procederá a conceder las pretensiones de la demanda ya que los actos administrativos acusados están viciados de falta de competencia de la accionada por haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria"[197]

En este caso, la anulación de los actos administrativos desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control

[196] Página 42 de la sentencia

[197] Ibid.

estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es.

En lo referente a la actividad probatoria, en este caso la demanda se resolvió solo con la comparación de lo señalado en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria.

Este fallo fue revocado en segunda instancia por el Consejo de Estado mediante sentencia del 9 de agosto de 2018.

2. Proceso: 2011-59-01 (Anexo 3)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Segunda

El Tribunal revoca la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 2 Administrativo de Bogotá y, en su lugar, anula los actos administrativos demandados por encontrar probada la violación al principio de tipicidad al no existir correlación entre la conducta del sujeto sancionado y la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio:

> " En consecuencia, deviene con claridad que la Superintendencia de Industria y Comercio quebrantó el postulado analizado al imponer una sanción pecuniaria al demandante, con base en una norma que no atañe a la conducta en la que incidió en su calidad de representante legal (…), es decir, declaró responsable de infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 "por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de precios de la caña de azúcar" y no por "autorizar", "ejecutar" o "tolerar" conductas violatorias sobre las normas de libre competencia, en virtud de lo señalado en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, disposición legal bajo la cual fue investigado en su condición de persona natural"[198]

En consecuencia, luego de encontrar un defecto de naturaleza "formal", el Tribunal se abstiene de estudiar los demás cargos de la demanda:

> "Como este cargo prosperó, la Sala se abstendrá de realizar el estudio de los demás cargos endilgados (…)"[199]

[198] Página 47 de la sentencia

[199] Ibid.

En este caso, la anulación de los actos administrativos demandados desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es.

En lo referente a la actividad probatoria, en este caso la demanda se resolvió solo con la comparación de lo señalado en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria.

3. Proceso: 2011-170-01 (Anexo 5)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

El Tribunal anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la incongruencia entre el pliego de cargos y la sanción resolutoria, lo que, a su vez, derivó en una violación al derecho al debido proceso de los demandantes, quienes vieron afectado su derecho de contradicción y defensa en virtud del defecto mencionado:

> "En síntesis, como señaló la Sala en precedencia, en la apertura la entidad indicó una doble violación normativa, en el desarrollo de la decisión sancionatoria solo se verificó una cual es la fijación de cualquier precio prevista en el numeral 1 del artículo 47 de Decreto 2153 de 1992, sin embargo, al declarar la responsabilidad el organismo señaló como transgredidas las dos infracciones inicialmente endilgadas, sin siquiera exponer las razones para ello"[200]
>
> […]
>
> "Señalada tal diferencia, la Sala advierte que las empresas demandantes no tuvieron la oportunidad de conocer con claridad desde el inicio frente a cuál disposición recaía su incumplimiento o bien si los precios del presunto acuerdo debían ser ventajosos para ellos o inequitativos para los cañicultores o los consumidores finales, por ende, también se les impidió debatir, y así ejercer su derecho de contradicción en debida forma (…)"[201]
>
> […]

[200] Página 70 de la sentencia

[201] Página 71 de la sentencia

> "(…) llama la atención de la sala que en la parte resolutiva del auto de apertura se inició el trámite para determinar de manera genérica si habían incurrido en las conductas descritas en los mencionados artículos, peor la autoridad no la defirió a ningún hecho en concreto (…)"[202]
>
> […]
>
> "En lo tocante a los señores (…) encuentra la Sala que la responsabilidad que les fue endilgada se fundamentó en una disposición legal distinta a la citada inicialmente por la Superintendencia, esto es, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 visible en el auto de apertura, esto conlleva a que los actos atacados vulneren el artículo 29 de la Carta Magna, en concordancia con los principios de legalidad y tipicidad enunciados."[203]

En consecuencia, luego de encontrar un defecto de naturaleza "formal", el Tribunal se abstiene de estudiar los demás cargos de la demanda:

> "por haber prosperado este cargo, esta Magistratura se abstiene de estudiar el resto"[204]

En este caso, la anulación de los actos administrativos demandados desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es.

En lo referente a la actividad probatoria, en este caso la demanda se resolvió solo con la comparación de lo señalado en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria.

A la fecha, el proceso se encuentra en el trámite de segunda instancia al Despacho para fallo.

4. Proceso: 2013-2040-00 (Anexo 6)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

[202] Ibidem.

[203] Página 72 de la sentencia

[204] Página 78 de la sentencia

El Tribunal anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la caducidad de la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio:

> "La Sala encuentra que el presente cargo prospera, en la medida en que el acto administrativo sancionatorio fue proferido por fuera del término que concede el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, operando así el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio."[205]

En consecuencia, luego de encontrar un defecto de naturaleza "formal", el Tribunal se abstiene de estudiar los demás cargos de la demanda:

> "Por economía procesal, esta Sala se abstendrá de analizar los demás cargos en virtud del principio de economía procesal, en tanto, tal como se expresó con anterioridad el cargo de nulidad por caducidad de la acción se encuentra demostrado"[206]

En este caso, la anulación de los actos administrativos demandados desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es.

No obstante, es pertinente señalar que el fallo en comento, para efectos de determinar el acaecimiento de la caducidad analizó el alcance de la conducta consistente en la colusión en licitaciones y determinó que la misma se agotaba al momento en que se adjudicaba el contrato respectivo y no hasta que el mismo se liquidaba, tal como lo sostuvo la Superintendencia de Industria y Comercio:

> "Por lo anterior, no se puede pretender, tal como lo hace la demandada que los actos colusorios sean contabilizados a partir del acta de liquidación, en tanto, la celebración y liquidación del contrato 076 de 2009, derivado del proceso de selección antes mencionado resulta ser una consecuencia de la colusión, un efecto o secuela del pacto ilícito, pero no integra el pacto ilícito mismo."[207]
> […]

[205] Página 36 de la sentencia

[206] Ibidem.

[207] Página 30 de la sentencia.

> "La colusión en materia de contratación estatal, en procura de obtener la adjudicación de un contrato se extiende hasta ese momento procesal, esto es, hasta la expedición del acto de adjudicación del contrato, y será a partir de ese momento desde cuando se cuenta el plazo previsto en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, como se hace en la presente providencia"[208]

Si bien determinar el alcance de la conducta correspondiente a la colusión en licitaciones no requiere de especiales conocimientos técnicos como podría requerirlo adoptar una postura sobre la forma de determinar el mercado relevante en materia de acuerdos restrictivos de la competencia o la determinación de un acuerdo de precios en la modalidad de paralelismo consciente, la sentencia en comento adoptó una posición diametralmente diferente a la expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio.

A la fecha, el proceso se encuentra en el trámite de segunda instancia al Despacho para fallo.

5. Proceso: 2011-30-01 (Anexo 11)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Segunda

El Tribunal revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 14 Administrativo de Descongestión de Bogotá y, en su lugar, anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la violación al principio de tipicidad al no existir correlación entre la conducta del sujeto sancionado y la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio:

> " En consecuencia, deviene con claridad que la Superintendencia de Industria y Comercio quebrantó el postulado analizado al imponer una sanción pecuniaria al demandante, con base en una norma que no atañe a la conducta en la que incidió en su calidad de representante legal (…), es decir, declaró responsable de infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 "por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de precios de la caña de azúcar" y no por "autorizar", "ejecutar" o "tolerar" conductas violatorias sobre las normas de libre competencia, en virtud de lo señalado en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, disposición legal bajo la cual fue investigado en su condición de persona natural"[209]

[208] Ibidem.

[209] Página 41 Y 42 de la sentencia.

En consecuencia, luego de encontrar un defecto de naturaleza "formal", el Tribunal se abstuvo de estudiar los demás cargos de la demanda:

> "Como este cargo prosperó, la Sala se abstendrá de realizar el estudio de los demás cargos endilgados (…)"[210]

En este caso, la anulación de los actos administrativos demandados desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es.

En lo referente a la actividad probatoria, en este caso la demanda se resolvió solo con la comparación de lo señalado en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria.

6. Proceso: 2012-156-03 (Anexo 12)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Segunda

El Tribunal confirmó la sentencia proferida el 18 de mayo de 2016 por el Juzgado 14 Administrativo de Descongestión de Bogotá que anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la falsa motivación de los actos administrativos demandados:

> "Se reitera que debió existir un ingrediente subjetivo, dolo o culpa, para asignar en cabeza de la demandante la omisión endilgada, inclusive, de la realización de un juicio ex ante se podría concluir que la sancionada no fungía como representante legal principal o que estatutariamente o por pronunciamiento de la Junta Directiva se haya decidido variar la circunstancia aun cuando el representante legal principal no se encuentre imposibilitado, los suplentes pueden hacerlo, evento que no se encuentra efectivamente demostrado."[211]
>
> "Es decir, no existe por la SIC valoración de elementos subjetivos del comportamiento de la demandante frente a las normas presuntamente vulneradas"[212]
>
> […]

[210] Página 42 de la sentencia.

[211] Página 33 de la sentencia

[212] Ibidem.

> "La interpretación dada por la entidad, excede el ámbito y contexto en el que se ofreció, para llegar a conclusiones que no se derivan del dicho de la declarante y así responsabilizarla de una omisión en materia de competencia no conocida por la sancionada, pues se insiste, no reemplazó al representante legal de la junta de ACEMI, el asunto en específico no le fue consultado, no tenía potestad discrecional en la materia y omitir un asunto inédito en el ejercicio de sus funciones no es un obrar omisivo consiente, sino una situación fáctica solo atribuible a quienes propiciaron y conocieron efectivamente la conducta anticompetitiva"[213]

En este caso, la anulación de los actos administrativos demandados desvirtúa la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada.

Con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis probatorio del acto administrativo demandado, procedió a realizar su propio análisis y a justificar sus conclusiones.

7. Proceso: 2001-1029-01 (Anexo 19)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

El Consejo de Estado revocó la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar anuló los actos administrativos demandados por encontrar que el demandante no ostentaba posición dominante en el mercado y que mucho menos abusó de ella, como lo sostenía la Superintendencia de Industria y Comercio en los actos administrativos demandados:

> "De las pruebas relacionadas la Sala observa, que tanto el informe de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, como el acto administrativo sancionatorio, no tuvieron en cuenta en el análisis efectuado sobre el mercado relevante, al principal competidor de INDUGA S.A., como tampoco la diferenciación entre el producto final (helados) y la totalidad de los insumos o contenedores (vasos, barquillos, conos, etc.) de tal producto, ni distinguieron entre el

[213] Página 34 de la sentencia

comprador o usuario primario de dichos insumos, y el consumidor final del helado, pues tanto en la investigación realizada por la Delegatura para la Protección de la Competencia, como en el acto administrativo expedido por el Superintendente de Industria y Comercio, para determinar la existencia de la posición dominante por parte de INDUGA S.A., se estableció que el mercado relevante del producto, conos para helados moldeados no tiene sustitutos directos; la cuota de mercado de la sociedad actora es muy alta, con una gran diferencia respecto de su segundo competidor; que el mercado de conos para helados moldeado sin azúcar, presenta una estructura oligopólica concentrada en la empresa líder, lo que según la parte demandada, facilita acciones independientes por parte de dicha empresa, más aún cuando sus competidores no cuentan con la tecnología requerida para ampliar sus volúmenes de producción sin aumentar sus costos; además, que existen barreras a la entrada en el mercado de conos para helados moldeados, que brindan la posibilidad a Induga S.A. de determinar las condiciones del mercado, y que éstas barreras son de tipo tecnológico, exceso de capacidad instalada y el alto grado de concentración del mercado. Se reitera que debió existir un ingrediente subjetivo, dolo o culpa, para asignar en cabeza de la demandante la omisión endilgada, inclusive, de la realización de un juicio ex ante se podría concluir que la sancionada no fungía como representante legal principal o que estatutariamente o por pronunciamiento de la Junta Directiva se haya decidido variar la circunstancia aun cuando el representante legal principal no se encuentre imposibilitado, los suplentes pueden hacerlo, evento que no se encuentra efectivamente demostrado."[214]

[…]

"Estas pruebas, las cuales no fueron debatidas con evidencias por la Entidad demandada , demuestran que los estudios efectuados por la Superintendencia carecen del soporte necesario, para establecer que INDUGA S.A., tenía el poder dominante, pues si en la investigación realizada por la Delegatura para la Propiedad Industrial, no se tuvo en cuenta competidores como INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFFI, y tampoco se analizó que el barquillo no era un producto final, sino un insumo industrial del helado, que podía ser sustituido por cualquier otro contenedor, entre ellos, los vasitos de plástico, así como la capacidad de reacción de los competidores, son factores más que suficientes para que esta Sala concluya, que la sentencia de primera instancia debe ser revocada y, en su lugar, los actos administrativos anulados."[215]

[214] Página 68 de la sentencia

[215] Páginas 71 y 72 de la sentencia

[…]

"(…) las pruebas aportadas evidencian que la sociedad INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A. y el señor ÁLVARO HENAO CEPEDA, no incurrieron en abuso de poder dominante, máxime si se tiene en cuenta que la Delegatura de Promoción de la Competencia, verificó que no existe tal abuso, ya que según las pruebas recogidas en el trámite administrativo, no se presenta una estructura de costos de la transacción superior al precio de venta; pues, de acuerdo con el análisis realizado por dicha Delegatura, en los tres escenarios explicados en el informe, concluye que, "no hubo infracción a las normas de promoción de la competencia por parte de la sociedad actora, ya que sus precios de venta fijados en Barranquilla están por encima de la estructura de costos de la transacción, incluido el costo de fletes. Así mismo, Álvaro Henao Cepeda como persona natural no autorizó ni ejecutó ni toleró las conductas anticompetitivas descritas en la resolución 2230 del 31 de enero de 2000. Por tanto no se presenta transgresión a lo normado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992". Circunstancia, que para la Sala, constituye otro factor más para determinar la revocatoria de la sentencia de primera instancia."[216]

En este caso, la anulación de los actos administrativos demandados desvirtúa la existencia de visos de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada.

En adición a lo anterior, llama la atención que, en el fallo en comento, las pruebas técnicas (dictámenes periciales y testigo técnico) y su valoración por parte del juez son determinantes para arribar a las conclusiones y determinaciones allí adoptadas. En efecto, en la sentencia de 80 hojas, donde 16 consisten en el resumen procesal del trámite judicial, 6 traen referencias jurisprudenciales, 16 resumen la investigación adelantada por la autoridad en contra del demandante, 5 corresponden a las conclusiones luego de la valoración probatoria y 7 se dedican asuntos correspondientes a perjuicios y parte resolutiva, llama la atención que 29 hojas se hayan dedicado a la exaltación de las pruebas técnicas.[217]

[216] Páginas 72 y 73 de la sentencia

[217] Páginas 38 a 67 de la sentencia

Se observa que la sentencia del Consejo de Estado se inmiscuye de manera profunda en los asuntos técnicos relativos a la posición de dominio, el análisis de los competidores, la sustituibilidad del producto, capacidad de reacción de competidores, estructura de costos, entre otros, para concluir que del análisis de dichos factores se desprendía que la conclusión adoptada por la autoridad administrativa era errada desde lo técnico.

Con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis probatorio del acto administrativo demandado, procedió a realizar su propio análisis y a justificar sus conclusiones en pruebas técnicas practicadas en el marco del control judicial de los actos demandados.

8. Proceso: 2011-89-00 (Anexo 29)
Juez: Juzgado Primero Administrativo de Bogotá
Instancia: Primera

El Juzgado anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la falsa motivación de los mismos:

> "La visita de inspección programada para el día 18 de septiembre de 2008 no pudo ser atendida por el representante legal de la sociedad demandante por culpa que no puede ser atribuible a la misma, pues no era conocedora de que para dicha fecha se requería de la presencia, asistencia del representante legal o de persona facultada o designada para atender la visita administrativa programada por la entidad demandada, razón por la cual, en el presente caso, no se evidencia desatención o inobservancia a instrucción alguna impartida por la Superintendencia (…) situación que conlleva al Despacho a declarar probado el cargo denominado "Ausencia de Violación del Ordenamiento Jurídico – Representación Legal, propuesto por la parte demandante y en consecuencia, este Despacho accederá de manera favorable a las pretensiones contenidas en el escrito de demanda."[218]

En este caso, la nulidad de los actos administrativos demandados desvirtúa la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que

[218] Páginas 29 y 30 de la sentencia

valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada.

No obstante, se debe señalar que en el presente caso no estaban en discusión asuntos técnicos relativos al régimen de competencia, pues la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio al demandante tuvo como origen la inobservancia de las instrucciones proferidas por la autoridad.

Finalmente, con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis probatorio del acto administrativo demandado, procedió a realizar su propio análisis y a justificar sus conclusiones.

La sentencia en mención sería confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante fallo del 22 de marzo de 2013.

9. Proceso: 2011-89-02 (Anexo 30)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Segunda

El Tribunal confirmó la sentencia proferida el 17 de agosto de 2012 que anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la falsa motivación de los mismos:

> "De tal modo que se avisora que el proceder de la accionante no obedeció a la obstaculización de la inspección, como arguyó la Superintendencia, contrario a ello, la Sala concuerda con la apreciación de la falladora que adujo que la visita no pudo ser atendida por el representante legal de la demandante por culpa no a él atribuible, pues no sabía que para esa fecha era necesaria su presencia, aunado que pese a que un tercero estaba facultado para recibirla, no tenía este en su poder la información requerida que podía otorgarle el representante legal, por ser de carácter reservado, sin conllevar a que la demandada no tenga acceso a la misma, sino que acogiendo los argumentos presentados por la sociedad actora, la información no era accesible a ninguno de los empleados y estaba confiada solo a sus representantes legales, que se halla razonablemente y que no fue admitido por la demandada."[219]

En este caso, la nulidad de los actos administrativos demandados desvirtúa la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte

[219] Página 27 de la sentencia

del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada al igual que lo hizo el juez de primera instancia.

No obstante, se debe señalar que en el presente caso no estaban en discusión asuntos técnicos relativos al régimen de competencia, pues la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio al demandante tuvo como origen la inobservancia de las instrucciones proferidas por la autoridad.

Finalmente, con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis probatorio del acto administrativo demandado, procedió a realizar su propio análisis y a justificar sus conclusiones.

10. Proceso: 2011-159-01 (Anexo 31)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

El Tribunal anuló los actos administrativos demandados por encontrar que la Superintendencia se abstuvo de determinar el mercado relevante para concluir que una integración debía ser informada basándose únicamente en el objeto social de las empresas sin que la ley señale que el objeto social sea la única prueba que debe tenerse en cuenta para tal efecto. Adicionalmente, el fallo encontró probada la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración:

> "(…) la conducta desplegada por la Superintendencia no se fundó en un análisis objetivo de los razonamientos pertinentes y fue violatoria de los preceptos consagrados en los artículos 4, 13, 29 y 121 de la Carta Superior Política, en tanto discrimina negativamente los medios de prueba y niega derechos públicos de oposición y defensa, por cuanto rechazó la petición impetrada por los actores en el recurso de reposición dirigido en contra del acto administrativo No. 30238 de 2010, a fin de que proceda a realizar la definición sobre el mercado relevante. Al no hacerlo, indudablemente tomó una decisión errónea por pruebas insuficientes y en tal medida deberá declararse la nulidad de las resoluciones demandadas"[220]

[220] Páginas 16 y 17 de la sentencia.

[…]

"Se tiene que el acto administrativo de inicio se perfeccionó el 28 de junio de 2007, teniendo la entidad demandada hasta el día 28 de junio de 2010 para hacer uso de su potestad sancionatoria, al hacerse tres meses y un día después de ese plazo evidentemente de encontraba vencido el término

"En consecuencia, el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria si tiene vocación de prosperidad, razón por la cual aunada a la anterior, debe declararse la nulidad de los actos atacados."[221]

En este caso, la nulidad de los actos administrativos demandados desvirtúa la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada.

No obstante, se debe señalar que en el presente caso no estaban en discusión asuntos técnicos relativos al régimen de competencia, pues la controversia giró en torno al alcance del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 en lo relativo a la forma y a la prueba necesaria para determinar si dos empresas deben informar una integración.

Finalmente, con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis probatorio del acto administrativo demandado, procedió a realizar su propio análisis y a justificar sus conclusiones.

Esta sentencia fue revocada por el Consejo de Estado en providencia del 26 de julio de 2018, en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

11. Proceso: 2012-116-00 (Anexo 44)
Juez: Juzgado Primero Administrativo de Duitama
Instancia: Primera

El Juzgado anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la violación a la garantía de la no autoincriminación ya que la Superintendencia utilizó como única prueba en contra del demandante su

[221] Página 22 de la sentencia.

declaración en el trámite administrativo. Se lee en el acta de la audiencia de fallo lo siguiente:

> "Queda revelado entonces que el Decreto 2153 de 1992 únicamente autorizó a la SIC para interrogar bajo juramento a los testigos (Terceros), mas no a los investigados para respetar lo establecido en el artículo 33 Constitucional, pues se restringía la aplicación del principio de no autoincriminación a los asuntos penales, correccionales y de policía, criterio que posteriormente fue extendido a otro tipo de asuntos en virtud de la citada sentencia C-258 de 2011.
>
> Bajo la anterior perspectiva, resulta indudable que si bien los hechos materia de investigación fueron determinados por la SIC a través de diferentes medios de pruebas concretamente el paralelismo de precios, la responsabilidad del actor se estableció a partir de una prueba ilícita, pues la misma fue obtenida con violación del debido proceso. Ello en la medida que la supuesta "confesión del actor fue obtenida bajo juramento, cuando ello era manifiestamente improcedente. Dicha prueba de confesión, en tal caso, era nula de pleno derecho en los términos del artículo 29 inciso final C.N y, por esa razón, solo procedía excluirla al momento de imponer la sanción, toda vez que con mucha antelación había sido expedida la sentencia C-258 de 2011"[222]

En este caso, la nulidad de los actos administrativos de la demanda evidencia un control estricto por parte del juez en lo referente a los asuntos formales como lo es el del principio de la no autoincriminación.

Ahora bien, de la revisión de la sentencia, se observa que el demandante esgrimió varios argumentos, entre los que se encuentra el de la falsa motivación porque en su criterio "a) No se tuvo en cuenta por la accionada que los precios los regula el Gobierno Nacional y no se deja margen a la competencia, b) No se investigó lo desfavorable a los inculpados, particularmente que en caso de la cooperativa COOFLOTAX, para el año 2007 se tenía contrato de distribución con Shell como estación Home Base y por tanto su consumo era sólo para los propios vehículos de los asociados; c) No se tuvo en cuenta las condiciones de las empresas solidarias y se ha pretendido acabarlas, y d) Se ha observado un abuso de poder, pues desde el inicio de la investigación los investigadores mostraron un afán sancionador"[223]

Frente al cargo citado, el fallo analizado se pronunció así:

---

[222] Páginas 12 del acta de la audiencia de fallo.

[223] Páginas 7 y 8 del acta de la audiencia de fallo.

> "(…) el Despacho evidencia que en el sub examine la SIC hizo un estudio de la conducta competitiva desplegada por el demandante y procedió a imponer la correspondiente sanción basada en los hechos, las pruebas y el marco normativo aplicable al caso concreto. En su investigación la entidad demandada estableció que en el periodo comprendido entre el mes de enero de 2007 y el mes de diciembre de 2009 existió un acuerdo de precios de los combustibles, configurándose una práctica restrictiva del mercado, que genero una manipulación de los márgenes de utilidad por galón de combustible en Duitama y, concretamente, que el señor Hernando Colmenares Salamanca cohonestó con esta prédica, al ejecutar dicho acuerdo en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2007 y el 4 de mayo de 2009, fecha en que se produjo su desvinculación del cargo de Gerente de la Cooperativa du Transportadores Flotax Duitama - Cooflotax."[224]

Se aprecia de esa consideración que el fallo utiliza como argumento para desatar el cargo lo realizado por la Superintendencia en el proceso sancionatorio. Sin embargo, el fallo no confronta los estudios ni las pruebas ni las conclusiones realizadas por la autoridad de competencia con los alegatos del demandante ni con su propia apreciación de las pruebas. Esa forma de desechar el cargo de la demanda, en criterio del autor es un viso muy importante de deferencia judicial.

En efecto, en este tipo de procesos los demandantes no discuten la existencia de lo que plasmó la autoridad en las resoluciones sancionatorias por ser ello un hecho evidente e indiscutible. Lo que se discute es la validez y legalidad de las conclusiones derivadas de sus apreciaciones. En ese orden de ideas, el hecho de que la autoridad haya realizado estudios y haya esgrimido pruebas en nada ayudan a resolver el cargo de nulidad planteado en relación con la falsa motivación. De conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que se espera del juez es que confronte las conclusiones de la Superintendencia con los cargos de la demanda y con su propia apreciación de los hechos y las pruebas y que con fundamento en todo lo anterior adopte una decisión motivada.

Si el juez resuelve el caso en el mismo sentido que lo hizo la autoridad de competencia debe explicar por qué llegó a esa conclusión y por qué validó los argumentos de los actos administrativos sancionatorios en detrimento de los cargos esgrimidos en la demanda. Así mismo deberá proceder si decide anular los actos administrativos.

Se reitera, la existencia de argumentos en los actos administrativos sancionatorios no es fundamento suficiente para que los mismos superen el control judicial. Es deber del juez adentrarse en un análisis profundo de

[224] Página 8 del acta de la audiencia de fallo.

la validez y legalidad de la actuación administrativa ejerciendo incluso sus facultades probatorias oficiosas.

Finalmente, la sentencia en mención sería confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante fallo del 26 de septiembre de 2016

12. Proceso: 2013-131-00 (Anexo 53)
Juez: Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá
Instancia: Primera

El Juzgado anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la caducidad de la acción sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio:

> "Para la última época había transcurrido el término de 3 años con el que contaba la administración para imponer la sanción y en el *sub lite* operó la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, por lo que la entidad demandada actuó sin competencia por el factor temporal lo que impone su anulación."[225]

En consecuencia, luego de encontrar un error de naturaleza "formal", el Juzgado se abstuvo de estudiar los demás cargos de la demanda:

> "En cuanto los actos demandados adolecen de incompetencia y deben declararse nulos el Juzgado se halla revelado de estudiar los demás cargos y debe adelantar el estudio de las pretensiones de restablecimiento del derecho."[226]

En este caso, la anulación de los actos administrativos demandados desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es.

En lo referente a la actividad probatoria, en este caso la demanda se resolvió fundamentalmente con la comparación de lo señalado en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria.

Este fallo fue confirmado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 10 de septiembre de 2020.

[225] Página 26 de la sentencia.

[226] Página 26 de la sentencia.

13. Proceso: 2013-759-00 (Anexo 55)
Juez: Tribunal Administrativo de Boyacá
Instancia: Primera

El Tribunal anuló los actos administrativos demandados por encontrar que (i) la Superintendencia incurrió en falsa motivación al concluir que el demandante tenía posición de dominio en el mercado de comercialización de energía y que había abusado de la mismas cuando ello no fue así; (ii) que la autoridad administrativa incurrió en violación al debido proceso del demandante la quebrantar los principios de confianza legítima y buena fe por haber aprobado la conciliación de un hecho que posteriormente sancionó; (iii) que la Superintendencia vulneró el principio de proporcionalidad de la sanción al no analizar la gravedad de la falta, sus efectos, la capacidad económica del investigado, entre otros:

> "Con base en lo expuesto, la Sala concluye que el cobro de la homologación de la información de los medidores de energía calibrados en laboratorios diferentes a los de la EBSA, no constituyen de igual manera un abuso de la posición dominante, pues al ser este servicio competencia del mercado de comercialización, en el cual no tiene posición de dominante la empresa demandante, por lógica no se puede hablar de abuso si ésta no se tiene"[227]
>
> […]
>
> "De acuerdo a lo indicado considera la Sala que las sanciones pecuniarias impuestas a la EBSA S.A. E.S.P. y al señor ROOSELVELT MESA MARTINEZ, fueron desproporcionadas (…). Por el contrario, la SIC procedió a imponer las multas sin atención a estos criterios obrando a partir de suposiciones carentes de fundamentos fácticos, razón por la cual se concluye que la sanción pecuniaria desconoce el principio de proporcionalidad."[228]
>
> […]
>
> "(…) en efecto, los hechos que tuvo en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio fueron apreciados en una dimensión equivocada porque de acuerdo con el material probatorio, de modo que la realidad no concuerda con el escenario fáctico que dicha entidad supuso que

[227] Página 61 de la sentencia.

[228] Página 64 de la sentencia.

existía la tomar la decisión, circunstancia que afecta de nulidad los actos administrativos demandados.[229]

[…]

"(…) en efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio al aprobar el acuerdo y posteriormente sancionar por el mismo hecho a la EBSA S.A. E.S.P., no está actuando con respeto por el acto propio, más cuando generó en la entidad demandante expectativas de que el cobro por dicha actividad era legal, pues al permitir con su actuar que se redujeran las tarifas por ese servicio y el no tildar la conducta de anticompetitiva, creó confianza en esa entidad para seguir percibiendo por el servicio prestado"[230]

En este caso, la anulación de los actos administrativos demandados desvirtúa la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada.

Se debe señalar que en el presente caso estaban en discusión tanto asuntos técnicos relativos al régimen de competencia como asuntos formales relativos al debido proceso, y en criterio del autor la manera como se llevó a cabo el control judicial fue impecable en la medida en que el juez no se limitó a repetir los fundamentos de los actos demandados sino que los confrontó con los argumentos del demandante y a raíz de eso emprendió su propio análisis haciendo uso incluso de la facultad de solicitar pruebas de oficio[231] para entender de mejor manera los asuntos técnicos para finalmente proponer una conclusión que se encuentra ampliamente justificada en el fallo:

"Por otro lado, se hace necesario para la Sala en definir en primera medida, en qué actividad, si en distribución o comercialización tiene posición de dominio la EBSA S.A.E.S.P., por cuanto lo dicho por la Superintendencia de Industria y Comercio difiere de lo aludido por la parte demandante"[232]

[229] Página 66 de la sentencia.

[230] Página 73 de la sentencia.

[231] En la Página 37 de la sentencia se relata la prueba de oficio decretada por el Tribunal para efectos de solicitar a la CREG respuestas de carácter técnico.

[232] Páginas 40 y 41 de la sentencia.

[…]

"Lo dicho por la Superintendencia de Industria y Comercio obliga a la Sala a establecer si en efecto las actividades de homologación y registro son idénticas o si por el contrario tal como aduce la entidad demandada, estas se refieren a dos actividades totalmente disimiles"[233]

Finalmente, con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis probatorio del acto administrativo demandado, procedió a confrontar, en igualdad de condiciones, los cargos de la demanda con lo argumentado por la administración y determinó los aspectos que debía resolver de manera fundada en su valoración de las pruebas obrantes en el expediente.

Esta sentencia fue apelada y actualmente se encuentra en trámite la segunda instancia.

14. Proceso: 2016-177-00 (Anexo 59)
Juez: Juzgado Sexto Administrativo de Cali
Instancia: Primera

El Juzgado anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la caducidad de la facultad sancionatoria de la superintendencia en relación con el demandante:

"De acuerdo con los argumentos expuestos y el citado precedente jurisprudencial, en el caso concreto se presentó caducidad, por cuanto el último acto demostrado en el que participó el demandante Mira Velásquez en la ejecución de actos que tenían por objeto obstruir la importación de azúcar al país por parte de personas externas al gremio azucarero colombiano, fue del 7 de octubre de 2010, en consecuencia, la entidad tenía hasta el 7 de octubre de 2015 para notificar el acto sancionatorio de primera instancia en cuanto al demandante, lo que solamente ocurrió el 20 de octubre de ese año."[234]

En este caso, la anulación de los actos administrativos demandados evidencia un control estricto por parte del juez en lo referente a los asuntos formales como lo es el de la caducidad de la potestad sancionatoria.

---

[233] Página 52 de la sentencia.

[234] Páginas 61 y 62 de la sentencia.

Ahora bien, de la revisión de la sentencia, se observa que el demandante esgrimió varios argumentos, entre los que se encuentra el de la falsa motivación y la inexistencia de conductas continuadas, los cuales fueron resumidos por el propio fallo así:

> "Manifiesta la parte demandante en este cargo que la i) entidad contextualizó el supuesto acuerdo anticompetitivo de los investigados aduciendo la existencia de un único mercado del azúcar o un "mercado del azúcar en general", sin definir sustentadamente el mercado relevante; **en su criterio los mercados de Bolivia y de Costa Rica son diferentes**; ii) no se demostró su participación y la importancia de esta en el acuerdo de restricción, por lo que considera se le impuso una responsabilidad objetiva por su calidad de presidente de CIAMSA; iii) **No hubo una conducta continuada sino hechos aislados e inconexos** respecto de los cuales operó la caducidad; iv) la supuesta obstrucción de importación de azúcar desde Bolivia no existió porque CIAMSA se abstuvo de comprar los excedentes y no se probó la participación de los ingenios de ese país en el acuerdo; v) no participó en la supuesta conducta de obstrucción de importación de azúcar fairtrade desde Costa Rica y; vi) No hubo una adecuada dosificación de la sanción al haberse tenido en cuenta su patrimonio e ingresos."[235]

El principal asunto técnico que envuelve el cargo de falsa motivación esgrimido por el demandante es el relativo a la definición del mercado relevante y a la existencia de conductas continuadas. En relación con lo anterior, el fallo en comento se pronunció así:

> "**En la Resolución 5347 de 2012** adicionada por la Resolución 15294 de 2013 que dispuso la apertura de la investigación y pliego de cargos a las personas jurídicas y personas naturales, entre ellas al demandante, **se indicó claramente** en el numeral 7º que el mercado relacionado con los hechos objeto de investigación la "agroindustria azucarera colombiana", conformada por los mercados de "i) el de la caña de azúcar y, ii) el de azúcar como producto final e insumo industrial", describiendo el escenario conceptual que serviría de marco para la investigación y la evaluación de las conductas de los investigados en la presunta restricción de la libre competencia; **para el Despacho desde un principio la Superintendencia hizo alusión clara que las presuntas conductas violatorias del régimen de libre competencia estaban referidas al mercado del azúcar en general**.
>
> "**En ese contexto, el mercado relevante estuvo definido por el producto u objeto, en este caso el azúcar sin distinción de especies**

[235] Página 48 de la sentencia.

o clasificaciones, respecto del cual se estaban realizando presuntamente, hasta ese momento, una serie de acciones tendientes a afectar la libre competencia con restricciones u obstáculos en su importación a Colombia."[236]

[…]

"Cabe resaltar que en cuanto a la modalidad del azúcar de Costa Rica, si bien es cierto no era de aquellas que se produjera en Colombia, hecho que en principio haría pensar que toda acción para la restricción de su importación no afectaría el mercado relevante desde el punto de vista de la libre competencia, **en los actos sancionatorios acusados se expusieron argumentos** en el sentido de que las pruebas referidas al incidente con esa clase de azúcar, ponían en evidencia el objeto del acuerdo anticompetitivo de realizar restricciones y obstáculos a la importación de azúcar en general, a través de la estrategia de conocer la intención de cualquier persona u organización que pretendiera importar ese producto al país, que en este caso fue informada por la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar de Costa Rica -LAICA-, para luego establecer una suerte de visto bueno o autorización, en este caso de ASOCAÑA, para que se pudiera concretar la importación; **para el Despacho la motivación de los actos entorno a este episodio es adecuada, al haber tomado lo ocurrido con ese país como prueba del desarrollo del objeto de la estrategia anticompetitiva**, más no como demostración del efecto de la conducta por la cual finalmente se sancionó (obstruir importaciones de azúcar), lo que resulta coherente con el análisis integral de las pruebas arrimadas a la investigación."[237]

Este es un ejemplo muy evidente de la existencia de una deferencia judicial en los términos expuestos en este capítulo. El asunto técnico relevante que planteó el demandante fue la equivocación de los actos administrativos demandados al definir el mercado relevante ya que en su concepto los mercados de Bolivia y Costa Rica no eran el mismo mercado. Sin embargo, lejos de realizar un control judicial al respecto, la sentencia se dedica a parafrasear los argumentos esgrimidos en los actos administrativos para concluir que en los mismos se había definido el mercado relevante, como si el cuestionamiento fuera la inexistencia de pronunciamiento por parte de la administración sobre ese punto.

Es evidente que el fallador no confrontó los argumentos del demandante con los del acto administrativo en un plano de igualdad, ni mucho menos

[236] Ibidem.

[237] Página 49 de la sentencia

abordo el estudio del mercado relevante en el caso concreto ni definió si los mercados de Bolivia y Costa Rica eran el mismo mercado ni la incidencia de esa definición en las supuestas conductas anticompetitivas, para arribar a una conclusión propia.

En criterio del autor, la sentencia se abstiene de resolver el cargo técnico planteado por el demandante afiliándose a la postura del acto administrativo demandado sin llevar a cabo el control judicial que se le solicitó.

En el mismo sentido, lo señalado por el fallo en cuanto al argumento de inexistencia de conductas continuadas también es diciente al respecto:

> "En lo que respecta al argumento de ausencia de conducta continuada, **los actos demandados fueron prolijos en describir las pruebas de las que se evidencia la existencia de un acuerdo para impedir el ingreso de azúcar al país proveniente de Bolivia y El Salvador, periodo 2008-2010**; se menciona este periodo y estos dos países por cuanto son los eventos respecto de los cuales considera el Despacho existieron pruebas directas de la participación del demandante, precisión necesaria frente a la controversia tratada en el presente proceso."[238]

El fallo en comento no se ocupa nunca por definir que se considera una conducta continuada ni mucho menos detalla las pruebas que le sirven de fundamento para afirmar que existió un acuerdo en el periodo 2008 y 2009. Como se vio atrás, el argumento de los demandantes consistió en afirmar que no existía una conducta continuada sino unos hechos aislados e inconexos.

No obstante, el fallo desechó el cargo esquivando la confrontación del acto administrativo con los argumentos de la demanda y afirmando que en los actos administrativos había pruebas de un acuerdo restrictivo de la competencia en un periodo. La demanda no cuestionó que en el acto administrativo se describieran pruebas, se cuestionó que no se configura una conducta continuada. Para resolver ese asunto el juez debió definir que entiende por conducta continuada y definir si en el caso concreto se presentaban esos elementos. No obstante, omitió hacerlo y adhirió a la posición de la administración sin fundamento alguno.

Debe reiterarse que en este tipo de procesos los demandantes no discuten la existencia de lo que plasmó la autoridad en las resoluciones sancionatorias por ser ello un hecho evidente e indiscutible. Lo que se discute es la validez y legalidad de las conclusiones derivadas de sus apreciaciones. De conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que se

[238] Página 50 de la sentencia

espera del juez es que confronte las conclusiones de la Superintendencia con los cargos de la demanda y con su propia apreciación de los hechos y las pruebas y que con fundamento en todo lo anterior adopte una decisión motivada.

Si el juez resuelve el caso en el mismo sentido que lo hizo la autoridad de competencia debe explicar por qué llegó a esa conclusión y por qué validó los argumentos de los actos administrativos sancionatorios en detrimento de los cargos esgrimidos en la demanda. Así mismo deberá proceder si decide anular los actos administrativos.

La existencia de argumentos en los actos administrativos sancionatorios no es fundamento suficiente para que los mismos superen el control judicial. Es deber del juez adentrarse en un análisis profundo de la validez y legalidad de la actuación administrativa ejerciendo incluso sus facultades probatorias oficiosas.

Esta sentencia fue apelada y actualmente se encuentra en trámite la segunda instancia.

b. *Fallos que confirman el acto administrativo*

Como ya se indicó, lo que se pretende del análisis de los fallos que se tomaron como muestra, es determinar si se encuentran visos de deferencia judicial en los términos señalados en el numeral 4.1 de esta investigación, esto es, determinar si en el control judicial de los actos demandados el juez confronta los argumentos de la demanda con los argumentos esgrimidos por la administración tanto en la demanda como en los actos demandados, en igualdad de condiciones, y realiza el ejercicio de interpretar los hechos y las pruebas del caso para arribar a una conclusión, o si, por el contrario, se adhiere a la posición de la administración sin motivar su conclusión y/o sin resolver adecuadamente los cargos planteados por la demanda.

Así las cosas, a continuación, se presenta el análisis de las 46 sentencias que negaron las pretensiones de la demanda:

1. Proceso: 2010-291-01 (Anexo 1)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda desechando los cargos allí expuestos. El demandante alegó que no se demostró el acuerdo de precios en la modalidad de paralelismo consciente por el que fue sancionado criticando los análisis de la autoridad administrativa ya que (i) no existió paralelismo en los precios; (ii) la Superintendencia se equivocó en los precios que adoptó para realizar su análisis; (iii) los valores analizados por la autoridad administrativa no tuvieron incidencia en los precios ofrecidos

a los consumidores; (iv) no se probó el elemento consciente del paralelismo; (v) no existió acuerdo de repartición de mercados[239].

En relación con el argumento según el cual no se demostró el acuerdo de precios, luego de describir las normas correspondientes, el fallo se dedicó a transcribir las consideraciones de los actos demandados así:

> "Al estudiar el acervo probatorio y al revisar la Resolución No. de 4 de diciembre de 2008 (…) se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio indicó los siguientes fundamentos fácticos[240]:
>
> […]
>
> "en lo referente a la valoración del material probatorio (…) se extrae[241]:
>
> […]
>
> "Gráficas de las que se colige que hubo un estudio serio del mercado por lo que no se evidencia omisión o incorrecta apreciación de las mismas"[242]
>
> […]
>
> "De lo citado se infiere que los movimientos presentados en la venta y precio del cemento para el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2005, son indicios de un acuerdo entre la parte actora y otros productores, en el valor del mismo y de la repartición en la venta en el país, toda vez que año a año se mantuvo el porcentaje de ventas similar entre los fabricantes, es decir, no varió su participación, circunstancia que no es normal en un mercado de libre competencia"[243]
> […]
>
> "De lo anterior se colige que existió una actuación de equilibrio entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM, lo cual explicó la estabilidad del comportamiento de las participaciones de mercado de estas empresas,

[239] Páginas 6 a 10 de la sentencia

[240] Página 17 de la sentencia

[241] Página 19 de la sentencia

[242] Página 20 de la sentencia

[243] Páginas 22 y 23 de la sentencia

evidenciado en los últimos años y particularmente en el periodo investigado[244].

Este fallo es un ejemplo claro de deferencia judicial en los términos señalados en el presente capitulo. Es evidente que el fallador no confrontó los argumentos del demandante con los del acto administrativo en un plano de igualdad, ni mucho menos abordó el análisis que le correspondía sobre la existencia del paralelismo consciente para posteriormente arribar a una conclusión propia.

En criterio del autor, la sentencia se abstiene de resolver el cargo técnico planteado por el demandante afiliándose a la postura del acto administrativo demandado sin llevar a cabo el control judicial que se le solicitó. Su único argumento fue citar los actos administrativos demandados y adherirse a los mismos sin ningún sustento.

Nótese que en la sentencia no se hace referencia a prueba técnica alguna que se haya practicado en el proceso judicial o que haya analizado el juzgador para efectos de arribar a sus conclusiones.

La existencia de argumentos en los actos administrativos sancionatorios no es fundamento suficiente para que los mismos superen el control judicial. Es deber del juez adentrarse en un análisis profundo de la validez y legalidad de la actuación administrativa ejerciendo incluso sus facultades probatorias oficiosas, lo cual evidentemente no ocurrió en la sentencia analizada.

Este fallo fue confirmado en segunda instancia mediante sentencia del 14 de junio de 2018 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, el cual se analizará más adelante.

2. Proceso: 2008-137-01 (Anexo 4)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

El Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

El caso objeto del fallo en comento hace referencia a la solicitud de nulidad de una sanción impuesta por la Superintendencia porque el demandante inobservó una orden de la autoridad administrativa. En consecuencia, el proceso no aborda aspectos técnicos relacionados con prácticas restrictivas de la competencia y, por ende, no aplica para efectos de determinar la

[244] Página 23 de la sentencia

existencia de visos de deferencia judicial, tal como ha sido planteado en la presente investigación.

Finalmente, el asunto abordado por la sentencia es de mero derecho y se observa que el Consejo de Estado resolvió el caso esgrimiendo su posición jurídica a partir de la confrontación de los argumentos de la demanda y los actos administrativos demandados.

3. Proceso: 2010-291-01 (Anexo 7)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

Este fallo resuelve la apelación presentada por el demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la que se hizo referencia en el numeral 1 del presente acápite, por lo que el demandante reiteró los argumentos esgrimidos en contra de los actos administrativos y en relación con la sentencia de primera instancia afirmó, según el Consejo de Estado que:

> "(…) la sentencia apelada no analizó ninguno de los argumentos propuestos con la demanda. Que, por el contrario, se limitó a copiar las consideraciones de los actos acusados, analizando cargos que ni siquiera fueron propuestos"[245].

En virtud de lo expresado líneas atrás, el autor coincide con el apelante como quiera que la ausencia de control judicial fue evidente.

Ahora bien, en relación con los cargos de fondo, el Consejo de Estado decidió desecharlos replicando los defectos que se evidenciaron en el numeral 1 pluricitado. En efecto, en relación con la caducidad de la potestad sancionatoria, el Consejo de Estado afirmó:

> "Al revisar los antecedentes administrativos del caso, la Sala advirtió que Holcim y Argos manifiestan que la última alza de precios del cemento se produjo el 26 de diciembre de 2005. Cemex, por su parte, indicó que el intercambio de información no demuestra que el 31 de diciembre de 2005 estuviera vigente algún tipo de acuerdo de repartición del mercado.
>
> "En los actos demandados, **la SIC estudió y sancionó las gestiones desplegadas por las cementeras entre el 1º de junio y el 31 de diciembre de 2005**. Y**, por ende, la Sala considera que es el 31 de diciembre la fecha que debe tomarse como referencia de la**

[245] Página 13 de la sentencia.

> **<u>comisión del último acto materia de sanción</u>**, habida cuenta que la demandante no logró acreditar otra."[246]

Es claro que el Consejo de Estado no explicó por qué adoptó la fecha que adoptó la Superintendencia sobre la fecha que argumentó el apelante en la demanda. No existe en el fallo análisis o argumento alguno que soporte esa decisión, por lo que para los efectos de esta investigación no cabe duda de la existencia de deferencia judicial a favor de la administración. ¿Por qué el juez no adoptó la fecha sugerida por el demandante? ¿qué objeto tiene el control judicial si el argumento para adoptar una decisión es que a la misma conclusión arribó el acto de la administración que se controla?

Para desechar el cargo de indebida valoración, la sentencia en comentó afirmó lo siguiente:

> "la Sala advierte que **<u>los actos demandados, al estudiar el caso concreto, sí valoraron los antecedentes administrativos</u>**, en particular, los indicios sobre la existencia de acuerdos de repartición de mercados y de asignación de cuotas de producción, que incidían en el comportamiento de los precios, la afectación de la oferta y de las ventas del cemento gris a nivel nacional, analizando, entre otros, los elementos materiales probatorios que a continuación se relacionan (…).
>
> "Sobre el particular, **<u>la SIC efectuó una descripción</u>** del comportamiento del cemento gris portland tipo 1, en relación con las empresas Argos Cemex, Holcim y Andino y advirtió la escasez del producto, la afectación de la oferta del cemento y las inclinaciones de los precios y de las ventas, lo que consideró un indicio encaminado a manipular la situación del mercado.
>
> "A continuación, **<u>en los actos demandados se valoraron los estudios económicos aportados por los demandantes</u>**, en concreto, los informes econométricos elaborados por Fedesarrollo. No obstante, fueron desechados porque no se había justificado teóricamente la elección de las variables utilizadas para el estudio y, además, porque no se probó la significancia conjunta de los modelos, que permitiera verificar si el modelo escogido era estadísticamente significativo."[247]

De nuevo es evidente que el cargo sobre la indebida valoración probatoria del que el demandante acusa a los actos administrativos demandados no puede solucionarse remitiendo al usuario de la justicia a lo que afirmó la autoridad de competencia en las resoluciones sancionatorias, tal como lo

[246] Páginas 21 y 22 de la sentencia

[247] Páginas 24 a 26 de la sentencia.

hace el fallo en comento. Para verificar si hubo una indebida valoración, era deber del juez acometer la tarea de analizar por sí mismo las pruebas de la actuación administrativa para determinar si los argumentos de la demanda tenían asidero. No obstante, ello no ocurrió y al remitirse a lo señalado por la superintendencia, el control judicial se auto restringió en favor de la administración.

Al igual que en primera instancia, el Consejo de Estado tampoco hizo referencia a ninguna prueba técnica ni mucho menos hizo uso de su potestad de decretar pruebas de oficio.

Adicionalmente, llama la atención que el juez que terminó desatando este asunto fue la Sección Quinta del Consejo de Estado, sección que se dedica a temas electorales y cuyo conocimiento en materia de prácticas restrictivas de la competencia es discutible.

4. Proceso: 2010-305-02 (Anexo 8)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

El fallo revoca la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de diciembre de 2012 en virtud de la cual se habían anulado los actos administrativos demandados en virtud de la caducidad de la potestad sancionatoria.

En este caso el demandante impugnó los mismos actos administrativos que fueron objeto de las sentencias señaladas en los numerales 1, 3 y 5 del presente acápite y 1 del acápite anterior y, además, al resolver el caso el Consejo de Estado transcribe literalmente los fundamentos de la sentencia No. 3 mencionada para arribar a sus conclusiones:

> "En los actos demandados, **la SIC estudió y sancionó** las gestiones desplegadas por las cementeras entre el 1º de junio y el 31 de diciembre de 2005. **Y, por ende, la Sala considera** que es el 31 de diciembre la fecha que debe tomarse como referencia de la comisión del último acto materia de sanción."[248]
>
> […]
>
> "Al respecto, al Sala advierte que **los actos demandados, al estudiar el caso concreto, sí valoraron los antecedentes administrativos**, en particular, los indicios sobre la existencia de acuerdos de repartición de mercados y de asignación de cuotas de producción, que incidían en el comportamiento de los precios, la afectación de la oferta y de las

[248] Página 22 de la sentencia.

ventas del cemento gris a nivel nacional, analizando, entre otros, los elementos materiales probatorios que a continuación se relacionan (…)

[…]

"Sobre el particular, **la SIC efectuó una descripción** del comportamiento del cemento gris portland tipo 1, en relación con las empresas Argos Cemex, Holcim y Andino y advirtió la escasez del producto, la afectación de la oferta del cemento y las inclinaciones de los precios y de las ventas, lo que consideró un indicio encaminado a manipular la situación del mercado.

"A continuación, **en los actos demandados se valoraron los estudios económicos aportados por los demandantes**, en concreto, los informes econométricos elaborados por Fedesarrollo. No obstante, fueron desechados porque no se había justificado teóricamente la elección de las variables utilizadas para el estudio y, además, porque no se probó la significancia conjunta de los modelos, que permitiera verificar si el modelo escogido era estadísticamente significativo."[249]

En virtud de lo anterior, las consideraciones sobre deferencia esgrimidas en relación con la sentencia No. 3, son plenamente aplicables a la analizada en el presente numeral.

5. Proceso: 2010-334-01 (Anexo 9)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

El fallo revoca la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de diciembre de 2012 en virtud de la cual se habían anulado los actos administrativos demandados en virtud de la caducidad de la potestad sancionatoria.

En este caso el demandante impugnó los mismos actos administrativos que fueron objeto de las sentencias señaladas en los numerales 1, 3 y 4 del presente acápite y 1 del acápite anterior.

En relación con la caducidad, el fallo en comento hace suya la consideración esbozada en los fundamentos de la sentencia No. 3 mencionada para arribar a sus conclusiones:

"Nótese entonces, que habiéndose definido ya por esta Sección que, en el presente caso, de forma atinada, "**la SIC estudió y sancionó las gestiones desplegadas por las cementeras entre el 1º de junio y el**

[249] Páginas 29 a 31 de la sentencia.

> **31 de diciembre de 2005. Y, por ende, que es el 31 de diciembre la fecha que debe tomarse como referencia de la comisión del último acto materia de sanción**", de plano denota que para el momento en que se notificó la decisión a la parte demandante, esto es, el 30 de diciembre de 2005, no había fenecido el término de tres años, necesario para predicar la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC."[250]

Ahora bien, en relación con el cargo de falsa motivación, la sentencia a la que se hace referencia señala que ya existen pronunciamientos que decidieron la legalidad de la sanción impuesta por la Superintendencia y cita las sentencias a las que se hizo referencia en los numerales 3 y 4 de este acápite[251]:

> "En este sentido, **debe reseñarse es que en relación con la actuación administrativa que ahora se refuta, esta Sección ya ha concluido frente a los demás investigados, que la decisión sancionatoria de la SIC deviene atinada y conforme a derecho**, en la medida que se consideró que efectivamente se encontraban probadas las prácticas restrictivas de la competencia endilgadas por la autoridad administrativa, en el mercado de producción y venta de cemento Portland Gris Tipo I ensacado en el territorio Colombiano, relativas a la existencia de acuerdos para la fijación de precios y para la repartición de mercados, entre junio a diciembre de 2005, sin que las acusaciones de los demandantes enervaran la legalidad de los actos administrativos enjuiciados"[252]

Como quiera que para resolver el tema de la caducidad y para establecer en un primer momento la legalidad de los actos administrativos demandados la sentencia cita dos fallos que de conformidad con el análisis realizado en los numeraesl 3 y 4 del presente acápite son una clara manifestación de la deferencia judicial, en criterio del autor, este fallo también adolece de aquella falencia.

No obstante, a continuación, la sentencia manifestó que en adición a la referencia realizada, estudiaría los cargos puntuales elevados por el demandante en el proceso particular, razón por la cual se emprenderá su análisis para determinar si tiene visos de deferencia judicial.

---

[250] Página 40 de la sentencia.

[251] Consejo de Estado – Sección Quinta, sentencia del 21 de junio de 2018, C.P. Alberto Yepes Berreiro, Rad. 25000-23-24-000-2010-00305-02. Demandante HOLCIM S.A. y otros. Consejo de Estado – Sección Quinta, sentencia del 14 de junio de 2018, C.P. Alberto Yepes Berreiro, Rad. 25000-23-24-000-2010-00291-01. Demandante CEMEX COLOMBIA S.A.

[252] Página 52 de la sentencia.

En relación con el cargo relativo a la indebida valoración probatoria[253], el Consejo de Estado afirmó:

> "Al respecto, la Sala evidencia una consideración aislada en relación con un dato contenido en la resolución de apertura la cual claramente no constituye el pronunciamiento definitivo de la investigación al momento de determinar la estabilidad de precios. De igual manera, se debe tener en cuenta que **el comportamiento del precio del cemento gris Portland tipo 1, definido en los actos demandados, fue el resultado de la construcción de la SIC de conformidad con diferentes fuentes, entre ellas la información que fue suministrada por las mismas investigadas , aspectos que denotan que el aparte de la declaración citada por el demandante no desvirtúa por si sola las conclusiones de la SIC, ni el sentido de los actos administrativos demandados**
>
> .
>
> "En tales términos, NO es cierto que la SIC haya ignorado elementos de prueba determinantes para la decisión, pues **los testimonios aludidos por el demandante no desvirtúan el análisis del material probatorio que en conjunto fue analizado por la SIC**, al momento de definir la comisión de prácticas restrictivas de la competencia por parte de los demandantes."[254]

Sobre el cargo relativo a la valoración fragmentada de las pruebas en la que incurrió la Superintendencia[255], luego de hacer referencia a los testigos dijo el Consejo de Estado:

> "(…) encuentra la Sala que **el testigo presenta simplemente hipótesis, no concluyentes**, en tanto, por una parte señala que **no hay elementos suficientes para sacar una conclusión definitiva** de lo que pasa el periodo materia de investigación y sin embargo, parece teorizar

[253] En el proceso el argumento esgrimido por el demandante fue resumido por la sentencia (Página 15) así:

> "Así, señaló que se generó una valoración incompleta del acervo probatorio, puesto que necesariamente debe existir conexidad entre lo probado y lo decidido por lo que al omitir o no tener en cuenta elementos de prueba que de haber sido tomados cambiarían el sentido de la decisión, además de quebrantar el debido proceso, adujo que se comportó una violación ostensible de la normativa previamente citada, en relación con las siguientes pruebas"

[254] Página 67 de la sentencia.

[255] En el proceso el argumento esgrimido por el demandante fue resumido por la sentencia (Página 16) así:

> "Finalmente, el demandante acusó la supuesta valoración fragmentada del acervo probatorio recaudado en la investigación, configurando una violación del artículo 187 del CPC, ya que además de las pruebas omitidas por la SIC, en el acervo probatorio de la actuación se encontraban elementos adicionales, que, si bien se tuvieron en cuenta, fueron valorados de manera fragmentada incompleta, como se explica a continuación:"

(al señalar que no resulta sorprendente), que el comportamiento correspondiera a una escaramuza, situación que **en nada desvirtúa el resultado del análisis probatorio presentado en conjunto por la SIC** al momento de definir la existencia de las conductas anticompetitivas reprochadas en este caso"

"(…) encuentra la Sala que la testigo **en este caso también presenta simplemente hipótesis, y en todo caso no descarta la presencia de la colusión acusada por la SIC** en tanto simplemente señala que no es "capaz" de decir que este sea un indicio definitivo, ni tampoco se atreve a hablar de una conducta coordinada de ARGOS en este caso, **lo cual de manera alguna puede interpretarse como un elemento probatorio contundente**"[256]

Al resolver ambos cargos, llama la atención que la sentencia (i) realiza negaciones indeterminadas para desvirtuarlos y (ii) adhiere a las conclusiones de los actos administrativos demandados sin explicar los argumentos que tiene para ello.

En efecto, la sentencia señala que los testimonios aludidos por la demanda no desvirtúan las conclusiones de la Superintendencia, pero no explica por qué arriba a esa conclusión, se limita a formular negaciones indefinidas que no permiten evidenciar si el fallador confrontó el argumento de la demanda con los de los actos administrativos.

En un escenario en donde la demanda tiene una postura y el acto administrativo sostiene otra contraria, la negación indefinida del juez en relación con alguna de las posturas no constituye motivación alguna. Si el juez se inclina por alguna de las posturas deberá justificar su decisión explicando las razones que lo llevaron a ello, tal como lo exige el ordenamiento jurídico.

Es más, si se le pregunta a cualquier lector del fallo en comento las razones por las cuales la sentencia desechó la teoría de la demanda en relación con la indebida valoración y la valoración fragmentada de las pruebas, la única razón que podría referenciar es una sola: porque no.

Lo que se esperaba del juez administrativo en este aspecto era que por lo menos explicara por qué la valoración probatoria de la Superintendencia no fue indebida ni fragmentada y por qué ello no afectó las conclusiones de los actos administrativos demandados, como lo sostiene la demanda.

[256] Páginas 68 y 69 de la sentencia.

Por su parte, para resolver el cargo de falsa motivación esgrimido en la demanda[257], la sentencia señaló:

> "En este sentido, teniendo en cuenta la pluralidad de acusaciones que sobre este punto se realizan, se **estima pertinente revisar los términos en los que fue definido el mercado relevante por la SIC**, quien al interior de la Resolución 51694 de 2008 precisó lo siguiente:[258]
>
> […]
>
> "Conforme con lo anterior, **es evidente que la definición del mercado geográfico en el ámbito nacional no resultó caprichosa**, **en la medida que el análisis efectuado por la SIC se fundó** en material probatorio y datos e información que, según se consigna en los actos demandados **y no fue desvirtuado por los demandantes**, fueron aportados por las entidades investigadas, entre ellas ARGOS, y que permitía establecer, entre otras cosas, que sin perjuicio de los costos de transporte, las plantas de los investigados abastecieron en el año 2005 a regiones distantes a la zona en la que cada una de las plantas se encontraba ubicada."
>
> "**Nótese además que la SIC, analizó** aspectos como la distribución del destino de la producción generada por cada una de las empresas cementeras investigadas en el año 2005, determinando la venta en diferentes volúmenes en las diferentes zonas del territorio nacional.
>
> […]
>
> "Aunado a lo anterior, **no se encuentran evidencias que soporten las alegaciones del demandante** y que permitan desvirtuar el análisis de mercado construido con fundamento en la información aportada, como ya se dijo, inclusive por el mismo ARGOS, ni tampoco prueba que permita definir que contrario a lo determinado por autoridad administrativa, el hecho de que el precio final del producto no resulte

[257] En el proceso el argumento esgrimido por el demandante fue resumido por la sentencia (Página 18) así:

> "(…) la parte actora señaló que las consideraciones de la SIC acerca de las características y la estructura del mercado del cemento gris en Colombia, así como también las conclusiones de esa entidad en relación con el movimiento de precios que se registró durante el periodo investigado, no corresponden a la realidad, además que, a juicio del actor, la demandada incurrió en serios errores en el análisis de racionalidad económica de las conductas que desarrolló en el mercado entre los años 2000 a 2005, de tal suerte que los motivos en los que se fundamentan las providencias objeto de la demanda no corresponden a la realidad y, por consiguiente, que los actos administrativos impugnados están viciados de nulidad."

[258] Página 69 de la Sentencia.

idéntico en las diferentes zonas del país, establezca además la existencia de mercados regionales diferentes, independientes y que impidan el estudio de las conductas investigadas en el ámbito del mercado del cemento a nivel nacional"[259]

Del mismo modo, la argumentación del fallo para desechar los argumentos sobre falsa motivación gira en torno a transcribir las consideraciones del acto administrativo demandado. Sin embargo, teniendo en cuenta que lo que discute el demandante es que esas consideraciones transcritas no se ajustan a la realidad por los fundamentos esgrimidos en la demanda, lo que se evidencia es que la sentencia adhiere a la postura de la Superintendencia sin justificar su posición ni las razones por las cuales no consideró procedentes los argumentos de la demanda

La sentencia no confrontó los argumentos de la demanda con los del acto administrativo demandado, ni mucho menos realizó un análisis propio de la situación para arribar a una conclusión. Simplemente la sentencia manifestó que el demandante no desvirtuó las conclusiones del acto demandado, pero nunca explico por qué.

A las mismas conclusiones se arriba si se observa la manera como la sentencia resolvió los argumentos relativos a la inexistencia de repartición de cuotas de mercado, la variación importante de los precios en el periodo 2004 – 2005, el comportamiento bajo racionalidad de mercado adoptado por el demandante y la ausencia del elemento consciente del paralelismo, pues la constante es que la sentencia parafrasee el acto administrativo sancionatorio y afirme que el mismo no se logró desvirtuar, sin realizar una confrontación de cargos ni un análisis propio que le permita llegar a una conclusión:

"(…) encuentra la Sala que los fundamentos de la sanción impuesta a los demandantes por la participación en un acuerdo de repartición del mercado del cemento gris portland tipo I, durante el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2005, **no fue desvirtuado por la parte demandante** en la medida que:

En relación con la acusación descrita en el numeral 1.1.3.3.2.1., ya ha quedado establecido que **no existen elementos para reprochar que la SIC haya definido el mercado geográfico en el ámbito nacional**, por lo que las apreciaciones de la demandante en torno a la necesidad de un análisis del mercado en el ámbito regional y **las conclusiones hipotéticas que en tal sentido considera el demandante se presentarían, en nada sirven para desvirtuar las conclusiones contenidas en los actos administrativos demandados**, por cuanto

[259] Páginas 71 y 72 de la sentencia.

estos se remiten directamente al estudio de evidencias en el marco de un mercado nacional."

"(…) en relación con la acusación descrita en el numeral 1.1.3.3.2.2., que admite el escenario del mercado geográfico en el orden nacional, señalando que, en el agregado nacional de participación de los productores de cemento, se aprecian cambios significativos en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2005, **basta con señalar que la SIC, conforme con la información y pruebas obrantes en el expediente, que no han sido desvirtuadas por los demandantes, concluyó que:**"[260]

[…]

"Lo mismo sucede, en relación con la acusación descrita en el numeral, 1.1.3.3.3.2., que no permite tener por cierto que las decisiones de precios que ARGOS tomó durante el periodo investigado, lejos de ser el fruto de una colusión con sus competidores, resulten perfectamente racionales desde el punto de vista económico ya que el demandante no cuenta con elementos probatorios que permitan desvirtuar el elemento consciente de la conducta que fuera definido por la SIC y que en todo caso resulta atinado según se estudia a continuación:[261]

[…]

"En efecto, se tiene que en la Resolución No 51694 de 2008 efectúo, entre otras cosas, las siguientes consideraciones que se estima necesario citar a continuación en extenso:[262]

[…]

"Aunado a lo anterior, la Resolución No 51694 de 2008 efectúo, entre otras, las siguientes consideraciones en desarrollo con el análisis de la conducta de acuerdo repartición de mercado:[263]

[…]

"Frente a lo anterior, **considera la Sala que del análisis efectuado por la SIC en los actos administrativos demandados, se concluye**

[260] Páginas 73 y 74 de la sentencia

[261] Página 81 de la sentencia.

[262] Página 82 de la sentencia.

[263] Página 83 de la sentencia.

que en el presente caso se recaudaron y analizaron diferentes medios de prueba que, en conjunto, daban cuenta del elemento consciente necesario para definir la existencia de los acuerdos restrictivos de la competencias por los que se investigó y sancionó a los demandantes, aspecto que para la Sala resulta admisible, en la medida que si bien no se descarta la existencia de pruebas que de manera individual resulten irrefutables al momento de sustentar la existencia de este tipo de prácticas restrictivas, es apenas lógico que en estas investigaciones, la autoridad de competencia se vea avocada a recaudar y analizar diferentes medios de pruebas que solo analizados de manera conjunto permitan develar las existencia de conductas anticompetitivas que, de otra forma, podrían disfrazarse como comportamientos normales de mercado"[264]

La Sala llega a la mayoría de sus conclusiones a partir "del análisis efectuado por la SIC", no a partir de sus propios análisis de confrontación de los argumentos de la demanda ni del material probatorio.

En virtud de lo anterior, en este fallo se evidencian grandes visos de deferencia judicial.

6. Proceso: 2016-1340 (Anexo 10)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda. Aun cuando de su lectura no se evidencian *prima facie* visos de deferencia, pues con independencia del sentido de sus conclusiones, se observa que el juez confrontó todos y cada uno de los argumentos de la demanda con los argumentos del acto administrativo sancionatorio y arribó a la conclusión que reflejó en el fallo, tal como se desprende de su lectura. Se pudo identificar un defecto relativo a la resolución del cargo de caducidad.

Al respecto, según la propia sentencia, el demandante argumentó lo siguiente:

"(…) la Superintendencia no tuvo en cuenta (…) pruebas que permiten determinar que la conducta continuada alegada por la demandada en verdad fue suspendida, por cuanto en dichas pruebas se demuestra que la actora manifestó su desacuerdo con la compra de azúcar a Bolivia así como también desconoció que los correos de 6, 19 y 21 de mayo de 2011, no fueron conocidos por la misma, por lo que tampoco se

[264] Página 85 de la sentencia.

obstruyeron importaciones del Salvador, Costa Rica y Guatemala ni de ningún otro país (…)"[265]

Frente a ese cargo, la sentencia resumió la posición de la Superintendencia de la siguiente manera:

"(…) afirma la demandada que en el caso analizado se logró determinar que las conductas ejecutadas por los investigados, entre ellos la demandante (…) son de carácter continuado, permanente o de tracto sucesivo al no haberse consumado en un único momento de forma instantánea, sino que se desarrollaron a través de varios actos sucesivos en el tiempo"[266]

Para resolver el cargo la sentencia señala:

"Del contenido de la Resolución No. 103652, se tiene que para efectos de la determinación de la caducidad la Superintendencia tuvo en cuenta como último hecho generador de colusión el mes de julio de 2011 en el que se proyectó iba a ponerse en funcionamiento CIAMSA INTERNACIONAL, así como en el que se hizo la compra de azúcar "fair trade""

"No obstante, encuentra la Sala que dicho proyecto continuaba en etapa de ejecución para el 24 de noviembre de 2011, de conformidad con lo descrito en el correo electrónico remitido por el Jefe de Planeación y Evaluación Económica de CIAMSA, en la que informa el estado de seguimiento de dicho proyecto y que no se encuentra en qué momento se suspendió el mismo, por lo que se determina que la conducta contraria a la libre competencia es continuada y no se determinó que la misma hubiere cesado"[267]

Como se puede advertir, la sentencia analizada aparentemente resolvió el cargo sobre la caducidad y concluyó que la conducta por la cual se sancionó al demandante era continuada porque en su criterio no se sabe en qué momento se suspendió el último hecho constitutivo de la misma.

No obstante, el fundamento del cargo planteado por el actor era diferente. Exigía que, en primer lugar, se definiera qué es lo que debe entenderse por una conducta continuada; en segundo lugar, que se determinara si los distintos hechos en los que se fundó la sanción contra el demandante constituyen una conducta continuada y, en tercer lugar, que se determinara

[265] Página 52 de la sentencia.

[266] Página 50 de la sentencia.

[267] Páginas 53 y 54 de la sentencia.

si en relación con cada uno de los hechos en los que se fundó la sanción había pruebas que permitieran vincular al demandante.

El análisis de la sentencia arroja que el juez resolvió el cargo en mención sin llevar a cabo las anteriores actividades y su conclusión coincidió con la posición del acto administrativo demandado.

En este caso, en criterio del autor, se evidencia una deficiente resolución de uno de los cargos de la demanda que favoreció la posición jurídica de la administración, quien, gracias al error de interpretación de la sentencia, no fue objeto de control judicial en ese aspecto particular

Finalmente, este proceso se encuentra en trámite de segunda instancia ante el Consejo de Estado.

7. Proceso: 2006-916-01 (Anexo 13)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirmó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de marzo de 2012, que negó las pretensiones de la demanda.

Frente al argumento de la demanda según el cual la uniformidad de precios era resultado de diversos factores como bajos márgenes de rentabilidad, la existencia de un contingente de importaciones de arroz, el mercado relevante, entre otros, la sentencia señaló:

> "lo que observa la Sala es que la recurrente no controvirtió la coincidencia en los precios del arroz paddy verde, por el contrario, acepta tal circunstancia, y lo que arguye sobre el particular es que el fenómeno de uniformidad obedeció a otros factores tales como bajos márgenes de rentabilidad, la existencia de un contingente de importaciones de arroz, el mercado relevante en el territorio nacional, la incidencia de la existencia de inventarios, la intervención del estado en los procesos de compras de arroz, la existencia de los comités de compra en cada molino, la estacionalidad de la cosecha en el centro del país, y el poder de negociación de los agricultores, **aspecto todos estos, estudiados y resueltos por la Superintendencia y respecto de las cuales tampoco logró demostrar su ocurrencia a fin de que se desvirtuara la presunción de legalidad de los actos enjuiciados por falsa motivación**"

Por su parte, en la conclusión de la sentencia el juez expresa lo siguiente.

> "**El estudio efectuado por la SIC acerca del comportamiento de los molinos sancionados, entre ellos, de UNIARROZ, se encuentra**

razonable, puesto que no es explicable que una empresa como la demandante, que compite en el mercado por el abastecimiento de materia prima, y que tiene requerimientos y posibilidades distintas a las demás, mantenga uniformes los precios por más de ciento ochenta (180) días; puesto que, aun cuando el precio de un producto puede presentar tendencias en una misma dirección, tal circunstancia no conduce necesariamente a que el precio sea único dado que, de acuerdo con la información que las mismas sociedades investigadas suministraron durante la actuación administrativa, los niveles de inventario y la consiguiente necesidad de abastecimiento, los márgenes de rentabilidad esperados, la capacidad de producción, almacenamiento y los gastos de personal son disímiles en una u otra empresa"[268]

[…]

"Es claro **para la Sala que los actos estuvieron debidamente motivados, pues los supuestos fácticos que tuvo presente la SIC para imponer la sanción se sustentaron en la parte motiva de las decisiones censuradas**, **al tiempo que las razones jurídicas tuvieron pleno respaldo normativo, de modo que la acusación de falsa motivación en la que funda la demanda y el recurso de apelación la sociedad UNIARROZ no tiene vocación de prosperar.**"[269]

Si bien la sentencia en varios de sus apartes realiza la confrontación de los argumentos de la demanda con los de los actos administrativos demandados y elabora conclusiones a partir de sus propios razonamientos, los apartes citados denotan un viso de deferencia judicial.

En efecto, la primera cita denota que la sentencia desecha los argumentos de la demanda que resumió con el argumento según el cual la autoridad administrativa se ocupó de ellos en el acto administrativo sancionatorio. Por su parte, en la segunda cita, el falló señala que no se presenta la falsa motivación porque las resoluciones sancionatorias sustentaron los supuestos fácticos utilizados para imponer la sanción y las razones jurídicas esgrimidas tienen respaldo normativo.

Como ya se ha señalado a lo largo del presente documento, se considera que esos razonamientos son visos de deferencia por que parten de un supuesto errado: si el acto administrativo demandado tiene justificaciones y desarrolla los temas, no se configura la falsa motivación. Ese presupuesto implica que, por el solo hecho de existir, los argumentos de los actos demandados son correctos lo cual no puede concluirse sin hacer una

[268] Páginas 33 y 34 de la sentencia

[269] Páginas 35 y 36 de la sentencia.

revisión integral de los mismos, de acuerdo a lo planteado en las respectivas demandas.

No puede olvidarse que, tal como lo señala la sentencia, la falsa motivación se presenta cuando "se constata una discordancia entre las razones expresadas y la realidad de las cosas, bien porque ésta se falsea, se distorsiona o se ignora" o cuando "el ente administrativo realiza una equivocada lectura o interpretación jurídica de esa realidad o invoca un fundamento jurídico discordante, irreal o que no existe". Así las cosas, la sola existencia de argumentos o interpretaciones no desvirtúan la configuración de la falsa motivación. Lo que la desvirtúa es la verificación de que esos argumentos o interpretaciones son reales, no están distorsionados, no ignoran la realidad de las cosas, no son malas interpretaciones, entre otras.

Es por ello que, ante un ataque consistente en falsa motivación, lo que se espera del juez administrativo es que confronte los argumentos de la demanda con los de los actos administrativos demandados y concluya si en virtud de ellos se presenta o no la falsa motivación, si el razonamiento de la administración es adecuado. Pero lo que no puede ocurrir es que la mera existencia de una sustentación de las resoluciones conlleve el rechazo de los argumentos de la demanda pues en ese caso se estaría en presencia de una auto restricción del control judicial en favor de la administración, situación que no se contempla en el ordenamiento jurídico colombiano.

8. Proceso: 2007-102-02 (Anexo 14)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

El fallo confirma la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de mayo de 2012 que negó las pretensiones de la demanda.

De las consideraciones de la sentencia objeto de análisis, se evidencia que existen visos de deferencia judicial al resolverse el cargo de la apelación que acusaba a la sentencia de primera instancia de no haber analizado los cargos primero y tercero de la demanda[270] y de limitarse a copiar la postura de la autoridad administrativa. El cargo primero de la demanda, según la sentencia que se analiza, consistió en el cuestionamiento sobre la

[270] El cargo en comento es resumido por la sentencia en su Página 24, sí:

> "Arguyó que el Tribunal no estudió los cargos primero y tercero de la demanda y que se limitó a hacer con "copy and paste" del análisis efectuado por la SIC en los actos acusados. Para ilustrar su afirmación resumió los argumentos expuestos en cada uno de los citados cargos y el consiguiente análisis del Tribunal."

valoración de las variables económicas que realizaron los actos administrativos demandados[271]. Al respecto el fallo señaló:

> "10.1.1. El primer cargo de la demanda estuvo dirigido a afirmar que la SIC no había valorado las pruebas aportadas con el rigor suficiente y que ello había dado lugar a la expedición de los actos que se enjuician. Al respecto, **lo que observa la Sala es que** tal aseveración es apenas un señalamiento general sobre la presunta ausencia de ponderación de elementos probatorios y que, contrario a lo dicho, al respecto el **Tribunal sí se pronunció, es más, lo hizo de forma expresa,** veamos:
>
> "Al estudiar el acervo probatorio y al revisar la Resolución No. 22625 de 15 de septiembre de 2005 (Fls.17-76 del Cdno. de anexos de demanda) **se observa, que la Superintendencia de Industria y Comercio hizo una valoración apropiada de las pruebas, por lo que no se evidencia omisión o incorrecta apreciación de las mismas, afirmación que se sustenta en: la SIC llevo** a cabo un análisis en bases reales aportadas por las sancionadas y la administración respecto a los precios ofrecidos a los agricultores y las variables que lo determinaron, evidenciándose un paralelismo consciente en los valores, tal y como se expresó en la resolución sancionatoria a folios 35 a 71 del Cdno de anexos de demanda., donde hace relación a la correspondencia de los precios con los movimientos de demanda, estudia la estacionalidad de la cosecha, la expectativa de escases del arroz paddy verde, la negociación de cosechas por parte de los agricultores, la inelasticidad de la oferta y la concentración de la demanda, todos estos análisis de los que concluyó, que la simetría de los precios, tiempos y movimientos se efectuaron en una coordinación deliberada de las sancionadas."[272] .

El argumento de primera instancia prohijado por la sentencia del Consejo de Estado consiste en que la valoración de las variables económicas llevada a cabo en los actos administrativos demandados no fue incorrecta en los términos expresados en la demanda, porque en los actos administrativos demandados la Superintendencia se pronunció sobre las variables económicas.

Ya se ha señalado de manera reiterada que frente a un cuestionamiento como el que hace el demandante en el cargo primero, lo que se espera de los jueces, de conformidad con el ordenamiento jurídico, no es que verifiquen la existencia de razonamientos en los actos administrativos demandados para proceder a desechar el cargo, sino que partiendo de las

[271] Página 9 de la sentencia

[272] Página 30 y 31 de la sentencia.

acusaciones de la demanda realicen su propio análisis de los hechos y las pruebas, determinen si lo realizado por la administración es válido y arriben a las conclusiones a las que haya lugar explicando las razones que la sustentan.

Ese ejercicio de confrontación crítica en cabeza del juez es el núcleo fundamental del control judicial de los actos de la administración, pues solo así se puede garantizar que un poder independiente revise si otro poder con enormes facultades e incidencia en la vida de los administrados respetó el principio de legalidad y los derechos de las personas al ejercer su potestad sancionatoria.

Otro ejemplo de la existencia de visos de deferencia judicial en la sentencia se observa en el pronunciamiento sobre el argumento según el cual la Superintendencia no tuvo en cuenta la sustituibilidad del producto. El cargo en comento fue resumido así por el fallo que se analiza:

> "En ese orden, la probabilidad de que la conducta sancionada se deba a un acuerdo es menor a la probabilidad de que se deba a una dinámica propia del mercado, ya que la elasticidad del precio de la demanda y la elasticidad de sustitución del arroz blanco son altas"[273]

Así lo resolvió la sentencia:

> "Las demandantes también afirmaron que ni la Superintendencia ni el Tribunal estudiaron la elasticidad cruzada, es decir, presuntamente no se analizó si existían sustitutos del arroz paddy y que ello pudiera incidir en la nivelación del precio. Sobre el particular **observa la Sala que, contrario a lo dicho por la parte actora, la SIC sí se pronunció** al expresar que se presentaban las condiciones para verificar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, una de las cuales fue la acreditación de que el producto no tenía sustitutos. Así lo expresó la demandada:
>
> > "1.- Existen pocas empresas.
> > 2.- El producto es homogéneo.
> > **3.- El producto no tiene sustitutos (si los tuviera, un incremento de los precios puede llevar a los clientes a comprar el producto susti ¿tuto**).
> > 4.- La información acerca de las transacciones de ventas es ampliamente disponible: esto es, información acerca de quién vendió, cuánto producto, a quién, a qué precio." (Subrayas de la Sala).

[273] Página 10 de la sentencia.

> "Vistas así las cosas, **no encuentra la Sala que deba acogerse el cargo por las razones que adujeron las actoras, pues la SIC sí analizó las variables económicas** a efectos de descartar que la uniformidad de los precios en la compra de arroz paddy verde obedecía a un comportamiento del mercado."[274]

¿El hecho de que la administración haga un análisis determinado implica que el mismo es válido e infalible? Si, como ocurre en el caso *sub examine*, la parte demandante afirma que el producto tiene sustitutos y la administración afirma que no los tiene, lo que debe hacer el juez es emprender el análisis de sustituibilidad del producto y llegar a una conclusión propia que confrontará con los argumentos esgrimidos por las partes. Lo que evidencia la deferencia judicial es precisamente lo contrario: que el juzgador adopte la posición de la autoridad administrativa sin motivar tal decisión en su propio análisis y acogiendo las consideraciones del acto administrativo que los ciudadanos pusieron en tela de juicio, tal como se desprende de las anteriores citas de la sentencia.

A lo largo de la sentencia en comento, se observan varios visos de deferencia similares los cuales no se citarán en aras de la brevedad. No obstante, resulta altamente ilustrativo lo acontecido en relación con la resolución del cargo según el cual el acto administrativo demandado no demostró la responsabilidad del representante legal de la sociedad demandada. Dicho cargo fue resumido así por la sentencia:

> "Los actores consideraron que para imponer la máxima sanción personal prevista por la ley en caso de transgresión de las normas de competencia, era necesario que dicha entidad determinara la responsabilidad del representante legal a quien pretende fijar la sanción mediante un proceso de imputación específica de responsabilidad que en este asunto se omitió, y en ningún momento demostró, como era su deber legal, que el señor Aníbal Roa tuviera un grado de responsabilidad en el acuerdo de precios por el que se le sancionó, toda vez que se encuentra acreditado que el señor Aníbal Roa Villamil no tuvo injerencia en las decisiones vinculadas a los hechos investigados pues para esa época no residía en el país por razones de seguridad, circunstancia que además acreditó el revisor fiscal."

La sentencia resolvió el cargo de la siguiente manera:

> "No obstante, revisadas las decisiones que se **enjuician la Sala encuentra que no sólo esa prueba documental fue tenida en cuenta para imponer la multa censurada, sino que además se analizaron aspectos tales como la declaración rendida en la actuación**

[274] Página 32 de la sentencia.

administrativa por el señor Roa Villamil, su presencia fungiendo de presidente en las reuniones de la Junta Directiva de las dos empresas durante la época en que ocurrieron los hechos y los informes rendidos por éste sobre los negocios que efectuaba en nombre los molinos.

"En ese orden, **la Sala entiende, al igual que lo hizo la demandada, que el señor Anibal Roa Villamil** se halla incurso en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, toda vez que conoció y toleró conductas anticompetitivas."

La anterior cita es diciente porque aun cuando el reproche en contra del acto administrativo consistió en afirmar que las pruebas allí esgrimidas no demostraban la responsabilidad del representante legal, el juez encargado del control judicial se limitó a señalar que se analizaron varios aspectos, sin expresar cual fue ese análisis y su resultado, y que entendía lo mismo que el acto administrativo demandado sin siquiera explicar cómo las pruebas allí esgrimidas demostraban la culpabilidad del representante legal. Es decir, frente al argumento de la demandante el control judicial ejercido fue nulo y deferente a favor de la administración.

9. Proceso: 2012-144-01 (Anexo 15)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 8 de junio de 2016 que negó las pretensiones de la demanda y en ella no se ven visos de deferencia judicial.

En efecto, la sentencia gira en torno a un único cargo consistente en la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración. Para llevar a cabo el control judicial, la sentencia señala que los aspectos que debe determinar son (i) si la conducta por la que se sancionó al demandante es continuada, toda vez que este afirma que no lo es; (ii) determinar la norma de caducidad aplicable y (iii) definir si operó la caducidad o no.

Para resolver el asunto, la sentencia analiza las pruebas sobre el supuesto acuerdo y determina que la fijación de precios reprochada tuvo vigencia durante un período de tiempo, por lo que concluye que la conducta era continuada. Con fundamento en lo anterior realiza las consideraciones legales que estimó pertinentes para concluir que debía aplicarse la Ley 1340 de 2009 y que, en aplicación de dicha norma, se verificaba que no había acaecido la caducidad pretendida por el demandante.

En este caso el Consejo de Estado no tuvo que estudiar argumentos de tipo económico ni, en general, asuntos técnicos del derecho de la competencia, lo que probablemente le facilitó la tarea de llevar a cabo un control judicial

de conformidad con lo exige el ordenamiento jurídico colombiano, esto es, resolviendo a cabalidad los asuntos planteados por el demandante a través de una confrontación de sus argumentos y los de la entidad demandada con el análisis realizado por el juez que le permitió llegar a una conclusión.

Como se puede observar, el hecho de que el resultado del control judicial sea el de confirmar los actos de la administración no necesariamente implica que haya visos de deferencia judicial, lo que determina esa circunstancia en la forma en la que se lleva a cabo ese control judicial.

10. Proceso: 2013-254-01 (Anexo 16)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 28 de marzo de 2014 que negó las pretensiones de la demanda y en ella no se ven visos de deferencia judicial.

En efecto, la sentencia gira en torno a tres cargos relativos a la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración, la violación del principio de no autoincriminación y la aplicación indebida de la responsabilidad objetiva.

Para resolver el asunto, la sentencia analiza las pruebas sobre el supuesto acuerdo y determina que la fijación de precios reprochada tuvo vigencia durante un período de tiempo, por lo que concluye que la conducta era continuada. Con fundamento en lo anterior realiza las consideraciones legales que estimó pertinentes para concluir que debía aplicarse la Ley 1340 de 2009 y que, en aplicación de dicha norma, se verificaba que no había acaecido la caducidad pretendida por el demandante.

En este caso el Consejo de Estado no tuvo que estudiar argumentos de tipo económico ni, en general, asuntos técnicos del derecho de la competencia, lo que probablemente le facilitó la tarea de llevar a cabo un control judicial de conformidad con lo exige el ordenamiento jurídico colombiano, esto es, resolviendo a cabalidad los asuntos planteados por el demandante a través de una confrontación de sus argumentos y los de la entidad demandada con el análisis realizado por el juez que le permitió llegar a una conclusión.

En relación con los dos cargos restantes procede de la misma manera: confronta los argumentos de la demanda con su análisis propio de las normas, hechos y pruebas pertinentes y arriba a una conclusión.

11. Proceso: 2013-2773 (Anexo 17)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda al considerar que ninguno de los cargos presentados por la demanda debe prosperar. En principio, pareciera que el fallo aborda de manera adecuada y sustentada los cargos del actor y los confronta con los expuestos por la Superintendencia para luego adoptar una posición.

No obstante, se identificaron visos de deferencia en la sentencia, pues aun cuando desde el punto de vista formal pareciera que la misma toma en cuenta los argumentos de la demanda y los confronta con los actos administrativos demandados, en el análisis crítico de uno de los cargos se evidencia que el juez no llevó a cabo el control judicial.

En efecto, uno de los cargos señalados por el demandante consiste en la indebida valoración de unas pruebas por parte de la Superintendencia, pues en su concepto de un correo electrónico determinado no podía extraerse la conclusión a la que arribó la Superintendencia y que fue tenida en cuenta para sancionarlo. El cargo se resume así en la sentencia en comento:

> "Aduce que mal podía la Superintendencia de Industria y Comercio dar el valor de plena prueba a los mensajes en referencia, para concluir que fueron los requisitos exigidos de manera particular por su prohijada, los que impidieron el registro de los instaladores de redes internas de gas natural a personas que como el señor John Alexander Alzate no cumplían con los requisitos exigidos o requeridos, **sin establecer previamente que se trataba de aquellos requisitos que de forma particular GDO, había exigido para tales efectos y no de aquellos exigidos de manera taxativa y general por la regulación imperante en la materia."**[275]

El cargo luce claro: según el demandante el acto administrativo valoró un correo como prueba de que la exigencia de unos requisitos adicionales a los establecidos a la ley impidió a una persona registrarse como instalador, sin embargo, afirma, del correo en mención no se desprende cuáles fueron los requisitos que no cumplió la persona, si los señalados en la ley o los adicionales exigidos por el demandante.

El cargo es resuelto por la sentencia de la siguiente manera:

> "Del examen del plenario se observa que en el cuaderno No. 5 de los antecedentes administrativo a fls. 1769-1774 obra la resolución No. 35339de 2012 mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio decretó la práctica de pruebas solicitadas por la demandante y el señor Arturo Gutiérrez de Piñeres, entre las cuales se encontraban, pruebas documentales, testimoniales e interrogatorio de parte, entre

[275] Página 27 de la sentencia.

> otras, con lo cual se evidencia que no solo le dio valor a los correos electrónicos alegados por la demandante, sino que también valoró otros medios probatorios brindando la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa y contradicción base del principio constitucional al debido proceso en el trámite administrativo."[276]

Si bien pareciera que el cargo fue resuelto por la sentencia, en concepto de este autor ello no ocurrió por cuanto el fallo no analizó críticamente la valoración de las pruebas que reclamaba cargo elevado por el demandante. No se sabe la opinión del juez sobre si de los correos se desprendía las conclusiones adoptadas por los actos demandados ni mucho menos se determinó si el cargo del demandante tenía razón.

Lo que hace la providencia en comento es señalar que en el proceso la Superintendencia decretó varias pruebas a las que le dio valor. ¿El hecho de que la Superintendencia decrete y valore pruebas conlleva a que la valoración sea correcta? La pregunta adicional que surge es si un cargo que ataca la valoración de determinados medios de prueba puede resolverse afirmado que la entidad demandada valoro más pruebas. Lo que se espera del juez en estos eventos es que analice críticamente la valoración probatoria puesta en entredicho en la demanda y que de acuerdo con su conclusión determine su incidencia en relación con la legalidad del acto administrativo que revisa, o que, por lo menos, explique por qué no es necesario detenerse en la valoración que reclama el cargo de la demanda.

Ahora bien, no puede determinarse si el resultado del proceso judicial hubiese sido distinto en caso de que la sentencia hubiera realizado el control judicial en la forma en que se reclama, pero es importante precisar al respecto que lo que interesa a la presente investigación no es el resultado de los procesos, sino la manera en que se está realizando el control judicial, razón por la cual la identificación de los visos de deferencia judicial, con independencia de su incidencia en el resultado final del proceso, son los que se resaltan.

En la mayoría de ocasiones, identificar los visos de deferencia judicial no resulta sencillo, pues la gran mayoría de sentencias son juiciosas en identificar los cargos de la demanda y en referirse a ellos en sus consideraciones. El asunto que debe analizarse detenidamente es la forma como la sentencia analiza el cargo y lo resuelve. La simple referencia no[277] quiere decir que automáticamente el control judicial se realizó adecuadamente.

[276] Página 32 de la sentencia.

[277] Páginas 23 a 26 de la sentencia.

Este fallo sería confirmado por el Consejo de Estado en sentencia del 30 de julio de 2015 que se analiza también en la presente investigación.

12. Proceso: 2013-2773-01 (Anexo 18)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirmó la providencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de septiembre de 2014 que negó las pretensiones de la demanda y que fue objeto de análisis en esta investigación.

Entre los argumentos de la apelación resalta que el demandante afirmó que el fallo de primera instancia no estudió de fondo ninguno de sus argumentos.

Ahora bien, contrario a la sentencia de primera instancia, en el fallo que se comenta no se evidencia deferencia judicial. Incluso, el viso de deferencia que se identificó en el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es corregido por el Consejo de Estado ya que en relación con el cargo señalado por el demandante que cuestionaba la valoración probatoria de unos correos electrónicos, la sentencia en comento procede a realizar la valoración de dichas pruebas, la confronta con los argumentos de la demanda y resuelve el cargo:

> "En lo que atañe al cargo de FALSA MOTIVACIÓN, sustentado bajo el argumento de que el contenido de los correos electrónicos, dirigidos al señor JHON ALEXANDER ALZATE VILLADA, no permite establecer que la negativa de la demandante a registrarlo, como instalador de redes internas de gas natural, sea por el incumplimiento de requisitos adicionales establecidos por aquella o por el incumplimiento de los requisitos exigidos y enumerados por la CREG, la Sala estima que tampoco está llamado a prosperar, por lo siguiente:
>
> De los correos electrónicos enviados por GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P al señor Alzate Villada se desprende que la actora sólo aprobó su inscripción en el registro de instalaciones de red internas de gas en septiembre de 2011, una vez la empresa distribuidora modificó los requisitos y los ajustó conforme a los establecidos por la Ley, y que no tuvo en cuenta la solicitud inicial de registro, presentada por él en mayo de 2011, cuando aún estaban vigentes los requisitos adicionales fijados por la demandante.
>
> Ciertamente, los siguientes correos electrónicos enviados por el señor Alzate Villada a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. ponen de presente que la solicitud de registro de mayo de 2011 no fue aprobada, a saber:

. Correo electrónico enviado el 18 de mayo de 2011

"… Tenga buena tarde, con la presente les informo que la semana pasada envié los documentos para el registro único de instalaciones internas de gases de occidente, deseo saber si llegaron los documentos a sus manos y qué pasos seguir para la certificación o si puedo ir a las instalaciones con cita previa…"

. Correo electrónico enviado el 13 de agosto de 2011

"La presente es para información del correo que ustedes me enviaron en la cual me informaban que la documentación de la inscripción en el registro de constructores de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales de gases de occidente está incompleta. Mi pregunta es debo volver a enviar toda la documentación o solamente los requisitos que faltaban por anexar?..."

Y los siguientes correos electrónicos, que fueron enviados por GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P al señor Alzate Villada, demuestran que la solicitud de registro fue aprobada, después de que fueron modificados los referidos requisitos de registro:

. Correo electrónico enviado el 6 de septiembre de 2011

"Agradecemos su interés de registrarse como constructor de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales ante Gases de Occidente S.A. ESP

Al respecto le informamos que la información registrada en nuestra página ha cambiado lo invitamos a consultar la ruta adjunta y enviar de nuevo su solicitud por escrito con los respectivos soportes." (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

. Correo electrónico enviado el 29 de septiembre de 2011
"Por medio de la presente nos permitimos informarles que conforme a la solicitud de inscripción presentada por ustedes en fecha (2011/09/08), Gases de Occidente S.A. ESP ha aprobado su inscripción como empresa instaladora o instalador-

"Ahora, con respecto a si la negativa de GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. a registrarlo en mayo de 2011, como instalador de redes internas de gas natural, obedeció al incumplimiento de los requisitos adicionales, para la Sala no cabe duda que lo fue por cuanto la actora exigió requisitos adicionales a los establecidos por la CREG, pues dentro de la investigación quedó plenamente comprobado que durante el período de abril a agosto de 2011, la actora estableció requisitos

adicionales a los fijados por las autoridades competentes, hecho que en momento alguno ha sido controvertido y mucho menos negado por la demandante, conforme lo indicó en el memorial contentivo del recurso de apelación, a saber:"[278]

El anterior ejercicio fue precisamente el que se echó de menos al analizarse la sentencia de primera instancia.

13. Proceso: 2002-909-01 (Anexo 20)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de septiembre de 2010, en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En dicha sentencia se observa un viso de deferencia judicial al resolver el cargo según el cual los actos administrativos no demostraron cómo era la estructura de costos de todos los demandantes para determinar si los mismos son iguales o diferentes. Dicho cargo fue resumido así en el fallo en comento:

"Explicó que para que se configure la infracción tienen que aparecer probados plenamente una serie de hechos, como son: las estrategias, los modelos publicitarios, los horarios de servicio, la estructura de costos, etc., para determinar si son iguales y si se permite que otros lo copien o unos y otros se imiten"[279].

El cargo es resuelto de la siguiente manera:

"De otra parte, en el recurso se afirma que para que se configure la infracción tienen que aparecer probados plenamente una serie de hechos, como son: las estrategias, los modelos publicitarios, los horarios de servicio, la estructura de costos, para determinar si son iguales y si se permite que otros los copien o unos y otros se imiten.

"Para la Sala esta afirmación resulta desacertada, dado que para que se configure la violación de los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 47, numeral 1, del Decreto núm. 2153 de 1992, vale decir, un acuerdo contrario a la libre competencia, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, lo que se requiere es que se pruebe la existencia de un acuerdo, que tenga por objeto o tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios, haciendo claridad de que dicha

[278] Páginas 40 a 42 de la sentencia

[279] Páginas 23 y 24 de la sentencia

conducta puede estructurarse bien sea a partir de su objeto o por virtud de su efecto.

"Fluye de lo precedente y resulta acreditado en el caso sub examine la existencia del acuerdo, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, así como también el efecto de fijación directa de precios de dicho acuerdo, habida cuenta de que se demostró fehacientemente que durante el período investigado se mantuvo un precio igual para la venta de gasolina extra por parte de las ocho estaciones de servicio. Efecto indirecto que se registró desde el momento en que ellas ofrecieron dicho producto a un mismo precio."

De acuerdo con la sentencia, la sanción que la administración le impuso a los demandantes se funda en que se determinó que los sancionados fijaron precios idénticos en un período de tiempo y que ello no es lógico en la medida en que la estructura de costos y demás características de las empresas deben ser diferentes. El cargo del demandante se contrae a afirmar que la identidad o disparidad de las estructuras de costos y demás características de los sancionados deben probarse para poder afirmar que no son iguales entre sí.

Aun cuando el fallo en comento hace referencia al cargo referido, lo cierto es que el mismo se desecha sin analizarse, ya que las consideraciones que se esgrimen para justificar ese proceder no abordan el cargo y se limitan a afirmar que para que se configure la violación señalada en los actos administrativos debe demostrarse la existencia del acuerdo y que el mismo se acreditó porque se probó que los demandados fijaron precios similares del mismo producto durante un período.

En criterio del autor, un viso de deferencia judicial se presenta cuando en el marco de un fallo que mantiene incólume los actos administrativos demandados, en el marco del control judicial no se hace referencia ni se resuelven todos los cargos de la demanda, tal como ocurre en el presente caso con el cargo comentado.

14. Proceso: 2002-967-01 (Anexo 21)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirmó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferida el 7 de mayo de 2009, en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Considera el autor que en el fallo que se analiza existen visos de deferencia judicial toda vez que, pese a que uno de los cargos esgrimidos por el autor consistió en que no se probó el elemento consciente requerido para que el paralelismo de precios fuera reprochable, el fallo arriba a una conclusión

partiendo de una presunción que es precisamente lo que reprocha el demandante. El cargo fue resumido por la sentencia, así:

> "Manifiesta que en la investigación se probó un hecho como efecto que es irrelevante o sea la similitud de precios, pero no aparece demostrada la causa, que estaría constituida por unos hechos (prácticas) conscientes y paralelos.
>
> Que no puede inadvertirse, que la Superintendencia acepta la similitud de estructura de costos y de márgenes de rentabilidad en esta clase de negocio, y el hecho de existir un mismo proveedor TERPEL, para los distribuidores investigados.
>
> […]
>
> "Concluye, que la providencia apelada adolece de falta de rigor jurídico, cuando da por probada una conducta sancionable, donde solamente se obtuvo certeza sobre la similitud de unos precios, pero nunca aparecen demostrados los hechos constitutivos de la causa. Luego el acto administrativo está violando las normas señaladas en la demanda."[280]

El fallo resuelve el cargo citando los actos administrativos demandados y haciendo referencia a las pruebas obrantes en el expediente[281], citando un precedente del Consejo de Estado en relación con el paralelismo consciente[282] y afirmado lo siguiente:

> "Como puede apreciarse, **en los apartes de la sentencia transcrita**, que la Sala prohíja en esta oportunidad, **se explica claramente el por qué existe una práctica paralela** y consciente por parte de las personas sancionadas, cuyo efecto fue la fijación indirecta de precios, lo cual constituye un acuerdo contrario a la libre competencia."[283]
>
> […]
> "(iv) se dio de modo consciente, es decir, con plenas facultades de su intelecto, pues por la proximidad geográfica y las razones anotadas en el literal anterior, **no resulta admisible, que cada una de ellas actuaron sin saber lo que estaban haciendo**"[284]

[280] Páginas 7 y 8 de la sentencia

[281] Páginas 8 a 16 de la sentencia.

[282] Páginas 16 y 17 de la sentencia.

[283] Página 18 de la sentencia.

[284] Página 20 de la sentencia.

[…]

"Así las cosas, se encuentra demostrado que cada actor cuenta con la autonomía pertinente para establecer los precios de los combustibles antes reseñados, pues contrario a lo indicado en el recurso, no es cierto que tales productos sean estandarizados, ya que la estructura de costos, como ya se dijo no es similar, en virtud de que cada estación posee un margen amplio para implantarla, en la medida de que esta clase de productos (i) tiene costos variables (antes relacionados); (ii) la fijación de precios va desde el valor asignado por el mayorista, donde las estaciones sancionadas cuentan con libertad vigilada, excepto para la gasolina extra, en la que tienen libertad absoluta para fijar los precios."[285]

Como se puede apreciar, no se esgrimen argumentos en virtud de los cuales se resuelve el cargo presentado por el demandante en relación con la falta de prueba del elemento consciente. La sentencia afirma que "no resulta admisible" que los demandantes actuaran de manera diferente por encontrarse en la misma ciudad.

Es pertinente señalar que esta postura de la sentencia es fruto de una jurisprudencia reiterada hasta ese momento en virtud de la cual la coincidencia de precios era suficiente para acreditar el paralelismo consciente, tesis que en la actualidad ha variado por cuando se exige ahora la prueba del elemento consciente.

15. Proceso: 2012-576 (Anexo 22)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en la misma se identificaron visos de deferencia judicial en los siguientes términos.

Uno de los cargos de la demanda consiste en el acaecimiento de la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración ya que en sentir del demandante si la Superintendencia afirmó que no investigó los efectos de la conducta anticompetitiva, no es lógico que afirme que los mismos se mantienen en el tiempo, razón por la cual la caducidad debe estudiarse a partir de los hechos que según la Superintendencia configuraron las conductas anticompetitivas[286]. Así resumió el cargo el fallo en mención:

[285] Página 21 de la sentencia.

[286] Página 5 de la sentencia.

> "Conforme lo expuesto, afirmó que resulta incompatible señalar, que no se investigaron los efectos de los supuestos arreglos, y simultáneamente indicar, que estos se mantuvieron en el tiempo, y que por tanto no ha caducado la facultad sancionatoria, en conclusión, dijo que la caducidad opera independientemente respecto de cada una de las conductas investigadas, porque se computa ese término a partir de los hechos específicos, análisis que tampoco realizó la demandada."[287]

Por su parte, el fallo resolvió el cargo de caducidad de la siguiente manera:

> "(…) es preciso analizar que en este caso, si bien entre el 5 de marzo de 2007, fecha en que fue iniciado el incumplimiento de la obligación consagrada en la resolución antes mencionada, y el 02 de diciembre de 2011, día de la sanción, ya había transcurrido un lapso superior a los tres años, la Sala se aparta de esta tesis considerativa, en el sentir de que no operó la caducidad de la acción sancionatoria, pues indudablemente se trata de una infracción continuada**, toda vez que la conducta reprochable se prolongo hasta el 05 de diciembre de 2008, teniendo en cuenta … el periodo investigado por la Superintendencia de Industria y Comercio."**
>
> "En ese orden de ideas, por tratarse de una infracción prolonga (sic) cuyos efectos en el tiempo, no se les puede determinar un periodo de interrupción que permita aplicar la caducidad, al tratarse de una conducta omisiva, sin interrupciones, se concluye que la caducidad debe contarse a partir del último acto constitutivo de la infracción"[288]

Nótese que el principal punto de debate expuesto por el cargo de la demandada era determinar si la conducta podía ser considerada como continuada, ya que el demandante considera que no, mientras que el acto administrativo demandado considera lo contrario. Frente a ese debate el fallo se decanta por la tesis de que la conducta fue continuada pero no se observa un análisis del juzgador del que se entienda por qué arribó a dicha conclusión. ¿Por qué se afirma que las conductas investigadas por la autoridad constituyen una sola infracción prolongada? ¿por qué para el juzgador las diferentes conductas están relacionadas entre sí? ¿por qué no prospera el cargo de la demanda según el cual cada evento investigado por la autoridad debía ser analizado de manera independiente?

Las anteriores preguntas tienen una respuesta que no se deduce por lo expresado en la sentencia, pero sí por la manera en que fue resuelto: porqué

[287] Página 5 de la sentencia.

[288] Páginas 35 y 36 de la sentencia.

el juzgador se adhirió a la tesis de la administración. No obstante, la sentencia no argumentó esa adherencia de acuerdo a la confrontación planteada en la demanda.

Ahora bien, con independencia de que del análisis adecuado de las cuestiones planteadas resulten conclusiones similares a la adoptada por el fallo, lo cierto es que en el marco del control judicial el demandante debe conocer las razones por las cuales sus cargos no prosperan y, más importante aún, la motivación del fallo para adoptar una decisión. La simple remisión a lo plasmado por la autoridad en los actos demandados no satisface lo que se espera del control judicial en los términos que ha señalado la ley y la jurisprudencia vigentes.

De otro lado, también se observan visos de deferencia al resolverse el segundo cargo en virtud del cual el demandante, entre otras, discutió la interpretación que realizó la autoridad demandada de las normas y de los hechos[289], pues al momento de fallar el cargo la sentencia se limita a citar jurisprudencia relativa al paralelismo consiente (que no es igual al acto anticompetitivo por el que se sancionó a los demandantes) y sobre la buena fe, para concluir lo siguiente:

> "Bajo estas directrices, la Corporación estima que no es cierto que el ente de control le haya bastado la existencia de reuniones y comunicaciones entre las Entidades Promotoras de Salud y la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral ACEMI para concluir que se produjo una vulneración al régimen de la competencia o que no haya analizado el verdadero objeto o propósito de las conversaciones de las investigadas que forman parte de un gremio cual era supuestamente formular una propuesta regulatoria al Gobierno, como consecuencia de una interpretación opuesta de los artículos 3,4 y 5, numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994, toda vez que logró demostrar la existencia de un "acuerdo" contrario a la libre competencia cuyo objeto, de manera general, era impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud."
>
> "En consecuencia de lo expuesto, no se estiman vulneradas por la Superintendencia de Industria y Comercio los principios de legalidad y buena fe, al haber interpretado conforme a los principios generales del derecho, disposiciones legales aplicables vigentes sobre la materia, por manera que este cargo tampoco puede prosperar"[290]

[289] Página 6 de la sentencia

[290] Páginas 43 y 44 de la sentencia.

Como puede apreciarse, de nuevo se extraña un análisis crítico por parte del fallador. No se sabe por qué considera que la interpretación de la autoridad es la adecuada. Sencillamente hay una validación del acto administrativo demandado.

16. Proceso: 2012-576-01 (Anexo 23)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirmó el fallo proferido el 27 de mayo de 2013 en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Como fundamento de los reparos en contra del fallo de primera instancia el apelante manifestó.

> "Afirmó que el Tribunal replicó lo aducido por la SIC en las resoluciones demandadas, alejándose de realizar un análisis crítico de las pruebas y una valoración armónica e integral del material probatorio, en la medida que pretendió separar las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos de la demanda."[291]

Se hace referencia a lo anterior porque del análisis de la sentencia de primera instancia que se realizó con ocasión de la presente investigación, el autor coincide en que el fallo de primera instancia omitió realizar análisis críticos y adhiere a la posición de los actos administrativos demandados al resolver algunos de los cargos de la demanda.

Ahora bien, la sentencia en comento también tiene visos de deferencia, pues, aunque el demandante insistió en señalar que las conductas no eran continuadas, el fallo se limita a afirmar al respecto lo siguiente:

> "Así las cosas, **le asiste la razón al Tribunal al determinar conforme** a la evidencia presentada por la SIC, que las actuaciones adelantadas por Acemi y las EPS, que contrariaron el régimen de competencia en el mercado de salud, **transcurrieron entre marzo de 2007, y el 5 de diciembre de 2008** día en el que se efectuó el ultimo envió de información por parte de las entidades prestadoras de salud, con el fin de realizar el estudio de suficiencia de la UPC.
>
> […]
>
> "Con relación a esta censura **es pertinente resaltar que las actuaciones anticompetitivas fueron adelantadas de manera continua** con el fin de establecer el UPC y la determinación de los servicios POS.

[291] Página 18 de la sentencia.

> "Por tanto, no son de recibo los planteamientos del recurrente ya que del estudio completo de las pruebas que obran tanto en el trámite administrativo como en el expediente se observa que la información remitida se encontraba afectada por las actuaciones previas que se adelantaron entre las EPS y Acemi, motivo por el cual, se tiene como fecha para el computo de la caducidad el 5 de diciembre de 2008."

Al igual que el fallo de primera instancia, se observa que el de segunda tampoco aborda el asunto principal del cargo consistente en determinar qué debe entenderse por conducta continuada o continua y posteriormente determinar si los hechos lo eran o no. Como es bien sabido, una cosa es que ocurran varios hechos de ejecución instantánea dentro de un período, otra que una sola conducta se ejecute a lo largo del tiempo de manera continua, etc.

Sin embargo, en los demás cargos, la sentencia de segunda instancia se esfuerza por hacer un análisis propio de las pruebas para arribar a sus conclusiones.

17. Proceso: 2012-690-01 (Anexo 24)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirma el fallo proferido el 20 de febrero de 2014 en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda y configura un ejemplo clásico de deferencia judicial. En efecto, los cargos del apelante se enfocaron afirmar que los actos demandados adolecían de falsa motivación.

Para efectos de resolver el cargo, el fallo en comento se dedica a comentar lo que hizo la administración en el proceso administrativo sancionatorio y las conclusiones a las que llegó para luego afirmar:

> "De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón a la parte recurrente en el sentido de afirmar que la Superintendencia de Industria y Comercio invirtió la carga probatoria, puesto que de la lectura de los actos demandados se encuentra claramente que el análisis probatorio efectuado por esa entidad se centró en todos los medios que fueron decretados y practicados en la investigación administrativa, de modo que se acreditó con las pruebas documentales, interrogatorios, cuadros explicativos, flujogramas, entre otros, la existencia de una estrategia mancomunada para incidir en la fijación del listado de servicios del POS, y consecuencialmente, de la UPC, dentro de la cual actuó las empresas demandantes."[292]

[292] Página 21 de la sentencia.

Como se puede observar, el fallo simplemente se dedicó a comentar los actos administrativos demandados para concluir que el cargo de falsa motivación no estaba llamado a prosperar.

Se afirma que la sentencia que se analiza es un clásico ejemplo de deferencia porque cuando una actuación de la administración se acusa de falsa motivación, el ejercicio mínimo que se espera del juez es que analice de manera crítica el acervo probatorio y el acto administrativo objeto de control de acuerdo a los argumentos esgrimidos por el demandante y confronte ese análisis con lo consignado en el acto administrativo, no que simplemente verifique su contenido.

Por regla general, los actos administrativos se construyen de acuerdo a la posición de la administración, la cual se manifestará en un sentido determinado y se motivará de acuerdo con la percepción de las pruebas que lleve a cabo la administración. En ese orden de ideas, si el ejercicio del control judicial se reduce a verificar el contenido del acto administrativo sin valorar de manera crítica las pruebas que valoró la administración, lo más probable es que termine concluyendo que lo realizado por la autoridad es razonable.

El problema de lo anterior es que el control judicial de los actos de la administración no está instituido para verificar si lo que hizo la administración es razonable, sino para determinar si se hizo bien de conformidad con el ordenamiento jurídico.

18. Proceso: 2012-788-01 (Anexo 25)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirmó el fallo proferido el 27 de mayo de 2013 en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. El apelante se duele de la falta de análisis por parte del fallo de primera instancia en relación con varios de los cargos de la demanda, en particular, en el relativo a la caducidad:

> "En primer lugar, indicó que en la sentencia apelada se determinó que no se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, bajo argumentos carentes de fundamento legal y sin haberse realizado un análisis detallado de las pruebas allegadas.
>
> "No existe ninguna prueba en el expediente que demuestre que la supuesta conducta que motivó la imposición de la sanción de multa por parte de la SIC se extendió hasta el 5 de diciembre de 2008. Por el contrario, con las pruebas documentales aportadas se concluye que

operó la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de todas las conductas investigadas.” [293]

Al respecto, el fallo de segunda instancia señala lo siguiente

> “En punto de lo anterior, es relevante señalar que las actuaciones objeto de investigación tienen el carácter de continuado por el hecho de que se derivan de un comportamiento con una unidad de propósito, si se tiene en cuenta el constante intercambio de información entre las EPS y ACEMI relacionada con temas específicos para la determinación de la UPC y la definición de los servicios que deberían estar o no incluidos en el POS.”

De la lectura del fallo no se advierte la enunciación y/o el análisis de las pruebas en que se fundamenta la sentencia analizada para concluir que la conducta es de carácter continuado, siendo ese precisamente el reproche del apelante. En ese sentido, para el autor el control judicial no fue adecuado y presenta visos de deferencia.

19. Proceso: 2012-763 (Anexo 26)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia negó las pretensiones de la demanda y en la misma se identificaron visos de deferencia judicial. En efecto, el demandante alegó la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración señalando lo siguiente:

> “La posición que la SIC adoptó en la investigación es errada pues al referirse a la facultad sancionatoria trajo a colación documentos y pruebas que no fueron señalados en la resolución de apertura de investigación con el objeto de afirmar que las conductas restrictivas de la competencia continuaron realizándose hasta el 5 de diciembre de 2008, fecha en la que la EPS remitió información al entonces Ministerio de Protección Social.
>
> En efecto no consta en el expediente prueba alguna sobre qué información se remitió al Ministerio, asimismo reiteró que el periodo investigado según la resolución de apertura comprendió desde el mes de enero de 2006 hasta el mes de diciembre de 2007, y que la última conducta analizada ocurrió el 7 de diciembre de 2007.”[294]

[293] Página 12 de la sentencia.
[294] Página 7 de la sentencia.

Para resolver el cargo, el fallo de primera instancia, luego de establecer su posición jurisprudencial sobre la forma de contabilizar la caducidad, afirmó lo siguiente:

> "En ese sentido precisa esta Sala de Decisión que es a partir de la fecha en que finaliza la conducta investigada que se empieza a contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria pues, el periodo investigado por la SIC, tal como se desprende de los actos administrativos acusados y de la jurisprudencia transcrita, comprende desde el 5 de marzo de 2007 hasta el 5 de diciembre de 2008, de ahí que es a partir de esta última fecha que empieza a correr el término de caducidad de tres años con que contaba la administración para ejercer legítimamente la facultad sancionatoria."[295]
>
> […]
>
> "Sobre el particular se pone de presente que en la resolución que ordena la apertura de investigación se adelantaron y practicaron pruebas que permitieron la verificación de otros hechos que al momento de su apertura no se conocían, ello teniendo en cuenta el carácter continuado de la conducta ya que se evidenció el constante intercambio de información entre las EPS y ACEMI relacionada con temas específicos para la determinación y la definición de los servicios que deberían estar o no incluidos en el POS, lo cual no implica una vulneración del debido proceso ni tampoco una modificación de la apertura de investigación pues, se reitera, la conducta desplegada fue continuada."[296]

Es evidente que el fallo ni siquiera abordó los fundamentos del cargo de los demandantes según el cual el período investigado por la autoridad solo iba hasta el 7 de diciembre de 2007 y que la administración trajo a colación pruebas que no anunció en la apertura de investigación con el fin de extender la caducidad. La sentencia simplemente asume que lo realizado por la Superintendencia en este asunto es correcto sin siquiera analizarlo ni motivar por qué ampliar el período investigado y sancionar con fundamento en pruebas no imputadas en el pliego de cargos no viola el derecho de defensa de los demandantes. En consecuencia, el control judicial al respecto fue nulo.

Esta providencia fue apelada y el trámite de segunda instancia se encuentra en curso.

20. Proceso: 2015-326 (Anexo 27)

[295] Página 23 de la sentencia.

[296] Página 26 de la sentencia.

Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

El fallo resuelve negar las pretensiones de la demanda interpuesta con el fin de revocar una sanción impuesta por la autoridad en virtud de la inobservancia de instrucciones por parte del demandante.

De la lectura del mismo no se observa que presente visos de deferencia, como quiera que la sentencia realiza un análisis crítico de los actos demandados y posteriormente arriba a sus conclusiones que, con independencia de que se compartan, aparecen motivadas.

Actualmente, el proceso se encuentra en el trámite de segunda instancia.

21. Proceso: 2015-665 (Anexo 28)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

El fallo resuelve negar las pretensiones de la demanda interpuesta con el fin de revocar una sanción impuesta por la autoridad en virtud de la inobservancia de instrucciones por parte del demandante.

De la lectura del mismo no se observa que presente visos de deferencia, como quiera que la sentencia realiza un análisis crítico de los actos demandados y posteriormente arriba a sus conclusiones que, con independencia de que se compartan, aparecen motivadas.

Actualmente, el proceso se encuentra en el trámite de segunda instancia.

22. Proceso: 2011-159-01 (Anexo 32)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia revoca el fallo proferido el 27 de mayo de 2013 en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda y en criterio del autor refleja visos de deferencia judicial.

La controversia giró alrededor de la necesidad de determinar el mercado relevante para efectos de determinar si unas empresas realizaban la misma actividad económica y, por ende, debían cumplir con el requisito de informar previamente la integración a la autoridad de competencia.

Los actos administrativos demandados optaron por la tesis de que no era necesario determinar el mercado relevante y en virtud de ello, en el marco del proceso administrativo, negó la realización de una prueba técnica que tenía por objeto determinar el mercado relevante.

Por su parte, la demandante, el concepto del Ministerio Público y el fallo de primera instancia consideraron que para determinar si dos empresas realizan la misma actividad (presupuesto para determinar si debían informar la integración a la autoridad de competencia) era necesario determinar el mercado relevante y cuestionaron los actos administrativos demandados por negarse a practicar las pruebas que hubiesen podido determinarlo[297].

Sin embargo, el fallo de segunda instancia en comento concluyó lo siguiente:

> "Entonces, la Sala considera que el análisis realizado por la SIC, la comparación de los objetos sociales y los testimonios de los representantes legales que realizaron la operación, fueron suficientes para determinar si las empresas participaban de la misma actividad económica, que es el requisito establecido en la norma para informar sobre la integración empresarial, y que el estudio del mercado relevante se requiere es, para determinar el impacto de la integración empresarial, no para esclarecer si desarrollaban la misma actividad, como se debe hacer en este caso.
>
> "Bajo estos parámetros considera la Sala que la Superintendencia practicó las pruebas, por ende, no se violaron las normas de carácter superior y la decisión no se produjo con falsa motivación, entonces, por ende prospera el cargo de la apelación."[298]

Del fallo en comento no es posible identificar la razón que sustenta la afirmación según la cual la definición del mercado solo se requiere para determinar el impacto de la integración empresarial y no para determinar si las empresas que se integraron desarrollaban la misma actividad. En adición a lo anterior, tampoco explica la sentencia por qué consideró que las pruebas que realizó la autoridad y que justificaron los actos demandados fueron suficientes para determinar que las empresas se dedicaban a la misma actividad.

En consecuencia, la sentencia simplemente se adhirió a la postura de los actos demandados y aun cuando pareciera que explicó la razón de su conclusión, en realidad no esgrimió motivos que la justificaran.

En la actualidad, no cabe duda de la necesidad de determinar el mercado relevante, entre otras, para determinar si se cumplen los supuestos para que sea necesario informar la integración, tal como se desprende de la Guía de

[297] Páginas 6 a 9 y 15 a 22 de la sentencia.

[298] Página 39 de la sentencia.

Integraciones Empresariales de la Superintendencia de Industria y Comercio[299].

23. Proceso: 2011-523-01 (Anexo 33)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y contiene visos de deferencia judicial. En efecto, al resolver sobre uno de los cargos de los demandantes relativo a la ausencia de práctica de unas pruebas decretadas, el fallo señaló lo siguiente:

> "Frente a la falta de práctica de las pruebas decretadas, la parte demandante echa de menos durante el trámite administrativo el medio probatorio que consistía en oficiar a una seria de canales para que suministraran los ingresos por ventas de publicidad en los últimos dos años, pues bien, **la valoración acerca de la necesidad y utilidad de la prueba correspondía hacerla en su momento al Superintendente de Industria y Comercio, funcionario encargado de resolver de fondo sobre la investigación, por lo que no es procedente realizar un análisis del cumplimiento de tales requisitos en esta instancia**."[300]

Como se puede observar con la simple lectura, la sentencia se auto restringe en su función de control judicial y señala que no le es dable llevar a cabo la valoración del tema probatorio en instancia judicial, lo cual no encuentra fundamento en ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano y, antes bien, se revela a lo que dicho ordenamiento exige del control judicial de los actos de la administración.

Salvo el anterior viso de deferencia judicial, el resto de la sentencia realiza un control judicial adecuado, esto es, analizando el fondo de la controversia de manera crítica, extrayendo sus propias conclusiones previa confrontación con los argumentos esgrimidos por las partes.

Actualmente el proceso se encuentra en el trámite de la segunda instancia.

24. Proceso: 2012-49 (Anexo 34)
Juez: Juez Quince Administrativo de Bogotá
Instancia: Primera

[299] https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Guia_Integraciones_VF_Para_Publicacion.pdf

[300] Página 16 de la Sentencia.

La sentencia negó las pretensiones de la demanda y tiene serios visos de deferencia judicial como quiera que en ella no se realizó un análisis crítico de los actos administrativos demandados y simplemente se limitó a transcribirlos para luego concluir que los cargos no prosperan que porque los actos de la administración están motivados:

> "Conforme a las pruebas ampliamente expuestas tanto en las resoluciones demandadas como en el escrito de contestación de demanda, la Superintendencia de Industria y Comercio logró establecer la concurrencia de tres conductas infractoras de las normas sobre competencia, desplegadas por las EPS investigadas: i) un acuerdo para restringir servicios en salud, ii) un acuerdo para afectar la transparencia de la información, y iii) un acuerdo de fijación de precios.
>
> […]
>
> "Ahora, referente a la responsabilidad del señor Octavio de Jesús Ayala, el ente de inspección vigilancia y control, consideró
>
> […]
>
> "Por manera que, al haberse determinado que existió grado de certeza dentro de la actuación administrativa de la existencia de acuerdo entre las EPS y ACIEMI para restringir servicios en salud, afectar la transparencia de la información enviada a los entes de regulación y para de manera indirecta afectar los precios el aseguramiento, atendiendo a que las alegadas presunciones de inocencia y buena de son precisamente eso, meras presunciones, susceptibles de ser desvirtuadas en el trayecto procesal, como en efecto ocurrió en la actuación administrativa adelantada, a que la valoración probatoria fue no solo extensa, suficiente, sino detallada derivándose de ella la conclusión del conocimiento y consentimiento del Representante legal de SOS EPS con las políticas adoptadas en el seno de ACEMI; a que las conductas endilgadas al demandante se encuentran tipificadas en legal forma, y a que no son aplicables al presente asunto criterios de proscripción de responsabilidad objetiva, el presente cargo no tiene vocación de prosperidad."
>
> […]
>
> "Corolario de lo expuesto, encuentra este Despacho judicial, que la motivación expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar a las Entidades Promotoras de Salud y a sus Representantes Legales, se encuentra ajustada a derecho por cuanto se

basan en hechos comprobados probatoriamente, los cuales se ajustan a la conducta normativa, en salvaguardia de la libre competencia."[301]

El control judicial en este caso se limitó transcribir los actos administrativos demandados y a concluir que lo allí realizado se adecuada al ordenamiento jurídico. El análisis crítico del juzgador en relación con la labor de la autoridad y de los argumentos de la demanda no salió de su fuero interno y mucho menos fue exteriorizado en la sentencia.

Como puede observarse con la simple lectura de la sentencia[302], los cargos de la demanda no iban dirigidos a que el juez verificara la existencia y el contenido de los actos demandados. Por el contrario, estaban dirigidos a atacar sus conclusiones y sus fundamentos. En consecuencia, lo que se esperaba del control judicial era un análisis crítico del contenido de los actos administrativos a partir de los cargos esgrimidos en la demanda que le permitiera adoptar una conclusión motivada.

El fallo en comento fue posteriormente confirmado en segunda instancia en sentencia del 12 de junio de 2014.

25. Proceso: 2012-49-01 (Anexo 35)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Segunda

La sentencia confirmó el fallo proferido el 24 de octubre de 2013 en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. El apelante señala que la sentencia carece de análisis en relación con los actos demandados[303].

En criterio del autor la sentencia también presenta visos de deferencia, toda vez que valida la manera en la que la primera instancia realizó el control judicial y dicho control judicial, según el análisis que se presentó en esta investigación, tiene visos de deferencia.

El fallo en comento, luego de volver a enumerar las pruebas esgrimidas en los actos administrativos demandados, afirmó:

"Así las cosas, para esta Colegiatura no tiene razón el apelante al manifestar que el ente de control se limitó a afirmar de manera genérica la existencia de un acuerdo sin ningún sustento probatorio, toda vez que de las pruebas allegadas al trámite administrativo logró acreditarse la conformación de un convenio anticompetitivo luego entonces, la

[301] Páginas a 25 a 32 de la sentencia.

[302] Páginas 4 a 9 de la sentencia.

[303] Páginas 21, 22 y 23 de la sentencia.

decisión adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo un fundamento fáctico como jurídico, de ahí que haya procedido a imponer la respectiva sanciona las Entidades Promotoras de Salud y a los representantes legales de las mismas, al violar los artículos 3, 4 y 5 numerales 1, 8 y 1º del Decreto 1663 de 1994, de suerte que las conductas desplegadas por los sancionados si eran objeto de condena."

"Ahora bien, es preciso aclarar que el hecho de que el A quo no haya relacionado en el contenido del fallo todos los elementos probatorios desplegados por el ente de control en su decisión sancionatoria, no indica que omitió efectuar la respectiva valoración de las mismas, pues como se ilustró anteriormente, se verificó que la argumentación jurídica del juzgado se ciñó al cuadro de estudio fijado en el escrito introductorio."

En consecuencia, la sentencia vuelve a transcribir el contenido del acto administrativo demandado y no acomete un análisis crítico sobre la valoración de esas pruebas validando el que realizó la autoridad sin que se sepa la motivación de esa conclusión y sin que se sepa por qué la argumentación de la demanda al respecto no tiene vocación de prosperidad.

26. Proceso: 2012-44 (Anexo 36)
Juez: Juez Catorce Administrativo de Bogotá
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en la misma se identificaron visos de deferencia judicial en los siguientes términos.

Uno de los cargos de la demanda consiste en el acaecimiento de la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración ya que en sentir del demandante si la Superintendencia afirmó que no investigó los efectos de la conducta anticompetitiva, no es lógico que afirme que los mismos se mantienen en el tiempo, razón por la cual la caducidad debe estudiarse a partir de los hechos que según la Superintendencia configuraron las conductas anticompetitivas[304].

Por su parte, luego de adoptar la postura jurisprudencial en relación con el cómputo de la misma[305], el fallo resolvió el cargo de caducidad remitiéndose a lo señalado en la sentencia que resolvió en primera instancia el proceso 2012-576 que tuvo la oportunidad de analizarse citando el siguiente aparte:

[304] Página 5 y 6 de la sentencia.

[305] Páginas 29 a 35 de la sentencia.

> "(…) pues indudablemente se trata de una infracción continuada, toda vez que la conducta reprochable se prolongó hasta el 05 de diciembre de 2008, teniendo en cuenta el periodo investigado por la Superintendencia de Industria y Comercio."[306]

Pero señaló que como el demandante renunció a la E.P.S. el 26 de septiembre de 2008, tomaría como esa fecha como extremo para contabilizar la caducidad.

Nótese que el principal punto de debate expuesto por el cargo de la demandada era determinar si la conducta podía ser considerada como continuada, ya que el demandante considera que no, mientras que el acto administrativo demandado considera lo contrario. Frente a ese debate el fallo se decanta por la tesis de que la conducta fue continuada, no obstante, no se observa un análisis del juzgador del que se entienda porqué arribó a dicha conclusión. ¿Por qué se afirma que las conductas investigadas por la autoridad constituyen una sola infracción prolongada? ¿por qué para el juzgador las diferentes conductas están relacionadas entre sí? ¿por qué no prospera el cargo de la demanda según el cual cada evento investigado por la autoridad debía ser analizado de manera independiente?

Las anteriores preguntas tienen una respuesta que no se deduce por lo expresado en la sentencia, pero sí por la manera en que fue resuelto: porque el juzgador se adhirió a la tesis de la administración. No obstante, la sentencia no argumentó esa adherencia de acuerdo a la confrontación planteada en la demanda.

Este fallo fue confirmado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 20 de junio de 2014

27. Proceso: 2012-71 (Anexo 37)
Juez: Juez Quince Administrativo de Bogotá
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y se identifican visos de referencia.

En relación con el cargo de caducidad, el demandante aduce que las dos últimas pruebas que esgrime la autoridad como base para iniciar el cálculo de la caducidad no demuestran acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia y que, por lo tanto, no pueden tenerse en cuenta[307]. Al respecto el fallo en estudio afirma lo siguiente:

[306] Páginas 36 de la sentencia.

[307] Página 4 de la sentencia.

> "(…) a juicio de este Despacho, dicho elemento probatorio no puede ser apartado de la valoración en conjunto de material probatorio - evidencias obrantes en el plenario, y contrario a lo pretendido por el demandante, lo que se colige del estudio en conjunto de todas ellas indudablemente es, que ese último envío de información, a la que hace referencia la SIC y cuya existencia no rebate la parte actora, hace parte de una serie de actuaciones adelantadas por ACEMI y las EPS en cabeza de sus representantes Legales, contrarias al régimen de libre competencia."
>
> "En esa medida, el examen de la infracción sancionada se estableció como una conducta continuada, toda vez que comprende todas las actividades y acuerdos adelantadas entre las EPS y ACEMI contrarias a la libre competencia, y por tanto, la fecha que desde tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, es aquella en la cual se tiene certeza, cesó la conducta y no la de su iniciación."[308]

El fallo omite el análisis probatorio propuesto por el demandante en relación con las pruebas utilizadas como extremo a partir del cual contar la caducidad y sin realizar un análisis crítico se adhiere a la posición de la autoridad. No se sabe por qué el fallador considero que esas pruebas vinculaban al demandante ni tampoco por qué consideró que constituían prueba de una conducta continuada. Es más no se sabe para la sentencia qué significa una conducta continuada. Todos estos interrogantes debieron haberse despejado en el ejercicio del control judicial del acto administrativo, sin embargo, ello no fue así.

En relación con el cargo de la demanda que atacaba la indebida valoración de las pruebas por parte de la autoridad[309], el control judicial propone que para resolver el cargo "es pertinente analizar los argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a los elementos probatorios que sustentan la sanción impuesta, con el fin de determinar la existencia o no de la alegada falsa motivación."[310]. A continuación, el fallo en comento procede a enunciar las pruebas esgrimidas en la resolución sancionatoria y su análisis probatorio para luego concluir lo siguiente:

> "Así pues, atendiendo al análisis probatorio contenido en las resoluciones demandadas y reiterando todos los argumentos expuestos en el estudio del cargo inmediatamente anterior, estima el Despacho

[308] Página 30 de la sentencia.

[309] Páginas 6 y 7 de la sentencia.

[310] Páginas 37 y 38 de la sentencia.

> que la motivación expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, para sancionar a las Entidades Promotoras de Salud y a sus Representantes Legales, se encuentra ajustada a derecho por cuanto se basan en hechos comprobados probatoriamente, los cuales se ajustan a la conducta normativa, en salvaguardia de la libre competencia."[311]
>
> "Al determinar que la valoración probatoria fue no solo extensa, suficiente, sino detallada, derivándose de ellas la responsabilidad del señor Rodríguez Ávila como representante legal de COMPENSAR, frente a la tolerancia de las políticas adoptadas en el seno de ACEMI. En tal sentido, el cargo bajo estudio no tiene vocación de prosperidad."

Si bien la sentencia anunció que emprendería el análisis crítico de los argumentos de los actos demandados, tal como se espera del control judicial, no lo hizo y terminó parafraseándolos para concluir a partir del análisis de la autoridad que los mismos son ajustados a derecho y suficientes.

Este es un claro viso de deferencia en donde el control judicial renuncia a realizar su propio análisis crítico en favor del acto demandado, privando al demandante de obtener un control judicial pleno.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 19 de mayo de 2015.

A estas alturas de la investigación, el análisis cualitativo de varios fallos[312] que estudiaron los mismos actos administrativos sancionatorios pero que fueron generados por diversos demandantes, arroja que los fallos son casi idénticos y en todos, menos en uno[313], se observa deferencia judicial sin lograr encontrar elementos diferenciadores en el análisis del juzgador, lo cual llama la atención porque es bien sabido que la responsabilidad es individual, luego su determinación y el control judicial que se lleve a cabo debe hacerse de la misma manera.

En relación con los actos demandados que se analizan en la sentencia en comento, en este trabajo se analizaron 12 sentencias que hicieron el control judicial de los mismos. De ellas 11 negaron las pretensiones de la demanda con claros visos de deferencia judicial y tan solo una anuló los actos demandados. La única sentencia que en criterio del autor hace un ejercicio de control judicial adecuado es la que decidió anular los actos de la administración, en tanto es la única que analiza de manera individual la

[311] Páginas a 36 de la sentencia.

[312] Ver análisis y texto de las sentencias de los procesos 2012-576, 2012-576-02, 2012-690-01, 2012-788-01, 2012-763, 2012-49, 2012-49-01, 2012-44, 2012-71, 2012-149, 2012-679, 2012-679-02

[313] Ver análisis de la sentencia del proceso 2012-156-03

situación particular del demandante evitando darle un trato homogéneo al de todos los sancionados por la autoridad, lo cual es un patrón de las restantes 11 sentencias.

A la misma conclusión se hubiese llegado si la sentencia en comento hubiese negado las pretensiones de la demanda, pues lo relevante más que determinar si el demandante salió victorioso, es constatar que el control judicial se haga de manera adecuada.

28. Proceso: 2012-149 (Anexo 38)
Juez: Juez Quince Administrativo de Bogotá
Instancia: Primera

El fallo negó las pretensiones de la demanda y presenta visos de deferencia. Respecto al cargo de caducidad, el demandante sostiene que las pruebas relativas a los últimos hechos que sirvieron de extremo para empezar a contar el término de caducidad no hacen referencia a él y, por lo tanto, la caducidad en relación con el demandante debía contabilizarse a partir de la última prueba con la que estuviera vinculado[314].

Sin embargo, al resolver el cargo la sentencia no aborda los argumentos del demandante, se limita afirmar que la conducta es continuada pero no estudia los argumentos del demandante para verificar si las pruebas que sirvieron como referencia para contar el término de caducidad si lo vinculan o no[315].

> "En consecuencia, atendiendo a que el último acto constitutivo de la conducta reprochable que se conoce se presentó el 05 de diciembre de 2008, la administración tenía hasta el 08 de diciembre de 2011 para sancionar a los investigados, de suerte que como el acto que agotó la vía gubernativa quedó notificado el 02 de diciembre de 2011, la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio no había caducado."[316]

Del mismo modo, al resolver el cargo sobre la indebida valoración probatoria que realizó el acto administrativo demandado, la sentencia se limita a parafrasear la valoración probatoria de la administración para concluir que:

> "Así pues, teniendo en cuenta el análisis probatorio contenido en las resoluciones demandadas y reiterando todos los argumentos expuestos

[314] Página 5 de la sentencia.

[315] Página 23 a 25 de la sentencia.

[316] Página 25 de la sentencia.

en el estudio del cargo inmediatamente anterior, estima el Despacho que la motivación expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, para sancionar a las Entidades Promotoras de Salud y a sus Representantes Legales, se encuentra ajustada a derecho por cuanto se basan en hechos comprobados probatoriamente, los cuales se ajustan a la conducta normativa, en salvaguardia de la libre competencia."[317]

El control judicial en este caso se limitó transcribir los actos administrativos demandados y a concluir que lo allí realizado es adecuado al ordenamiento jurídico. El análisis crítico del juzgador en relación con la labor de la autoridad y de los argumentos de la demanda no salió de su fuero interno y mucho menos fue exteriorizado en la sentencia.

Como puede observarse con la simple lectura de la sentencia[318], los cargos de la demanda no iban dirigidos a que el juez verificara la existencia y el contenido de los actos demandados. Por el contrario, estaban dirigidos a atacar sus conclusiones y sus fundamentos. En consecuencia, lo que se esperaba del control judicial era un análisis crítico del contenido de los actos administrativos a partir de los cargos esgrimidos en la demanda que le permitiera adoptar una conclusión motivada.

Esta sentencia fue confirmada posteriormente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante fallo del 14 de agosto de 2014.

29. Proceso: 2012-790-01 (Anexo 39)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferido el 29 de agosto de 2013 que negó las pretensiones de la demanda.

En criterio del Autor, el fallo en comento tiene visos de deferencia judicial, toda vez que se abstiene de analizar los aspectos técnicos del acto administrativo demandado aun cuando en el marco del proceso judicial la parte demandante aporto un concepto técnico que cuestionaba el acto administrativo. Lo anterior se evidencia en la siguiente cita de la sentencia:

"VI.4.2.1.6.1.- En primero término, los impugnantes se refirieron al concepto técnico elaborado por el Ingeniero Ciro Alberto Amaya, aportado junto con la demanda, el cual al referirse al "modelo econométrico" empleado por la Superintendencia de Industria y

[317] Páginas a 36 de la sentencia.

[318] Páginas 7 a 9 de la sentencia.

Comercio en la Resolución 64400 de 16 de noviembre de 2011, indicó[319]:

[…]

"Para la Sala, el concepto técnico per se resulta insuficiente para demostrar la inexistencia de prácticas restrictiva de la libre competencia, pues las conclusiones en él contenidas quedan desvirtuadas con la valoración en conjunto de las demás pruebas que fueron valoradas oportunamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, pues tal y como se indicó, la decisión sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentó en las similitudes encontradas entre las propuestas encontradas y evaluadas por la autoridad de la competencia, por lo que, el llamado "modelo econométrico" no fue la única prueba determinante para verificar la existencia de las prácticas contrarias a la libre competencia, tal y como quedó consignado ab initio en el acápite VI.4.2.1.4. de esta providencia.[320]

[…]

"En todo caso, los testimonios antes analizados, no tienen la fuerza suficiente para desvirtuar el análisis probatorio realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de expedir los actos administrativos sancionatorios, en tanto que los mencionados testimonios: i) no tuvieron una participación directa en los hechos objeto de esta demanda, y ii) sus declaraciones no desvirtúan las conclusiones efectuadas por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia, la cual se sustentó en el conocimiento previo de los investigados en la etapa previa en la presentación de las propuestas, las coincidencias presentadas en las propuestas presentadas por los consorcios y, la estrategia de los investigados en un escenario colusorio, a partir del modelo de "argumentación econométrica" tantas veces mencionado.

"Por las razones anotadas, para la Sala el cargo relacionado con la violación al debido proceso no está llamado a prosperar, en síntesis, por las siguientes razones:[321]

[…]

[319] Página 56 de la sentencia.

[320] Página 58 y 59 de la sentencia.

[321] Páginas 60 y 61 de la sentencia.

"v) El concepto técnico per se no es una prueba que goza de la fuerza persuasiva suficiente para desvirtuar el análisis efectuado por la Autoridad Nacional de la Competencia sobre la inexistencia de un acuerdo contrario a la libre competencia.

"vi) Los testimonios decretados en la primera instancia no desvirtúan el análisis probatorio efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de expedir los actos administrativos sancionatorios."[322]

Como puede observarse, brilla por su ausencia el análisis crítico de la sentencia en relación con los argumentos del acto administrativo demandado y la confrontación del mismo con los argumentos esgrimidos por el demandante. No se sabe por qué razón ni los testimonios ni el concepto técnico allegado por el demandante tienen la virtualidad de afectar la motivación del acto sancionatorio. Los motivos de esta afirmación se quedaron en el fuero interno de los autores de la sentencia y, por lo tanto, el control judicial no fue realizado de manera adecuada.

Es evidente que el fallo elude entrar a realizar consideraciones de aspecto técnico y simplemente mediante una afirmación carente de motivación le otorga prevalencia a la administración partiendo de la base de que lo que realizó está bien sin siquiera emprender un análisis crítico y confrontarlo con los argumentos de la demanda.

En relación con casos como el que se analiza, llama la atención que el juzgador no utilice su potestad en materia probatoria para llegar a la verdad y para emprender los análisis técnicos que requiera con el apoyo de los especialistas en la materia.

30. Proceso: 2012-679 (Anexo 40)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se identificaron visos de caducidad.

Respecto al cargo de caducidad, el demandante sostiene que las pruebas relativas al último hecho que sirvió de extremo para empezar a contar el término de caducidad no prueba nada en relación con el supuesto acuerdo que ocasionó la sanción, por lo que no puede sostenerse que la conducta anticompetitiva se llevó a cabo hasta la fecha de esas pruebas[323].

[322] Página 62 de la sentencia.

[323] Página 7 de la sentencia.

Sin embargo, al resolver el cargo la sentencia no aborda los argumentos del demandante, se limita afirmar que la conducta es continuada pero no estudia los argumentos de la demanda para verificar si las pruebas que sirvieron como referencia para contar el término de caducidad si lo vinculan o no:

> "En este punto, debe aclararse que el censor no desvirtuó esa fecha, 5 de diciembre de 2008, solo manifestó su discrepancia con la afirmación según la cual la conducta fue continuada, puesto que, a su juicio, ello daría lugar a que la administración adoptara una determinación arbitraria.
>
> "Ahora, tomar como referencia ese día, no implica para esta Corporación un prejuzgamiento, sobre la responsabilidad de la demandante sino el establecimiento de un parámetro, que en últimas no fue objeto puntual de discusión por el libelista para analizar si la facultad sancionatoria se ejerció en término" [324]

En este asunto el fallo se equivoca puesto que al momento de resumir el cargo presentado por el demandante en el folio 7 precisó que el mismo se basaba en que "el contenido del aludido correo (haciendo referencia a la prueba del 5 de diciembre de 2008) no dio muestra de un convenio contra la citada libre competencia, ya que del mismo solo se desprende el objeto de una determinada jornada de trabajo , cuyo propósito era revisar el proyecto de reforma o mejora del sistema que debía someterse a consideración del Ministerio y redactar una posición válida y no reprochable, lejos del fin señalado por el ente demandado en la investigación"[325]

En consecuencia, no es cierto que el demandante no haya puesto en discusión la prueba del 5 de diciembre de 2008, argumento bajo el cual la sentencia adoptó esa fecha como el extremo a partir del cual computar la caducidad para luego proceder a rechazar el cargo.

Este fallo fue confirmado por el Consejo de Estado mediante fallo del 25 de noviembre de 2019.

31. Proceso: 2012-679-02 (Anexo 41)
Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

---

[324] Página 21 de la sentencia.

[325] Página 7 de la sentencia.

El fallo confirma la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferida el 13 de marzo de 2014 y en ella no se advierten visos de deferencia, pues el fallo analiza de manera crítica el acto administrativo demandado y lo confronta con los argumentos de la demanda para arribar a la conclusión plasmada en la parte resolutiva.

En relación con el viso de deferencia que se identificó en la sentencia de primera instancia, el fallo en comento procede de manera diferente y explica por qué en su criterio la prueba del 5 de diciembre de 2008 que fue controvertida por el demandante sí debe tenerse en cuenta para efectos de calcular la caducidad.

32. Proceso: 2012-52 (Anexo 42)
Juez: Juez Sexto Administrativo de Bogotá
Instancia: Primera

El fallo niega las pretensiones de la demanda y en él solo se observa un viso de deferencia que puede ser discutible.

En criterio del autor, el fallo realiza un control judicial adecuado. Los reproches de la demanda en su gran mayoría giran en torno a la valoración de las pruebas que llevó a cabo la autoridad y el fallo, lejos de lanzar afirmaciones genéricas sobre la valoración de la administración, emprende un análisis crítico de la prueba, de los argumentos de la demanda y de los argumentos de los actos administrativos para arribar a la conclusión que finalmente plasmó en la sentencia.

No obstante, se observa que el demandante en el alegato de conclusión planteó el argumento de la caducidad. Sin embargo, el juzgado señaló lo siguiente:

> "Finalmente, el Despacho no tendrá en cuenta en el estudio del caso otras disposiciones o conceptos de violación planteados por la parte demandante en sus alegatos de conclusión, como quiera que no fueron propuestos en la oportunidad procesal pertinente"[326].

En criterio del autor, la tensión entre el principio de justicia rogada y la función del juez como garante de los derechos fundamentales de las personas debe resolverse a favor de lo segundo, más aún en el marco de un proceso cuyo fin es controlar los actos de poder de la administración sobre los ciudadanos.

En ese orden de ideas y de acuerdo a lo señalado en capítulos precedentes, es deber del juez de lo contencioso administrativo declarar las excepciones

[326] Página 47 de la sentencia.

que encuentre probadas aun cuando las mismas no hayan sido alegadas en la demanda, razón por la cual la decisión de la sentencia en comento de abstenerse de estudiar el tema de la caducidad por no haber sido planteado en la demanda sino solo hasta el alegato de conclusión, afecta el adecuado control judicial que hasta ese momento estaba realizando el fallo.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia del 3 de noviembre de 2016.

33. Proceso: 2012-52-01 (Anexo 43)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Segunda

La sentencia confirma el fallo de segunda instancia que negó las pretensiones de la demanda y en ella no se observan visos de deferencia judicial toda vez que realiza un control judicial adecuado: emprende un análisis crítico de la prueba, de los argumentos de la demanda, de los argumentos de los actos administrativos y de los argumentos del fallo de primera instancia para arribar a la conclusión que finalmente plasmo en la sentencia.

34. Proceso: 2013-76 (Anexo 45)
Juez: Juez Segundo Administrativo de Duitama
Instancia: Primera

El fallo niega las pretensiones de la demanda y en él se evidencian visos de deferencia judicial en los siguientes términos.

Uno de los cargos de la demanda consistió en el cuestionamiento que el demandante realiza a la valoración probatoria realizada en los actos administrativos demandados. Así lo resume el fallo en comento:

> "Igualmente, refiere que los actos administrativos demandados están falsamente motivados por cuanto se presentan divergencias entre los hechos corroborado y acreditados por la accionada y la realidad jurídica a la que estaba sometido el señor GONZALEZ MANRIQUE efectuándose una indebida calificación fáctica.
>
> "Finalmente sostiene que, no se dio la adecuación típica de la conducta endilgada por el quejoso, ni de oficio se logró demostrar que el comportamiento del hoy demandante, haya encajado en alguno de los supuestos de infracción establecidos por el Decreto 2153 de 1992."[327]

[327] Página 3 de la sentencia.

Sin embargo, al resolver estas acusaciones, la sentencia no realizó ningún análisis crítico de la valoración probatoria realizada por la autoridad en los actos demandados, simplemente se limitó a señalar en dos párrafos lo siguiente:

> "Ahora, en lo que respecta al trámite probatorio impartido, del contenido de los actos cuya nulidad se depreca se advierte que, en estos fueron discriminados y considerados los distintos medios de prueba recaudados para adoptar la decisión en comento, sin que se haya acreditado en el trámite de las presentes diligencias, que se hubiera incurrido en omisión o indebida práctica o valoración de alguno de ellos.
>
> "Nótese que, en la actuación administrativa en la que se decretaron las pruebas de la investigación adelantada por la SIC. se realizó pronunciamiento respecto de todas y cada una de las solicitadas por las partes y decretadas de oficio y se señalaron las razones por las que se negaba la práctica de algunas de ellas sin que obre en el plenario prueba alguna que demuestra que, contra las decisiones se hubieran ejercido los recursos de ley, a peras que las decisiones fueron debidamente notificadas"[328].

Es evidente que la sentencia adhiere a la postura de la administración sin siquiera explicar el análisis crítico que realizó en relación frente a los argumentos de la demanda y al acto administrativo demandado. En este orden de ideas, el control judicial se limitó a refrendar el obvio contenido de los actos demandados sin motivación alguna.

Esta providencia no fue apelada por el demandante, razón por la cual quedó en firme.

35. Proceso: 2012-374 (Anexo 46)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella no se observan visos de deferencia judicial toda vez que realiza un control judicial adecuado: emprende un análisis crítico de la prueba, de los argumentos de la demanda y de los argumentos de los actos administrativos para arribar a la conclusión que finalmente plasmo en la sentencia.

Este fallo fue confirmado por el Consejo de Estado mediante sentencia del 16 de julio de 2015.

36. Proceso: 2012-374-01 (Anexo 47)

[328] Página 10 de la sentencia.

Juez: Consejo de Estado
Instancia: Segunda

La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de julio de 2014 mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. En el fallo en comento ella no se observan visos de deferencia judicial toda vez que realiza un control judicial adecuado: emprende un análisis crítico de la prueba, de los argumentos de la demanda, de los argumentos de los actos administrativos y de los argumentos del fallo de primera instancia para arribar a la conclusión que finalmente plasmó en la sentencia.

37. Proceso: 2013-47 (Anexo 48)
Juez: Juez Tercero Administrativo de Ibagué
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se avizora un único viso de deferencia judicial pues al resolver el cargo de la demanda sobre indebida aplicación de la Ley 1340 de 2009[329], se releva de explicar las razones por las que considera que sí debe aplicar la mencionada ley al afirmar que:

> "No es aplicable el artículo 38 del derogado Código Contencioso Administrativo y nunca fue puesto de presente así por parte de la Superintendencia demandada, pues la misma se limitó a indicar que en el caso de la empresa Autogases de Colombia S.A., su conducta violatoria de la ley se desarrolló hasta finales del año 2008 pues no participó de posteriores acuerdos, luego en su caso es evidente que la norma llamada a dirimir el asunto en lo que atañe a término de caducidad, si resulta ser la norma precitada (Folio 52, texto de la Resolución No. 25294 del 26 de abril de 2012)[330]

Se echa de menos el análisis del juez en relación con la aplicación de la norma a una situación acaecida bajo la vigencia de dos normas diferentes, análisis donde en virtud de normas constitucionales aplicables a los asuntos administrativos hubiese podido aparecer la discusión sobre el principio de favorabilidad, entre otros.

Esta sentencia no fue apelada por los demandantes, razón por la cual quedó en firme.

38. Proceso: 2013-609 (Anexo 49)

[329] Página 2 de la sentencia.

[330] Página 14 de la sentencia.

Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se evidencian algunos visos de deferencia judicial. Por ejemplo, al resolver uno de los cargos de la demanda referido a la valoración de una circunstancia que llevó a cabo la autoridad[331], el fallo afirmó lo siguiente:

> "En este sentido, la Sala observa que la parte demandante no desvirtuó los hallazgos de la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a la estrategia utilizada por los investigados, sin que sea suficiente el argumento expuesto por la parte actora en relación a que por motivos de beneficio resultaba más conveniente visitar los centros carcelarios en los cuales ya habían prestado sus servicios, sin que se logré desvirtuar la constante presentada en los investigados de realizar una oferta menor en los ítems de los centros carcelarios que no visitaron y una oferta mayor en los visitados los cuales fueron efectivamente adjudicados y en razón de ello frente a este aspecto el cargo no está llamado a prosperar."[332]

La consideración transcrita evidencia que la sentencia no analizó de manera crítica el argumento de la resolución demandada. Simplemente acudió a su presunción de legalidad para "preferirlo" sin señalar por qué razones el argumento de la demanda no lograba desvirtuarlo. Es pertinente recordar que la presunción de legalidad de los actos administrativos no puede servir como argumento para desvirtuar una acusación en el marco del control judicial. La acusación debe resolverse con argumentos resultantes de análisis críticos que debe llevar a cabo el juzgador. Con los cargos de la demanda, la presunción de legalidad se pone en entredicho y será el juez quien decida de manera motivada si la misma resulta incólume o no.

En relación con esta sentencia, es pertinente advertir que, pese a que el Tribunal anuló parcialmente el acto administrativo en lo referente al monto de la sanción impuesta a la demandante, para efectos de la presente investigación se clasificó en el grupo de los fallos que no anulan los actos administrativos demandados toda vez que la sanción no fue anulada.

Esta sentencia fue apelada por la demandante y actualmente se encuentra en trámite la segunda instancia.

39. Proceso: 2013-1861 (Anexo 50)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca

[331] El cargo se resume en las Páginas 45 y 61 de la Sentencia

[332] Página 62 de la sentencia.

Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se evidencian algunos visos de deferencia judicial. Por ejemplo, al resolver uno de los cargos de la demanda referido a la valoración de una circunstancia que llevó a cabo la autoridad[333] en relación con la presentación de propuestas altas y bajas, el fallo afirmó lo siguiente:

> "En este sentido, la Sala observa que la parte demandante no desvirtuó la constante presentada entre los investigados de realizar una oferta menor en los ítems de los centros carcelarios que no visitaron y una oferta mayor en los visitados los cuales fueron efectivamente adjudicados, aspecto que se analizará más adelante."[334]
>
> […]
>
> "Del análisis de la información, resulta claro para la sala que la estrategia colusoria consistió en la presentación de una propuesta baja e idéntica por parte de dos de los investigados, mientras que el tercer investigado presentaba una propuesta más alta, la cual obtuvo los fines deseados por los concordantes en el acuerdo colusorio, esto es, la adjudicación de los ítems de su interés."[335]

Las consideraciones transcritas evidencian que la sentencia no analizó de manera crítica el argumento de la resolución demandada. Simplemente acudió a su transcripción y luego a la presunción de legalidad para "preferirlo" sin señalar por qué razones el argumento de la demanda no lograba desvirtuarlo. Es pertinente recordar que la presunción de legalidad de los actos administrativos no puede servir como argumento para desvirtuar una acusación en el marco del control judicial. La acusación debe resolverse con argumentos resultantes de análisis críticos que debe llevar a cabo el juzgador. Con los cargos de la demanda, la presunción de

[333] El cargo se resume en las Páginas 21 y 22 de la Sentencia así:

> "También se configura como falsa motivación las consideraciones expuestas por la SIC, según las cuales para hacer efectivo el acuerdo en la licitación se presentaron propuestas complementarias, en efecto se presenta en las resoluciones un análisis errado según el cual las dos propuestas más bajas presentadas por dos de los investigados garantizaban en cada caso la adjudicación para el tercero de ellos, de uno de los ítems, por cuanto de las pruebas que obran en el expediente y el análisis presentado en el recurso de reposición se desprende que dichas variables pueden cambiar alterando los resultados de la SIC, por cuanto dicha entidad no tuvo en cuenta la incertidumbre en cuanto a las posibles participantes y su incapacidad de restringir el acceso de agentes de mercado en los diferentes ítems.

[334] Página 48 de la sentencia.

[335] Página 51 de la sentencia.

legalidad se pone en entredicho y será el juez quien decida de manera motivada si la misma resulta incólume o no.

En relación con esta sentencia, es pertinente advertir que, pese a que el Tribunal anuló parcialmente el acto administrativo en lo referente al monto de la sanción impuesta a la demandante, para efectos de la presente investigación se clasificó en el grupo de los fallos que no anulan los actos administrativos demandados toda vez que la sanción no fue anulada.

Esta sentencia fue apelada por ambas partes y actualmente se encuentra en trámite la segunda instancia.

40. Proceso: 2013-414 (Anexo 51)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se observa un viso de deferencia judicial en extremo delicado por cuanto evidencia una carencia fundamental en relación con el control judicial.

Uno de los cargos esgrimidos por la demanda consistió, según el resumen del mismo fallo, en que:

> "(…) el hecho por el cual fue sancionada la parte actora ocurrió con posterioridad a la apertura de la investigación y a la oportunidad procesal para solicitar y aportar pruebas, lo que implica que no existe correspondencia entre los hechos objeto de la apertura de la investigación y el hecho que originó la sanción de multa de que tratan los actos acusados."[336]
>
> […]
>
> "Tanto FEDEGAN como el representante legal de esta, con base en la resolución de apertura de la investigación solicitaron y aportaron las pruebas que pretendían hacer valer dentro de la investigación dirigidas a demostrar que las conductas que dieron origen a aquella, dentro de las cuales no se encontraba la referida decisión de FEDEGAN de no comprar vacuna con antígeno importado, no eran ciertas y por lo tanto no implicaban la violación de las normas citadas como supuestamente infringidas."[337]

Del cargo transcrito es pertinente resaltar que la queja fundamental consiste en la imposibilidad que manifestaron los demandantes de solicitar pruebas

[336] Página 4 de la sentencia.

[337] Páginas 5 y 6 de la sentencia.

y contradecir los hechos por los que finalmente los demandaron, lo cual consideran violatorio del debido proceso.

Frente a este reproche, la sentencia señala lo siguiente:

> "Sobre este aspecto, es importante advertir que el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual, cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente en la queja planteada por Laverlam SA, como el relacionado con la no compra de la vacuna producida por dicho laboratorio por contener una cepa importada y no producida en el territorio nacional, aspecto este que no fue desvirtuado ni tachado por la parte actora en el proceso administrativo ni en esta instancia judicial, sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas discriminatorias, de obstrucción y de abuso de posición dominante en el mercado que generaban prácticas comerciales restrictivas."

Como se puede apreciar del aparte transcrito y de la lectura integral del fallo, el Tribunal evade analizar la cuestión relativa a la imposibilidad del demandante de controvertir y presentar pruebas en relación con los "hechos adicionales" que surgieron en el transcurso de la investigación. En otras palabras, la sentencia no abordó un cargo que solicitaba el control judicial con fundamento en el debido proceso al considerar el demandante que no puedo ejercer su derecho de contradicción y defensa en relación con los "hechos adicionales" que surgieron en el transcurso de la investigación.

Más allá de las consideraciones sobre el alcance del derecho al debido proceso y el acierto o no del juzgador al resolver el cargo, que no son el objeto del presente trabajo, lo que no puede permitirse en el marco del control judicial es que un aspecto tan sensible como el relativo al debido proceso se quede sin el análisis requerido en virtud del control judicial de los actos de la administración.

La sentencia fue apelada por los demandantes por lo que actualmente se está llevando a cabo la segunda instancia.

41. Proceso: 2013-1812 (Anexo 52)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella no se advierten visos de deferencia como quiera que el fallo analiza críticamente los actos

demandados, los argumentos de la demanda y de los diferentes participantes en el proceso para luego arribar a la conclusión plasmada en la parte resolutiva.

Se aclara que la sentencia declaró la nulidad parcial de los actos administrativos dando curso a las pretensiones subsidiarias de la demanda en lo que respecta al monto de la sanción.

Finalmente, el fallo fue apelado por ambas partes, por lo que a la fecha se encuentra en curso la segunda instancia.

42. Proceso: 2013-849 (Anexo 54)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella no se advierten visos de deferencia como quiera que el fallo analiza críticamente los actos demandados, los argumentos de la demanda y de los diferentes participantes en el proceso para luego arribar a la conclusión plasmada en la parte resolutiva.

El fallo fue apelado por ambas partes, por lo que a la fecha se encuentra en curso la segunda instancia.

43. Proceso: 2013-2739 (Anexo 56)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

El fallo niega las pretensiones de la demanda y en él se observa un viso de deferencia claro y otro que puede ser discutible.

En relación con la responsabilidad de las personas naturales demandantes, la demanda esgrime argumentos tendientes a desvirtuar su responsabilidad[338], y sin embargo el fallo no se pronuncia al respecto.

En segundo lugar y pese a que en criterio del autor, salvo por lo señalado en el párrafo anterior, el fallo realiza un control judicial adecuado al emprender un análisis crítico de las pruebas, de los argumentos de la demanda y de los argumentos de los actos administrativos para arribar a la conclusión que finalmente plasmó en la sentencia, se observa que el demandante en el alegato de conclusión planteó algunas irregularidades adicionales que en su criterio afectaban los actos administrativos demandados. Sin embargo, el Tribunal señaló lo siguiente:

[338] Página 10 de la sentencia.

> "Los nuevos argumentos expuestos por la parte demandante en esta etapa de alegatos de conclusión no pueden ser analizados en esta fase del proceso, pues hacerlo vulneraría el derecho de defensa de la parte demandada, tal como ha sido precisado por el H. Consejo de Estado."[339]

En criterio del autor, la tensión entre el principio de justicia rogada y la función del juez como garante de los derechos fundamentales de las personas debe resolverse a favor de lo segundo, más aún en el marco de un proceso cuyo fin es controlar los actos de poder de la administración sobre los ciudadanos.

En ese orden de idas y de acuerdo a lo señalado en capítulos precedentes, es deber del juez de lo contencioso administrativo declarar las excepciones que encuentre probadas aun cuando las mismas no hayan sido alegadas en la demanda, razón por la cual la decisión de la sentencia en comento de abstenerse de estudiar las irregularidades adicionales planteadas por el demandante por no haber sido planteado en la demanda sino solo hasta el alegato de conclusión, afecta el adecuado control judicial que hasta ese momento estaba realizando el fallo.

La sentencia fue apelada por los demandantes por lo que actualmente se está llevando a cabo la segunda instancia.

44. Proceso: 2014-680 (Anexo 57)
Juez: Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda relativas a anular la sanción y en ella no se advierten visos de deferencia como quiera que el fallo analiza críticamente los actos demandados, los argumentos de la demanda y de los diferentes participantes en el proceso para luego arribar a la conclusión plasmada en la parte resolutiva.

La sentencia anula parcialmente el monto de la sanción impuesta por lo que ordena a la autoridad graduar de nuevo la sanción aplicando la norma correspondiente y no la que aplicó originalmente.

Finalmente, el fallo fue apelado por la parte demandante, por lo que a la fecha se encuentra en curso la segunda instancia.

45. Proceso: 2015-040 (Anexo 58)
Juez: Tribunal Administrativo de San Andrés
Instancia: Primera

[339] Página 11 de la sentencia.

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se identifica un viso de deferencia judicial.

Uno de los cargos de la demanda consistió en la violación del derecho de contradicción y defensa porque en criterio del demandante la autoridad lo condenó con fundamento en hechos y pruebas que no anunció en la apertura de la investigación al sancionarlo "porque supuestamente el procedimiento de subasta informal utilizado para fijar la tarifa mencionada no fue transparente."[340]

Sin embargo, al resolver el cargo, la sentencia no aborda el cargo, sino que se limita a afirmar que la autoridad puede "recaudar y analizar pruebas posteriores a la apertura de la investigación lo que se busca es esclarecer las circunstancias de hecho y de derecho necesarias para determinar si la conducta es contraria a la ley."[341] Para luego concluir lo siguiente:

> "En este caso, las oportunidades se garantizaron y no fueron vulnerados sus derechos, ya que las actuaciones acusadas han mantenido desde el inicio del proceso sancionatorio hasta la culminación de este las garantías de audiencia y contradicción, así como el respeto al desarrollo probatorio requerido por la parte demandante a punto que los recursos en sede administrativa se han cumplido y también reconsiderado el monto inicialmente impuesto a la sanción objeto de reproche en sede judicial."[342]

Como es fácilmente perceptible, el fallo en comento no aborda el análisis del cargo según el cual al demandante se le sancionó por un hecho que no tuvo la oportunidad de contradecir. Ese aspecto quedó sin control judicial ya que no hay una manifestación expresa al respecto.

Para despachar el cargo, la sentencia afirma la existencia de un procedimiento sancionatorio, pero no analiza de manera crítica si el cargo elevado por el demandante se presentó o, por el contrario, no tiene asidero.

46. Proceso: 2017-166 (Anexo 60)
Juez: Juez Primero Administrativo de Bogotá
Instancia: Primera

La sentencia niega las pretensiones de la demanda y presenta varios visos de deferencia judicial.

[340] Página 10 de la sentencia.

[341] Ibid.

[342] Página 11 de la sentencia.

En relación con el cargo sobre la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad[343] (las conductas investigadas tuvieron vigencia dentro de un período de tiempo en el que rigieron dos normas sobre caducidad), el fallo en comento, pese a señalar que dicho principio era plenamente aplicable a las actuaciones administrativas[344], no realizó ningún análisis sobre si el mismo era aplicable al caso. Simplemente afirmó que debía aplicarse la norma vigente al momento de iniciarse la investigación:

> "Frente a lo cual, este Despacho no considera que se haya vulnerado el principio de favorabilidad, pues se advierte que la demandada aplicó la norma especial que estaba vigente en el año 2014, momento en el que se inició la investigación administrativa, razón por la cual, era válido aplicar el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, tal como lo hizo la SIC en el presente caso."[345]

¿Por qué no aplica el principio de legalidad? ¿por qué se aplica la ley vigente al momento de iniciarse la investigación y no la ley vigente al momento en que se cometieron las conductas investigadas? Ese análisis propuesto en virtud de la demanda no fue llevado a cabo por la sentencia debiéndolo hacer en virtud de un adecuado control judicial.

En relación con el cargo de la demanda que atacaba la falta de inmediación de la prueba por parte de la autoridad[346], la sentencia afirma lo siguiente:

> "Frente a este punto, tal y como se encuentra planteado por desconocimiento del principio de inmediación, no puede ser objeto de pronunciamiento judicial, en vista de que, al interponer el recurso de reposición contra el acto sancionatorio expedido por el Superintendente de Industria y Comercio, no se incluyó este aspecto puntual y en esa medida, no se cumple con el requisito de agotar la reclamación administrativa para provocar la decisión previa por parte de la administración."[347]

---

[343] Resumido en la Página 7 de la sentencia.

[344] Página 12 de la sentencia:

> "Ahora bien, en lo que respecta al **derecho al debido proceso resalta el Despacho Constitucionalidad que éste aparece institucionalizado en el Bloque de y en el artículo 29 de la Carta Política como mandato de que toda actuación, judicial o administrativa se ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso**; **la aplicación del principio de favorabilidad** (…)"

[345] Página 20 de la sentencia.

[346] Resumido en la Página 6 de la sentencia.

[347] Página 24 de la sentencia.

Esto constituye un viso de deferencia porque de conformidad con la ley aplicable, frente a las sanciones interpuestas por el Superintendente de Industria y Comercio solo es procedente el recurso de reposición, el cual no es obligatorio para efectos de acudir a la jurisdicción para efectos del control judicial. No obstante, el Juez se abstuvo de llevar a cabo el control judicial en relación con el cargo mencionado.

Igual ocurre en relación con el cargo sobre la violación del deber de imparcialidad[348]:

> "La parte actora alega en su defensa, que el Superintendente de Industria y Comercio incurrió en infracción del deber de imparcialidad y debió declararse impedido como consecuencia de haber dado declaraciones en los medios de comunicación, antes de emitir la sanción por las conductas investigadas, al respecto debe precisarse como se indicó en el vicio de nulidad previamente estudiado, que, este argumento, no fue expuesto a la SIC en el trámite administrativo sancionatorio y como consecuencia de ello, los cuestionamientos por la presunta falta de imparcialidad, no pueden ser objeto en esta etapa de pronunciamiento judicial, por cuanto no se permitió a la Entidad conocer estos señalamientos y pronunciarse sobre los mismos en la oportunidad que correspondía."[349]

Finalmente, en los cargos relativos a cuestionar la valoración de los actos demandados[350] por falsa motivación, se evidencia que lejos de acometer un análisis crítico del acto demandado y de los argumentos de la demanda, la sentencia simplemente se dedica a validar el acto de la administración sin motivar su decisión, la cual se fundamenta en negaciones indefinidas como las siguientes:

> "(…) se advierte que la SIC soportada en suficiente material probatorio que reposa en el expediente administrativo (documentales, testimoniales, análisis del mercado) llegó a la conclusión de que la investigada, CORREA LENIS estuvo involucrada en el acuerdo restrictivo de la competencia que protagonizaron las empresas que dominan el mercado nacional de pañales desechables y en consecuencia, **para este estrado judicial si resulta evidente que se desvirtuó por dicha entidad la presunción de inocencia de la**

[348] Resumido en la Página 6 de la sentencia.

[349] Página 26 de la sentencia.

[350] Resumidos en la Página 6 de la sentencia.

demandante y en cambio, ella no logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo acusado."[351]

[…]

"Al respecto, conforme a lo evidenciado en los actos administrativos acusados de nulidad, este Despacho no logra advertir respaldo alguno en los argumentos de la parte actora, contrario a ello, se observa gran material probatorio recaudado en torno a la investigación administrativa, cabe resaltar que la sanción impuesta a la demandante no se soportó exclusivamente en el análisis del mercado realizado por la SIC, sino que, de forma principal por las declaraciones dadas por los delatores, los correos electrónicos allegados a la investigación y demás medios de prueba incorporados en el trámite sancionatorios.[352]

[…]

"Además de lo anterior, se tiene que en dichos actos la SIC analizó igualmente tanto los argumentos expuestos por la defensa de la parte actora y las pruebas que en su oportunidad allegó, sin embargo, no podía únicamente valorar y darles prelación a las pruebas aportadas por su defensa ante el cúmulo de evidencias en su contra, que imposibilitaba que con éstas se contrarrestara lo probado con aquellas otras.

Por lo anteriormente analizado, este Despacho no encuentra que en el presente caso se hubiese configurado ninguno de los cuatro eventos descritos por la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, que logren derrumbar el principio de legalidad que cobija los actos administrativos aquí demandados, razón por la cual, este vicio de nulidad tampoco prospera."[353]

Este es un claro ejemplo de deferencia judicial en el que el encargado de realizar el control judicial reduce su labor a la mínima expresión pues se (i) abstiene de realizar un análisis crítico de los actos demandados; le da plena credibilidad a la valoración probatoria de los mismos sin motivar las razones de ese proceder; (iii) no explica por qué los argumentos de la demanda no tienen vocación de prosperidad ni por qué la crítica a la valoración probatoria propuesta tampoco tiene asidero; e (iv) invoca la presunción de legalidad para efectos de justificar la decisión y, en últimas, el eximirse de realizar el control judicial.

[351] Página 28 de la sentencia.

[352] Páginas 33 y 34 de la sentencia.

[353] Página 34 de la sentencia.

Esta sentencia fue apelada por el demandante y actualmente se encuentra en curso la segunda instancia.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo de investigación se identificaron los presupuestos básicos del régimen de protección de la competencia en Colombia; se contextualizó el procedimiento administrativo sancionatorio que aplica la autoridad de competencia para efectos de sancionar las conductas violatorias de dicho régimen; y se identificó la manera en la que, de conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, se debe llevar a cabo el control de los actos administrativos expedidos en virtud del mencionado procedimiento sancionatorio.

Dicho ejercicio teórico se complementó con la identificación del concepto de deferencia judicial, para lo cual se abordó la definición del mismo que la doctrina ha elaborado y a partir de la experiencia de países como Estados Unidos, España y Chile se obtuvo una idea general de la cuestión de la deferencia judicial para posteriormente analizar el caso colombiano en lo relacionado exclusivamente con el control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre prácticas restrictivas de la competencia.

Así, se determinó que en nuestro país la deferencia judicial no proviene de una decisión consciente del legislador, sino que fue un fenómeno que tuvo corta vigencia en virtud de la jurisprudencia del Consejo de Estado y que, en todo caso, quedó proscrita como quiera que de acuerdo al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia vigente sobre la materia, el control judicial de los actos de la administración debe ser pleno e integral.

Finalmente y teniendo en cuenta que aun cuando la teoría señale la manera en que debe llevarse a cabo el control judicial de los actos expedidos por la administración, será solo el análisis de lo que ocurre en la práctica lo que permitirá establecer la manera en la que se realiza el mencionado control judicial, se identificaron los escenarios que evidenciarían visos de deferencia judicial para posteriormente analizar 60 sentencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio del control judicial de los actos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de prácticas restrictivas de la competencia.

De acuerdo con lo anterior, las principales conclusiones que se desprenden del presente trabajo de investigación son las siguientes:

En relación con el objetivo general de la investigación:

- En el marco del control judicial de los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre prácticas restrictivas de la competencia, el juez administrativo es deferente a favor de la administración en el 71.73% de las sentencias que negaron las pretensiones de nulidad elevadas por los ciudadanos, lo cual corresponde al 55 % del total de las 60 sentencias analizadas.

  Este elevado porcentaje supone que el control judicial de los actos de la administración no se está realizando de manera integral en todos los casos, como lo ordena la normatividad correspondiente, lo que, a su vez, significa que se ha

presentado una seria lesión a la garantía del control judicial que deben asegurar los jueces de la república.

El principal índice de deferencia judicial se identificó en las sentencias proferidas por los juzgados administrativos, pues de las 8 sentencias que profirieron para negar las pretensiones de la demanda en el 100% de esa muestra se identificaron visos de deferencia judicial. Por su parte, los Tribunales Administrativos presentan un índice de deferencia judicial del 65%, pues de las 20 sentencias que negaron las pretensiones de la demanda, en 13 de ellas se identificaron visos de deferencia judicial. Finalmente, el Consejo de Estado presenta un índice de deferencia judicial del 66.6%, pues de las 18 sentencias que negaron las pretensiones de la demanda, en 12 de ellas se identificaron visos de deferencia judicial.

- La deferencia judicial identificada no se presentó únicamente cuando el juez analizó aspectos de alta complejidad técnica. Se evidenció que en el 71.73% de las sentencias que negaron las pretensiones de nulidad elevadas por los ciudadanos, los jueces fueron deferentes a favor de la administración también al analizar cuestiones formales como los asuntos relacionados con el debido proceso, tales como la competencia, la caducidad, el principio de congruencia, entre otros.

- Los principales visos de deferencia judicial identificados en las sentencias analizadas consisten en (i) la omisión del estudio de uno o varios argumentos propuestos por el demandante; (ii) la reproducción de los fundamentos de los actos administrativos demandados como argumento único para desechar los cargos de la demanda sin motivación alguna; (iii) la invocación de la presunción de legalidad de los actos administrativos sin desvirtuar los cargos de la demanda; (iv) la ausencia de control judicial en la actividad probatoria realizada por la administración; (v) la presunción de que la motivación de los actos administrativos es adecuada y corresponde con la realidad de los hechos sin que medie motivación que soporte esa conclusión; (vi) la ausencia de confrontación entre los argumentos de la demanda y los motivos que sustentan los actos administrativos; (vii) la ausencia de conclusiones y razonamientos motivados que informen al demandante el porqué de las decisiones adoptadas por el juez; (viii) la resolución de los cargos de la demanda a partir de la indebida interpretación o la interpretación incompleta de los cargos de la demanda; (ix) la aplicación de precedentes judiciales a personas y/o empresas cuyo caso es determinado por situaciones particulares y diferentes, entre otros.

- Aun cuando en Colombia no existe norma alguna o incluso jurisprudencia que permita a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ser deferente a favor de la administración al momento de realizar el control judicial de sus actos, de acuerdo con la muestra analizada dicho fenómeno se presenta en un porcentaje elevado.

- La verificación del acaecimiento de la deferencia judicial, evidencia una muestra representativa de una grave deficiencia en el ejercicio del control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con prácticas restrictivas de la competencia.

- La función de intervención de la Procuraduría General de la Nación en los fallos analizados es mínima. Llama poderosamente la atención que tan solo en el 13.33% de las 60 sentencias analizadas, la Procuraduría General de la Nación presentó concepto. Y llama la atención por el elevado número de casos en los que se identificó la deficiente forma de llevar a cabo el control judicial de los actos de la administración por parte de la jurisdicción, lo cual constituye una lesión importante a un derecho y a una garantía fundamental de los ciudadanos que no es otra diferente al acceso a la administración de justicia.

  Como es bien sabido, la función de intervención de la Procuraduría General de la Nación cobra especial relevancia cuando están en juego la defensa de los derechos y las garantías fundamentales de los integrantes de la sociedad y un control judicial que adolezca de deferencia judicial, como ya se dijo, afecta en grado supremo uno de esos derechos y garantías fundamentales.

- La utilización de las potestades probatorias del juez es mínima. En tal solo 6.6% de las 60 sentencias analizadas se tomaron en cuenta pruebas técnicas y en ninguna de ellas el juez utilizó su facultad de decretar pruebas de oficio de corte técnico. Lo anterior llama la atención por cuando los fallos que se analizan abordan temáticas complejas relativas a identificación de mercados, análisis de comportamientos de precios y dinámicas de mercado, etc., que para su correcto entendimiento requieren conocimientos especiales en diversas áreas del conocimiento como la economía, la econometría, la estadística, entre otros.

  En consecuencia, en un escenario litigioso donde un ciudadano pone en tela de juicio una decisión adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio en la que se aborden este tipo de temas complejos, lo esperable es que el juez utilice las potestades que tiene a su alcance para formarse su propia opinión e indagar la veracidad de las posturas técnicas de las partes, para lo cual puede incluso decretar de oficio, dictámenes periciales o informes que de acuerdo con su percepción del caso le ayuden a entender y a resolver las problemáticas planteadas.

- En aras del correcto funcionamiento de la administración de justicia, pilar fundamental del Estado Social de Derecho, es imperativo ponerle atención y ejercer una veeduría mucho más activa desde la academia y las diferentes organizaciones sociales a la forma en que se está llevando a cabo el control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con prácticas restrictivas de la competencia, toda vez que el hecho de que se profiera una sentencia no quiere decir que los ciudadanos hayan tenido acceso a la administración de justicia, máxime cuando es tan evidente que en no pocas ocasiones el control

judicial no se lleva a cabo de manera completa e integral como lo exige el ordenamiento jurídico.

- El deficiente control judicial de los actos administrativos sancionatorios, además de generar afectaciones a los ciudadanos, promueve la inobservancia del principio de legalidad en la medida en que en sus actuaciones la administración no considerará al poder judicial como un revisor serio de su gestión y podrá considerar que existe un margen para realizar actuaciones que en estricto sentido no se encuentren apegadas a la ley.

En relación con los objetivos específicos

- La cuestión de la deferencia judicial, si bien es originaria de países anglosajones cuyos sistemas jurídicos se basan en el *common law*, también se encuentra presente y ha sido analizada en países cuyos sistemas se fundamentan en el *civil law*, fundamentalmente porque, con independencia de la configuración particular de las instituciones del derecho administrativo, en todos existe una administración con unas funciones determinadas que en el marco de un estado de derecho coexiste con un poder judicial que tiene el deber de preservar los derechos de los ciudadanos y garantizar el respeto al principio de legalidad.

- El concepto de la deferencia judicial supone una idea general consistente en el respeto que el juez que lleva a cabo el control de un acto de la administración le debe otorgar al mismo en virtud de consideraciones que van desde el respeto por el principio de la separación de los poderes hasta el reconocimiento de la supremacía de la administración en cuestiones técnicas. Lo anterior implica una restricción en la labor del control judicial en pro de la actuación administrativa.

- La deferencia judicial no es una cuestión que se derive de la ley. Ha sido un concepto de desarrollo jurisprudencial y doctrinal, razón por la cual no existen parámetros claros para su aplicación y sus variantes pueden llegar a ser incalculables si se tiene en cuenta el tipo de autoridad administrativa, su grado de especialización, las actividades que desarrolla en virtud de la ley que les otorga competencia, el nivel de discrecionalidad que le fue otorgado por el legislador, el tipo de acto proferido por la administración sujeto a control (*rule making, adjudication)*, las características del órgano judicial que realizará el respectivo control (generalista o especializado), el asunto objeto de pronunciamiento por parte de la administración, etc.

- Al ser un concepto de construcción jurisprudencial, las maneras de aplicar la deferencia judicial, su intensidad, requisitos y demás características han dependido del desarrollo que los jueces le han dado en cada uno de los países, por lo que lejos de ser un concepto uniforme, en cada país presentará las características particulares correspondientes.

- En Colombia no existe ley alguna que consagre la deferencia judicial en el control de los actos administrativos sancionatorios que debe hacer el juez contencioso

administrativo. Es más, en la actualidad tampoco existe algún precedente judicial vigente que permita esa práctica, razón por la cual el plurucitado control judicial debe ser pleno, integral y sin restricción alguna.

- En Colombia existió la denominada "deferencia especial", en virtud de la cual el juez de lo contencioso administrativo limitó el control judicial de los actos administrativos sancionatorios con fundamento en diversos argumentos que, en últimas, le otorgaban validez y prevalencia a las interpretaciones, valoraciones y motivos que tuvo la administración al expedirlos.

- La "deferencia especial" puede presentarse de varias formas. En una época fue implícita y en otra más explícita. Todo dependerá de la manera en la que el juez de lo contencioso administrativo lleve a cabo el control judicial, pues, pese a que en la ley, la doctrina y la jurisprudencia actuales hoy no haya duda de que el mismo es pleno e integral, será la forma en la que se lleve a cabo la que determinará si el juez está siendo deferente con la administración o no.

- El acaecimiento de la deferencia judicial constituye la verificación de un deficiente control judicial de los actos administrativos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.

- De las 60 sentencia analizadas, el 76,67% de las mismas negaron las pretensiones de las demandas de los ciudadanos, mientras que el 23,33, anularon los actos administrativos demandados.

- En el 55% de las 60 sentencias analizadas, el control judicial de los actos administrativos demandados se realizó de manera defectuosa al evidenciarse visos de deferencia judicial en favor de la administración.

- De las 14 sentencias que concedieron las pretensiones de la demanda, el 71.42% se fundó en argumentos formales. Lo anterior puede sugerir que el control judicial se percata más fácilmente de los defectos de los actos administrativos en relación con aspectos procedimentales relativos al debido proceso, como por ejemplo la violación al derecho de contradicción y defensa, al principio de congruencia, al principio de legalidad, de tipicidad, al acaecimiento de la caducidad, etc.

- De las 14 sentencias que concedieron las pretensiones de la demanda, el 42.85% se fundó en aspectos de fondo.

- La deferencia judicial a favor de la administración que se evidenció no solo se deriva del control judicial de los asuntos técnicos que contemplaba el respectivo caso. También se evidenció deferencia judicial en relación con el control judicial de asuntos formales, como los relativos a los del debido proceso a los que ya se hizo referencia.

- La verificación del acaecimiento de la deferencia judicial o de la deficiencia judicial hace nugatorio el acceso a la administración de justicia por parte de los ciudadanos y perjudica la prevalencia del principio de legalidad que tiene precisamente en el adecuado control judicial de la administración su más importante arma en contra de la arbitrariedad.

Habiendo cumplido los objetivos del presente trabajo de investigación, el estudio de caso realizado permitió identificar que existen importantes defectos en el control judicial de los actos de la administración, en este caso, de la Superintendencia de Industria y Comercio, razón por la cual sería interesante que en el futuro se abordaran las causas de esa situación y, más importante aún, las decisiones de política pública que deben adoptarse para que realmente se asegure que el control judicial de estos actos sea pleno e integral como formalmente está establecido.

En diversos asuntos con la administración que involucran temas técnicos son varias las voces que exigen la creación de jurisdicciones contencioso administrativas especializadas, por ejemplo, en materia ambiental, en materia de telecomunicaciones, en materia de hidrocarburos, etc.

Si bien dichas alternativas podrían generar más confianza en el control judicial de los actos administrativos de la administración que tengan relación con asuntos técnicos, en principio ello no daría respuesta a la cuestión evidenciada en la presente investigación relacionada con la deferencia judicial a favor de la administración en asuntos diferentes a los técnicos tales como los relacionados con el debido proceso.

El único remedio que estaría disponible para que los ciudadanos pudieran intentar restablecer su derecho fundamental al acceso a la administración de justicia es la acción de tutela. Sin embargo, cabe preguntarse si debe condenarse a la ciudadanía a acudir a una tutela para lograr el control judicial de los actos administrativos sancionatorios como lo ordena la Constitución y la ley y si esa circunstancia generaría aún más congestión judicial de la que hoy en día existe. Es más, cabe preguntarse cuántos de los ciudadanos afectados por fallos adoptados con deferencia o deficiencia judicial han resignado su derecho fundamental y cuantos han intentado restablecerlo a través de la tutela.

Por lo pronto, la academia debe erigirse como una base activa que analice si en verdad el control judicial de los actos de la administración se está realizando de conformidad con la ley, visibilice los resultados de sus análisis y promueva alternativas legislativas y administrativas para garantizar el acceso sustancial a la administración de justicia y, por esa vía, la prevalencia del principio de legalidad.

REFERENCIAS

Libros

Aberastury, Pedro. (2006). La Justicia Administrativa, 1a ed. Bueno Aires, Lexis Nexis,

Archila, Emilio. (2010). Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia. *Con-texto. Revista de derecho y economía, 32*. 7-45. Recuperado de: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contexto/article/view/2523

Betancur Jaramillo, Carlos. (1986). Derecho Procesal Administrativo, 2da ed. Medellín, Señal Editorial.

Betancur Jaramillo, Carlos. (2015) Derecho Procesal Administrativo, 8va ed. Medellín, Señal Editorial.

Cassagne, Juan Carlos. (2009). Derecho Administrativo Tomo I. Buenos Aires: Pontificia Universidad Javeriana, Abeledo Perrot.

Correa Henao Magdalena. (2009). Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho, 1er ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Dromi, Jose Roberto. (1987). Manual de Derecho Administrativo. Tomo I. Buenos Aires. Astrea

García De Enterría, Eduardo. (1998). Democracia, jueces y control de la administración. Madrid. Civitas.

García De Enterría, Eduardo. (2000). Algunas reflexiones sobre el Derecho administrativo norteamericano: a propósito de una nueva exposición sistemática de la misma. *Revista de Administración Pública, N°. 78*. 242-259

Gascón Marina (2016). Conocimientos Expertos y deferencia del juez. *Doxa 39*. Recuperado en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60169/6/Doxa_39_18.pdf

González García, Julio V. (1996). El alcance del control judicial de las administraciones públicas en los Estados Unidos de América. Madrid. McGraw-Hill, Madrid.

Hernández, Augusto. (2013). El nuevo código y la constitucionalización del derecho administrativo. Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo código, Una mirada a la luz de la Ley 1447 de 2011. Bogotá. Consejo de Estado. Banco de la República.

Hesse Konrad. (2005). La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Vol. 4,

Ibarra, Gabriel. (2019). No todo lo que brilla es oro. *asuntos:legales.* Recuperado de: https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gabriel-ibarra-pardo-558821/no-todo-lo-que-brilla-es-oro-2814779

Jaeckel, Jorge. (2019). Quien acusa decide. *asuntos:legales.* Recuperado de: https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/jorge-jaeckel-kovacs-2836049/quien-acusa-decide-2869982

Jordao, Eduardo. (2016). Controle judicial de uma administracao publica complexa. A experiencia extrangeira na adaptacao da intensidade de controle. Malheiros Editores.

Justia US Supreme Court. (2019). Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984). Sitio web: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/#tab-opinion-1955634

Laverde Álvarez, Juan Manuel. (2020). La Sanción Administrativa, Perspectivas Contemporáneas, Bogotá, Legis.

Martínez José. (2014). Auto restricción, deferencia y margen de apreciación, breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. *Estudios constitucionales Vol. 2*

Miranda, Alfonso. (1998). El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Comisión de Libre Competencia y Asuntos Del Consumidor Panamá. Recuperado de: https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/14-control-jurisdiccional-en-rpc-y-pcr-aml.pdf

Oyez. (2019). Chevron U. S. A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc. Sitio web: https://www.oyez.org/cases/1983/82-1005

Pérez Alonzo, Jorge. (2011). ¿El ocaso de Chevron?: auge y fracaso de la doctrina de la deferencia judicial hacia el ejecutivo. *Revista de administración pública*, (184), 325-348.

Penagos, Gustavo. (1982). Curso de derecho administrativo. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional

Posner Richard A. (2012). The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. California Law Review, vol 100 No. 3.

Poyanco, Rodrigo. (2013). Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial". *Derecho Público Iberoamericano, No. 2*. 67-101,

Rivero, Ricardo y Arenas, Hugo, Derecho Administrativo Especial, 1era ed. Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2018, pág. 184 y 185.

Rodríguez Libardo. (2013). Derecho Administrativo General y Colombiano, 18a ed. Bogotá, Temis.

Santofimio, Jose Orlando. (1994). Acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

Sierra, Lucas. (2018). Deferencia judicial. *Centro de EstudiosPúblicos.* Recuperado de: https://www.cepchile.cl/deferencia-judicial/cep/2018-07-25/102346.html

Superintendencia de Industria y Comercio (2018). Informe de Gestión Vigencia 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sitio web http://www.sic.gov.co/sites/default/files/documentos/012018/INFORME-GESTION-SIC-2017.pdf

Superintendencia de Industria y Comercio (2018). Datos estadísticos gestión institucional 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Sitio web http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Informes/ESTADISTICAS_Julio_2018.pdf

Ventura Rodríguez, Manuel (2011). La Deferencia a favor de las Administraciones Públicas en el Derecho Administrativo Contemporáneo. IV Congreso Internacional y V Congreso Mexicano de Derecho Administrativo. Puebla.

Ventura Manuel. (2011). Deferencia y discrecionalidad, control judicial y debilitamiento del poder ejecutivo en el derecho administrativo (Tesis doctoral). Universidad Carlos III de Madrid. Sitio Web: https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/9518

Vidal Perdono, Jaime. (1994). Derecho Administrativo. Bogotá: Editorial Temis

Yepes, Alberto. (2016). Existencia, Validez y Eficacia del Acto Administrativo., en Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I. La Administración y su actividad. Bogotá, Universidad del Rosario e Ibáñez.

Zapata Larraín, Patricio. (2008): Justicia constitucional: Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Santiago. Editorial Jurídica de Chile

Zúñiga Urbina, Francisco. (2010). Tribunal Constitucional. Problemas de posición y legitimidad en una democracia constitucional. *Pensamiento Constitucional, Año XIV, N°14.*

Normas

Decreto 3307 de 1963.

Decreto 149 de 1976

Constitución Política de Colombia.

Decreto 2153 de 1992

Ley 446 de 1998

Ley 510 de 1999

Ley 527 de 1999

Ley 547 de 1999

Ley 550 de 1999

Decreto 1130 de 1999

Ley 590 de 2000

Decreto 442 de 2000

Ley 1266 de 2008

Ley 1335 de 2009

Ley 1340 de 2009

Ley 1341 de 2009

Ley 1346 de 2009

Ley 1369 de 2009

Decreto 3523 de 2009

Decreto 1687 de 2010

Ley 1348 de 2011

Ley 1437 de 2011

Ley 1480 de 2011

Decreto 4130 de 2011

Decreto 4175 de 2011

Decreto 4176 de 2011

Decreto 4886 de 2011

Sentencias

Corte Constitucional

Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 1999. M.P.: Antonio Barrera Carbonell
Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
Corte Constitucional. sentencia C- 031 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Consejo de Estado

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. C.P Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicado. 76001-23-31-000-2005-00549-01(AP)

Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 2 de septiembre de 2010. C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado No. 44001-23-31-000-2003-00377-01(0083-10).

Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 30 de marzo de 2011. C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado No. 05001-23-31-000-1998-02823-01(2060-10)

Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 9 de febrero de 2012. C.P.: Lucia Ramírez de Páez. Radicación: 11001-03-25-000-2009-00140-00(2038-09).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2012. C.P. Radicado 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 11 de diciembre de 2012. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicado. 2005-00012.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 23 de mayo de 2013. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno. Radicado no. 25000-23-24-000-2001-01029-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 13 de febrero de 2014. C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno. Radicado no. 25000-23-24-000-2002-0967-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de julio de 2013. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Radicado No. 52001-23-31-000-2004-00188-02(1982-09).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 21 de agosto de 2014. C.P.: María Elizabeth García González. Radicado no. 25000-23-24-000-2002-00909-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 13 de noviembre de 2014. C.P.: María Elizabeth García González. Radicado no. 15001-23-33-000-2013-00254-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. Radicado no. 25000-23-24-000-2008-00137-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 16 de julio de 2015. C.P.: María Elizabeth García González. Radicado no. 25000-23-41-000-2012-00374-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de julio de 2015. C.P.: María Elizabeth García González. Radicado no. 25000-23-41-000-2013-02773-01.

Consejo de Estado. Sentencia de 26 de noviembre de 2015. C.P Hernán Andrade Rincón. Exp. 85001-23-31-000-2010-00094-01 (AP).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 8 de junio de 2016. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. Radicado no. 15001-23-33-000-2012-00144-01.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de agosto del 2016. C.P.: William Hernández Gómez. Radicado No. 11001-03-25-000-2011-00316-00.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 17 de febrero de 2017. C.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicado no. 25000-23-24-000-2007-00102-02.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 8 de septiembre de 2017. C.P.: César Palomino Cortés. Radicado no. 11001-03-25-000-2011-00419-00(1572-11).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 21 de septiembre de 2017. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Radicado no. 68001-23-33-000-2013-00667-01(3114-14).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 26 de octubre de 2017. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicado no. 11001-03-25-000-2011-00157-00(0569-11)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 9 de noviembre de 2017 C.P.: William Hernández Gómez. Radicado no. 05001-23-33-000-2012-00918-01(3237-14).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 7 de diciembre de 2017. C.P.: Oswaldo Giraldo López. Radicado no. 25000-23-24-000-2006-00916-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 12 de abril de 2018. C.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicado no. 25000-23-24-000-2012-00788-01

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 14 de junio de 2018. C.P.: Alberto Yepes Barreiro. Radicado no. 25000-23-24-000-2010-00291-01.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 21 de junio de 2018. C.P.: Alberto Yepes Barreiro. Radicado no. 25000-23-24-000-2010-00305-02.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 19 de julio de 2018. C.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicado no. 25000-23-24-000-2012-00576-01

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 26 de julio de 2018. C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez. Radicado no. 25000-23-24-000-2011-00159-01

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 9 de agosto de 2018. C.P.: Roció Araujo Oñate. Radicado no. 25000-23-24-000-2010-00334-01

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 20 de septiembre de 2018. C.P.: Gabriel Valbuena Hernández. Radicado no. 25000-23-42-000-2013-00587-01(2604-15).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 20 de septiembre de 2018. C.P.: William Hernández Gómez. Radicado no. 11001-03-25-000-20100-0230-00(1902-10).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 20 de septiembre de 2018, radicado no. 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 17 de octubre de 2018. C.P.: Gabriel Valbuena Hernández. Radicado no. 11001-03-25-000-2012-00319-00(1281-12).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 22 de octubre de 2018. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado no. 05001-23-33-000-2014-01955-01(3614-16).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 31 de octubre de 2018. C.P.: Carmelo Perdomo Cueter. Radicado no. 25000-23-42-000-2015-00753-01(3786-16).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 25 de noviembre de 2019. C.P.: Nubia Margoth Peña Garzón. Radicado no. 11001-03-24-000-2012-00679-02.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 5 de diciembre de 2019. C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicado no. 25000-23-42-000-2017-00790-01.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de 12 de julio de 2007. M.P Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda. Exp. 25000-23-15-000-2004-02049-01;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 19 de noviembre de 2012. M.P.: Álvaro Eloy Ayala Pérez. Exp. 25000-23-24-000-2010-00291-01;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 3 de diciembre de 2012. M.P.: Álvaro Eloy Ayala Pérez. Exp. 25000-23-24-000-2010-00334-01;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 6 de diciembre de 2012. M.P.: Diana Lucia Puentes Tobón. Exp. 25000-23-24-000-2011-00523-01;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 21 de enero de 2013. M.P.: Ana María Rodríguez Alava. Exp. 25000-24-23-000-2011-00159-01;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 22 de marzo de 2013. M.P.: Ana María Rodríguez Alava. Exp. 11001-33-31-001-2011-00089-02;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 27 de mayo de 2013. M.P.: Ana María Correa Ángel. Exp. 25000-23-24-000-2012-00576-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 28 de junio de 2013. M.P.: Ana María Correa Ángel. Exp. 11001-33-31-002-2011-00059-01;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 13 de febrero de 2014. M.P.: Ana María Correa Ángel. Exp. 25000-23-24-000-2011-00170-01;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 13 de marzo de 2014. M.P.: Gloria Dorys Álvarez García. Exp. 25000-23-24-000-2012-00679-01;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 27 de mayo de 2013. M.P.: Ana María Correa Ángel. Exp. 25000-23-24-000-2012-00576-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 15 de mayo de 2014. M.P.: Oscar Armando Dimaté Cárdenas. Exp. 25000-23-41-000-2013-00849-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 12 de junio de 2014. M.P.: Ana María Correa Ángel. Exp. 11001-33-31-000-2012-00049-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 31 de julio de 2014. M.P.: Freddy Ibarra Martínez. Exp. 25000-23-41-000-2012-00374-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 16 de octubre de 2014. M.P.: Claudia Elizabeth Lozzi Moreno. Exp. 25000-23-41-000-2013-00609-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 12 de diciembre de 2014. M.P.: Ana María Rodríguez Alava. Exp. 25000-23-24-000-2011-00170-01;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 22 de enero de 2015. M.P.: Freddy Ibarra Martínez. Exp. 25000-23-41-000-2013-00414-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 12 de marzo de 2015. M.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp. 2013-01812-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 23 de abril de 2015. M.P.: Claudia Elizabeth Lozzi Moreno. Exp. 25000-23-41-000-2014-00680-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 7 de mayo de 2015. M.P.: Luis Manuel Lasso Lozano. Exp. 25000-23-41-000-2013-02739-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 9 de julio de 2015. M.P.: Felipe Alirio Solarte Maya. Exp. 25000-23-24-000-2013-02040-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 8 de octubre de 2015. M.P.: Claudia Elizabeth Lozzi Moreno. Exp. 25000-23-41-000-2013-01861-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 3 de noviembre de 2016. M.P.: Luis Manuel Lasso Lozano. Exp. 11001-33-34-006-2012-00052-01

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 29 de julio de 2017. M.P.: Luis Manuel Lasso Lozano. Exp. 25000-23-41-000-2015-00326-00

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 21 de septiembre de 2017. M.P.: Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón. Exp. 25000-23-41-000-2015-00665-00

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 19 de julio de 2018. M.P.: Freddy Ibarra Martínez. Exp. 25000-23-24-000-2012-00763-00;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sala Transitoria. Sentencia de 27 de noviembre de 2018. M.P.: Leonardo Galeano Guevara. Exp. 11001-33-31-001-2012-00156-03;

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia de 20 de junio de 2019. M.P.: Felipe Alirio Solarte Maya. Exp. 25000-23-41-000-2016-01340-00;

Tribunal Administrativo de Boyacá

Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de 27 de agosto de 2015. M.P.: Luis Ernesto Arciniegas Triana. Exp. 15000-23-33-000-2013-00759-00;

Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Sentencia de 12 de abril de 2016. M.P.: Jesús Guillermo Guerrero González. Exp. 88001-23-33-000-2015-00040-00;

Juzgados Administrativos de Bogotá

Juzgado Primero Administrativo de Bogotá. Sentencia del 17 de agosto de 2012. Exp. 11001-33-31-001-2011-00089-00

Juzgado Primero Administrativo de Bogotá. Sentencia del 18 de diciembre de 2020. Exp. 11001-33-34-001-2017-00166-00

Juzgado Quinto Administrativo de Bogotá. Sentencia del 18 de diciembre de 2015. Exp. 11001-33-34-005-2013-00131-00

Juzgado Sexto Administrativo de Bogotá. Sentencia del 27 de marzo de 2015. Exp. 11001-33-31-006-2012-00052-00

Juzgado Catorce Administrativo de Bogotá. Sentencia del 31 de enero de 2014. Exp. 11001-33-31-714-2012-00044-00

Juzgado Quince Administrativo de Bogotá. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Exp. 11001-33-31-015-2012-00049-00

Juzgado Quince Administrativo de Bogotá. Sentencia del 27 de febrero de 2014. Exp. 11001-33-31-015-2012-00071-00

Juzgado Quince Administrativo de Bogotá. Sentencia del 27 de febrero de 2014. Exp. 11001-33-31-015-2012-000149-00

Juzgados Administrativos de Cali

Juzgado Sexto Administrativo de Cali. Sentencia del 15 de mayo de 2020. Exp. 76001-33-33-006-2016-00177-00

Juzgados Administrativos de Ibagué

Juzgado Tercero Administrativo de Ibagué. Sentencia del 26 de enero de 2016. Exp. 73001-33-33-003-2013-00047-00

Juzgados Administrativos de Duitama

Juzgado Primero Administrativo de Duitama. Acta de audiencia de fallo del 23 de mayo de 2014. Exp. 15693-33-33-001-2012-00116-00

Juzgado Segundo Administrativo de Duitama. Sentencia del 16 de abril de 2015. Exp. 15238-33-33-002-2013-00076-00

Superintendencia de Industria y Comercio

Resolución 15653 del 10 de mayo de 2001
Resolución 8027 del 18 marzo de 2002
Resolución 7950 del 15 de marzo de 2002
Resolución 14540 del 15 de mayo de 2002
Resolución 17539 del 4 de junio de 2002
Resolución 22625 del 15 septiembre de 2005
Resolución 8454 de abril de 2005
Resolución 23299 de julio de 2007
Resolución 37288 del 13 de noviembre 2007
Resolución 51694 del 4 de diciembre de 2008
Resolución 091 de enero de 2010
Resolución 6839 del 9 de febrero de 2010
Resolución 30238 del 15 de junio de 2010
Resolución 18926 del 13 de abril de 2010
Resolución 42411 del 13 de agosto de 2010

Resolución 59518 del 28 de octubre de 2010
Resolución 68380 de 2010
Resolución 030 de enero de 2011
Resolución 23890 del 29 de abril de 2011
Resolución.46111 del 11 de agosto de 2011
Resolución 64400 del 16 de noviembre de 2011
Resolución 65116 del 21 de noviembre de 2011
Resolución 71794 del 21 de diciembre de 2011
Resolución 11651 del 29 de febrero de 2012
Resolución 13483 del 9 de marzo de 2012
Resolución 25294 de abril de 2012
Resolución 40901 del 28 de junio de 2012
Resolución 40912 del 28 de junio de 2012
Resolución 53296 del 3 de septiembre de 2012
Resolución 53309 del 4 de septiembre de 2012
Resolución 53979 del 14 de septiembre de 2012
Resolución 53991 del 14 de septiembre de 2012
Resolución 53992 del 14 de septiembre de 2012
Resolución 67650 del 6 de noviembre de 2012
Resolución 75599 del 30 de noviembre de 2012
Resolución 3694 del 5 de febrero de 2013
Resolución 3703 del 5 de febrero de 2013
Resolución 4907 del 18 de febrero 2013
Resolución 8917 del 4 de marzo de 2013
Resolución 12237 del 21 de marzo de 2013
Resolución 20874 del 29 de abril de 2013
Resolución 27748 del 14 de mayo de 2013
Resolución 49141 del 21 de agosto de 2013
Resolución 53914 del 9 de septiembre de 2013
Resolución 66698 del 18 de noviembre de 2013
Resolución 10063 del 21 de febrero de 2014
Resolución 33060 del 26 de mayo de 2014
Resolución 44586 del 22 de julio de 2014
Resolución 61661 del 14 de octubre de 2014
Resolución 76724 del 16 de diciembre de 2014
Resolución 8896 del 2 de marzo de 2015
Resolución 26129 del 25 de mayo de 2015
Resolución 80847 del 7 de octubre de 2015
Resolución 85441 del 30 de octubre de 2015
Resolución 103652 del 30 de diciembre de 2015.
Resolución 43218 del 28 de junio de 2016.
Resolución 86817 del 16 de diciembre de 2016.
Resolución 81391 del 11 de diciembre de 2017.
Resolución 23157 del 6 de abril de 2018.

ANEXOS

ANEXO 1 "Ficha 2. CEMEX"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 2. CEMEX</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1. Juez:</td><td colspan="5">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:,</td><td>Sección 1, subsección C</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Alvaro Eloy Ayala Pérez</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2010-00291-01</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">19 XI 12</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">(nombre completo de los demandantes) Cemex Colombia S.A. y Cesar Constain Van Reck</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008
• Res. 91 del 8 de enero de 2010</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• $923.000.000
• $138.000.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5">• Nulidad del artículo 1 de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 proferida por la SIC. Declaró culpable a Cemex Colombia de incurrir en acuerdos para la fijación de precios y la repartición de cuotas de mercado o suministro.

• Nulidad del artículo 2 de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 proferida por la SIC. Impuso sanción a Cemex Colombia S.A. por la suma de $923.000.000 .

• Nulidad del artículo 4 de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 proferida por la SIC. En este declaró que Cesar Constain Van Reck, representante legal de Cemex Colombia S.A., incurrió en la responsabilidad del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

• Nulidad del artículo 5 de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 proferida por la SIC. Impuso sanción a Cesar Constain Van Reck por la suma de $138.000.000.

• Nulidad del artículo 1 de la Res. 91 del 8 de enero de 2010 proferida por la SIC. Confirma en todas sus partes la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008.</td></tr>
</table>

	• Declara la nulidad de los artículos indicados, ordenar el restablecimiento del derecho de Cemex Colombia y de César Constain Van Reck. Exonerarlos de cualquier responsabilidad por la supuesta infracción a las normas de competencia de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992.
3.2. Cargos formales:	• (3.2.1) debido proceso: la SIC desconoció los principios de presunción de inocencia, buena fe e imparcialidad. o Alusión genérica a la argumentación de los investigados. o No individualizó la responsabilidad de cada una de las empresas, lo que decía una empresa se lo imputaba a la otra. o No hizo valoración probatoria. Se basó en cifras que no correspondían con el mercado colombiano. No estudió apropiadamente el mercado de cemento. • (3.2.5) La SIC se apoyó en nuevos argumentos que no estaban consignados en el informe motivado. o Vulneración del derecho a la contradicción. La SIC realizó un cambio de los argumentos principales en la Resolución 51694 de 2008 en relación a los argumentos del Informe Motivado. o La SIC generó nuevos datos de los despachos de cemento Portald gris Tipo 1 para 29 departamento y no 15.
3.3.Cargos de fondo:	• (3.2.2.) No se demostró el Acuerdo de fijación de precios. Según la SIC, el acuerdo se realizó a través de la modalidad de práctica conscientemente paralela. Se debía probar: (i) paralelismo; (ii) práctica consciente del mismo. No lo hizo. o Los valores analizados por la SIC no constituyen un precio. La SIC utilizó el valor pagado por los distribuidores mayoristas a quienes la productora de cemento le vende el mencionado bien (Cemento Portland Gris tipo 1). La SIC omitió analizar los precios de venta al consumidor o al distribuidor. La SIC utilizó los valores denominados base: guía para determinar el valor final que cancelará el comprador del producto, más no utilizó el precio del producto. o Los valores analizados por la SIC no tuvieron una incidencia en los precios ofrecidos a los consumidores. o Los valores analizados por la SIC no presentaron un comportamiento paralelo. La SIC desconoció variables macro económicas que incidieron en el comportamiento de las sociedades investigadas y concluyó que el comportamiento de los precios sólo podría explicarse bajo el supuesto de la fijación artificial de éste. • (3.2.3) No se demostró que los sancionados hubieren actuado con fines colusorio. o Ausencia de pruebas que demostraran una actuación premeditada con el propósito de fijar precios.

	○ No se definición si la actora intercambió información estratégica y detallada de la industria a través del Instituto Colombiano de Productores de Cemento con Argos, Cemex y Holcim. • (3.2.4) No se probó el Acuerdo para la repartición de mercado. La SIC fundamentó la sanción en contra de Cemex y su representante legal en indicios que analizado en su conjunto pruebas la existencia de un acuerdo de reparto de mercado.
3.4. Pruebas técnicas:	No.

4. FALLO									
4.1. Decisión									
Niega:	**X**	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**			
(observaciones)									
4.2. Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	**X**		
4.3. Consideraciones formales:	• "Se deduce que la Superintendencia de Industria y Comercio dio cumplimiento al proceso Administrativo tal y como se advierte en los antecedentes (Fls. 1-261- Cjno. Ppal. Y medios magnéticos Cdno. No 2), dado que la actora contó con la posibilidad de solicitar y controvertir las pruebas, así como de interponer recursos los cuales fueron resueltos por la demandada tal y como consta en la Resolución No. 0091 del 8 de enero de 2010 (Fls. 165-261 Cdno. Ppal.), cumpliendo los funcionarios de la entidad accionada, con los cometidos estatales señalados en la ley al sancionar a las actoras por la transgresión de los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 ya analizados."[354] • "Tampoco se evidencia transgresión al principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, toda vez, que como quedó demostrado, en la investigación efectuada por la Superintendencia de Industria y Comercios se probó el acuerdo efectuado entre las cementeras investigadas, lo que posteriormente produjo la sanción. En consecuencia este cargo no prospera"[355]								
4.4. Pruebas:	• Antecedentes (folios 1-261 y medios magnéticos cuaderno No. 2)								
4.5. Consideraciones de fondo:	(7.2.1) No se demostró el acuerdo de fijación de precios ni repartición del mercado, señala el Tribunal sobre la valoración probatoria de la SIC: • "Gráficas de las que se colige que hubo un estudio serio del mercado, por lo que no se evidencia omisión o incorrecta apreciación de las mismas"[356]. **En otras palabras** para el Tribunal no hay omisión o incorrecta apreciación por parte de la SIC. ¿Pero cómo arriba el Tribunal a esta conclusión? ¿Qué elementos de juicios fáctico y jurídico le permiten llegar a estas conclusiones? Lo que dice la SIC es correcto, es la conclusión del Tribunal, sin ofrecer fundamento para la conclusión.								

[354] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 1 subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, C.P.: Álvaro Eloy Ayala Pérez, expediente: 25000232400020100029101, nulidad y restablecimiento del derecho, Demandante: Cemex Colombia S.A, Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia de primera instancia, Fallo No. 190. Página 24-25.

[355] Ibid. Página 26.

[356] Ibid. Página 20.

	• "Existe otro esquema que llama la atención (Fls. 123-133 Antecedentes Adtvos.), que permite establecer que entre los meses de junio y noviembre de 2005, los precios base de venta señalados por las empresas investigadas tuvieron la misma tendencia de estabilidad: (…) Este comportamiento paralelo en los precios hizo también evidentemente en el mes de diciembre de 2005 por cuanto las investigadas aumentaron simultáneamente este precio. (…) En cuanto a tener como prueba cierta el anterior indicio, la Sala precisa que este cumple con los requisitos contenidos en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil al demostrarse en la apertura de la investigación bajo la Resolución No 02496 del 7 de febrero de 2006 la infracción de los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992"[357]. • "De lo anterior se colige que existió una situación de equilibrio entre ARGOS, CEMES y HOLCIM, lo cual explicó la estabilidad del comportamiento de lsa participaciones de estas empresa (sic), evidenciado en los últimos años y particularmente en el período investigado"[358] • "Respecto de la vulneración de los (sic) 174, 175, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil., ya que las decisiones aquí acusadas se basaron en pruebas aportadas en legal forma al expediente administrativo, y los indicios relacionados con la reducción en el precio del cemente, y en el comportamiento semejante en las participaciones de CEMEX, ARGOS y HOLCIM, fueron sustentados con los análisis que la SIC realizó en bases reales aportadas por la ICPC respecto a los precios ofrecidos a los mayoristas y minoristas del cemento y las variables que lo determinaron, evidenciándose un paralelismo consciente"[359].
4.6. Pruebas:	• Resolución No. 51694 de 2008. Sancionatoria. • Resolución No. 02496 del 7 de febrero de 2006. Apertura de investigación en contra de Cemex Colombia S.A. • CD medios magnéticos CD No. 35. • Presentación Panamá .Fls 129-132 Cuaderno principal. • Visita – computador Juan David Uribe, vicepresidente comercial, archivo "Estrategia Argos 2005, sobre la rivalidad de los competidores existentes "no hay competencia" Folio 132 Cuaderno Principal.
4.7. Análisis deferencia	El Tribunal negó las pretensiones de la demanda desechando los cargos allí expuestos. El demandante alegó que no se demostró el acuerdo de precios en la modalidad de paralelismo consiente por el que fue sancionado criticando los análisis de la autoridad administrativa ya que (i) no existió paralelismo en los precios; (ii) la Superintendencia se equivocó en los precios que adoptó para realizar su análisis; (iii) los valores analizados por la autoridad administrativa no tuvieron incidencia en los precios ofrecidos a los consumidores; (iv) no se probó

[357] Ibid. Páginas 20-21.

[358] Ibid. Páginas 23-24.

[359] Ibid. Página 26.

	el elemento consciente del paralelismo; (v) no existió acuerdo de repartición de mercados[360] En relación con el argumento según el cual no se demostró el acuerdo de precios, luego de describir las normas correspondientes, se dedicó a transcribir las consideraciones de los actos demandados así: "Al estudiar el acervo probatorio y al revisar la Resolución No. de 4 de diciembre de 2008 (…) se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio indicó los siguientes fundamentos fácticos[361]: […] "en lo referente a la valoración del material probatorio (…) se extrae[362]: […] "Gráficas de las que se colige que hubo un estudio serio del mercado por lo que no se evidencia omisión o incorrecta apreciación de las mismas"[363] […] "De lo citado se infiere que los movimientos presentados en la venta y precio del cemento para el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2005, son indicios de un acuerdo entre la parte actora y otros productores, en el valor del mismo y de la repartición en la venta en el país, toda vez que año a año se mantuvo el porcentaje de ventas similar entre los fabricantes, es decir, no varió su participación, circunstancia que no es normal en un mercado de libre competencia"[364] […] "De lo anterior se colige que existió una actuación de equilibrio entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM, lo cual explicó la estabilidad del comportamiento de las participaciones de mercado de estas empresas,

[360] Páginas 6 a 10 de la sentencia

[361] Página 17 de la sentencia

[362] Página 19 de la sentencia

[363] Página 20 de la sentencia

[364] Páginas 22 y 23 de la sentencia

	evidenciado en los últimos años y particularmente en el periodo investigado[365] Este fallo es un ejemplo claro de deferencia judicial en los términos señalados en el presente capitulo. Es evidente que el fallador no confrontó los argumentos del demandante con los del acto administrativo en un plano de igualdad, ni mucho menos abordó el análisis que le correspondía sobre la existencia del paralelismo consciente para posteriormente arribar a una conclusión propia. En criterio del autor, la sentencia se abstiene de resolver el cargo técnico planteado por el demandante afiliándose a la postura del acto administrativo demandado sin llevar a cabo el control judicial que se le solicitó. Su único argumento fue citar los actos administrativos demandados y adherirse a los mismos sin ningún sustento. Nótese que en las sentencia no se hace referencia a prueba técnica alguna que se haya practicado en el proceso judicial o que haya analizado el juzgador para efectos de arribar a sus conclusiones. La existencia de argumentos en los actos administrativos sancionatorios no es fundamento suficiente para que los mismos superen el control judicial. Es deber del juez adentrarse en un análisis profundo de la validez y legalidad de la actuación administrativa ejerciendo incluso sus facultades probatorias oficiosas, lo cual evidentemente no ocurrió en la sentencia analizada. Este fallo fue confirmado en segunda instancia mediante sentencia del 14 de junio de 2018 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, el cual se analizará más adelante.

[365] Página 23 de la sentencia

ANEXO 2 "Ficha 4. ARGOS"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 4. ARGOS</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1. Juez:</td><td colspan="5">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección 1, subsección C</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Álvaro Eloy Ayala Pérez</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2010-00334-01</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">03 XI 12</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">(nombre completo de los demandantes) Cementos Argos S.A. y José Alberto Vélez Cadavid</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008.
• Res. 0091 del 8 de enero 2010</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Argos: $923.000.000
• José Alberto Vélez Cadavid: $138.000.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5">• Nulidad de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 proferida por la SIC. Modificada por edicto que se desfijó el 30 de diciembre de 2008 por medio de la cual se impusieron unas sanciones.

• Nulidad de la Res. 0091 del 8 de enero de 2010 proferida por la SIC. Por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008.

• En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho se pronuncie:

o Decrete que Cementos Argos y José Alberto Vélez Cadavid no incurriendo en las conductas sancionadas.
o Ordene a la SIC a abstener de cobrar las sanciones pecuniarias ordenadas en los actos administrativos.
o En el evento en que se vean obligados a pagar las sanciones, se ordene a la ISC a restituir a la demandante las sumas canceladas, debidamente indexadas hasta la fecha de pago.
o Condene a la SIC a pagar las costas generados en el proceso.</td></tr>
<tr><td>3.2. Cargos formales:</td><td colspan="5">• (3.2.1) Los actos administrativos demandados infringen las normas en que deberían fundarse: contradicción entre los actos administrativos demandados y los artículos 29, 83 y 209 de la Constitución Política.</td></tr>
</table>

	○ (3.2.1.1) Violación del debido proceso – Artículo 29 de la Constitución Política: la SIC fundamentó la sanción en hechos fuera del periodo de investigación definido en la Resolución de Apertura. Esto significa que no permitió el ejercicio del derecho de defensa y contradicción. ▪ La SIC no definió los elementos fácticos, probatorios y jurídico del cargo de repartición de mercados en contra de Argos y su representante legal, generando así la afectación al derecho de defensa de estos. ▪ La SIC definió el periodo de investigación entre junio y diciembre de 2005. Luego incluyó en las resoluciones demandadas hechos y pruebas ajenas al periodo de referencia. No permitió el aporte de pruebas para estos hechos y pruebas. Mención a actas y presentaciones de 2006. ▪ La SIC aportó pruebas y valoró indicios derivados de pruebas posteriores al periodo investigado. ▪ Acto administrativo debe precisar los elementos fácticos y jurídicos del cargo. En relación con el cargo de presuntos acuerdos de repartición de mercados la SIC no señaló hechos ni pruebas en la resolución de apertura de la investigación. • (3.2.2.) Los actos administrativos demandados fueron expedidos sin competencia por parte de la SIC: el término del artículo 38 del CCA se venció. ○ Último hecho investigado: 26-12-2005. ○ Término de 3 años vencía el 26 de diciembre de 2008. ○ La SIC notificó la Resolución 51694 el 30 de diciembre de 2008. Esto es, 4 días después de vencido el término de 3 años.
3.3.Cargos de fondo:	• (3.2.1.2) Violación Non bis in Idem: la investigación inició por los mismos hechos y motivos que concluyó la resolución No. 34804 del 12 de diciembre de 2005. En esta actuación los hechos investigados correspondían al periodo de finales de 2003 y principios de 2005. La indagación culminó con el otorgamiento de garantías. ○ Más allá de que la entidad anuncie que los hechos investigados corresponden a junio y diciembre de 2005, basta revisar los hechos y las pruebas para corroborar que la SIC fundamentó la sanción en hechos y pruebas y 2000 a 2006. • (3.2.1.2) Violación de los principios de la buena fe y de la confianza legítima (artículo 83 C.N.): la apertura de investigación hizo que perdiera efectos el ofrecimiento de garantía que la SIC había aceptado mediante la Resolución 34804 del 23 de diciembre de 2005. ○ La SIC va en contra del respeto al principio a los actos propios al definir el mercado relevante. La SIC había definido el mercado relevante para estos actores como regional en otros actos administrativos, pero para los propósitos de la investigación y sanciones demandas lo modificó a

	nacional. En este sentido, en la Resolución 13544 del 26 de mayo de 2006, autorización para la operación de integración entre Andino y Argos calificó el mercado relevante como regional. • (3.2.1.3) Violación del principio de imparcialidad (artículo 209 C.N.): el Despacho del Superintendente no realizó una valoración objetiva y rigurosa del informe motivado sino que lo incorporó en su totalidad[366]. • (3.2.1.4) Violación de la ley: la SIC omitió valorar el material probatorio de la actuación. • Valoración incompleta del acervo probatorio – violación de los artículos del 35 del CCA, 174 y 187 CPC: la omisión de valoración de medios de pruebas que afectarían el sentido de la decisión es una contradicción a estos artículos. La SIC no hizo mención a testimonio que la parte Demandante consideró necesarios para resolver el acto administrativo sancionatorio. • Valoración fragmentada del acervo probatorio – violación del artículo 187 del CPC: • (3.2.3) Los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación: o La SIC definió el mercado relevante como nacional en los actos administrativos sancionatorio, no corresponde con la realidad, la SIC previamente lo había determinado como regional. o No hubo repartición del mercado de cemento ni acuerdo de precios con otros productores. o La SIC analizó un valor que no correspondía al valor de venta de Argos. Ignoró la injerencia de los distribuidores en el proceso de formación del precio. o Estudio de paralelismo no corresponde con la realidad, la SIC se basó en un marco teórico que no expresa el valor de la transacción del cemento. o No hubo intercambio de información de costos entre competidores. • (3.2.4) La nulidad de los actos demandados en cuanto a la sanción impuesta al Doctor José Alberto Vélez Cadavid: Argos no incurrió en prácticas restrictivas, entonces no hay responsabilidad de su representante legal.
3.4.Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**	**X**	**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	

[366] **Observación:** literalmente a esto es lo que nos expone la deferencia judicial. El hecho que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no cuestione el fundamento que se le ruega examine de los actos administrativos, implica que el ciudadano se expone a una espera de 5-7 años para que nuevamente le manifiesten que el informe motivado ya lo sancionó como debería; el informe motivado y no el Superintendente, porque el Superintendente no ofrece ninguna valoración en relación a lo señalado en el informe motivado, simplemente se acoge a este ejercicio de investigación y recomendación de sanción.

4.3. Consideraciones formales:	• (7.2.1) Falta de competencia de la accionada: "a. Memorando del Superintendente Delegado para la promoción de la competencia dirigido al Jefe de la División Promoción de la Competencia, con fecha 27 de diciembre de 2005, en el que le solicita que inicie averiguación preliminar para determinar si existía mérito para abrir investigación a las empresas cementeras en Colombia, por violación al régimen legal de prácticas comerciales restrictivas (Fl. 2 CD No 1), **fecha a partir de la cual se cuenta la caducidad de la facultad sancionatoria"** No suena lógico. Esta fecha es el día en que la Administración decide actuar de conformidad con la información que llega a su conocimiento, pero esto no desvirtúa que el hecho objeto de la investigación ocurrió hasta del 24 de diciembre de 2005 según la misma sentencia: "d. Las conductas tuvieron lugar durante el periodo comprendido entre junio y diciembre 24 de 2005 en el territorio nacional"[367] "Así las cosas, y conforme a la jurisprudencia arriba transcrita, resulta claro la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo conocimiento de los hechos desde el 27 de diciembre de 2005, día en que se ordenó iniciar de oficio una investigación preliminar a las empresas cementeras del país que culminó con la Resolución 0091 del 8 de enero de 2010, notificada el 21 de enero de 2010 a la parte actora, por lo que la Sala infiere que en el presente caso transcurrieron más de los tres (3) años establecidos en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo para imponer la sanción a la investigada y agotar la vía gubernativa, de manera que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración"[368]
4.4. Pruebas:	• Memorando del Superintendente Delegado para la promoción de la competencia dirigido al jefe de la División Promoción de la Competencia del 27 de diciembre de 2005 • Citación al presidente de Cementos Argos del 11 de enero de 2006. • Resolución 2496 del 7 de febrero de 2006 por medio de la cual la SIC abrió investigación • Resolución 51694 del 4 de diciembre de 2008. • Resolución 0091 del 8 de enero de 2010
4.5. Consideraciones de fondo:	
4.6. Pruebas:	
4.7. Análisis deferencia	El Tribunal anula los actos administrativos demandados por encontrar probada la caducidad de la acción sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio: " (…) resulta claro la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo conocimiento de los hechos desde el 27 de diciembre de 2005, día en que se

[367]Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 1, Subsección C, Sentencia del 3 de diciembre de 2012, C.P.: Álvaro Eloy Ayala Pérez, Exp No. 25000232400020100033401, nulidad y restablecimiento del derecho, Demandante: Cementos Argos S.A., Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia de primera instancia, Fallo 206. Página 41.

[368] Ibid. Página 42.

	ordenó iniciar de oficio una investigación preliminar a las empresas cementeras del país que culminó con la Resolución 0091 del 8 de enero de 2010, notificada el 21 de enero de 2010 a la parte actora, por lo que la Sala infiere que en el presente caso transcurrieron más de los tres (3) años establecidos en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo para imponer la sanción a la investigada y agotar la vía gubernativa, de manera que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración"[369] En consecuencia, luego de encontrar un defecto de naturaleza "formal", el Tribunal se abstiene de estudiar los demás cargos de la demanda: "En ese orden de ideas, la Sala se releva del estudio de los demás cargos planteados y procederá a conceder las pretensiones de la demanda ya que los actos administrativos acusados están viciados de falta de competencia de la accionada por haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria"[370] En este caso, la revocatoria de los actos administrativos de la demanda desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es. En lo referente a la actividad probatoria, en este caso la demanda se resolvió solo con la comparación de lo señalado en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria. Este fallo fue revocado en segunda instancia por el Consejo de Estado mediante sentencia del 9 de agosto de 2018.

[369] Página 42 de la sentencia

[370] Ibid.

ANEXO 3 "Ficha 7. LÜLLE"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 7. Lülle</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Primera, Subsección C</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Ana María Correa Angel</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2011-0059-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td colspan="2">28 VI 13</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento del derecho</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Juan José Lulle Suarez</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 6839 del 09 de febrero de 2010
• Res. 42411 del 13 de agosto de 2010</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1, Ley 155 de 1959: prohibición general.
• Art. 47, Núm. 1, Decreto 2153 de 1992: Acuerdo de fijación de precios.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $154.500.000
• Ordenó realizar una publicación en un diario de amplia circulación regional en los Departamentos de Valle del Cauca, Cauca y Risaralda indicando que las personas jurídicas y naturales sancionadas había incurrido en una práctica restrictiva de la libre competencia.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad del artículo 5° de la Res. 6839 del 09 de febrero de 2010.
• Que se declare la nulidad del artículo 1° de la Res. 42411 del 13 de agosto de 2010 mediante la cual se confirmó lo resuelto en el artículo 5° de la Res. 6839 de 2010.
• El reintegro de la suma pagada a título de multa debidamente actualizada mediante la aplicación del IPC.</td></tr>
</table>

	• Ordenar a la SIC reconocer a Juan José Lulle el pago del interés bancario corriente sobre la suma pagada por concepto de multa desde la fecha de pago de esta -27 de septiembre de 2010- hasta la fecha en que se realice la devolución del pago, sin perjuicio del pago de los intereses de mora a que haya lugar. • Ordenar a la SIC suprimir de sus archivos cualquier anotación que a Juan José Lulle se le haya hecho en relación con la multa cuya nulidad de solicita.
3.2. Cargos formales:	La SIC profirió las resoluciones demandadas luego de considerar que varios Ingenios azucareros incurrieron en un acuerdo para la fijación de precios de la caña de azúcar el cual fue tolerado por los representantes legales de cada uno de estos. Contra dichas resoluciones el demandante formuló los siguientes cargos: • Violación al principio de tipicidad y legalidad Juan José Lulle solo podía ser sancionado por incurrir en conductas consistentes en "autorizar", "ejecutar" o "tolerar" prácticas restrictivas de la libre competencia. Sin embargo, la SIC finalmente lo sancionó por haber incurrido supuestamente en un acuerdo de fijación de precios. Adujo el demandante que como persona natural, no podía haber cometido la conducta por la cual fue sancionado pues los acuerdos de fijación de precios solo pueden ser realizados por los agentes del mercado, y no por sus representantes.

	• Violación al derecho de defensa y congruencia El pliego de cargos es incongruente con la resolución sancionatoria pues (i) El demandante fue vinculado a la investigación para determinar si este había "autorizado", "ejecutado" o "tolerado" pero finalmente no fue sancionado por dichas conductas sino por haber incurrido en un acuerdo de fijación de precios; (ii) La conducta que se le atribuyó desde el inicio de la investigación estaba asociada a la que se le imputó a Ingenio del Cauca, es decir, pagar a los productores una suma fija equivalente a 58 kilos de azúcar por tonelada de caña, siendo que al Ingenio nunca se le sancionó por dicha conducta sino por un supuesto acuerdo para pagar una cuota máxima variable de acuerdo con el rendimiento de la caña de azúcar que obraba como patrón o techo para el pago del precio de la caña que se adquiría a los cañicultores. • Violación al principio de formalidad de la prueba. La SIC incorporó al expediente varias pruebas relacionadas con unas visitas hechas a los ingenios investigados, y que fueron obtenidas en un proceso diferente. Sin embargo, su decreto y práctica no fue notificado a los investigados, razón por la cual dichas pruebas no podían ser valoradas en dicho trámite. • Violación al derecho de defensa al no decidir sobre las pruebas solicitadas

	Era deber de la SIC solicitarle de oficio a las Cámaras de Comercio de Cali, Buga, Cartago, Tuluá y Sevilla que certificaran que era costumbre mercantil en la región que los Ingenios azucareros pactaran como precio por la compra de la caña de azúcar a riesgo compartido, un monto representativo en especie de 58 kilogramos de azúcar por tonelada de caña adquirida. Sin embargo, la SIC profirió la sanción sin siquiera pronunciarse sobre el decreto de dichas pruebas. • Inobservancia de las reglas propias del proceso – No vinculación al Ministro de Agricultura De acuerdo con lo establecido en el artículo 8° de la Ley 1340 de 2009, era deber de la SIC vincular a la investigación al Ministro de Agricultura con el fin de consultar su opinión técnica. Luego, al no haberse hecho de esta manera, la SIC desconoció las formalidades propias de la actuación administrativa. • Violación al principio de contradicción de la prueba y publicidad de las actuaciones administrativas. Hubo algunos documentos que fueron trasladados de otras investigaciones administrativas respecto de las cuales Juan José Lulle no pudo ejercer su derecho a la contradicción y defensa.

	• Ausencia de la graduación de la pena El acto administrativo está viciado, entre otras cosas, por falta de motivación pues no tuvo en cuenta los criterios de graduación de la pena para establecer el monto de la sanción impuesta, que entre otras cosas, para ese entonces era la más alta posible. • Violación al debido proceso por caducidad de la facultad sancionatoria. La sanción fue impuesta en el año 2010, es decir 3 años después de la última conducta que comprometía la responsabilidad de Juan José Lulle, motivo por el cual la potestad sancionatoria de la SIC había caducado.
3.3.Cargos de fondo:	• Inexistencia de las conductas por las cuales fue sancionado Juan José Lulle no podía ser sancionado por haber incurrido en un acuerdo anticompetitivo al no ser un agente del mercado de azúcar. Adujo que de los testimonios prácticas en el trámite administrativo no se advertía que este hubiera tolerado o ejecutado práctica restrictiva alguna con ocasión de una reunión sostenida en marzo de 2006. Pese a que la SIC sostuvo que el objetivo de dicha reunión era establecer formulas comunes para unificar el importe de compra de la caña de azúcar destinada a la producción de etanol, lo cierto es que ello no es así. Dicha reunión fue

	llevada a cabo con el fin de responder algunas acusaciones hechas por Procaña a los Ingenios Azucareros con ocasión de una disputa contractual. • Violación de la presunción de inocencia No hay prueba alguna que vincule al demandante con un supuesto acuerdo consistente en establecer topes máximos para el pago de la caña, sin individualizar la responsabilidad del representante legal. Según la SIC la responsabilidad de Juan José Lulle se evidenciaba de un documento denominado "Acta de Acuerdo", sin embargo, este nunca fue suscrito por el, ni de su contenido podía inferirse participación alguna en las conductas en investigadas. Por lo tanto, los actos demandados se basaron en meros indicios que no tenían la fuerza suficiente para acreditar que Juan José Lulle hubiera intervenido en las conductas sancionadas. • Violación al in dubio pro investigado Juan José Lulle impugnó el "Acta de Acuerdo" por ser nula de pleno derecho, con lo cual se descartó la existencia de un reconocimiento tácito de autenticidad de esta. • Violación al debido proceso por infringir el principio de culpabilidad La SIC desconoció el principio de culpabilidad al haber declarado

	como responsable a Juan José Lulle sin haber hecho un examen subjetivo de su conducta en particular. • Nulidad de la orden impartida en el numeral 7° de Resolución 6839 de 2010 La orden impartida en el numeral 7° de la Resolución -en el sentido de ordenar el cese de las conductas infractoras- es contraria a derecho pues no se probó que se hubiera acordado directa o indirectamente los precios de compra de la materia prima. • Nulidad de la orden impartida en el numeral 8° de Resolución 6839 de 2010 El numeral 8° de la parte resolutiva del acto demandado -ordenando a los Ingenios sancionados y sus representantes tomar las medidas necesarias para que la información confidencial que transmitieran las asociaciones de las cuales hacían parte no fuera retransmitida a otros competidores- es nulo toda vez que la defensa de la sancionadas en el trámite administrativo no estuvo dirigida hacia dicho asunto.
3.4.Pruebas técnicas:	No se indica si se aportaron pruebas técnicas, y en caso tal, cuales fueron.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**	X	**Confirma:**		**Revoca:**	X

(observaciones)

- Al haber prosperado el cargo de nulidad por violación al principio de tipicidad, el Tribunal se abstuvo de analizar los demás cargos de nulidad formulados.
- Por lo anterior, negó las demás pretensiones de la demanda.
- En consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia declarando la nulidad parcial de los artículos 5° y 6° de la Resolución 6839 de 09 de febrero de 2010; el artículo 1° de la Resolución 42411 de 13 de agosto de 2010; y a

ordenó a la SIC reintegrar a Juan José Lulle el valor pagado por concepto de sanción, sin lugar al pago de intereses.				
4.2. Motivo:	**Formal:** X		**Fondo:**	
4.3. Consideraciones formales:	En la parte Resolutiva del acto demandado se indicó que la conducta por la cual se sancionó a Juan José Lulle fue por haber incurrido en un acuerdo de fijación de precios. Sin embargo, esta modalidad de infracción no tiene correlación alguna con la conducta realizada del demandante, pues en su calidad de representante legal solo podía ser responsable por autorizar, ejecutar o tolerar la comisión de las prácticas restrictivas advertidas por la SIC. Al haber sido sancionado "(…) con base en una norma que no atañe a la conducta en la que incidió en su calidad de representante legal del INGENIO DEL CAUCA S.A(…)", la SIC violó el principio de tipicidad, motivo por el cual se declaró parcialmente nula la resolución demandada[371].			
4.4. Pruebas:	• Res. 6839 del 09 de febrero de 2010 • Res. 42411 del 13 de agosto de 2010			
4.5. Consideraciones de fondo:	No realizó consideraciones de fondo.			
4.6. Pruebas:	Los actos demandados			
4.7. Análisis deferencia:	El Tribunal revoca la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 2 Administrativo de Bogotá y, en su lugar, anula los actos administrativos demandados por encontrar probada la violación al principio de tipicidad al no existir correlación entre la conducta del sujeto sancionado y la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio:			

[371] Páginas 44-47.

	" En consecuencia, deviene con claridad que la Superintendencia de Industria y Comercio quebrantó el postulado analizado al imponer una sanción pecuniaria al demandante, con base en una norma que no atañe a la conducta en la que incidió en su calidad de representante legal (…), es decir, declaró responsable de infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 "por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de precios de la caña de azúcar" y no por "autorizar", "ejecutar" o "tolerar" conductas violatorias sobre las normas de libre competencia, en virtud de lo señalado en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, disposición legal bajo la cual fue investigado en su condición de persona natural"[372] En consecuencia, luego de encontrar un defecto de naturaleza "formal", el Tribunal se abstiene de estudiar los demás cargos de la demanda: "Como este cargo prosperó, la Sala se abstendrá de realizar el estudio de los demás cargos endilgados (…)"[373] En este caso, la revocatoria de los actos administrativos de la demanda desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de

[372] Página 47 de la sentencia

[373] Ibid.

	los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es. En lo referente a la actividad probatoria, en este caso la demanda se resolvió solo con la comparación de lo señalado en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria.

ANEXO 4 "Ficha 8. BANCOLOMBIA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 8. Bancolombia</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Guillermo Vargas Ayala</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2008-00137-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>20 XI 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Bancolombia S.A.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 023299 del 30 de julio de 2007.
• Res. 037288 del 13 de noviembre de 2007.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Negarse a entregar información solicitada por la SIC en el marco de un trámite de verificación de cumplimiento de un acuerdo de garantías (numeral 10° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992).

La SIC sancionó a Bancolombia con base en que no remitió la información que se le requirió para verificar el cumplimiento de un acuerdo de garantías del cual este banco había hecho parte como coadyuvante de las personas que ofrecían dichas garantías (Red de bancos Redeban y Credibanco).</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">Muta de COP$ 207.000.000.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de la Res. 023299 del 30 de julio de 2007.
• Nulidad de la Res. 037288 del 13 de noviembre de 2007 a excepción de su art. Tercero que revoca una decisión de la anterior Res.
• Devolución de la multa.</td></tr>
</table>

	• Sobre la suma de multa que se liquide el IBC o el IPC desde el momento del pago de la misma hasta la fecha de sentencia. • Condene en costas. • Sobre las sumas de condena de la sentencia se condene a la demandada a que pague los intereses moratorios que se lleguen a causar.
3.2. Cargos formales:	• Incompetencia de la SIC: o La información que la SIC solicitó a Bancolombia no tenía ninguna relación con la verificación del cumplimiento del acuerdo de garantías coadyuvado por este banco. o El fundamento legal que la SIC usó para sustentar la solicitud de información a Bancolombia (núm. 10 art. 2 Decreto 2153 de 1992) no le permitía pedir la información al Banco, pues esta norma solo se aplica en caso de investigaciones -aquí no había investigación- y para personas sujetas a control y vigilancia de la SIC, lo cual tampoco era el caso Bancolombia es una entidad sujeta a vigilancia y control de la SFC (art. 98 EOSF). o La información solicitada por la SIC no tenía la finalidad de comprobar el cumplimiento del acuerdo de garantías, sino que solo buscab verificar la existencia de otras conductas restrictivas de la competencia, y para este último caso la SFC es la entidad competente pues el sujeto a verificación es un banco.

	○ La competencia de la SIC respecto del Bancolombia en este caso es residual en el sentido de que solamente puede solicitar información relativa al cumplimiento de un acuerdo de garantías. ○ La SIC tampoco era competente para sancionar a Bancolombia por el incumplimiento de una instrucción pues este banco no era sujeto a vigilancia e inspección de esta entidad. • Violación al debido proceso: ○ Bancolombia nunca estuvo vinculado formalmente a la investigación que adelantó la SIC en contra Credibanco y Redeban y en virtud de la cual surgió el acuerdo de garantías que la SIC usó como fundamento para solicitar la información que Bancolombia se negó a entregar y por la cual terminó siendo sancionado. ○ Bancolombia únicamente estuvo vinculado a tal investigación en calidad de coadyuvante de las garantías otorgadas por los allí investigados. Este solo hecho no convirtió a Bancolombia en investigado. ○ Bancolombia se cuestiona el hecho de que haya sido sancionado por la SIC cuando nunca se abrió una investigación por el no envío de información.

	○ Para poder sancionar a Bancolombia válidamente la SIC debió abrir formalmente una investigación, haber formulado cargos en contra del banco y haberle permitido ejercer su derecho de defensa, situación que nunca ocurrió. ○ La sanción no cuenta con ningún respaldo normativo que permita sancionar por un supuesto incumplimiento de una instrucción. • Falsa motivación: ○ La SIC incurrió en contradicción: sustentó el requerimiento de información a Bancolombia en que iba a verificar el cumplimiento de un acuerdo de garantías, pero en ese mismo requerimiento señaló que solicitaba la información en ejercicio de sus facultades como garante de las normas de competencia. ○ La SIC sancionó a Bancolombia, no por incumplir el acuerdo de garantías sino por no remitir una información solicitada. ○ La SIC convirtió una solicitud hecha en el marco de un proceso de verificación de un acuerdo de garantías, en una sanción derivada de un proceso que jamás abrió por incumplimiento de requerimiento de información. • Desviación de poder:

	○ La SIC invocó sus facultades como autoridad de la competencia para desconocer los derechos de Bancolombia al haberle exigido compromisos jamás adquiridos por este. ○ La sanción de la SIC obedeció a su capricho de obtener información de Bancolombia, más no se hizo para revisar el cumplimiento del acuerdo de garantías.
3.3. Cargos de fondo:	
3.4. Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1. Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(N.A.)							
4.2. Motivo:				**Formal**	X	**Fondo:**	

4.3. Consideraciones formales:	• Frente al cargo de falta de competencia: ○ "(…)la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene respecto de los establecimientos bancarios competencia en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (…) no obstante, debe precisar la Sala que no es cierto el argumento de la parte actora en el que se sugiere que al aceptarse el ofrecimiento de garantías efectuado por las Redes y clausurarse la investigación seguida en su contra se agotan las competencias de la SIC en el asunto, pues la efectiva protección de la libre competencia implica ir más allá de la sola evaluación y aceptación de los ofrecimientos, lo que supone

	realizar también el seguimiento al cumplimiento de los compromisos asumidos"[374]. ○ " (…) independientemente que los bancos estén sometidos a la vigilancia de la SFC, lo cierto es que en su condición de asociados a Credibanco y Redeban y de participantes de los sistemas de pagos administrados por dichas redes, asumieron voluntariamente obligaciones ante la SIC y coadyuvaron las garantías ofrecidas por estas entidades, y ello faculta a esta entidad estatal para verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos por los establecimientos bancarios"[375]. ○ "la SIC es competente para hacer seguimiento del cumplimiento que Bancolombia S.A. como asociado a las Redes esté dando a los compromisos que voluntariamente asumió ante esta entidad. Esta facultad tiene como fuente precisamente esos compromisos y debe ejercerse en el marco de éstos"[376]. ○ "En segundo lugar, ya no desde el punto de vista de las obligaciones asumidas por Bancolombia (…)la Superintendencia de Industria y Comercio ejerce de manera ordinaria respecto de los

[374] Página 61

[375] Página 62.

[376] Página 63

	sujetos sometidos a su inspección y vigilancia (…)esta entidad pública es competente para requerir de cualquier persona natural o jurídica, como el banco demandante, la información que estime necesaria para el debido cumplimiento de sus tareas. Esa información puede ser requerida, se insiste, a cualquier persona, sin que sea condición necesaria que tenga la calidad de sujeto investigado por la SIC"[377]. o "(…) la instrucción contenida en este oficio [el de requerimiento de información que incumplió la demandante] fue emitida por la SIC a Bancolombia S.A. en uso de las dos competencias referidas (…), esto es, i) la derivada de las Resoluciones 06816 y 06817 de 2005, modificadas por las Resoluciones 33813 y 34402 de 2006, actos administrativos éstos que le otorgan a la Sic el poder jurídico de verificar si los establecimientos bancarios asociados a las Redes Credibanco y Redeban cumplen o no los compromisos que asumieron voluntariamente ante dicha entidad, y ii) la competencia ordinaria que tiene la SIC para solicitar a cualquier persona (natural o jurídica) el suministro de los informes que requiera para el correcto ejercicio de sus

[377] Página 64.

	funciones”[378] (texto entre corchetes fuera del original). ○ “(…) de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 es función de la Superintendencia de Industria y Comercio ‘Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia (…)mediante los actos acusados la SIC hizo uso de esa competencia e impuso a la demandante una multa por la inobservancia de las instrucciones que impartió en desarrollo de sus funciones, lo cual, por lo examinado a lo largo de este capítulo, se ajusta a la legalidad”[379]. • Frente a la violación del debido proceso: ○ “El Decreto 2153 de 1992, (…) faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para “Imponer las sanciones pertinentes…por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia (…) En esta normativa no se prevé ningún procedimiento especial en

[378] Página 66.

[379] Páginas. 67 y 68.

	materia sancionatoria, quedando sometida la tramitación de las actuaciones que adelante la SIC a los principios y procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo,"[380]. o "El estudio de los antecedentes administrativos de los actos sancionatorios acusados, permite a la Sala concluir que fueron expedidos por la SIC siguiendo las reglas del debido proceso antes señaladas"[381]. o "(…) la entidad demandada sí comunicó a Bancolombia S.A. la iniciación de una actuación administrativa por su inobservancia a la mencionada instrucción y el objeto de ésta, que fue evaluar la procedencia de las posibles sanciones derivadas de su desatención al requerimiento de información hecho por la SIC. En este oficio, además, la SIC invocó sus facultades legales para imponer la sanción, la normativa que consagra el deber supuestamente incumplido por Bancolombia S.A. y la eventual sanción a que se sometería". o La SIC (…) así mismo le dio a Bancolombia S.A. la oportunidad de expresar sus opiniones, concediéndole un término razonable para rendir

[380] Páginas. 68 y 69.

[381] Página 69.

	las explicaciones pertinentes sobre su conducta"[382]. ○ "Bancolombia S.A., en ejercicio del derecho de defensa, presentó los argumentos que estimó pertinentes frente a dicha decisión de la SIC"[383]. ○ "la SIC profirió la Resolución 023299 del 30 de julio de 2007, por la cual impone una sanción de multa a Bancolombia S.A. "por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la Superintendencia", decisión ésta motivada en los antecedentes previamente reseñados y fundamentada en las normas atrás citadas". ○ "Esta decisión es notificada legalmente a Bancolombia S.A., entidad que interpuso en su contra el recurso de vía gubernativa indicado en ella, esto es, el de reposición, que fue decidido por la SIC a través de la Resolución núm. 037288 del 13 de noviembre de 2007, acto administrativo éste también debidamente motivado"[384]. • Frente al cargo de falsa motivación: ○ "(…) es claro para la Sala que los actos demandados no incurren en el vicio de falsa

[382] Página 71.

[383] Ibid.

[384] Ibid.

	motivación. Ciertamente, a partir de lo examinado al resolverse el cargo de incompetencia de la SIC (…), es dable concluir que esta entidad adoptó la resolución sancionatoria demandada con fundamento en motivos que corresponden a los supuestos de hecho y de derecho necesarios legalmente para dicha decisión. ○ "(…) la SIC se encontraba plenamente facultada para solicitar a Bancolombia S.A. la información a que se refiere el Oficio 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007 (…) Como antes se dijo, i) esa información podía ser requerida a Bancolombia S.A. así éste no tuviera la calidad de sujeto investigado por la SIC, y ii) la misma no necesariamente tendría que coincidir con aquella que este banco se comprometió a remitir en el primer escenario señalado"[385]. • Frente al cargo de desviación de poder: ○ "(…) en este caso esta acusación es infundada [sobre el cargo de desviación de poder], como quiera que la decisión sancionatoria demandada fue expedida teniendo en cuenta tanto los fines generales que inspiran toda actuación administrativa como los particulares de la actuación adelantada por la SIC, referidos, de un lado, a

[385] Página. 73.

	hacer seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos voluntariamente por Bancolombia S.A. como coadyuvante de las Redes Credibanco y Redeban, tarea en la cual el establecimiento bancario demandante no prestó su debida colaboración a la SIC en la oportunidad señalada para ello, y de otro, a velar por la protección de las normas sobre libre competencia respecto de tales Redes, para lo cual se requería también de información que debía ser suministrada y no lo fue por Bancolombia S.A"[386] (texto entre corchetes fuera del original).
4.4. Pruebas:	• Res. 06816 y 06917 de 2005 en donde la SIC aceptó garantías ofrecidas por investigados en una actuación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia. • Oficio núm. 03-110924-00827-0039 de 27 de abril de 2007 mediante el cual la SIC le solicitó información a Bancolombia como coadyuvante del acuerdo de garantías suscrito por redeban y Credibanco. • Comunicación de Bancolombia del 14 de mayo de 2007 en donde comunica las razones para no suministrar la información requerida en el oficio anterior. • Oficio núm. 03-110924-00875-0039 de 16 de mayo de 2007 en donde la SIC le solicita a Bancolombia que rinda declaraciones sobre su

[386] Página 75

	incumplimiento en entregar información. Allí también se le informó al banco las posibles sanciones que tal incumplimiento podrían acarrearle. • Res. Demandadas 023299 y 037288 de 2007.
4.5. Consideraciones de fondo:	N.A.
4.6. Pruebas:	N.A.
4.7. Análisis deferencia:	El Juzgado anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la caducidad de la facultad sancionatoria de la superintendencia en relación con el demandante: "De acuerdo con los argumentos expuestos y el citado precedente jurisprudencial, en el caso concreto se presentó caducidad, por cuanto el último acto demostrado en el que participó el demandante Mira Velásquez en la ejecución de actos que tenían por objeto obstruir la importación de azúcar al país por parte de personas externas al gremio azucarero colombiano, fue del 7 de octubre de 2010, en consecuencia, la entidad tenía hasta el 7 de octubre de 2015 para notificar el acto sancionatorio de primera instancia en cuanto al demandante, lo que solamente ocurrió el 20 de octubre de ese año."[387] En este caso, la revocatoria de los actos administrativos de la demanda evidencia un control estricto por parte del juez en lo referente a los asuntos formales como lo es el de la caducidad de la potestad sancionatoria

[387] Páginas 61 y 62 de la sentencia.

	Ahora bien, de la revisión de la sentencia, se observa que el demandante esgrimió varios argumentos, entre los que se encuentra el de la falsa motivación y la inexistencia de conductas continuadas, los cuales fueron resumidos por el propio fallo así: "Manifiesta la parte demandante en este cargo que la i) entidad contextualizó el supuesto acuerdo anticompetitivo de los investigados aduciendo la existencia de un único mercado del azúcar o un "mercado del azúcar en general", sin definir sustentadamente el mercado relevante; **en su criterio los mercados de Bolivia y de Costa Rica son diferentes**; ii) no se demostró su participación y la importancia de esta en el acuerdo de restricción, por lo que considera se le impuso una responsabilidad objetiva por su calidad de presidente de CIAMSA; iii) **No hubo una conducta continuada sino hechos aislados e inconexos** respecto de los cuales operó la caducidad; iv) la supuesta obstrucción de importación de azúcar desde Bolivia no existió porque CIAMSA se abstuvo de comprar los excedentes y no se probó la participación de los ingenios de ese país en el acuerdo; v) no participó en la supuesta conducta de obstrucción de importación de azúcar fairtrade desde Costa Rica y; vi) No hubo una adecuada dosificación de la sanción al haberse tenido en cuenta su patrimonio e ingresos."[388]

[388] Página 48 de la sentencia.

	El principal asunto técnico que envuelve el cargo de falsa motivación esgrimido por el demandante es el relativo a la definición del mercado relevante y a la existencia de conductas continuadas. En relación con lo anterior, el fallo en comento se pronunció así: "**<u>En la Resolución 5347 de 2012</u>** adicionada por la Resolución 15294 de 2013 que dispuso la apertura de la investigación y pliego de cargos a las personas jurídicas y personas naturales, entre ellas al demandante, **<u>se indicó claramente</u>** en el numeral 7º que el mercado relacionado con los hechos objeto de investigación la "agroindustria azucarera colombiana", conformada por los mercados de "i) el de la caña de azúcar y, ii) el de azúcar como producto final e insumo industrial", describiendo el escenario conceptual que serviría de marco para la investigación y la evaluación de las conductas de los investigados en la presunta restricción de la libre competencia; **<u>para el Despacho desde un principio la Superintendencia hizo alusión clara que las presuntas conductas violatorias del régimen de libre competencia estaban referidas al mercado del azúcar en general</u>**. "**<u>En ese contexto, el mercado relevante estuvo definido por el producto u objeto, en este caso el azúcar sin distinción de especies o clasificaciones, respecto del cual se estaban realizando presuntamente</u>**, hasta ese momento, una serie de acciones tendientes a afectar la libre

	competencia con restricciones u obstáculos en su importación a Colombia."[389] […] "Cabe resaltar que en cuanto a la modalidad del azúcar de Costa Rica, si bien es cierto no era de aquellas que se produjera en Colombia, hecho que en principio haría pensar que toda acción para la restricción de su importación no afectaría el mercado relevante desde el punto de vista de la libre competencia, **en los actos sancionatorios acusados se expusieron argumentos** en el sentido de que las pruebas referidas al incidente con esa clase de azúcar, ponían en evidencia el objeto del acuerdo anticompetitivo de realizar restricciones y obstáculos a la importación de azúcar en general, a través de la estrategia de conocer la intención de cualquier persona u organización que pretendiera importar ese producto al país, que en este caso fue informada por la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar de Costa Rica -LAICA-, para luego establecer una suerte de visto bueno o autorización, en este caso de ASOCAÑA, para que se pudiera concretar la importación; **para el Despacho la motivación de los actos entorno a este episodio es adecuada, al haber tomado lo ocurrido con ese país como prueba del desarrollo del objeto de la estrategia anticompetitiva**, más no como demostración del efecto de la conducta por la cual finalmente se

[389] Ibidem.

	sancionó (obstruir importaciones de azúcar), lo que resulta coherente con el análisis integral de las pruebas arrimadas a la investigación."[390] Este es un ejemplo muy evidente de la existencia de una deferencia judicial en los términos expuestos en este capítulo. El asunto técnico relevante que planteó el demandante fue la equivocación de los actos administrativos demandados al definir el mercado relevante ya que en su concepto los mercados de Bolivia y Costa Rica no eran el mismo mercado. Sin embargo, lejos de realizar un control judicial al respecto, la sentencia se dedica a parafrasear los argumentos esgrimidos en los actos administrativos para concluir que en los mismos se había definido el mercado relevante, como si el cuestionamiento fuera la inexistencia de pronunciamiento por parte de la administración sobre ese punto. Es evidente que el fallador no confrontó los argumentos del demandante con los del acto administrativo en un plano de igualdad, ni mucho menos abordo el estudio del mercado relevante en el caso concreto ni definió si los mercados de Bolivia y Costa Rica eran el mismo mercado ni la incidencia de esa definición en las supuestas conductas anticompetitivas, para arribar a una conclusión propia. En criterio del autor, la sentencia se abstiene de resolver el cargo técnico planteado por el demandante afiliándose a la postura del acto administrativo demandado sin llevar a

[390] Página 49 de la sentencia

	cabo el control judicial que se le solicitó. En el mismo sentido, lo señalado por el fallo en cuanto al argumento de inexistencia de conductas continuadas también es diciente al respecto: "En lo que respecta al argumento de ausencia de conducta continuada, **los actos demandados fueron prolijos en describir las pruebas de las que se evidencia la existencia de un acuerdo para impedir el ingreso de azúcar al país proveniente de Bolivia y El Salvador, periodo 2008-2010**; se menciona este periodo y estos dos países por cuanto son los eventos respecto de los cuales considera el Despacho existieron pruebas directas de la participación del demandante, precisión necesaria frente a la controversia tratada en el presente proceso."[391] El fallo en comento no se ocupa nunca por definir que se considera una conducta continuada ni mucho menos detalla las pruebas que le sirven de fundamento para afirmar que existió un acuerdo en el periodo 2008 y 2009. Como se vio atrás, el argumento de los demandantes consistió en afirmar que no existían una conducta continuada sino unos hechos aislados e inconexos. No obstante, el fallo desechó el cargo esquivando la confrontación del acto administrativo con los argumentos de la demanda y afirmando que en los actos administrativos había pruebas de un acuerdo en un periodo. La demanda no cuestionó que en el acto administrativo se describieran pruebas, se cuestionó

[391] Página 50 de la sentencia

	que no se configura una conducta continuada. Para resolver ese asunto el juez debió definir que entiende por conducta continuada y definir si en el caso concreto se presentaban esos elementos. No obstante, omitió hacerlo y adhirió a la posición de la administración sin fundamento alguno. Debe reiterarse que en este tipo de procesos los demandantes no discuten la existencia de lo que plasmó la autoridad en las resoluciones sancionatorias por ser ello un hecho evidente e indiscutible. Lo que se discute es la validez y legalidad de las conclusiones derivadas de sus apreciaciones. De conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que se espera del juez es que confronte las conclusiones de la Superintendencia con los cargos de la demanda y con su propia apreciación de los hechos y las pruebas y que con fundamento en todo lo anterior adopte una decisión motivada. Si el juez resuelve el caso en el mismo sentido que lo hizo la autoridad de competencia debe explicar por qué llegó a esa conclusión y por qué validó los argumentos de los actos administrativos sancionatorios en detrimento de los cargos esgrimidos en la demanda. Así mismo deberá proceder si decide anular los actos administrativos. La existencia de argumentos en los actos administrativos sancionatorios no es fundamento suficiente para que los mismos superen el control judicial. Es deber del juez adentrarse en un análisis profundo de la validez y legalidad de la actuación administrativa ejerciendo incluso sus facultades probatorias oficiosas.

	Esta sentencia fue apelada y actualmente se encuentra en trámite la segunda instancia.

ANEXO 5 "Ficha 9. INGENIOS"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 9. Ingenios</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera, Subsección C</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Ana María Rodríguez Alava</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2011-0170-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>12 XII 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Ingenio Providencia
Ingenio Carmelita
Ingenio Pichichi
Ingenio Risaralda
Cesar Augusto Arango Isaza
Mauricio Iragorri Rizo</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 6839 del 9 de febrero de 2010
• Res. 42411 del 13 de agosto de 2010</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 Ley 155 de 1959: Prohibición general.
• Art. 47 Núm. 1° Decreto 2153 de 1992: Acuerdo de fijación de precios en el mercado de caña de azúcar.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• $ 1.030.000.000 a los Ingenios Providencia, Carmelita, Pichichi y Risaralda.
• $154.500.000 a Cesar Augusto Arango Isaza y Mauricio Iragorri.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad de la Res. 6839 del 9 de febrero de 2010 y Res. 42411 del 13 de agosto de 2010.
• Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la SIC a reintegrar a las demandantes las sumas por concepto de sanción, debidamente indexadas.
• Ingenio del Cauca e Ingenio Risaralda solicitaron que se obligue</td></tr>
</table>

	a la SIC publicar en un diario de amplia circulación un aviso en el que se indique que no se incurrió en ninguna práctica comercial restrictiva.
3.2. Cargos formales:	**Ingenio Providencia** • Caducidad La sanción impuesta por la SIC no quedó en firme dentro de los 3 años previstos en el artículo 38 del CCA, puesto que el periodo objeto de investigación iba desde mayo de 2005 hasta a febrero de 2007. Siendo así, la resolución sancionatoria debió notificarse a más tardar el 28 de febrero de 2010, sin embargo, esto no sucedió sino hasta agosto de 2010. De otro lado, en la resolución sancionatoria se indican igualmente pruebas de hechos que datan del año 1992, no obstante es claro que respecto a estos la facultad sancionatoria de la SIC ya había caducado, puesto que ocurrieron 15 años antes de la expedición de dicho acto. En igual sentido, la sanción impuesta al Ingenio Providencia por el supuesto acuerdo para la fijación del precio de la compra tuvo como fundamento unas ofertas del 14 de septiembre de 2004 y por tanto la facultad sancionatoria de la SIC caducó el 14 de diciembre de 2007. Por lo tanto, en cualquiera los supuestos anteriores, entendió Ingenio Providencia que habría operado la caducidad. • Violación al debido proceso En el auto de apertura de la investigación la SIC elevó cargos por la

	presunta existencia de un acuerdo entre los Ingenios azucareros para fijar el precio de compra de la caña de azúcar, sin embargo, en el curso del trámite administrativo se cambió esa imputación pues al inició se pretendió indagar por los presuntos acuerdos en el precio pactado en contratos de compraventa, pero al momento de proferir la sanción también se tuvo en cuenta los contratos de participación. Además, se incorporaron oficiosamente unas pruebas recaudadas con ocasión de unas visitas administrativas practicadas en 2009 sin la intervención de las investigadas. **Ingenio Carmelita** • Desconocimiento al debido proceso en las actuaciones administrativas Adujo que en el auto de apertura de la investigación se indicó que la presunta falta era la colusión en materia de precios. Es decir, en ningún momento allí se dijo que los precios estuvieran vinculados a una formula predeterminada que arrojaba como resultado una suma fija de 58 Kg por tonelada de caña de azúcar, situación que fue la finalmente censurada por la SIC bajo la idea que existía una cuota máxima variable de acuerdo con el rendimiento de la caña de azúcar. Por ende, la sanción estuvo cimentada en imputaciones distintas a las inicialmente endilgadas. **Ingenio del Cauca** • Violación de las normas en que debería fundarse. Artículo 29 de la CP

	La SIC incorporó al expediente varias pruebas relacionadas con unas visitas hechas a los ingenios investigados, y que fueron obtenidas en un proceso diferente. Sin embargo, su decreto y práctica no fue notificado a los investigados, razón por la cual dichas pruebas no podían ser valoradas en dicho trámite. Además, dos años después de abierta la investigación realizó una inspección en las instalaciones de los Ingenios sin que mediara notificación previa alguna. • Violación del derecho de audiencia y de defensa. El pliego de cargos formulado por la SIC estaba orientado a investigar la comisión de una infracción a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por pagar a sus proveedores una suma fija de 58 Kg por tonelada de caña o una suma variable de acuerdo con el rendimiento de la caña. Por lo tanto, fue con base en esto que las investigadas prepararon su defensa, sin embargo en el informe motivado se recomendó sancionar porque los 58 Kg ya no eran una suma fija sino que correspondían a un techo máximo pactado por los ingenios, conducta que dista de la endilgada en el pliego de cargos formulado por la SIC. **Ingenio Risaralda y Cesar Augusto Arango** • Violación a las normas en que debería fundarse: Art. 29 CP y Art. 35 CCA Reiteró lo dicho por Ingenio del Cauca en cuanto a la práctica de la inspección llevada a cabo en sus instalaciones sin previa notificación y el traslado de

	ciertas pruebas incorporadas en otra investigación administrativa. • Violación al derecho de defensa Adujo que en el auto de apertura la SIC endilgó la presunta trasgresión del orden legal por aplicar formulas, mientras que al momento de decidir en la resolución sancionatoria la SIC cambió el verbo rector por ofrecer, sin dar la oportunidad de presentar explicación o pruebas al respecto. En cuanto al señor Cesar Arango, la SIC olvidó realizar una verdadera imputación frente a la que este pudiera ejercer su derecho de defensa, es decir omitió precisar en cuál de los 3 verbos rectores (autorizar, ejecutar o tolerar) previstos en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, presuntamente había incurrido el representante legal, pues solo hasta que se conoció del Informe Motivado se indicó que era por tolerar, pero en ese instante la etapa probatoria ya estaba cerrada. **Ingenio Mayaguez y Mauricio Iragorri Rizo** • Caducidad Los hechos objeto de investigación ocurrieron según la SIC entre mayo de 2005 y febrero de 2007, de modo que el supuesto acuerdo debió ser anterior al 01 de mayo de 2005. Por lo tanto, si se toma esa fecha como punto inicial para el computo de la caducidad, la SIC tenía hasta el 01 de mayo de 2008 para proferir la resolución sancionatoria, sin embargo, esto no sucedió sino hasta el 10 de febrero de 2010 cuando quedó

	notificada la Resolución No. 6839 de febrero de 2010. La autoridad desconoció las etapas propias de la investigación dado que el artículo 11 del Decreto 2153 de 1992 disponía que el Superintendente Delegado debía entregar el resultado de sus averiguaciones al Superintendente de Industria y Comercio para que este abriera o archivara la investigación, por lo tanto, al no haberlo hecho así en este caso actuó sin competencia al iniciar la investigación. • Falsa motivación Adujo que la conducta que prohíbe el artículo 1 de la ley 155 de 1959 es la limitación de la libre competencia con el propósito de fijar o mantener precios inequitativos, siendo que la regulación califica el resultado esperado a precios inequitativos de tal manera que no cualquier conducta es reprochable, sino solo aquella en virtud de las cual se obtuviera valores que alteren las condiciones de equidad sinalagmática de los contratos, aspecto que olvidó acreditar la entidad. Por ende, su investigación estuvo dirigida al estudio de un comportamiento no sancionable en tanto los montos de los contratos no beneficiaban desmedidamente a los ingenios o afectaban de forma negativa los intereses de los cañicultores.
3.3.Cargos de fondo:	**Ingenio Providencia** • Violación de la ley El artículo 905 del Código de Comercio define el precio como un elemento del contrato de compraventa, sin embargo la Superintendencia desconoció esa

	previsión legal al apartarse de dicha definición y emplear otra de su propia autoría al momento de decidir el caso. • Desviación de poder La intención del Superintendente con la expedición de los actos demandado no fue otra más que lograr obtener un mejor precio de remuneración para los cañicultores. • Falsa motivación En relación con la caña para la producción de azúcar la SIC fundamentó las resoluciones demandadas en 3 premisas falsas: (i) Que las llamadas cotas máximas de 58 kg/t o 50% de rendimiento eliminan la competencia; (ii) Que no existe sustento técnico que de cuenta de un rendimiento promedio de la caña igual a 116 kg/t; (iii) Que el pago de 58 kg de azúcar por tonelada no es una costumbre mercantil. **Ingenio Carmelita** • Desconocimiento al debido proceso en las actuaciones administrativas La SIC violó el principio de legalidad y tipicidad pues sancionó a Ingenio Carmelita por un supuesto acuerdo de fijación de precios sin tener en cuenta la noción de precio contenida en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sino a partir una noción de carácter económico elaborada por la entidad. De igual forma, la SIC sancionó a Ingenio Carmelita sin las pruebas necesarias para desvirtuar la presunción de inocencia en tanto no logró acreditar que dicho Ingenio hubiera participado

	en el supuesto acuerdo para fijar topes máximos de pago. Al respecto, la entidad únicamente cimentó sus conclusiones en indicios, inferencias, en unos cuadros estadísticos y un acta de acuerdo que ni siquiera fue firmada por algún representante del Ingenio. • Infringir las normas en que debe fundarse: Inexistencia de conductas por las cuales era improcedente sanción alguna contra el Ingenio No hay pruebas que acreditan la existencia del acuerdo en cuestión o que Ingenio Carmelita hay participado en él. Todo lo contrario, el Ingenio pagó más a los proveedores que el resto de los compradores de caña dado que estaba clasificada en la categoría B por el Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar, categoría en la cual se remunera en mayor cuantía a los productores. • Nulidad de la orden prevista en el artículo 7° de la Resolución 6839 En el artículo 7° del acto sancionatorio se ordenó a los Ingenios y sus representantes legales que debían cesar la comisión de la supuesta infracción, lo cual afectaba la ejecución de los contratos proveeduría los cuales estaban vigentes y no habían sido declarados nulos por ninguna autoridad. Por tanto, no podía la Superintendencia de Industria y Comercio ordenar la inejecución de contrato de derecho privado.

	• Nulidad de la orden prevista en el artículo 8 de la Resolución 6839 El numeral 8° de la parte resolutiva del acto demandado -ordenando a los Ingenios sancionados y sus representantes tomar las medidas necesarias para que la información confidencial que transmitieran a las asociaciones de las cuales hacían parte no fuera retransmitida a otros competidores- es nulo toda vez que la defensa de la sancionadas en el trámite administrativo no estuvo dirigida hacia dicho asunto pues dicho asunto no hizo parte del objeto de la investigación. **Ingenio del Cauca** • Falsa motivación La SIC incurrió en falsa motivación pues al valerse de consideraciones erradas sobre las características, estructura y funcionamiento del sistema de caña para la producción de azúcar y alcohol carburante, pasó por alto que el pago del 50% del rendimiento de la caña era la forma que históricamente se había venido empleando para los contratos de proveeduría, que en últimas eran de riesgo compartido. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el rendimiento promedio de la caña era de 116 kilos por tonelada, le correspondía a cada parte del contrato 58 kilos. Además, al momento de proferir la resolución sancionatoria la SIC empleó una definición extralegal de precio. En lo concerniente a la caña destinada a la producción de alcohol carburante, manifestó que el hecho que los ingenios

	hayan ofrecido las mismas formulas de pago obedeció a que los factores de calidad y rendimiento de las plantas alcohólicas eran muy semejantes para todos los Ingenios debido a que la tecnología que usan es la misma, además de que el Ministerio de Agricultura propició reuniones entre los cañicultores y los ingenios para llegar a un acuerdo sobre el precio de la caña. También incurrió en falsa motivación por no exponer las razones que le llevaron a imponer la sanción más alta cuando la sociedad únicamente fue sancionada por dos de los tres cargos inicialmente imputados. **Ingenio Pichichi** • Desconocimiento del debido proceso en las actuaciones administrativas Reiteró lo dicho por los otros Ingenios en torno a la noción de precio empleada por la SIC en la resolución sancionatoria • Infracción a las normas en que debería fundarse Sostuvo que la SIC no demostró la participación de Ingenio Pichichi en el presunto acuerdo anticompetitivo. Al respecto, sostuvo que incluso pagaba más a sus proveedores que el resto de los Ingenios y no la cota máxima de 58 kilos. • Nulidad de la orden prevista en el numeral 7° de la resolución sancionatoria

	La SIC carecía de facultades para ordenar la inejecución de unos contratos regidos por el derecho privado, máxime cuando tales acuerdos estaban vigentes y no habían sido declarados nulos. • Nulidad de la orden prevista en el numeral 8° de la resolución sancionatoria Reiteró lo dicho por los otros Ingenios respecto a la orden de la SIC de implementar las medidas para que la información confidencial no fuera retransmitida a sus competidores. **Ingenio Risaralda y Cesar Augusto Arango** • Falsa motivación La SIC incurrió en falsa motivación por valerse de consideraciones erradas respecto al funcionamiento del negocio de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante, pues no consideró la distancia que separa al Ingenio Risaralda de otros ingenios y que hace imposible que compita con la caña de azúcar de estos dado que los cultivos por razones técnicas y económicas deben estar ubicados a más de 60 km. Además, pasó por alto que el Ingenio Risaralda fue el único que ofreció la formula azúcar crudo menos costos variables de exportación y desconoció que en ningún momento tal empresa se reunió o cambió información con los demás ingenios. De igual forma, la resolución sancionatoria no consigna las razones por las cuales se impuso la máxima sanción teniendo en cuenta que le

	Ingenio que solo fue multado por una de las tres conductas inicialmente investigadas. De igual forma, sostuvo que la conducta prohibida en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 es la limitación de la libre competencia con el propósito de fijar o mantener precios inequitativos siendo que la regulación califica el resultado esperado a precios inequitativos de tal manera que no cualquier conducta es reprochable, sino solo aquellas en las que se obtuviera los valores que alteren las condiciones de equidad sinalagmática de los contratos, aspecto que olvidó acreditar la entidad. Por ende, su investigación estuvo dirigida al estudio de un comportamiento no sancionable en tanto los montos de los contratos no beneficiaban desmedidamente a los Ingenios o afectaban de forma negativa los intereses de los cañicultores. • Sanción por responsabilidad objetiva La multa impuesta a los representantes legales de las sociedades obedeció al simple hecho de ocupar ese cargo, o lo que es igual, les aplicó un régimen de responsabilidad objetiva. Sin perjuicio de lo anterior, sostuvo que igualmente respecto del señor Mauricio Iragorri también operó la caducidad de la facultad sancionatoria.
3.4.Pruebas técnicas:	No se indica si se aportaron pruebas técnicas, y en caso tal, cuales fueron.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**	X	**Confirma:**		**Revoca:**	
Observaciones:							

• Al haber prosperado el cargo de nulidad por violación al debido proceso, el Tribunal se abstuvo de analizar los demás cargos de nulidad formulados. • Por lo anterior, negó las demás pretensiones de la demanda.					
4.2. Motivo:	**Formal:** X		**Fondo:**		
4.3. Consideraciones formales:	Luego de analizar el pliego de cargos y las resoluciones demandadas, el Tribunal acogió los cargos de nulidad relacionados con los cuestionamientos hechos respecto a la incongruencia entre la imputación hecha en el pliego de cargos y resolución sancionatoria. Al respecto, sostuvo que según el auto de apertura del proceso administrativo, el objeto de la investigación era determinar la presunta existencia de un acuerdo sobre los precios de la compra de la caña de azúcar. Sin embargo, al encuadrar la imputación fáctica en las normas que la prohibían, la SIC se valió indistintamente tanto del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, como el artículo 47 numeral 1° del Decreto 2153 de 1992, disposiciones prohíben dos conductas totalmente distintas[392]. Al efecto, mientras la Ley 155 de 1959 se refiere a la celebración de acuerdos para obtener precios inequitativos, el Decreto 2153 de 1992 en artículo 47 numeral 1°, se refiere a la existencia de acuerdos para fijar directa o indirectamente los precios de un producto. Esta distinción no es superflua pues en el auto de apertura se imputó la presunta trasgresión de dos disposiciones, mientras que en la parte considerativa de la resolución sancionatoria se desarrolló todo lo relacionado con la conducta prevista en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.				

[392] Página 69-71.

	Sin embargo, nada se dijo sobre si había concurrido o no los elementos para encontrar probada la infracción prevista en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 que también fue imputada en la apertura. Pese a ello, en la parte resolutiva de la resolución demandada la entidad declaró la responsabilidad de las investigadas frente a ambas disposiciones, siendo que respecto al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en ningún momento se verificó los supuestos de hecho o jurídicos a efectos de poder sancionar por la misma. En síntesis, en la apertura de la investigación la entidad indicó una doble violación normativa, mientras que en la resolución sancionatoria solo se verificó una, esto es la fijación de precios de que trata el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, al declarar la responsabilidad de las investigadas la SIC señaló como trasgredidos las dos infracciones inicialmente endilgadas, sin exponer las razones para ello. Agregó que los demandantes no tuvieron oportunidad de conocer con claridad desde un inicio frente a cuál disposición recaía su incumplimiento o bien si los precios del presunto acuerdo debían ser ventajosos para ellos o inequitativos para los cañicultores o los consumidores finales. Por ende, también se les impidió ejercer su derecho de contradicción en debida forma de conformidad con lo ya expuesto, de modo que la manera en que fueron desarrolladas las infracciones en la decisión sancionatoria hacía imposible que al final se le endilgara responsabilidad por

	ambas conductas sin antes corregir esa falencia ya sea mediante la reformulación de los cargos o al momento de decidir la reposición. De igual forma, el Tribunal sostuvo que llama la atención que en la parte resolutiva del auto de apertura se inició el trámite para determinar de manera genérica si habían incurrido las conductas descritas en los mencionados artículos, pero la autoridad no la defirió a ningún hecho en concreto. Es decir, según el Tribunal resulta confusa la forma en que se adelantó la actuación, más si se tiene en cuenta que no se elevaron verdaderos cargos de imputación frente a los que defenderse, sino que la SIC simplemente expuso unos hechos y luego enunció unas normas, pero en ningún momento dejó sentada con certeza la relación entre unos y otros. Igualmente, señaló el Tribunal que al leer las resoluciones cuestionadas se advertía que la SIC aducía en estas que la conducta endilgada desde un principio correspondía a la descrita en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, pero solo hasta el momento de sancionar es que se valió de esa normativa para calificar la actuación de los ingenios investigados. Con anterioridad había sido ambigua respecto a las disposiciones que entendía trasgredidas, confusión que se ve reflejada en la parte resolutiva del acto sancionatorio y que es precisamente la causa que configura la violación al debido proceso. En lo que respecta a la responsabilidad endilgada a los representantes legales, el Tribunal sostuvo que la resolución sancionatoria se fundamentó en una

	disposición legal distinta a la citada inicialmente por la SIC, esto es, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y no el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 visible en el auto de apertura, lo cual conlleva a que los actos demandados vulneren el artículo 29 de la Constitución Política[393]. Habiendo prosperado dichos cargos, se abstuvo de proveer sobre los demás.
4.4. Pruebas:	• Res. 6981 del 09 de marzo de 2007 • Res. 6839 del 9 de febrero de 2010 • Res. 42411 del 13 de agosto de 2010
4.5. Consideraciones de fondo:	No realizó consideraciones de fondo.
4.6. Pruebas:	Actos demandados
4.7. Análisis deferencia:	El Tribunal revocó los actos administrativos demandados por encontrar probada la incongruencia entre el pliego de cargos y la sanción resolutoria, lo que, a su vez, derivó en una violación al derecho al debido proceso de los demandantes, quienes vieron afectado su derecho de contradicción y defensa en virtud del defecto mencionado: "En síntesis, como señaló la Sala en precedencia, en la apertura la entidad indicó una doble violación normativa, en el desarrollo de la decisión sancionatoria solo se verificó una cual es la fijación de cualquier precio prevista en el numeral 1 del artículo 47 de Decreto 2153 de 1992, sin embargo, al declarar la responsabilidad el organismo señaló como transgredidas las dos infracciones inicialmente

[393] Página 72.

	endilgadas, sin siquiera exponer las razones para ello"[394] […] "Señalada tal diferencia, la Sala advierte que las empresas demandantes no tuvieron la oportunidad de conocer con claridad desde el inicio frente a cuál disposición recaía su incumplimiento o bien si los precios del presunto acuerdo debían ser ventajosos para ellos o inequitativos para los cañicultores o los consumidores finales, por ende, también se les impidió debatir, y así ejercer su derecho de contradicción en debida forma (…)"[395] […] "(…) llama la atención de la sala que en la parte resolutiva del auto de apertura se inició el trámite para determinar de manera genérica si habían incurrido en las conductas descritas en los mencionados artículos, peor la autoridad no la defirió a ningún hecho en concreto (…)"[396] […] "En lo tocante a los señores (…) encuentra la Sala que la responsabilidad que les fue endilgada se fundamentó en una disposición legal distinta a la citada inicialmente por la

[394] Página 70 de la sentencia

[395] Página 71 de la sentencia

[396] Ibidem.

	Superintendencia, esto es, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 visible en el auto de apertura, esto conlleva a que los actos atacados vulneren el artículo 29 de la Carta Magna, en concordancia con los principios de legalidad y tipicidad enunciados."[397] En consecuencia, luego de encontrar un defecto de naturaleza "formal", el Tribunal se abstiene de estudiar los demás cargos de la demanda: "por haber prosperado este cargo, esta Magistratura se abstiene de estudiar el resto"[398] En este caso, la revocatoria de los actos administrativos de la demanda desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es. En lo referente a la actividad probatoria, en este caso la demanda se resolvió solo con la comparación de lo señalado en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria. A la fecha, el proceso se encuentra en el trámite de segunda instancia al Despacho para fallo.

[397] Página 72 de la sentencia

[398] Página 78 de la sentencia

ANEXO 6 "Ficha 10. MELTEC"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 10. MELTEC</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1. Juez:</td><td colspan="5">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección 1, subsección A</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Felipe Alirio Solarte Maya</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2013-02040-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">9 VI 15</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td colspan="2"></td></tr>
<tr><td colspan="6">(nombre completo de los demandantes) Meltec Comunicaciones S.A. (en adelante "Meltec")</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 53991 del 14 de septiembre de 2012.
• Res. 8917 del 4 de marzo de 2013.</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Núm. 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992
• Artículo 1 de la ley 155 de 1959.</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Meltec:</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5">• Nulidad de la Res. 53991 del 14 de septiembre de 2012 por medio de la cual la SIC impuso sanciones a Meltec por contravenir el núm. 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la ley 155 de 1959.
• Nulidad de la Res. 8917 del 4 de marzo de 2013 por medio de la cual la SIC resuelve unos recursos de reposición y confirma la sanción a Meltec por contravenir el núm. 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la ley 155 de 1959.
• Como consecuencia se ordene a título de restablecimiento del derecho:
o la SIC he de declarar que Meltec no contravino lo dispuesto en el núm. 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, núm. 15 artículo 4 del Decreto 2153 de 1993 y el artículo 1 de la ley 155 de 1959.
o A la SIC he de publicar en un diario de amplia circulación nacional que Meltec no incumplió, infringió, violó normal alguna sobre la libre competencia en Colombia en su participación como miembro de la Unión Temporal Seguridad Carcelaria dentro del proceso de selección abreviada de menor cuantía No. 01 de 2008, adelantada por el Ministerio del Interior y de Justicia.</td></tr>
<tr><td>3.2. Cargos formales:</td><td colspan="5">Segundo. Caducidad de la acción sancionatoria.
Tercero. Expedición de los actos administrativos con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.</td></tr>
<tr><td>3.3.Cargos de fondo:</td><td colspan="5">Primero. Violación de normas superiores, así como de normas en que debía fundarse.</td></tr>
</table>

	Cuarto. Desviación de las atribuciones propias de quien profirió los actos administrativos. Quinto. Error de derecho y error de hecho, teniendo en cuenta la atipicidad de la conducta al no existir un tipo de colusión que contemple la conducta de "tolerar" atribuido a la actora.
3.4. Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1. Decisión							
Niega:		**Anula:**	**X**	**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	

4.3. Consideraciones formales:

- Posición SIC sobre caducidad de este tipo de conducta "En los casos de acuerdos restrictivos de la competencia por colusión en licitaciones, la caducidad de la conducta debe contabilizarse a partir de la liquidación del contrato adjudicado como consecuencia del acuerdo anticompetitivo"[399].

- Posición sobre la contabilización del término de caducidad para la época "En efecto, esta posición jurisprudencial fue el resultado de la unificación de criterios que efectuó la Sala Plena del H. Consejo de Estado, en sentencia de 29 de septiembre de 2000, expediente número 11001031500020030044201, C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, en el siguiente sentido: "En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta facultad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa."[400]

- "En el asunto bajo estudio la conducta reprochable se inició desde el mismo momento en que se realizaron las llamadas entre los diferentes representantes de las empresas con el fin de buscar la forma de descalificar las propuestas que presentaran las Uniones Temporales Cárceles 2008 y Protección Carcelaria, esto es, desde el 4 de octubre de 2008 y se concretó con la reunión adelantada el 6 de octubre de 2008 entre Gustavo Domínguez, Diana Isabel Nassif de Rima, Mauricio Parada y Aron Ravinovich en el Hotel Bogotá Plaza y prosiguió con la presentación de las propuestas, esto es, el 20 de octubre de 2008, teniendo como momento de concreción la expedición del acto de adjudicación, pues con el mismo se consumó la lesión de la libre competencia.

  Por lo anterior, no se puede pretender, tal como lo hace la demandada que los actos colusorios sean contabilizados a partir del acta de liquidación, en tanto, la

[399] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, del 9 de julio de 2015, Radicado No. 25000234100020130204O-00, nulidad y restablecimiento del derecho, Demandante: Meltec Comunicaciones S.A., Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, sentencia, C.P.: Felipe Alirio Solarte Maya. Página 16.

[400] Página 22.

	celebración y liquidación del contrato 076 de 2009, derivado del proceso de selección antes mencionado resulta ser una consecuencia de la colusión, un efecto o secuela del pacto ilícito, pero no integra el pacto ilícito mismo."[401] • "La colusión en materia de contratación estatal, en procura de obtener la adjudicación de un contrato se extiende hasta ese momento procesal, esto es, hasta la expedición del acto de adjudicación del contrato, y será a partir de ese momento desde cuando se cuenta el plazo previsto en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, como se hace en la presente providencia."[402] • En esta sentencia, la Sección Primera Subsección A rectifica y reitera una posición sobre el conteo del término de caducidad. No es la fecha del informe de visita o el momento a partir del cual la SIC tiene conocimiento de los hechos sino el momento de ocurrencia de las faltas objeto de la investigación "En el presente caso, la Sala de Decisión rectifica y reitera su posición, dándole alcance al contenido del artículo 38 del Decreto 01 de 1984, que en el presente caso se cuenta a partir de la producción de los hechos objeto de sanción."[403]
4.4. Pruebas:	• Informe elaborado por la Policía Judicial y remitido a la Fiscal Sexta Unidad Nacional Anticorrupción el 9 de diciembre de 2008. En este se encuentra la relación de llamadas que le sirvió a la SIC para abrir la investigación y corresponde a hechos de octubre de 2008. • Oficio No. 1371 del 10 de diciembre de 2008 del Procurador General de la Nación • Resolución 53991 de 2012
4.5. Consideraciones de fondo:	
4.6. Pruebas:	
4.7. Análisis deferencia.	El Tribunal revocó los actos administrativos demandados por encontrar probada la caducidad de la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio: "La Sala encuentra que el presente cargo prospera, en la medida en que el acto administrativo sancionatorio fue proferido por fuera del término que concede el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, operando así el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio."[404] En consecuencia, luego de encontrar un defecto de naturaleza "formal", el Tribunal se abstiene de estudiar los demás cargos de la demanda:

[401] Página 29.

[402] Página 30.

[403] Página 34.

[404] Página 36 de la sentencia

	"Por economía procesal, esta Sala se abstendrá de analizar los demás cargos en virtud del principio de economía procesal, en tanto, tal como se expresó con anterioridad el cargo de nulidad por caducidad de la acción se encuentra demostrado"[405] En este caso, la anulación de los actos administrativos demandados desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es. No obsante lo anterior, es pertinente señalar que el fallo en comento, para efectos de determinar el acaecimiento de la caducidad analizó el alcance de la conducta consistente a la colusión en licitaciones y determinó que la misma se agotaba al momento en que se adjudicaba el contrato respectivo y no hasta el mismo se liquidaba, tal como lo sostuvo la Superintendencia de Industria y Comercio: "Por lo anterior, no se puede pretender, tal como lo hace la demandada que los actos colusorios sean contabilizados a partir del acta de liquidación, en tanto, la celebración y liquidación del contrato 076 de 2009, derivado del proceso de selección antes mencionado resulta ser una consecuencia de la colusión, un efecto o secuela del pacto ilícito, pero no integra el pacto ilícito mismo."[406] […] "La colusión en materia de contratación estatal, en procura de obtener la adjudicación de un contrato se extiende hasta ese momento procesal, esto es, hasta la expedición del acto de adjudicación del contrato, y será a partir de ese momento desde cuando se cuenta el plazo previsto en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, como se hace en la presente providencia"[407] Si bien determinar el alcance de la conducta correspondiente a la colusión en licitaciones no requiere de especiales conocimientos técnicos como podría requerirlo adoptar una postura sobre la forma de determinar el mercado relevante en materia de acuerdos restrictivos de la competencia o la determinación de un acuerdo de precios en la modalidad de paralelismo consciente, la sentencia en comento adoptó una posición diametralmente diferente a la expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio.

[405] Ibidem.

[406] Página 30 de la sentencia.

[407] Ibidem.

	A la fecha, el proceso se encuentra en el trámite de segunda instancia al Despacho para fallo.

ANEXO 7 "Ficha 12. CEMEX"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 12. Cemex</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1. Juez:</td><td colspan="5">Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Quinta</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Alberto Yepes Barreiro</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2010-00291-01</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">14 VI 18</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td colspan="2"></td></tr>
<tr><td colspan="6">(nombre completo de los demandantes) Cemex Colombia S.A. (en adelante "Cemex")</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008
Res. 91 del 8 d
e enero de 2010</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Núm. 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992
• Artículo 1 de la ley 155 de 1959.</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Cemex: $923.000.000
• Cesar Constain Van Reck: $138.000.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>~~3.1.~~Pretensiones</td><td colspan="5">• Nulidad del artículo 1 de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 proferida por la SIC. Declaró culpable a Cemex Colombia de incurrir en acuerdos para la fijación de precios y la repartición de cuotas de mercado o suministro.

• Nulidad del artículo 2 de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 proferida por la SIC. Impuso sanción a Cemex Colombia S.A. por la suma de $923.000.000 .

• Nulidad del artículo 4 de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 proferida por la SIC. En este declaró que Cesar Constain Van Reck, representante legal de Cemex Colombia S.A., incurrió en la responsabilidad del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

• Nulidad del artículo 5 de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 proferida por la SIC. Impuso sanción a Cesar Constain Van Reck por la suma de $138.000.000.

• Nulidad del artículo 1 de la Res. 91 del 8 de enero de 2010 proferida por la SIC. Confirma en todas sus partes la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008.

• Declara la nulidad de los artículos indicados, ordenar el restablecimiento del derecho de Cemex Colombia y de César Constain Van Reck.</td></tr>
</table>

	Exonerarlos de cualquier responsabilidad por la supuesta infracción a las normas de competencia de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992
3.2. Cargos formales:	• Sentencia no examinó argumentos de la demanda. El Tribunal copio las resoluciones. Analizó cargos que no fueron propuestos. • Insistió en que la facultad sancionatoria de la SIC había caducado. • La sentencia no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 95 del CPC para el escenario de contestación de la demanda, inclusive ante el reconocimiento del a SIC de que no respondió los argumentos expuestos por Cemex. El Tribunal respalda los actos demandados sin aplicar la consecuencia jurídica.
3.3.Cargos de fondo:	• La decisión se basó en pruebas y hechos en los que Cemex ni su representa legal participó. Se refiere a presentación Panamá y la Estrategia Argos 2005, supuesto pacto de repartición del mercado y la fijación de precios. • El fallo desconoció los principio s de legalidad y tipicidad, dio por probado el acuerdo anticompetitivo de práctica consciente paralela sin demostrar la conciencia. • Tribunal desconoció principios de la prueba indiciaria. Su validez está sujeta a que no existan contraindicios, si existen el hecho no se tendrá por probado. El Demandante presentó contraindicios: diferencia en el comportamiento de los precios de las empresas investigadas en el periodo investigado, razones económicas que justifican la similitud de los precios y la pérdida de mercado de Cemex; ni la SIC ni el Tribunal los tuvo en cuenta. o Las cifras que tuvo en cuenta el Tribunal no cuadran para el año 2005. Cemex disminuyó su participación en comparación al 2004.
3.4.Pruebas técnicas:	
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:		**Anula:**		**Confirma:**	**X**	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	

4.3. Consideraciones formales:	(4.1.1) de la caducidad de la potestad sancionatoria de la SIC: "Al revisar los antecedentes administrativos del caso, la sala advirtió que Holcim y argos manifiesta que la última alza de precios del cemento se produjo el 26 de diciembre de 2005. Cemex, por su parte, indicó que el intercambió información no demuestra que el 31 diciembre 2005 estuviera vigente algún tipo de acuerdo de repartición del mercado. En los actos demandados, **la SIC estudió y sancionó las gestiones desplegadas por las cementeras entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2005. Y, por ende, la Sala considera que es el 31 de diciembre la fecha que debe tomarse como referencia de la comisión del último acto materia de sanción, habida cuenta que la demandante no logró acreditar otra**"[408]

[408] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P.: Alberto Yepes Barreiro, del 14 de junio de 2018, Radicado No. 25000232400020100029101, Demandante: Cemex Colombia S.A.;

4.4. Pruebas:	• Antecedentes administrativos • Resolución 51694 del 4 de diciembre de 2008. • Recurso de reposición de Holcim Colombia S.A. en contra de la resolución No. 51694.
4.5. Consideraciones de fondo:	(4.2.1.) De la expedición irregular por violación al debido proceso: "A continuación, en los actos administrativos se valoraron los estudios económicos aportados por los demandantes, en concreto, los informes econométricos elaborados por Fedesarrollo. No obstante, fueron desechados porque no se había justificado teóricamente la elección de las variables utilizadas para el estudio y además, porque no se probó la significancia conjunta de los modelos, que permitiera verificar si el modelo escogido era estadísticamente significativo A lo anterior se suma que la entidad vigilante observó limitaciones en la información utilizada para elaborar el muestreo, que impidieron tenerla como prueba cierta de la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia"[409]. (4.2.2.) De la violación a las normas que establecen la comisión de la práctica conscientemente paralela "En consonancia con lo anterior, la Sala considera que sí se configuró el elemento consciente, derivado de la concertación de las sociedades cementeras para mantener el equilibrio del mercado, pues se encontraron en el expediente indicios suficientes, distintos del simple paralelismo de precios, que llevaron a la SIC a imponer a Cemex y a su representante legal una sanción por adelantar prácticas restrictivas de competencia, lo que desvirtúa, por demás la violación de los principios de buena fe, de tipicidad y de legalidad de la demandante"[410]
4.6. Pruebas:	• Antecedentes administrativos: presentación Panamá, estrategia Argos 2005. • Resolución 318 de 1997 – indicios.
4.7. Análisis deferencia	Este fallo resuelve la apelación presentada por el demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a la que se hizo referencia en el numeral 1 del presente acápite, por lo que el demandante reiteró los argumentos esgrimidos en contra de los actos administrativos y en relación con la sentencia de primera instancia afirmó, según el Consejo de Estado que: "(…) la sentencia apelada no analizó ninguno de los argumentos propuestos con la demanda. Que, por el contrario, se limitó a copiar las

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, nulidad y restablecimiento del derecho, segunda instancia. Página 22.

[409] Ibid. Página 26.

[410] Ibid. Página 30.

	consideraciones de los actos acusados, analizando cargos que ni siquiera fueron propuestos"[411]. En virtud de lo expresado líneas atrás, el autor coincide con el apelante como quiera que la ausencia de control judicial fue evidente. Ahora bien, en relación con los cargos de fondo, el Consejo de estado decidió desecharlos replicando los defectos que se evidenciaron en el numeral 1 pluricitado. En efecto, en relación con la caducidad de la potestad sancionatoria, el Consejo de Estado afirmó: "Al revisar los antecedentes administrativos del caso, la Sala advirtió que Holcim y Argos manifiestan que la última alza de precios del cemento se produjo el 26 de diciembre de 2005. Cemex, por su parte, indicó que el intercambio de información no demuestra que el 31 de diciembre de 2005 estuviera vigente algún tipo de acuerdo de repartición del mercado. "En los actos demandados, **la SIC estudió y sancionó las gestiones desplegadas por las cementeras entre el 1º de junio y el 31 de diciembre de 2005**. Y**, por ende, la Sala considera que es el 31 de diciembre la fecha que debe tomarse como referencia de la comisión del último acto materia de sanción**, habida cuenta que la demandante no logró acreditar otra."[412] Es claro que el Consejo de Estado no explicó por qué adoptó la fecha que adoptó la Superintendencia sobre la fecha que argumento el apelante en la demanda. No existe en el fallo análisis o argumento alguno que soporte esa decisión, por lo que para los efectos de esta investigación no cabe duda de la existencia de deferencia judicial a favor de la administración. ¿por qué el juez no adoptó la fecha sugerida por el demandante? ¿qué objeto tiene el control judicial si el argumento para adoptar una decisión es que a la misma conclusión arribó el acto de la administración que se controla? Para desechar el cargo de indebida valoración, la sentencia en comentó afirma lo siguiente: "la Sala advierte que **los actos demandados, al estudiar el caso concreto, sí valoraron los antecedentes administrativos**, en particular, los indicios sobre la existencia de acuerdos de repartición de mercados y de asignación de cuotas de producción, que incidían en el comportamiento de los precios, la afectación de la oferta y de las ventas

[411] Página 13 de la sentencia.

[412] Páginas 21 y 22 de la sentencia

	del cemento gris a nivel nacional, analizando, entre otros, los elementos materiales probatorios que a continuación se relacionan (…). "Sobre el particular, **la SIC efectuó una descripción** del comportamiento del cemento gris portland tipo 1, en relación con las empresas Argos Cemex, Holcim y Andino y advirtió la escasez del producto, la afectación de la oferta del cemento y las inclinaciones de los precios y de las ventas, lo que consideró un indicio encaminado a manipular la situación del mercado. "A continuación, **en los actos demandados se valoraron los estudios económicos aportados por los demandantes**, en concreto, los informes econométricos elaborados por Fedesarrollo. No obstante, fueron desechados porque no se había justificado teóricamente la elección de las variables utilizadas para el estudio y, además, porque no se probó la significancia conjunta de los modelos, que permitiera verificar si el modelo escogido era estadísticamente significativo."[413] De nuevo es evidente que el cargo sobre la indebida valoración probatoria del que el demandante acusa a los actos administrativos demandados no puede solucionarse remitiendo al usuario de la justicia a lo que afirmó la autoridad de competencia en las resoluciones sancionatorias, tal como lo hace el fallo en comento. Para verificar si hubo una indebida valoración, era deber del juez acometer la tarea de analizar por sí mismo las pruebas de la actuación administrativa para determinar si los argumentos de la demanda tenían asidero. No obstante, ello no ocurrió y al remitirse a lo señalado por la superintendencia, el control judicial se auto restringió en favor de la administración. Al igual que en primera instancia, el Consejo de Estado tampoco hizo referencia a ninguna prueba técnica ni mucho menos hizo uso de su potestad de decretar pruebas de oficio. Adicionalmente, llama la atención que el juez que terminó desatando este asunto fue la Sección Quinta del Consejo de Estado, sección que se dedica a temas electorales y cuyo conocimiento en materia de prácticas restrictivas de la competencia es discutible.

[413] Páginas 24 a 26 de la sentencia.

ANEXO 8 "Ficha 13. HOLCIM"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 13. Holcim</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1. Juez:</td><td colspan="5">Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Quinta</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Alberto Yepes Barreiro</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2010-00305-02</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">21 VI 18</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">(nombre completo de los demandantes) Holcim Colombia S.A. (en adelante "Holcim") y otro</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008
• Res. 91 del 8 de enero de 2010</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Núm. 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992
• Artículo 1 de la ley 155 de 1959.</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• No se menciona el monto de la sanción en la sentencia.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5"><u>Principales:</u>

• Nulidad de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 y 0091 del 8 de enero de 2013 proferida por la SIC.
• Como consecuencia de la anterior, que se declare que Holcim y Bernard Gerard Terver no incurrieron en la violación de normas sobre la libre competencia y se ordene la restitución de los montos pagados al momento de la sentencia por concepto de sanciones.
• Así mismo "y en el evento de que, con fundamento en los actos administrativos demandados, HOLCIM sea demandada y condenada a pagar sumas de dinero en otros procesos judiciales tales como acciones populares, acciones de grupo o procesos ordinarios, se le ordene a la entidad demandada, que a título de restablecimiento del derecho, proceda a pagar las sumas que mis poderdantes hayan cancelado o deban cancelar".
• Pago de intereses sobre las sanciones pagadas y las condenas en los procesos mencionados.
• Pagar el valor del deterioro de la imagen de Holcim con motivo de los actos administrativos. El valor del deterioro se debería determinar a través de un dictamen pericial.
• Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 1776 a 178 del CCA.

<u>Subsidiarias:</u></td></tr>
</table>

	• Declarar la nulidad parcial de las Res. 51694 de 2008 y 0091 de 2010 en relación con la cuantía de las multas impuestas a Holcim. • En consecuencia, se declare que la sanción debe ser la mínima de acuerdo con la ley o aquella suma que considere el Tribunal de acuerdos con los principios que regulan la dosimetría de las sanciones administrativas. • Consecuencia de las anteriores, se ordene la restitución de la diferencia entre las multas. • Ordene el pago de intereses de la multa pagada hasta el momento de la restitución.
3.2. Cargos formales:	• Los actos administrativos fueron expedidos sin competencia temporal y con infracción de las normas en que han debido fundarse. ⊖ Último acto que debe ser considerado es del 26 de diciembre de 20015. ⊖ La Res. 51694 de 2008 fue notificada a Holcim el 30 de diciembre de 2008. • Violación del debido proceso y del derecho de audiencia y de defensa e infracción de las normas en que han debido fundarse los actos administrativos. o A los apoderados no se les permitió tener la copia total del expediente hasta después del informe motivado. o La SIC descalificó los estudios de Fedesarrollo e impidió obtener los datos en su poder y desestimó los argumentos técnicos. o No explicó cuál era el hecho por el cual se infringió el artículo 1 de la ley 155 de 1959. Ni lo acuerdos para repartirse el mercado. Tampoco señaló las conductas en que incurrieron los representantes legales de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.
3.3.Cargos de fondo:	• Los actos demandados se expidieron con violación de los artículos 12 y 209 de la CP, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el debido proceso. o El Superintendente consideró que la conducta de Holcim configuró la conducta de paralelismo consciente. Andino tuvo la misma conducta. Pero, el Superintendente no consideró que Andino fuese paralelismo consciente. • Los actos demandados fueron expedidos con infracción del artículo 29 de la CP, por violación del principio *non bis in idem*. o La Demandante había otorgado garantías de cumplimiento de las normas que regulan la competencia. La SIC había manifestado que las garantías brindaban un grado razonable de confianza. • Respecto al supuesto acuerdo de precios, los actos administrativos fueron expedidos con falsa motivación e infracción de las normas en que debieron fundarse. o Los hechos investigados no corresponden al concepto de paralelismo consciente. o La SIC probó que había paralelos en los precios de las compañías investigadas y la supuesta existencia de elementos circunstanciales; y, que los montos de promedios a mayoristas y de lista de Holcim fueron distintos a los de Cemex y Argos.

	○ La SIC no realizó un análisis econométrico para concluir que los precios fuesen paralelos ni se fundamentó en pruebas técnicas. • Respecto al supuesto acuerdo de repartición de mercados, los actos administrativos fueron expedidos con falsa motivación e infringiendo las normas en que han debido fundarse. ○ La SIC no probó que el mercado relevante fuese de carácter nacional. ○ La SIC no verificó que las cantidades despachadas a zonas alejadas no eran significativas. ○ El mercado de cemento de las investigadas es regional. ○ No se puede fijar un precio nacional cuando el mercado relevante es regional. • Desviación de poder. ○ La Superintendencia busco la manera de sanciona a Holcim a como diera lugar. ⊖ Violación del principio de proporcionalidad e infracción del artículo 36 de C.C.A. La SIC no analizó un análisis sobre las razones para *obtener* una sanción, no tuvo en cuenta la dosimetría de las sanciones ni los argumentos expuestos por la Demandante.
3.4. Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1. Decisión							
Niega:		**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	**X**
(observaciones)							
4.2. Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	**X**
4.3. Consideraciones formales:	La sentencia de primera instancia declaró la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC. La SIC apeló la sentencia. 4.1 de la Caducidad de la potestad sancionatoria de la SIC ¿Cómo determinar el Consejo de Estado el marco temporal de los actos ocurrido y los hechos investigados? Según lo expuesto por la SIC en los actos demandados: • "Ahora bien, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el acuerdo de precios atribuido a las sociedades Cemex, Holcim y argos se produjo y se conservó por las distribuidoras hasta el mes de diciembre de 2005, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos y las tablas visibles en los antecedentes administrativos, lo que le permite concluir a la Sala que la conducta cometida por la demandante, catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, se prolongó en el tiempo y su comisión fue permanente y continuada entre los meses de junio y diciembre de 2005"[414]						

[414] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P.: Alberto Yepes Barreiro, del 21 de junio de 2018, Radicado No. 25000232400020100030502, Demandante: Holcim Colombia y otro, Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, nulidad y restablecimiento del derecho, segunda instancia. Página 21.

	• "Al revisar los antecedentes administrativos del caso, la Sala advirtió que Holcim y Argos manifestaron que la última alza de precios del cemento se produjo el 26 de diciembre de 2005. Holcim, por su parte, indicó que el hecho final del movimiento de precios de cemento realizado por Argos se dio el de 26 de diciembre de 2005. (…) En los actos demandados, la SIC estudió y sancionó las gestiones desplegadas por las cementeras entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2005. Y, por ende, la Sala considera que es el 31 de diciembre a la fecha que debe tomarse como referencia de la comisión del último acto materia de sanción"[415]
4.4. Pruebas:	• Antecedentes administrativos • Resolución 51694 del 4 de diciembre de 2008. • Recurso de reposición de Holcim Colombia S.A. en contra de la resolución No. 51694.
4.5. Consideraciones de fondo:	El Tribunal Administrativo no se refirió a los cargos de fondo porque declaró la caducidad. El Consejo de Estado señala que en virtud del principio de celeridad procederá a pronunciarse sobre el fondo de la controversia sin tener una decisión de primera instancia: "(…) teniendo en cuenta que la Sala ya conoce la postura del Tribunal en relación con el asunto de la referencia, considera innecesario devolver el expediente al a quo para el estudio de los demás cargos"[416]. **4.3.1 De la expedición irregular por violación al debido proceso:** • "A continuación, en los actos administrativos se valoraron los estudios económicos aportados por los demandantes, en concreto, los informes econométricos elaborados por Fedesarrollo. No obstante, fueron desechados porque no se había justificado teóricamente la elección de las variables utilizadas para el estudio y además, porque no se probó la significancia conjunta de los modelos, que permitiera verificar si el modelo escogido era estadísticamente significativo • A lo anterior se suma que la entidad vigilante observó limitaciones en la información utilizada para elaborar el muestreo, que impidieron tenerla como prueba cierta de la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia"[417] • "En cuanto a la supuesta falta de valoración de los elementos materiales probatorios, la Sala advierte que los actos demandados analizaron de forma objetiva cada uno de los argumentos planteados por los investigados, a los que se les dio una respuesta"[418] **Esto es una**

[415] Ibid. Página 22.

[416] Ibid. Página 23.

[417] Ibid. Página 31.

[418] Ibid. Página 31.

	afirmación genérica sin ningún tipo de examen sobre los argumentos de la Demandante. **4.3.2 De la violación a las normas que establecen la comisión de la práctica conscientemente paralela** • "En consonancia con lo anterior, la Sala considera que sí se configuró el elemento consciente, derivado de la concertación de las sociedades cementeras para mantener el equilibrio del mercado, pues se encontraron en el expediente indicios suficientes, distintos del simple paralelismo de precios, que llevaron a la SIC a impone a Holcim y a su representante legal una sanción por adelantar prácticas restrictivas de competencia, lo que desvirtúa, por demás, la violación de los principios de la buena fe y de confianza legítima de la demandan"[419] **4.3.3. De la violación del principio del *non bis in ídem*** • "Contrato lo dicho por la parte demandante, revisados los actos administrativos materia de debate, la Sala advirtió que la actuación materia de revisión en esta instancia alude a un paralelismo de precios, reflejado tanto en la relativa estabilidad de las variables económicas, como en el posterior incremento generalizado y súbito de los precios del cemento a partir del mes de diciembre de 2005 (…) Por lo anterior, la Sala considera que no se vulneró el principio de non bis in ídem, había cuenta de que la actuación garantizada no investigó la realización de presuntos acuerdos de reparto de mercado y de asignación de cuotas de producción o suministro y paralelismo de precios del cemento, como si ocurrió en este caso"[420]. **4.3.4. Proporcionalidad de la sanción** "Revisado el expediente, la Sala advierte que la conducta reprochada a la demandante permaneció en el tiempo, esto es, se prolongó los meses de junio a diciembre de 2005 e, incluso, incidió en la última fijación de precios de ese año, que rigió al inicio de 2006"[421] **No creo que exista una definición legal sobre la "permanencia en el tiempo" pero definitivamente, una manifestación como se prolongó en el tiempo porque ocurrió meses no es un fundamento jurídico, es una afirmación. Falta el soporte jurídico, jurisprudencial, derecho comparado, etc.**
4.6. Pruebas:	• Antecedentes administrativos: presentación Panamá, estrategia Argos 2005. • Resolución 318 de 1997 – indicios.
4.7. Análisis deferencia:	El fallo revoca la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de diciembre de 2012 en virtud de la cual se habían anulado

[419] Ibid. Página 35.

[420] Ibid. Página 36.

[421] Ibid. Páginas 37-38.

	los actos administrativos demandados en virtud de la caducidad de la potestad sancionatoria. En este caso el demandante impugnó los mismos actos administrativos que fueron objeto de las sentencias analizadas en las fichas jurisprudenciales "2. Cemex", "4. Argos", "12. Cemex" y "14. Argos" y, además, al resolver el caso el Consejo de Estado transcribe literalmente los fundamentos de la sentencia reseñada en la ficha jurisprudencial "12. Cemex" mencionada para arribar a sus conclusiones: "En los actos demandados, **la SIC estudió y sancionó** las gestiones desplegadas por las cementeras entre el 1º de junio y el 31 de diciembre de 2005. **Y, por ende, la Sala considera** que es el 31 de diciembre la fecha que debe tomarse como referencia de la comisión del último acto materia de sanción."[422] […] "Al respecto, al Sala advierte que **los actos demandados, al estudiar el caso concreto, sí valoraron los antecedentes administrativos**, en particular, los indicios sobre la existencia de acuerdos de repartición de mercados y de asignación de cuotas de producción, que incidían en el comportamiento de los precios, la afectación de la oferta y de las ventas del cemento gris a nivel nacional, analizando, entre otros, los elementos materiales probatorios que a continuación se relacionan (…) […] "Sobre el particular, **la SIC efectuó una descripción** del comportamiento del cemento gris portland tipo 1, en relación con las empresas Argos Cemex, Holcim y Andino y advirtió la escasez del producto, la afectación de la oferta del cemento y las inclinaciones de los precios y de las ventas, lo que consideró un indicio encaminado a manipular la situación del mercado. "A continuación, **en los actos demandados se valoraron los estudios económicos aportados por los demandantes**, en concreto, los informes econométricos elaborados por Fedesarrollo. No obstante, fueron desechados porque no se había justificado teóricamente la elección de las variables utilizadas para el estudio y, además, porque no se probó la significancia conjunta de los modelos, que permitiera verificar si el modelo escogido era estadísticamente significativo."[423]

[422] Página 22 de la sentencia.

[423] Páginas 29 a 31 de la sentencia.

	En virtud de lo anterior, las consideraciones sobre deferencia esgrimidas en la ficha jurisprudencial “12. Cemex”, son plenamente aplicables a la analizada en el presente numeral:

ANEXO 9 "Ficha 14. ARGOS"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 14. Argos</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1. Juez:</td><td colspan="5">Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Quinta</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Rocío Araujo Oñate</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2010-00334-01</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">9 VIIII 18</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">(nombre completo de los demandantes) Cementos Argos S.A. (en adelante "Argos") y José Alberto Vélez Cadavid</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008
• Res. 91 del 8 de enero de 2010</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Argos: $923.000.000
• José Alberto Vélez Cadavid: $138.000.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5">• Nulidad de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008 proferida por la SIC. Modificada por edicto que se desfijó el 30 de diciembre de 2008 por medio de la cual se impusieron unas sanciones.

• Nulidad de la Res. 0091 del 8 de enero de 2010 proferida por la SIC. Por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Res. 51694 del 4 de diciembre de 2008.

• En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho se pronuncie:

o Decrete que Cementos Argos y José Alberto Vélez Cadavid no incurriendo en las conductas sancionadas.
o Ordene a la SIC a abstener de cobrar las sanciones pecuniarias ordenadas en los actos administrativos.
o En el evento en que se vean obligados a pagar las sanciones, se ordene a la ISC a restituir a la demandante las sumas canceladas, debidamente indexadas hasta la fecha de pago.
o Condene a la SIC a pagar las costas generados en el proceso.</td></tr>
<tr><td>3.2. Cargos formales:</td><td colspan="5">• Los actos administrativos demandados infringen las normas en que deberían fundarse: contradicción entre los actos administrativos demandados y los artículos 29, 83 y 209 de la Constitución Política.</td></tr>
</table>

	○ La SIC valoró pruebas sobre las cuales no permitió el ejercicio del derecho de defensa de los investigados. ○ La SIC no definió los elementos fácticos, probatorios y jurídico del cargo de repartición de mercados en contra de Argos y su representante legal, generando así la afectación al derecho de defensa de estos. ○ El fundamento fáctico de la SIC es el mismo utilizado para otra investigación que concluyó con el ofrecimiento de garantías por parte de los Demandantes y otros. ○ Vulneración buena fe y confianza legítima por parte de la SIC. Aceptó las garantías ofrecidas y a los pocos días inicia investigación por los mismos hechos. ○ La SIC actuó en contra de sus propios actos. Para una investigación ya había definido el mercado cementero como regional y en esta lo modifica a nacional sin señalar fundamento. ○ La SIC Afectó imparcialidad. El Superintendente "hizo suyos" los argumentos del informe motivado sin valorarlos objetivamente. ○ La SIC valoró de forma incompleta el acervo probatorio de la investigación administrativa. ○ La SIC valoró de manera fragmentada-incompleta algunas pruebas. • -(3.2.2.) Los actos administrativos demandados fueron expedidos sin competencia por parte de la SIC: el término del artículo 38 del CCA se venció. ○ Último hecho investigado: 26-12-2005. ○ Término de 3 años vencía el 26 de diciembre de 2008. ○ La SIC notificó la Resolución 51694 el 30 de diciembre de 2008. Esto es, 4 días después de vencido el término de 3 años.
3.3.Cargos de fondo:	• Los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación: ○ La SIC definió el mercado relevante como nacional en los actos administrativos sancionatorio, no corresponde con la realidad, la SIC previamente lo había determinado como regional. ○ La SIC analizó un valor que no correspondía al valor de venta de Argos. Ignoró la injerencia de los distribuidores en el proceso de formación del precio. ○ Los indicios analizados por la SIC para determina la configuración del elemento de consciencia del paralelismo fueron descontextualizados. • La nulidad de los actos demandados en cuanto a la sanción impuesta al Doctor José Alberto Vélez Cadavid: Argos no incurrió en prácticas restrictivas, entonces no hay responsabilidad de su representante legal. ○ El primer momento que la SIC determinó el verbo rector por el cual investigaba a la persona natural fue ante la notificación de la resolución de fondo.
3.4.Pruebas técnicas:	

<table>
<tr><th colspan="8">4. FALLO</th></tr>
<tr><td colspan="2">4.1. Decisión</td><td colspan="6"></td></tr>
<tr><td>Niega:</td><td></td><td>Anula:</td><td></td><td>Confirma:</td><td></td><td>Revoca:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="8">(observaciones)</td></tr>
<tr><td colspan="3">4.2. Motivo:</td><td colspan="2">Formal:</td><td>X</td><td>Fondo:</td><td>X</td></tr>
<tr><td>4.3. Consideraciones formales:</td><td colspan="7">La sección va a declarar que no se configuró la caducidad y que puede pronunciarse sobre los temas de fondo en sede de apelación sin haber sido resueltos por el juez de instancia:

“Sin embargo, teniendo en cuenta que el Tribunal de primera instancia se relevó del estudio de los demás cargos de nulidad planteados en la demanda, accediendo a las pretensiones de la demanda en los términos ya anotados, al considerar simplemente que los actos administrativos demandados se encontraban viciados de falta de competencia por haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria, en caso que los argumentos de la apelación presentada por la SIC prosperen, se advierte desde ahora que corresponderá a la Sala evaluar la posibilidad de conocer y decidir lo pertinente, en relación con los demás cargos de la demanda, en consonancia con decisiones que sobre la materia ha proferido esta Sección , ello en virtud del principio de economía procesal.”[424].

Análisis sobre la caducidad de la facultad sancionatoria:

“En este sentido, para la Sala resulta lógica la terminología y análisis de la SIC, pues si bien el alza de precios suponía un acto particular de las conductas anticompetitivas investigadas, no puede desconocerse que de la Resolución sanción, incluido la página aludida por la parte actora, se extrae que dicho aumento concertado se mantuvo, cuando menos, hasta la finalización del periodo investigado, que no podía entenderse anterior al 31 de diciembre de 2005.

En consecuencia, no es posible admitir la acusación del actor, al pretender que, por ejemplo, el reproche a una concertación de precios se vea limitada solo al momento en que los investigados determinan el alza de precios, desconociendo el periodo posterior en que estos decidan mantener de manera concertada dicha alza en el mercado o, en otras palabras, resulta inadmisible que una conducta anticompetitiva que se prueba que se ha mantenido durante un periodo específico, desconozca su carácter de conducta continuada, si los investigados en ningún momento demostraron la terminación del acuerdo anticompetitivo en un momento anterior al que fuera analizado y definido por la autoridad de competencia.”[425]</td></tr>
<tr><td>4.4. Pruebas:</td><td colspan="7">• Antecedentes administrativos
• Resolución 51694 del 4 de diciembre de 2008.</td></tr>
<tr><td>4.5. Consideraciones de fondo:</td><td colspan="7">Frente al cargo de infracción de las normas en que debía fundarse

“Así las cosas, si bien pudieron recaudarse pruebas que dieran cuenta de hechos que tuvieron lugar con anterioridad o posterioridad al periodo de junio a diciembre de 2005, tal circunstancia no enerva la conclusión de la SIC, en tanto resultaba válido que tales elementos fueran evaluados en conjunto con los demás elementos probatorios recaudados en la investigación, a</td></tr>
</table>

[424] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta – Descongestión, C.P.: Rocío Araujo Oñate, 9 de agosto de 2018, Radicado No. 25000232400020100033401, Demandante: Cementos Argos S.A. y José Alberto Vélez Cadavid, Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, nulidad y restablecimiento del derecho, apelación.

[425] Ibid. Página 35.

	efectos de determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, eso sí, por conductas presentes en el periodo que fuera materia de investigación."[426] "Nótese entonces que, a pesar de la exposición limitada de la demanda respecto de los hechos que conciernen a la investigación radicada bajo el No. 04-115964, lo cierto es que dicha investigación además de un aspecto temporal diferente, refería a posibles acuerdos de precios pero relacionados con la tendencia a la baja de precios del cemento, determinar las condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros y, además, impedir el acceso al mercado, aspectos distintos a los tratados en la actuación administrativa radicada con el número 05-130476 que ahora se censura."[427] "En mérito de lo anterior, no es cierto que la SIC haya efectuado una variación intempestiva del concepto del mercado relevante que correspondía a la actuación administrativa censurada, ni que se encuentre obligada de manera automática a definir el mercado relevante en relación con las investigaciones que adelante, en los mismos términos definidos en una actuación relativa a una operación de integración, pues como ya se dijo es conforme con las pruebas recaudadas y las particularidades propias de las conductas investigadas es que debe determinarse válidamente y en curso del trámite sancionatorio el ámbito geográfico del mercado relevante, aspecto que no se desvirtúan por el demandante en este caso, por la simple existencia de la Resolución No. 13544 del 26 de mayo de 2006."[428] "En consecuencia, la coincidencia de las argumentaciones y conclusiones del informe motivado con las conclusiones y consideraciones de la Resolución sanción, no pueden tenerse como una transgresión del principio de imparcialidad y la debida separación entre el ente investigador y el juzgador, pues bajo la hipótesis del demandante, dicho principio solo podría salvaguardarse desestimando o apartándose en todos los casos de las recomendaciones del informe en comento, aun cuando estas resulten atinadas y desvirtúen las defensas planteadas por el sujeto investigado."[429] "2.4.3.1.8. Finalmente, encuentra la Sala que el demandante acusó infundadamente la supuesta valoración fragmentada del acervo probatorio recaudado en la investigación, pues no se encuentra probada la supuesta valoración indebida de las pruebas enunciadas por el demandante como contundentes, (…)"[430] **Falsa motivación de los actos demandados:** "En relación con la acusación descrita en el numeral 1.1.3.3.1.1., la definición del mercado relevante al interior de la actuación sancionatoria, no se limita ni puede restringirse forzosamente al mercado relevante definido al interior del trámite de integración informada en el que se aprobó la compra de activos cementeros de ANDINO por parte de ARGOS, según fue expuesto en líneas anteriores."[431]

[426] Ibid. Página 55.

[427] Ibid. Página 60.

[428] Ibid. Página 64.

[429] Ibid. Página 66.

[430] Ibid. Página 67.

[431] Ibid. Página 72.

	"- Conforme con lo anterior, es evidente que las consideraciones relacionadas con las oscilaciones y cambios en el mercado entre los años 2004 y 2005, si fueron analizados por la SIC y, contrario a lo expuesto por el demandante, fue con fundamento en dicho estudio que se pudo establecer la existencia del acuerdo de repartición de mercado, pues presentaba un comportamiento poco entendible, en consideración de factores tales como el crecimiento de los despachos, y la variación particular de la participación de CEMEX y ARGOS."[432] "-La SIC consideró que en el mercado nacional los productores determinaban unos precios base a partir de los cuales se construían los diferentes eslabones de la cadena de producción y comercialización de tal suerte que no es posible predicar que se ignorara la injerencia de los distribuidores como agentes claves en el proceso de formación de precios."[433] "Nótese entonces, que, si bien las pruebas individualmente consideradas podrían no resultar suficientes para determinar la existencia de la conducta concertada, el análisis probatorio aislado e incluso conveniente que pretende el demandante, no puede ser de recibo para desvirtuar la existencia de las conductas sancionadas por la SIC. Así las cosas, considera la Sala que el análisis en conjunto de, entre otros, los elementos probatorios descritos previamente en realidad permite asentar la existencia de las conductas anticompetitivas sancionadas, sin que sea de recibo la censura del demandante quien parece echar de menos o exigir la existencia de una prueba única o directa del elemento consciente y, en tal sentido, pretende restar valor a las evidencias recaudadas que, analizadas en conjunto por la administración dieron cuenta de conductas concertadas entre competidores,"[434] **Respecto de la nulidad de los actos demandados en cuanto a la sanción impuesta a José Alberto Vélez Cadavid** "Conforme con lo anterior, basta con señalar que el demandante no aportó prueba o elemento de juicio que permita desvirtuar que el señor VÉLEZ CADAVID ejerció el cargo de representante de ARGOS durante el periodo investigado y, en tal sentido, según fue declarado por el mismo demandante, que conoció las decisiones de precios que se sometieron a un comité solo hasta el año 2006, esto es, con posterioridad al periodo investigado ni que participó en escenarios y reuniones con sus competidores, lo cual permite asentar la conclusión de la SIC, que el demandante en efecto ejecutó las conductas anticompetitivas que fueron sancionadas en los actos demandados."[435]
4.6. Pruebas:	• Antecedentes administrativos: presentación Panamá, estrategia Argos 2005. • Resolución 51694 de 2008 – sancionatoria. • Resolución 358 de 2005 • Resolución 2496 de 2006 • Resolución 318 de 1997 – indicios. • Testimonio Carlos Ossa • Testimonio Beatriz Uribe Botero • Testimonio Mauricio Reina

[432] Ibid. Página 77.

[433] Ibid. Página 80-81.

[434] Ibid. Página 91.

[435] Ibid. Página 95.

4.7. Análisis deferencia	El fallo revoca la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 3 de diciembre de 2012 en virtud de la cual se habían anulado los actos administrativos demandados en virtud de la caducidad de la potestad sancionatoria. En este caso el demandante impugnó los mismos actos administrativos que fueron objeto de las sentencias señaladas en los numerales 1, 3 y 4 del presente acápite y 1 del acápite anterior. En relación con la caducidad, el fallo en comento hace suya la consideración esbozada en los fundamentos de la sentencia No. 3 mencionada para arribar a sus conclusiones: "Nótese entonces, que habiéndose definido ya por esta Sección que, en el presente caso, de forma atinada, "**la SIC estudió y sancionó las gestiones desplegadas por las cementeras entre el 1º de junio y el 31 de diciembre de 2005. Y, por ende, que es el 31 de diciembre la fecha que debe tomarse como referencia de la comisión del último acto materia de sanción**", de plano denota que para el momento en que se notificó la decisión a la parte demandante, esto es, el 30 de diciembre de 2005, no había fenecido el término de tres años, necesario para predicar la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC."[436] Ahora bien, en relación con el cargo de falsa motivación, la sentencia a la que se hace referencia señala que ya existen pronunciamientos que decidieron la legalidad de la sanción impuesta por la Superintendencia y cita las sentencias a las que se hizo referencia en los numerales 3 y 4 de este acápite[437]: "En este sentido, **debe reseñarse es que en relación con la actuación administrativa que ahora se refuta, esta Sección ya ha concluido frente a los demás investigados, que la decisión sancionatoria de la SIC deviene atinada y conforme a derecho**, en la medida que se consideró que efectivamente se encontraban probadas las prácticas restrictivas de la competencia endilgadas por la autoridad administrativa, en el mercado de producción y venta de cemento Portland Gris Tipo I ensacado en el territorio Colombiano, relativas a la existencia de acuerdos para la fijación de precios y para la repartición de mercados, entre junio a diciembre de 2005, sin que las acusaciones de los demandantes enervaran la legalidad de los actos administrativos enjuiciados"[438]

[436] Página 40 de la sentencia.

[437] Consejo de Estado – Sección Quinta, sentencia del 21 de junio de 2018, C.P. Alberto Yepes Berreiro, Rad. 25000-23-24-000-2010-00305-02. Demandante HOLCIM S.A. y otros. Consejo de Estado – Sección Quinta, sentencia del 14 de junio de 2018, C.P. Alberto Yepes Berreiro, Rad. 25000-23-24-000-2010-00291-01. Demandante CEMEX COLOMBIA S.A.

[438] Página 52 de la sentencia.

	Como quiera que para resolver el tema de la caducidad y para establecer en un primer momento la legalidad de los actos administrativos demandados la sentencia cita dos fallos que de conformidad con el análisis realizado en el numeral 3 y 4 del presente acápite son una clara manifestación de la deferencia judicial, en criterio del autor, este fallo también adolece de aquella falencia, No obstante, a continuación la sentencia manifestó que en adición a la referencia realizada, estudiaría los cargos puntuales elevados por el demandante en el proceso particular, razón por la cual se emprenderá su análisis para determinar si tiene visos de deferencia judicial. En relación con el cargo relativo a la indebida valoración probatoria[439], el Consejo de Estado afirmó: "Al respecto, la Sala evidencia una consideración aislada en relación con un dato contenido en la resolución de apertura la cual claramente no constituye el pronunciamiento definitivo de la investigación al momento de determinar la estabilidad de precios. De igual manera, se debe tener en cuenta que **el comportamiento del precio del cemento gris Portland tipo 1, definido en los actos demandados, fue el resultado de la construcción de la SIC de conformidad con diferentes fuentes, entre ellas la información que fue suministrada por las mismas investigadas , aspectos que denotan que el aparte de la declaración citada por el demandante no desvirtúa por si sola las conclusiones de la SIC, ni el sentido de los actos administrativos demandados** . "En tales términos, NO es cierto que la SIC haya ignorado elementos de prueba determinantes para la decisión, pues **los testimonios aludidos por el demandante no desvirtúan el análisis del material probatorio que en conjunto fue analizado por la SIC**, al momento de definir la comisión de prácticas restrictivas de la competencia por parte de los demandantes."[440]

[439] En el proceso el argumento esgrimido por el demandante fue resumido por la sentencia (Página 15) así:

> "Así, señaló que se generó una valoración incompleta del acervo probatorio, puesto que necesariamente debe existir conexidad entre lo probado y lo decidido por lo que al omitir o no tener en cuenta elementos de prueba que de haber sido tomados cambiarían el sentido de la decisión, además de quebrantar el debido proceso, adujo que se comportó una violación ostensible de la normativa previamente citada, en relación con las siguientes pruebas"

[440] Página 67 de la sentencia.

	Sobre el cargo relativo a la valoración fragmentada de las pruebas en la que incurrió la Superintendencia[441], luego de hacer referencia a los testigos dijo el Consejo de Estado: "(…) encuentra la Sala que **el testigo presenta simplemente hipótesis, no concluyentes**, en tanto, por una parte señala que **no hay elementos suficientes para sacar una conclusión definitiva** de lo que pasa el periodo materia de investigación y sin embargo, parece teorizar (al señalar que no resulta sorprendente), que el comportamiento correspondiera a una escaramuza, situación que **en nada desvirtúa el resultado del análisis probatorio presentado en conjunto por la SIC** al momento de definir la existencia de las conductas anticompetitivas reprochadas en este caso" "(…) encuentra la Sala que la testigo **en este caso también presenta simplemente hipótesis, y en todo caso no descarta la presencia de la colusión acusada por la SIC** en tanto simplemente señala que no es "capaz" de decir que este sea un indicio definitivo, ni tampoco se atreve a hablar de una conducta coordinada de ARGOS en este caso, **lo cual de manera alguna puede interpretarse como un elemento probatorio contundente**"[442] Al resolver ambos cargos, llama la atención que la sentencia (i) realiza negaciones indeterminadas para desvirtuarlos y (ii) adhiere a las conclusiones de los actos administrativos demandados sin explicar los argumentos que tiene para ello. En efecto, la sentencia señala que los testimonios aludidos por la demanda no desvirtúan las conclusiones de la Superintendencia, pero no explica por qué arriba a esa conclusión, se limita ha formular negaciones indefinidas que no permiten evidenciar si el fallador confrontó el argumento de la demanda con los de los actos administrativos. En un escenario en donde la demanda tiene una postura y el acto administrativo sostiene otra contraria, la negación indefinida del juez en relación con alguna de las posturas no constituye motivación alguna. Si el juez se inclina por alguna de las posturas deberá justificar su decisión explicando las razones que lo llevaron a ello, tal como lo exige el ordenamiento jurídico.

[441] En el proceso el argumento esgrimido por el demandante fue resumido por la sentencia (Página 16) así:

> "Finalmente, el demandante acusó la supuesta valoración fragmentada del acervo probatorio recaudado en la investigación, configurando una violación del artículo 187 del CPC, ya que además de las pruebas omitidas por la SIC, en el acervo probatorio de la actuación se encontraban elementos adicionales, que, si bien se tuvieron en cuenta, fueron valorados de manera fragmentada incompleta, como se explica a continuación:"

[442] Páginas 68 y 69 de la sentencia.

	Es más, si se le pregunta a cualquier lector del fallo en comento las razones por las cuales la sentencia desechó la teoría de la demanda en relación con la indebida valoración y la valoración fragmentada de las pruebas, la única razón que podría referenciar es una sola: porque no. Lo que se esperaba del juez administrativo en este aspecto era que por lo menos explicara por qué la valoración probatoria de la Superintendencia no fue indebida ni fragmentada y por qué ello no afectó las conclusiones de los actos administrativos demandados, como lo sostiene la demanda. Por su parte, para resolver el cargo de falsa motivación esgrimido en la demanda[443], la sentencia señaló: "En este sentido, teniendo en cuenta la pluralidad de acusaciones que sobre este punto se realizan, se **estima pertinente revisar los términos en los que fue definido el mercado relevante por la SIC**, quien al interior de la Resolución 51694 de 2008 precisó lo siguiente:[444] […] "Conforme con lo anterior, **es evidente que la definición del mercado geográfico en el ámbito nacional no resultó caprichosa**, **en la medida que el análisis efectuado por la SIC se fundó** en material probatorio y datos e información que, según se consigna en los actos demandados **y no fue desvirtuado por los demandantes**, fueron aportados por las entidades investigadas, entre ellas ARGOS, y que permitía establecer, entre otras cosas, que sin perjuicio de los costos de transporte, las plantas de los investigados abastecieron en el año 2005 a regiones distantes a la zona en la que cada una de las plantas se encontraba ubicada." "**Nótese además que la SIC, analizó** aspectos como la distribución del destino de la producción generada por cada una de las empresas cementeras investigadas en el año 2005, determinando la venta en diferentes volúmenes en las diferentes zonas del territorio nacional.

[443] En el proceso el argumento esgrimido por el demandante fue resumido por la sentencia (Página 18) así:

> "(…) la parte actora señaló que las consideraciones de la SIC acerca de las características y la estructura del mercado del cemento gris en Colombia, así como también las conclusiones de esa entidad en relación con el movimiento de precios que se registró durante el periodo investigado, no corresponden a la realidad, además que, a juicio del actor, la demandada incurrió en serios errores en el análisis de racionalidad económica de las conductas que desarrolló en el mercado entre los años 2000 a 2005, de tal suerte que los motivos en los que se fundamentan las providencias objeto de la demanda no corresponden a la realidad y, por consiguiente, que los actos administrativos impugnados están viciados de nulidad."

[444] Página 69 de la Sentencia

	[…] "Aunado a lo anterior, **no se encuentran evidencias que soporten las alegaciones del demandante** y que permitan desvirtuar el análisis de mercado construido con fundamento en la información aportada, como ya se dijo, inclusive por el mismo ARGOS, ni tampoco prueba que permita definir que contrario a lo determinado por autoridad administrativa, el hecho de que el precio final del producto no resulte idéntico en las diferentes zonas del país, establezca además la existencia de mercados regionales diferentes, independientes y que impidan el estudio de las conductas investigadas en el ámbito del mercado del cemento a nivel nacional"[445] Del mismo modo, la argumentación del fallo para desechar los argumentos sobre falsa motivación gira en torno a transcribir las consideraciones del acto administrativo demandado. Sin embargo, teniendo en cuenta que lo que discute el demandante es que esas consideraciones transcritas no se ajustan a la realidad por los fundamentos esgrimidos en la demanda, lo que se evidencia es que la sentencia adhiere a la postura de la Superintendencia sin justificar su posición ni las razones por las cuales no consideró procedentes los argumentos de la demanda La sentencia no confrontó los argumentos de la demanda con los del acto administrativo demandado, ni mucho menos realizó un análisis propio de la situación para arribar a una conclusión. Simplemente la sentencia manifestó que el demandante no desvirtuó las conclusiones del acto demandado, pero nunca explico por qué. A las mismas conclusiones se arriba si se observa la manera como la sentencia resolvió los argumentos relativos a la inexistencia de repartición de cuotas de mercado, la variación importante de los precios en el periodo 2004 – 2005, el comportamiento bajo racionalidad de mercado adoptado por el demandante y la ausencia del elemento consciente del paralelismo, pues la constante es que la sentencia parafrasee el acto administrativo sancionatorio y afirme que el mismo no se logró desvirtuar, sin realizar una confrontación de cargos ni un análisis propio que le permita llegar a una conclusión: "(…) encuentra la Sala que los fundamentos de la sanción impuesta a los demandantes por la participación en un acuerdo de repartición del mercado del cemento gris portland tipo I, durante el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2005, **no fue desvirtuado por la parte demandante** en la medida que:

[445] Páginas 71 y 72 de la sentencia.

	En relación con la acusación descrita en el numeral 1.1.3.3.2.1., ya ha quedado establecido que **no existen elementos para reprochar que la SIC haya definido el mercado geográfico en el ámbito nacional**, por lo que las apreciaciones de la demandante en torno a la necesidad de un análisis del mercado en el ámbito regional y **las conclusiones hipotéticas que en tal sentido considera el demandante se presentarían, en nada sirven para desvirtuar las conclusiones contenidas en los actos administrativos demandados**, por cuanto estos se remiten directamente al estudio de evidencias en el marco de un mercado nacional." "(…) en relación con la acusación descrita en el numeral 1.1.3.3.2.2., que admite el escenario del mercado geográfico en el orden nacional, señalando que, en el agregado nacional de participación de los productores de cemento, se aprecian cambios significativos en el periodo comprendido entre los años 2004 y 2005, **basta con señalar que la SIC, conforme con la información y pruebas obrantes en el expediente, que no han sido desvirtuadas por los demandantes, concluyó que:**"[446] […] "Lo mismo sucede, en relación con la acusación descrita en el numeral, 1.1.3.3.3.2., que no permite tener por cierto que las decisiones de precios que ARGOS tomó durante el periodo investigado, lejos de ser el fruto de una colusión con sus competidores, resulten perfectamente racionales desde el punto de vista económico ya que el demandante no cuenta con elementos probatorios que permitan desvirtuar el elemento consciente de la conducta que fuera definido por la SIC y que en todo caso resulta atinado según se estudia a continuación:[447] […] "En efecto, se tiene que en la Resolución No 51694 de 2008 efectúo, entre otras cosas, las siguientes consideraciones que se estima necesario citar a continuación en extenso:[448] […] "Aunado a lo anterior, la Resolución No 51694 de 2008 efectúo, entre otras, las siguientes consideraciones en desarrollo con el análisis de la conducta de acuerdo repartición de mercado:[449]

[446] Páginas 73 y 74 de la sentencia

[447] Página 81 de la sentencia.

[448] Página 82 de la sentencia.

[449] Página 83 de la sentencia.

	[…] "Frente a lo anterior, **considera la Sala que del análisis efectuado por la SIC en los actos administrativos demandados, se concluye que en el presente caso se recaudaron y analizaron diferentes medios de prueba que, en conjunto, daban cuenta del elemento consciente necesario para definir la existencia de los acuerdos restrictivos de la competencias por los que se investigó y sancionó a los demandantes, aspecto que para la Sala resulta admisible**, en la medida que si bien no se descarta la existencia de pruebas que de manera individual resulten irrefutables al momento de sustentar la existencia de este tipo de prácticas restrictivas, es apenas lógico que en estas investigaciones, la autoridad de competencia se vea avocada a recaudar y analizar diferentes medios de pruebas que solo analizados de manera conjunto permitan develar las existencia de conductas anticompetitivas que, de otra forma, podrían disfrazarse como comportamientos normales de mercado"[450] La Sala llega a la mayoría de sus conclusiones a partir "del análisis efectuado por la SIC", no a partir de sus propios análisis de confrontación de los argumentos de la demanda ni del material probatorio. En virtud de lo anterior, en este fallo se evidencian grandes visos de deferencia judicial.

[450] Página 85 de la sentencia.

ANEXO 10 "Ficha 15. CARMELITA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 15. CARMELITA</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Felipe Solarte Maya</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2016-1340-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>20 VI 19</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Ingenio Carmelita S.A.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 80847 del 07 de octubre de 2015
• Res. 103652 del 30 de diciembre de 2015</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general
• Núm. 10 del Art. 47 del Decreto 2153 de 1992: impedir el acceso de terceros al mercado</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $7.492.501.800</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad Res. 80847 del 07 de octubre de 2015
• Nulidad Res. 103652 del 30 de diciembre de 2015
• Devolución de la multa con intereses</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">• Caducidad de la facultad sancionatoria:
La SIC no tuvo en cuenta numerosas pruebas que permiten determinar que la conducta continuada alegada por esta entidad fue en realidad suspendida en mayo de 2009. Esto pues demuestran que la demandante no participó en ninguna estrategia para obstruir importaciones de azúcar a Colombia</td></tr>
</table>

	Al respecto, la SIC valoró de manera indebida pruebas como: las Actas de Junta Directiva de CIAMSA 745 de 26 de mayo de 2009 y 765 de 2010, el correo electrónico de 6 de junio de 2009 de Luis Augusto Jaramillo a Carlos Mira, las cifras de importaciones de azúcar en el año 2009 y los correos relacionados con las importaciones de Costa Rica, Salvador y Guatemala, entre otras. • **Indebida cuantificación y dosificación de la sanción:** Al establecer el monto de la sanción la SIC no aplicó los criterios establecidos en la Ley 1340 de 2009. Para el efecto, considerando que la conducta sancionada es por objeto la SIC omitió el análisis probatorio sobre los efectos de la conducta sancionada, del impacto generado por la misma en el mercado y el beneficio obtenido por el infractor, por lo que la multa impuesta resulta excesiva y totalmente desproporcionada. La SIC aplico el criterio 'gravedad de la falta' criterio no previsto en la ley. La SIC pasó por alto la inexistencia de pruebas que acrediten la participación del demandado en la conducta sancionada y su reducida participación en el mercado. • **Violación del debido proceso por desconocimiento del principio de congruencia:** No existe congruencia entre el acto de apertura y el acto sancionatorio. En la resolución sancionatoria la SIC hace

	referencia a correos de los que deduce una presunta obstrucción de Guatemala, El Salvador y Ecuador, hechos nuevos que no estaban incluidos en la resolución de apertura de investigación. Por tanto Carmelita se vio imposibilitada para ejercer su derecho de defensa y contradicción. • **Falta de competencia:** De conformidad con el art. 5 de la Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), si una presumible práctica anticompetitiva tiene injerencia subregional al tener origen y efectos en uno o varios países miembros de la CAN, la norma aplicable es la referida Decisión 608. En el caso concreto la apertura de la investigación se dio porque presuntamente los ingenios investigados establecieron una estrategia para restringir las importaciones de azúcar de origen Boliviano lo que tiene injerencia subregional, pues afecta las exportaciones bolivianas y las importaciones colombianas. Por tanto la competencia le corresponde a la Secretaria de la CAN.
3.3.Cargos de fondo:	• **Indebida valoración del acervo probatorio:** La SIC valoró erróneamente una serie de pruebas que permiten determinar que Carmelita no participó en ningún acuerdo contrario a la libre competencia. La SIC se limitó a valorar la evidencia que compromete a algunos ingenios y bajo el

				argumento de coautoría, le deriva a Carmelita la responsabilidad por acciones desarrolladas por otros sujetos investigados. La SIC no valoró debidamente entre otras cosas: que numerosos correos electrónicos entre ellos los relacionados con importaciones de Costa Rica, Guatemala y El Salvador no fueron remitidos a la actora, que Carmelita no tiene poder decisorio en CIAMSA ni en DICSA, que manifestó su oposición respecto a realizar importaciones a través de esta CIAMSA, que no hay prueba de que haya participado en la creación de CIAMSA INTERNACIONAL, entre muchas otras cuestiones probatorias.				
3.4.Pruebas técnicas:				N.A			
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				**Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria:** • "El Consejo de Estado al hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 2764 de la Ley 1340 de 2009 ha señalado que, cuando se trate de conductas continuadas, la caducidad empieza a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico."[451] • "De igual forma, pone de presente la Sala que no es dable			

[451] Sentencia. Página 50

	aceptar el análisis planteado por la actora en el sentido de tener solamente dichas pruebas para efectos de contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionadora de la administración si se tiene en cuenta que, tal como se determinó, fueron diversas conductas las señaladas para restringir u obstaculizar de las importaciones de azúcar al país a través de las diversas agremiaciones de las que el mismo hacía parte. Con ello, se desconocería el deber del Juez de valorar las pruebas en conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica, tal como lo dispone el artículo 176 del Código General del Proceso, encontrándose de otras pruebas que el Ingenio contribuyó en la concertación anticompetitiva señalada por la Superintendencia." [452] • Ahora bien, del contenido de la Resolución No. 103652, se tiene que para efectos de la determinación de la caducidad la Superintendencia tuvo en cuenta como último hecho generador de colusión el mes de julio de 2011 en el que se proyectó iba a ponerse en funcionamiento CIAMSA INTERNACIONAL, así como en el que se hizo la compra de azúcar "fair trade". No obstante lo anterior, encuentra la Sala que dicho proyecto continuaba en etapa de ejecución para el 24 de noviembre de 2011, de conformidad con lo descrito en el correo electrónico remitido

[452] Sentencia. Página 53

	por el Jefe de Planeación y Evaluación Económica de CIAMSA, en la que informa el estado de seguimiento de dicho proyecto y que no se encuentra en qué momento se suspendió el mismo, por lo que se determina que la conducta contraria a la libre competencia es continuada y no se determinó que la misma hubiere cesado." [453] • Al haberse proferido Auto de Apertura de Investigación el 13 de febrero de 2012, encuentra la Sala que no se configuró la caducidad de la facultad sancionadora de la administración. [454] **Sobre la indebida cuantificación y dosificación de la sanción:** • "Tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, "G..) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos(...)". Teniendo en cuenta lo anterior, si bien en la Resolución sancionatoria se mencionan los criterios tenidos

[453] Sentencia. Página 53

[454] Sentencia. Página 54

	en cuenta por la Superintendencia, resaltando en dicho acto la gravedad de la infracción, no por ello puede entenderse que se ha cuantificado de forma indebida la sanción impuesta." [455] • "De igual forma, debe mencionarse que los criterios de impacto en la conducta en el mercado y beneficio obtenido por el infractor no fueron valorados por la Superintendencia para efectos de cuantificar la multa impuesta, sin que de ello se desprenda vulneración alguna, ya que la norma no determina que deban analizarse cada uno de los criterios allí establecidos para imponer la sanción. Será del análisis del caso en particular, que se derive el estudio de cada uno de los criterios relacionados en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009."[456] • "Sobre tales criterios y ante los cuestionamientos de la actora dirigidos a indicar que no se valoró por la Superintendencia las pruebas que acreditan que el supuesto cartel no produjo efectos, (…) no son de recibo, en tanto, se reitera, no se cuestiona por la demandada los efectos de la conducta colusoria por lo que los criterios de impacto en la conducta en el mercado y el beneficio obtenido por el infractor, no fueron tenidos en cuenta para la

[455] Sentencia. Página 60

[456] Sentencia. Página 62

	determinación de la sanción impuesta.” [457] **Sobre la violación del debido proceso por desconocimiento del principio de congruencia:** • Sobre el particular, es del caso mencionar que del contenido de la Resolución 5347 de 2012 se advierte que la investigación se dirigió a determinar "(. ..) la posible existencia del acuerdo anticompetitivo mencionado en el numeral anterior, los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es, ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA, a los que pertenecen y que de hecho presiden.(...)", para lo cual, se encuentra que la administración hizo mención a diversas pruebas relacionadas con correos electrónicos referentes a solicitudes de Bolivia y Costa Rica.”[458] • El hecho que en el auto de apertura de la investigación no se indicara en forma puntual cuáles eran las conductas generadoras de acuerdos contrarios a la libre competencia, no impide que durante el transcurso de la actuación administrativa y con fundamento en las pruebas allí decretadas y practicadas, puedan surgir hechos adicionales que también forman parte de los inicialmente planteados y que, en el asunto

[457] Sentencia. Página 62.

[458] Sentencia. Página 69.

	en particular, se reafirmó no solo a través de los correos electrónicos referidos a Ecuador, Guatemala y El Salvador sino, además, de las demás pruebas recopiladas en las que se reafirma la existencia de acuerdos colusorios contrarios a la libre competencia. Ello no implica en forma alguna la vulneración al principio de congruencia alegado por la actora, en la medida en que era precisamente durante la actuación administrativa que se debía establecer si la hoy actora había incurrido en la infracción señalada por la Superintendencia. [459] **Sobre la falta de competencia:** • Para efectos de la determinación del ámbito de aplicación dicha Guía[460] señala que debe tenerse en cuenta el lugar donde se realizó la práctica y se generó efectos y la infracción cometida, sobre las cuales se indica que: "Cuando el origen y el efecto de una práctica se de en un mismo país, la Decisión 608 no se podrá aplicar; en su defecto podrá aplicarse lo dispuesto en la norma nacional del País Miembro".”[461] • “La Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones tiene aplicación en caso de que los efectos de los

[459] Sentencia. Página 70

[460] Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608

[461] Sentencia. Página 75

	actos contrarios a la libre competencia que afecten la Subregión."[462] • "En el caso en particular, como se ha señalado a lo largo de la presente providencia, si bien la actuación administrativa se adelantó con el fin de determinar si se cometieron actos contrarios a la libre competencia por varias personas naturales y jurídicas, dentro de las cuales se encuentra el Ingenio Carmelita quien funge como actora en la presente oportunidad, es claro que al determinarse que el origen y el efecto de la práctica tendiente a obstruir el ingreso de azúcar de otros países a Colombia, no era del caso dar aplicación a lo dispuesto en la Decisión 608 sino a la normativa nacional. Lo anterior, por cuanto del contenido del acto sancionatorio se encuentra con claridad que la conducta por la cual se sancionó al Ingenio Carmelita es la infracción del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, por incurrir en un acuerdo con el "objeto" de impedir u obstruir el ingreso de terceros al mercado del azúcar en Colombia."[463]
4.4. Pruebas:	• Res. 80847 del 07 de octubre de 2015 (sancionatoria) • Res. 103652 del 30 de diciembre de 2015 (resuelve recursos)

[462] Sentencia. Página 79

[463] Sentencia. Página 80

	• Res. 5347 del 13 de febrero de 2012 (apertura) • Correo electrónico de 24 de noviembre de 2011, enviado por el Jefe de Planeación y Evaluación Económica de CIAMSA, a otros funcionarios de dicha sociedad. • Guía práctica para la aplicación de la Decisión 608 de la CAN
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la indebida valoración del acervo probatorio:** • "Para fundar la Superintendencia que en caso en particular se trató de una conducta continuada, la misma indicó que de las pruebas se advirtió la existencia de diversas reuniones a través de las cuales tuvieron contacto permanente las sociedades investigadas, dentro de las cuales se encontraba la actora, para concertar sobre aspectos que deberían ser tratados de manera autónoma e independiente bajo un esquema de libre competencia." [464] • De las reuniones de Asambleas, Juntas Directivas y Comités relacionadas con los organismos antes mencionados, se encontró que los investigados realizaban reuniones periódicas de presidentes y gerentes en las que concertaban estrategias anticompetitivas, reuniones de las que determinó su existencia por la Superintendencia con la declaración rendida por el Gerente General del Ingenio Risaralda; con el correo electrónico de 31 de agosto de 2009 en el que señala que los

[464] Sentencia. Página 19

	investigados fijaban previamente las propuestas que habrían de proponer posteriormente en bloque en 191 Comité Directivo del FEPA; así como para efecto de la determinación de la conducta desplegada por el Ingenio Carmelita, como miembro de CIAMSA, los ingenios coordinaron su accionar para enfrentar el paro de corteros de 2008, pero en asuntos relacionados con estrategias de mercado y comerciales. [465] • De las pruebas, también se encontró por la Superintendencia que en las negociaciones y transacciones con productores azucareros de otros países, así como las relaciones con otros gremios y clientes a nivel internacional ASOCAÑA, CIAMSA y DICSA, agremiaciones de las cuales hace parte el Ingenio hoy demandante, se presentan como la "industria azucarera colombiana", lo que señala es otra evidencia que dicho Ingenio actúa en bloque, lo que fue utilizado como una estrategia para obstruir las importaciones de azúcar a través de dichas agremiaciones, lo que se evidenció a través del correo electrónico de 1O de marzo de 200916 en el que el Gerente de DICSA relata al Gerente de CIAMSA, lo sucedido en reunión con algunos ingenios bolivianos, en

[465] Sentencia. Página 20

	representación de la "Industria Azucarera Colombiana " [466] • Otros aspectos sobre los cuales consideró la Superintendencia se había implementado y materializado la conducta constitutiva del bloqueo de las importaciones para impedir el acceso al mercado de otros participantes, en los que se observó que se bloquearon o intentaron bloquear importaciones de azúcar a Colombia provenientes de países como Bolivia, Ecuador, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, entre otros, impidiendo la participación en el mercado interno de comerciantes, distribuidores, mayoristas y el abastecimiento de la industria que utiliza el azúcar como insumo productivo" [467] • "Argumenta, entonces, la Superintendencia que los investigados, dentro de los cuales se señala a la hoy actora, en cabeza de DICSA y CIAMSA planearon una serie de visitas a Bolivia para entablar una relación comercial con los ingenios productores de azúcar en dicho país y lograr su compromiso de no exportar azúcar a Colombia, para lo cual incluso se amenazó a los ingenios bolivianos con saturar a dicho país con azúcar colombiana en caso de no acceder a los compromisos

[466] Sentencia. Página 21

[467] Sentencia. Página 26

	propuestos por la industria azucarera colombiana. [468] • En este punto, es necesario mencionar que se encuentra que el Ingenio Carmelita participó en dichas reuniones, a través de su representante legal. Con independencia que en dichas reuniones se haya decidido no aprobar importaciones de azúcar de Bolivia, con ello no se encuentra desvirtuado el acuerdo señalado por la Superintendencia, así como las diversas actuaciones mediante las cuales se configuró la obstrucción a la libre competencia frente al mercado del azúcar. [469] • Lo anterior, por cuanto, tal como se indicó al hacer referencia al correo electrónico de 11 de septiembre de 2008, remitido por CIAMSA a diversos miembros de la Junta Directiva de la misma entidad, se informa que fueron autorizados por los ingenios para comprar el azúcar de origen boliviano con destino diferente a Colombia, lo que se evidencia en el acta No. 736 de 8 de septiembre de 2008, adjunta a dicho correo. Del contenido de dicha acta, se advierte que participó el Ingenio Carmelita, a través de su representante legal como suplente de la Junta Directiva, sin que haya habido oposición alguna a dicha negociación, indicándose allí que "(...) los

[468] Sentencia. Página 27

[469] Sentencia. Página 39

	señores Directores manifestaron su autorización a la administración de CIAMSA para realizar el negocio en las condiciones establecidas (...)".[470] • Por demás, debe señalarse que lo que se cuestiona por la Superintendencia y no ha sido desvirtuado en la presente instancia judicial es que, a través de las agremiaciones azucareras se facilitó la comunicación entre los ingenios y con ello facilitar el acuerdo de obstrucción señalado por la demandada.[471] • En cuanto al correo electrónico de 6 de junio de 2009, con asunto "Bolivia", remitido por Luis Augusto Jaramillo y que contiene el archivo d1nominado "Informe de Negociaciones con Bolivia 2009.doc" a Carlos Mira, señalado en la Resolución No. 5347 de 201253 "por la cual se ordena la apertura de una investigación", se tiene que, contrario a lo afirmado por la sociedad demandante, lo indicado allí por la Superintendencia hace referencia a que, pese a que venían adelantando concertaciones con empresas bolivianas con el fin de impedir importaciones de azúcar a Colombia, no obstante, se informa que dos de los ingenios bolivianos con que se estaba llevando a cabo la negociación en el primer semestre de 2009

[470] Sentencia. Página 40

[471] Sentencia. Página 40

	exportaron azúcar a Colombia a través de importadores diferentes a CIAMSA, violando el acuerdo propuesto por esta comercializadora de no exportar azúcar boliviano a Colombia. [472] • Tampoco resulta de recibo el argumento de la actora al indicar que no tuvo en consideración la Superintendencia el comportamiento de las importaciones para el año 2009, en tanto , como se encontró del contenido de la Resolución No. 80847 la entidad demandada tuvo en cuenta que las importaciones de azúcar provenientes de Bolivia presentaron una tendencia decreciente durante el año 2009 hasta llegar a nivel cero en el año 2011 [473] • Tal como se mencionó con anterioridad, al hacer referencia a las pruebas tenidas en cuenta por la Superintendencia, de los correos electrónicos mencionados el Ingenio Carmelita tuvo conocimiento del correo electrónico de 20 de abril de 2010, en el que CIAMSA envía información por correo electrónico a varios representantes legales de los Ingenios, dentro de lo cual, se encuentra el representante legal del Ingenio Carmelita, de información relacionada con el correo electrónico de Julio César Arroyo de la Asociación

[472] Ibid.

[473] Sentencia. Página 42

	Azucarera de El Salvador, a quien un comprador colombiano, le solicita compra de 10 contenedores de refino. [474] • Con relación a la manifestación de la actora al indicar que no produce azúcar refinada y no tiene planta refinadora, es del caso mencionar que no se encuentra cuestionando la Superintendencia que la misma se haya beneficiado de dicha información para suplir la demanda requerida por el Ingenio de El Salvador. Lo que se cuestiona es que se consulte de manera previa a los Ingenios, dentro de los cuales se encuentra la hoy actora, de la necesidad de un producto en específico, lo que no se encuentra señalado en la Ley. [475] • De las actas allegadas aportadas durante la actuación administrativa en las que se designó miembros de la Junta Directiva de dicha sociedad, se encuentra que el Ingenio Carmelita participó como accionista y que el representante legal hizo parte de la Junta Directiva. Con independencia ele la participación del Ingenio en dichas reuniones, ya sea como accionista o como miembro de la Junta Directiva - lo que! se hizo a través de los representantes legales, así como de su porcentaje de participación y el poder de

[474] Sentencia. Página 43

[475] Sentencia. Página 43, 44

	decisión en las decisiones por la CIAMSA tomadas, es lo cierto que no se desvirtúa que dicha sociedad haya coadyuvado los actos colusorios señalados por la Superintendencia. [476] • Si bien se encuentra que el Ingenio Carmelita se vinculó a ASOCAÑA y que desde el año 2007 hizo parte, a través de su representante legal de la Junta Directiva de dicha agremiación, resulta ser uno de los cuestionamientos de la Superintendencia, los que no se han desvirtuado en la presente instancia judicial fue que, a través de dicha agremiación, se obstruyeron las importaciones de azúcar de industriales colombianos que requieren azúcar como insumo, así como el otorgamiento de una autorización por dicha agremiación para la importación directa de ingenios extranjeros. [477] • Con relación al cuestionamiento de la actora al indicar que de la cadena de correos de Luis Augusto Jaramillo Palacio a representantes de algunos ingenios, al Presidente de Asocaña y a otros funcionarios, el mismo fue remitido a Jaime Vargas en su condición de trabajador del Ingenio María Luisa y no como representante legal del Ingenio Carmelita, es del caso manifestar que en el presente asunto no se encuentra en discusión la conducta

[476] Sentencia. Página 44

[477] Sentencia. Página 45

	desplegada por el señor Vargas sino la participación del Ingenio en los actos contrarios a la libre competencia señalados por lé1 Superintendencia. No obstante lo anterior, es a través de la conducta desplegada por los funcionarios del Ingenio que se advierte la participación de dicha sociedad en los actos contrarios a la libre competencia.[478] • De los correos de 18 de marzo de 2008 mencionados por la actora, se tiene que, en los mismos se señala la preocupación de los Ingenios por enfrentar nuevos competidores, por lo que, se acordó la creación de CIAMSA INTERNACIONAL como una medida para asegurar y mantener el control sobre los excedentes de azúcar de los principales ingenios regionales, proyecto del que hizo parte la hoy actora. [479] • Con independencia que el proyecto CIAMSA INTERNACIONAL no se haya llevado a cabo, es lo cierto que a través del mismo se buscó asumir el control comercial de los ingenios regionales con el fin de controlar la oferta y bloquear el ingreso a Colombia de los excedentes de azúcar. Sobre la participación del Ingenio en dicho proyecto, la Sala remite a lo antes señalado al hacer referencia al Acta No.

[478] Sentencia. Página 46

[479] Sentencia. Página 47

	759 de 2010 de la Junta Directiva de CIAMSA. **Sobre las consideraciones finales:** • "Concluye la Sala que, con independencia que no se encuentre la remisión de todos los correos electrónicos señalados directamente al Ingenio y que no se avizore que el mismo haya participado en todas las reuniones de Juntas Directivas en las diferentes agremiaciones a las que el Ingenio hizo parte no desvirtúa lo señalado en las resoluciones demandadas."[480] • "Basta con haberse determinado la existencia de los acuerdos colusorios y el objeto del mismo, lo que ocurrió a través de la determinación del bloqueo de las importaciones para impedir el acceso al mercado de otros participantes lo que se probó a través de la determinación de impedir el acceso de azúcar Boliviano a Colombia, así como el haber proyectado la creación de CIAMSA INTERNACIONAL y la obstrucción a industriales colombianos que requieren azúcar como insumo, lo que se probó a través de los diferentes correos, siendo utilizado para ello las reuniones con las diferentes agremiaciones de las que hacía parte la hoy actora, encontrando de las pruebas que la misma coadyuvó dichos acuerdos."[481]

[480] Sentencia. Página 48

[481] Sentencia. Página 48

4.6. Pruebas:	• Acta de Asamblea General de ASOCAÑA de 6 de junio de 2002 • Testimonio rendido el 15 de abril de 2011 por Felipe Márquez Robledo, Responsable del área Legal y Asuntos Corporativos de COCA COLA FEMSA • Correo electrónico del 6 de mayo de 2011, remitido por Ingenio San Ramón • Correo electrónico del 19 de mayo de 2011 • Solicitud realizada por Nacional de Chocolates en correo electrónico del 20 de mayo de 2011 • Testimonio rendido por Sol Beatriz Arango, Ex Presidente de la Compañía Nacional de Chocolates • Testimonio rendido por Juan José Arango, negociador de materias primas del Grupo Nutresa • Correos electrónicos del 18 de mayo de 2009, transacción entre /DISNAL S.A. con ASAZGUA • Correo electrónico del 10 de mayo de 2011, remitido por la funcionaria de la Asociación Azucarera de El Salvador a CIMSA • Testimonio rendido por el Gerente General del Ingenio Risaralda • Correo electrónico del 31 de agosto de 2009 • Correo electrónico del 10 de marzo de 2009 remitido por DICSA • Correo electrónico con documento "Plan de Ataque Importaciones", elaborado por el Gerente General de DICSA

	• Acta 001-05 del Comité Directivo del FEPA, de 8 de abril de 2005 • Acta 001-07 del Comité Directivo del FEPA de 2 de marzo de 2007 • Correo electrónico del 8 de junio de 2010 cruzado entre funcionarios de ASOCAÑA y del FEPA • Correo electrónico de 24 de noviembre de 2011, enviado por el Jefe de Planeación y Evaluación Económica de CIAMSA, a otros funcionarios de dicha sociedad. • Correo electrónico del 26 de octubre de 2008 remitido por el Gerente General de DICSA a CIAMSA • Corre electrónicos del 2 de septiembre de 2008 enviado por el Gerente General del Ingenio Riopaila Castilla al Presidente de CIAMSA y al Gerente de DICSA • Correo electrónico del 26 de diciembre de 2008 enviado por el Gerente de DICSA al Presidente de CIAMSA • Correo electrónico del 10 de marzo de 2009, el Gerente de DICSA informa a CIAMSA • Correo electrónico del 19 de abril de 2009, remitido por el Gerente de DICSA al Presidente de CIAMSA • Documento titulado "COMPRAVENTA DE AZUCAR PLURAL Mayo 12-09.doc" • Acta de Sesión de 2 de febrero de 2010 de la Junta Directiva de Ingenio Manuelita • Correo electrónico del 10 de febrero de 2010 emitido por un

	funcionario de Ingenio Manuelita • Correo electrónico dirigido por Clemente Carlos Mira Velásquez de CIAMSA • Acta No. 745 de 26 de mayo de 2009 • Acta No. 765 de 25 de noviembre de 2010 • Correo electrónico de 6 de junio de 2009 • Estatutos de CIAMSA
4.7. Análisis deferencia	La sentencia niega las pretensiones de la demanda. Aun cuando de su lectura no se evidencia *prima facie* visos de deferencia, pues con independencia del sentido se sus conclusiones, se observa que el juez confrontó todos y cada uno de los argumentos de la demanda con los argumentos del acto administrativo sancionatorio y arribó a la conclusión que reflejó en el fallo, tal como se desprende de su lectura. Se pudo identificar un defecto relativo a la resolución del cargo de caducidad. Al respecto, según la propia sentencia, el demandante argumentó lo siguiente: "(…) la Superintendencia no tuvo en cuenta (…) pruebas que permiten determinar que la conducta continuada alegada por la demandada en verdad fue suspendida, por cuanto en dichas pruebas se demuestra que la actora manifestó su desacuerdo con la compra de azúcar a Bolivia así como también desconoció que los correos de 6, 19 y 21 de mayo de 2011, no fueron conocidos por la misma, por lo que tampoco se obstruyeron importaciones del

	Salvador, Costa Rica y Guatemala ni de ningún otro país (…)"[482] Frente a ese cargo, la sentencia resumió la posición de la Superintendencia de la siguiente manera: "(…) afirma la demandada que en el caso analizado se logró determinar que las conductas ejecutadas por los investigados, entre ellos la demandante (…) son de carácter continuado, permanente o de tracto sucesivo al no haberse consumado en un único momento de forma instantánea, sino que se desarrollaron a través de varios actos sucesivos en el tiempo"[483] Para resolver el cargo la sentencia señala: "Del contenido de la Resolución No. 103652, se tiene que para efectos de la determinación de la caducidad la Superintendencia tuvo en cuenta como último hecho generador de colusión el mes de julio de 2011 en el que se proyectó iba a ponerse en funcionamiento CIAMSA INTERNACIONAL, así como en el que se hizo la compra de azúcar "fair trade"" "No obstante, encuentra la Sala que dicho proyecto continuaba en etapa de ejecución para el 24 de noviembre de 2011, de conformidad con lo descrito en el correo electrónico remitido por el Jefe de Planeación y Evaluación Económica de CIAMSA, en la que informa el estado de seguimiento

[482] Página 52 de la sentencia.

[483] Página 50 de la sentencia.

	de dicho proyecto y que no se encuentra en qué momento se suspendió el mismo, por lo que se determina que la conducta contraria a la libre competencia es continuada y no se determinó que la misma hubiere cesado"[484] Como se puede advertir, la sentencia analizada aparentemente resolvió el cargo sobre la caducidad y concluyó que la conducta por la cual se sancionó al demandante era continuada porque en su criterio no se sabe en que momento se suspendió el último hecho constitutivo de la misma. No obstante, el fundamento del cargo planteado por el actor era diferente. Exigía que, en primer lugar, se definiera qué es lo que debe entenderse por una conducta continuada; en segundo lugar, que se determinara si los distintos hechos en los que se fundó la sanción contra el demandante constituyen una conducta continuada y, en tercer lugar, que se determinara si en relación con cada uno de los hechos en los que se fundó la sanción había pruebas que permitieran vincular al demandante. El análisis de la sentencia arroja que el juez resolvió el cargo en mención si llevar a cabo las anteriores actividades y su conclusión coincidió con la posición del acto administrativo demandado. En este caso, en criterio del autor, se evidencia una deficiente resolución de uno de los cargos de la demanda que favoreció la posición jurídica de la administración, quien gracias al error de interpretación de la sentencia, no fue

[484] Páginas 53 y 54 de la sentencia.

	objeto de control judicial en ese aspecto particular Finalmente, este proceso se encuentra en trámite de segunda instancia ante el Consejo de Estado.

ANEXO 11 "Ficha 17. ORTIZ"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 17. Ortiz</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Primera, Subsección C</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Ana María Correa Angel</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2011-0030-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td colspan="2">13 II 14</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento del derecho</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Gonzalo Ortiz Aristizábal</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 6839 del 09 de febrero de 2010
• Res. 42411 del 13 de agosto de 2010</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1, Ley 155 de 1959: prohibición general.
• Art. 47, Núm. 1, Decreto 2153 de 1992: Acuerdo de fijación de precios.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $154.500.000
• Ordenó realizar una publicación en un diario de amplia circulación regional en los Departamentos de Valle del Cauca, Cauca y Risaralda indicando que las personas jurídicas y naturales sancionadas había incurrido en una práctica restrictiva de la libre competencia.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad del artículo 5° de la Res. 6839 del 09 de febrero de 2010.
• Que se declare la nulidad del artículo 1° de la Res. 42411 del 13 de agosto de 2010 mediante la cual se confirmó lo resuelto en el artículo 5° de la Res. 6839 de 2010.
• El reintegro de la suma pagada a título de multa debidamente actualizada mediante la aplicación del IPC.</td></tr>
</table>

	• Ordenar a la SIC reconocer a Gonzalo Ortíz el pago del interés bancario corriente sobre la suma pagada por concepto de multa desde la fecha de pago de esta -27 de septiembre de 2010- hasta la fecha en que se realice la devolución del pago, sin perjuicio del pago de los intereses de mora a que haya lugar. • Ordenar a la SIC suprimir de sus archivos cualquier anotación que a Gonzalo Ortíz se le haya hecho en relación con la multa cuya nulidad de solicita.
3.2. Cargos formales:	La SIC profirió las resoluciones demandadas luego de considerar que varios Ingenios azucareros incurrieron en un acuerdo para la fijación de precios de la caña de azúcar el cual fue tolerado por los representantes legales de cada uno de estos. Contra dichas resoluciones el demandante formuló los siguientes cargos: • Violación al principio de tipicidad y legalidad Gonzalo Ortíz solo podía ser sancionado por incurrir en conductas consistentes en "autorizar", "ejecutar" o "tolerar" prácticas restrictivas de la libre competencia. Sin embargo, la SIC finalmente lo sancionó por haber incurrido supuestamente en un acuerdo de fijación de precios. Adujo el demandante que como persona natural, no podía haber cometido la conducta por la cual fue sancionado pues los acuerdos de fijación de precios solo pueden ser realizados por los agentes del mercado, y no por sus representantes.

	• Violación al derecho de defensa y congruencia El pliego de cargos es incongruente con la resolución sancionatoria pues (i) El demandante fue vinculado a la investigación para determinar si este había "autorizado", "ejecutado" o "tolerado" pero finalmente no fue sancionado por dichas conductas sino por haber incurrido en un acuerdo de fijación de precios; (ii) La conducta que se le atribuyó desde el inicio de la investigación estaba asociada a la que se le imputó a Ingenio Providencia, es decir, pagar a los productores una suma fija equivalente a 58 kilos de azúcar por tonelada de caña, siendo que al Ingenio nunca se le sancionó por dicha conducta sino por un supuesto acuerdo para pagar una cuota máxima variable de acuerdo con el rendimiento de la caña de azúcar que obraba como patrón o techo para el pago del precio de la caña que se adquiría a los cañicultores. • Violación al principio de formalidad de la prueba. La SIC incorporó al expediente varias pruebas relacionadas con unas visitas hechas a los ingenios investigados, y que fueron obtenidas en un proceso diferente. Sin embargo, su decreto y práctica no fue notificado a los investigados, razón por la cual dichas pruebas no podían ser valoradas en dicho trámite. • Violación al derecho de defensa al no decidir sobre las pruebas solicitadas

	Era deber de la SIC solicitarle de oficio a las Cámaras de Comercio de Cali, Buga, Cartago, Tuluá y Sevilla que certificaran que era costumbre mercantil en la región que los Ingenios azucareros pactaran como precio por la compra de la caña de azúcar a riesgo compartido, un monto representativo en especie de 58 kilogramos de azúcar por tonelada de caña adquirida. Sin embargo, la SIC profirió la sanción sin siquiera pronunciarse sobre el decreto de dichas pruebas. • Inobservancia de las reglas propias del proceso – No vinculación al Ministro de Agricultura De acuerdo con lo establecido en el artículo 8° de la Ley 1340 de 2009, era deber de la SIC vincular a la investigación al Ministro de Agricultura con el fin de consultar su opinión técnica. Luego, al no haberse hecho de esta manera, la SIC desconoció las formalidades propias de la actuación administrativa. • Violación al principio de contradicción de la prueba y publicidad de las actuaciones administrativas. Hubo algunos documentos que fueron trasladados de otras investigaciones administrativas respecto de las cuales Gonzalo Ortiz no pudo ejercer su derecho a la contradicción y defensa.

	• Ausencia de la graduación de la pena El acto administrativo está viciado, entre otras cosas, por falta de motivación pues no tuvo en cuenta los criterios de graduación de la pena para establecer el monto de la sanción impuesta, que entre otras cosas, para ese entonces era la más alta posible. • Violación al debido proceso por caducidad de la facultad sancionatoria. La sanción fue impuesta en el año 2010, es decir 3 años después de la última conducta que comprometía la responsabilidad de Gonzalo Ortiz, motivo por el cual la potestad sancionatoria de la SIC había caducado.
3.3.Cargos de fondo:	• Inexistencia de las conductas por las cuales fue sancionado Gonzalo Ortíz no podía ser sancionado por haber incurrido en un acuerdo anticompetitivo al no ser un agente del mercado de azúcar. Adujo que de los testimonios prácticas en el trámite administrativo no se advertía que este hubiera tolerado o ejecutado práctica restrictiva alguna con ocasión de una reunión sostenida en marzo de 2006. Pese a que la SIC sostuvo que el objetivo de dicha reunión era establecer formulas comunes para unificar el importe de compra de la caña de azúcar destinada a la producción de etanol, lo cierto es que ello no es así. Dicha reunión fue

	llevada a cabo con el fin de responder algunas acusaciones hechas por Procaña a los Ingenios Azucareros con ocasión de una disputa contractual. • Violación de la presunción de inocencia No hay prueba alguna que vincule al demandante con un supuesto acuerdo consistente en establecer topes máximos para el pago de la caña, sin individualizar la responsabilidad del representante legal. Según la SIC la responsabilidad de Gonzalo Ortíz se evidenciaba de un documento denominado "Acta de Acuerdo", sin embargo, este nunca fue suscrito por el, ni de su contenido podía inferirse participación alguna en las conductas en investigadas. Por lo tanto, los actos demandados se basaron en meros indicios que no tenían la fuerza suficiente para acreditar que Gonzalo Ortíz hubiera intervenido en las conductas sancionadas. • Violación al in dubio pro investigado Gonzalo Ortiz impugnó el "Acta de Acuerdo" por ser nula de pleno derecho, con lo cual se descartó la existencia de un reconocimiento tácito de autenticidad de esta. • Violación al debido proceso por infringir el principio de culpabilidad La SIC desconoció el principio de culpabilidad al haber declarado

	como responsable a Gonzalo Ortíz sin haber hecho un examen subjetivo de su conducta en particular. • Nulidad de la orden impartida en el numeral 7° de Resolución 6839 de 2010 La orden impartida en el numeral 7° de la Resolución -en el sentido de ordenar el cese de las conductas infractoras- es contraria a derecho pues no se probó que se hubiera acordado directa o indirectamente los precios de compra de la materia prima. • Nulidad de la orden impartida en el numeral 8° de Resolución 6839 de 2010 El numeral 8° de la parte resolutiva del acto demandado -ordenando a los Ingenios sancionados y sus representantes tomar las medidas necesarias para que la información confidencial que transmitieran las asociaciones de las cuales hacían parte no fuera retransmitida a otros competidores- es nulo toda vez que la defensa de la sancionadas en el trámite administrativo no estuvo dirigida hacia dicho asunto.
3.4.Pruebas técnicas:	No se indica si se aportaron pruebas técnicas, y en caso tal, cuales fueron.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**	X	**Confirma:**		**Revoca:**	X

(observaciones)

- Al haber prosperado el cargo de nulidad por violación al principio de tipicidad, el Tribunal se abstuvo de analizar los demás cargos de nulidad formulados.
- Por lo anterior, negó las demás pretensiones de la demanda.
- En consecuencia, revocó la sentencia de primera instancia declarando la nulidad parcial de los artículos 5° y 6° de la Resolución 6839 de 09 de febrero de 2010; el artículo 1° de la Resolución 42411 de 13 de agosto de 2010; y a

ordenó a la SIC reintegrar a Gonzalo Ortíz el valor pagado por concepto de sanción, sin lugar al pago de intereses.				
4.2. Motivo:	**Formal:** X		**Fondo:**	
4.3. Consideraciones formales:	En la parte Resolutiva del acto demandado se indicó que la conducta por la cual se sancionó a Gonzalo Ortíz fue por haber incurrido en un acuerdo de fijación de precios. Sin embargo, esta modalidad de infracción no tiene correlación alguna con la conducta realizada del demandante, pues en su calidad de representante legal solo podía ser responsable por autorizar, ejecutar o tolerar la comisión de las prácticas restrictivas advertidas por la SIC. Al haber sido sancionado "(…) con base en una norma que no atañe a la conducta en la que incidió en su calidad de representante legal del INGENIO PROVIDENCIA S.A(…)", la SIC violó el principio de tipicidad, motivo por el cual se declaró parcialmente nula la resolución demandada[485].			
4.4. Pruebas:	• Res. 6839 del 09 de febrero de 2010 • Res. 42411 del 13 de agosto de 2010			
4.5. Consideraciones de fondo:	No realizó consideraciones de fondo			
4.6. Pruebas:	Actos administrativos			
4.7. Análisis deferencia:	El Tribunal revoca la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 14 Administrativo de Descongestión de Bogotá y, en su lugar, anula los actos administrativos demandados por encontrar probada la violación al principio de tipicidad al no existir correlación entre la conducta del sujeto sancionado y la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio:			

[485] Páginas 38-41.

	"En consecuencia, deviene con claridad que la Superintendencia de Industria y Comercio quebrantó el postulado analizado al imponer una sanción pecuniaria al demandante, con base en una norma que no atañe a la conducta en la que incidió en su calidad de representante legal (…), es decir, declaró responsable de infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 "por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de precios de la caña de azúcar" y no por "autorizar", "ejecutar" o "tolerar" conductas violatorias sobre las normas de libre competencia, en virtud de lo señalado en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, disposición legal bajo la cual fue investigado en su condición de persona natural"[486] En consecuencia, luego de encontrar un defecto de naturaleza "formal", el Tribunal se abstiene de estudiar los demás cargos de la demanda: "Como este cargo prosperó, la Sala se abstendrá de realizar el estudio de los demás cargos endilgados (…)"[487] En este caso, la revocatoria de los actos administrativos de la demanda desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de

[486] Página 41 Y 42 de la sentencia.

[487] Página 42 de la sentencia.

	los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es. En lo referente a la actividad probatoria, en este caso la demanda se resolvió solo con la comparación de lo señalado en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria.

ANEXO 12 "Ficha 21. STERLING"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 21. Sterling</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Sala Transitoria</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Leonardo Galeano Guevara</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-156-03</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>27 XI 18</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Claudia María Sterling</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Arts. 3° y 5° Decreto 1663 de 2015: Acuerdo de repartición de mercados o fuentes de abastecimiento de insumos y equipos en el sector salud.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">$69.628.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad de los artículos 18 y 19 de la Resolución 46111 mediante la cual se impuso una sanción a la demandante.

• Que se declare la nulidad del artículo 3° de la Resolución 65116 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionatoria.</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">En este caso, la SIC sancionó a varias EPS y sus respectivos representantes legales por considerar que las EPS agremiadas en la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral "ACEMI", incurrieron en un acuerdo anticompetitivo con el fin de determinar las condiciones de la prestación del servicio médico y el alcance de la cobertura.</td></tr>
</table>

	En este acuerdo, ACEMI sirvió como instrumento de difusión y coordinación y fue participe activo del mismo, pues tomó decisiones y impartió recomendaciones y directrices respecto de la cobertura del POS y los conceptos que debían ser tenidos en cuenta al momento de suministrar información a los entes reguladores. En virtud de loa anterior, se sancionó a la demandante en calidad de representante legal suplente de Salud Total EPS por haber tolerado las conductas anticompetitivas en cuestión. • Violación al debido proceso En la Resolución 10958 del 6 de marzo de 2009 mediante la cual la SIC abrió investigación en contra de la demandante, no quedaron debidamente establecidas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en virtud de las cuales esta supuestamente autorizó y toleró las prácticas anticompetitivas por las cuales finalmente fue sancionada Salud Total S.A. La imprecisión de estos aspectos le impidieron ejercer su derecho de contradicción y defensa en debida forma. • El Superintendente se apartó del informe motivado sin justificación. El Superintendente Delegado en el informe motivado recomendó no sancionar a la señora Claudia Sterling por las conductas investigadas. No obstante, el Superintendente de Industria y Comercio decidió no acoger dicha recomendación y sancionó a la demandante sin siquiera indicar los motivos por los cuales había decidido no acoger lo dicho por el

	Superintendente Delgado respecto a este asunto. • Caducidad de la potestad sancionatoria El término de caducidad de 3 años debe contarse a partir de los hechos probados que involucran a la demandante en la ejecución, autorización o tolerancia de las conductas anticompetitivas. Sin embargo, no hay prueba de que la señora Claudia Sterling hubiera incurrida en las infracciones endilgadas dentro de los 3 años anteriores a la expedición de la Resolución Sancionatoria. No obstante, en gracia de discusión si se admitiera que los medios de prueba en virtud de los cuales la SIC sancionó a la demandante comprometen efectivamente su responsabilidad, lo cierto es que estas se refieren a hechos que datan de los años 2006 y 2007 motivo por el cual estaría igualmente caducada la potestad sancionatoria de la SIC teniendo en cuenta que la Resolución Sancionatoria fue expedida el 30 de agosto de 2011.
3.3.Cargos de fondo:	• Falsa e indebida motivación La responsabilidad de los representantes legales no puede desprenderse de la responsabilidad endilgada a la persona jurídica que representan, pues las conductas de ambas implican dos formas de responsabilidad distintas que emanan de normas diferentes. Luego, el análisis de responsabilidad tanto de las empresas como de los representantes legales de las mismas debe hacerse de manera independiente.

	Siendo así, la SIC debe demostrar fehacientemente que el representante legal incurrió en alguna conducta reprochable, cosa que no ocurrió en este caso pues no hay una sola prueba de la cual pueda desprenderse que la demandante tuvo conocimiento de la realización de alguna práctica restrictiva de la competencia pues nunca asistió a los Comités Médicos de Salud Total como tampoco estuvo presente en las Juntas Directivas Gremiales de ACEMI en donde supuestamente se fraguó el acuerdo anticompetitivo, toda vez que quien asistía a dichas reuniones era el representante legal principal de Salud Total.
3.4.Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**	X	**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							

4.2. Motivo:	**Formal:**		**Fondo:** **X**
4.3. Consideraciones formales:	No realizó consideraciones formales.		
4.4. Pruebas:			
4.5. Consideraciones de fondo:	Previo a la imposición de la sanción en contra de Claudia Sterling, a la SIC le correspondía demostrar el despliegue efectivo de una acción de autorización, ejecución o tolerancia por parte de la demandante respecto de las presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia investigadas por la SIC. La SIC consideró que la señora Claudia Sterling había autorizado, ejecutado o tolerado conductas restrictivas de la libre competencia a partir de una declaración rendida por esta dentro del proceso administrativo de la cual no se desprende que esta haya conocido de ningún acuerdo anticompetitivo y que dolosa o culposamente hubiera optado por tolerarlo o autorizarlo, sino que		

	simplemente sus funciones se limitaban al área jurídica y al manejo de procesos concernientes a esta área. Además, las funciones en cabeza de la demandante solo eran ejercidas en calidad de representante legal suplente, es decir en ausencia del representante legal principal. Teniendo en cuenta esto, no obra prueba en el expediente de la cual se demuestre que la señora Claudia Sterling en algún momento haya reemplazado al representante legal principal en sus funciones o que puntualmente hubiera asistido como representante legal suplente de Salud Total a los Comités Médicos de ACEMI en los cuales según la SIC se fraguaron las conductas infractoras. Por lo tanto, el Tribunal Administrativo tuvo por demostrada la falsa motivación de la Resolución Sancionatoria al no haberse acreditado el ingrediente subjetivo de la infracción endilgada a la demandante, razón por la cual decidió confirmar el fallo de primera instancia mediante el cual se declaró la nulidad de las resoluciones demandadas[488].
4.6. Pruebas:	• Res. 10958 de 2009 • Res. 46111 de 2011 • Res. 65116 de 2011 • Manual de funciones del cargo de secretaria general en la empresa Salud Total • Oficio remitido por ACEMI informando los años en los que el señor Edgar Reina perteneció a la Junta Directiva de dicha agremiación. • Certificado de existencia de Salud Total EPS expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá

[488] Páginas 29-35.

	• Testimonio rendido por Juan Andrei Vargas Camelo, Subdirector Jurídico de Salud Total • Testimonio rendido por Javier Orlando Uñate Camelo, Gerente de Servicio al Cliente y Calidad de Salud Total EPS • Testimonio rendido por Danny Manuel Moscote Aragón • Testimonio de Cecilia Posada Sterling
4.7. Análisis deferencia:	El Tribunal confirmó la sentencia proferida el 18 de mayo de 2016 por el Juzgado 14 Administrativo de Descongestión de Bogotá que anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la falsa motivación de los actos administrativos demandados: "Se reitera que debió existir un ingrediente subjetivo, dolo o culpa, para asignar en cabeza de la demandante la omisión endilgada, inclusive, de la realización de un juicio ex ante se podría concluir que la sancionada no fungía como representante legal principal o que estatutariamente o por pronunciamiento de la Junta Directiva se haya decidido variar la circunstancia aun cuando el representante legal principal no se encuentre imposibilitado, los suplentes pueden hacerlo, evento que no se encuentra efectivamente demostrado."[489] "Es decir, no existe por la SIC valoración de elementos subjetivos del comportamiento de la demandante frente a las normas presuntamente vulneradas"[490]

[489] Página 33 de la sentencia

[490] Ibidem.

	[…] "La interpretación dada por la entidad, excede el ámbito y contexto en el que se ofreció, para llegar a conclusiones que no se derivan del dicho de la declarante y así responsabilizarla de una omisión en materia de competencia no conocida por la sancionada, pues se insiste, no reemplazó al representante legal de la junta de ACEMI, el asunto en específico no le fue consultado, no tenía potestad discrecional en la materia y omitir un asunto inédito en el ejercicio de sus funciones no es un obrar omisivo consiente, sino una situación fáctica solo atribuible a quienes propiciaron y conocieron efectivamente la conducta anticompetitiva"[491] En este caso, la revocatoria de los actos administrativos de la demanda desvirtúa la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada. dencia del análisis sobre el acierto de las nes del fallo, lo cierto es que el control realizó como lo ha señalado la

[491] Página 34 de la sentencia

	a vigente del Consejo de Estado, ya que ejos de adoptar el análisis probatorio del rativo demandado, procedió a realizar su is y a justificar sus conclusiones.

ANEXO 13 "Ficha 23. UNIARROZ"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 23. Uniarroz</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Oswaldo Giraldo López</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2006-00916-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>07 XII 17</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento del derecho</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Unión De Arroceros S.A - Uniarroz S.A</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 22625 del 15 de septiembre de 2005
• Res. 08454 del 5 de abril de 2006</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Artículo 47 numeral 1º del Decreto 2153 de 1992 (Acuerdo de precios)</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">$155.000.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad de la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, por medio de la cual LA SIC impuso una sanción a diversas empresas, entre ellas, UNIÓN DE ARROCEROS S.A.
• Que se declare la nulidad de la Resolución No. 08454 del 5 de abril de 2006, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionatoria.
• Que a título de restablecimiento del derecho se reintegre a la demandante la suma pagada por esta por concepto de multa junto con los intereses corrientes certificados por la Superintendencia Bancaria, calculados desde el momento en que la demandante fue obligada a realizar dicho pago hasta el día en que se efectúe la devolución.
• Que como consecuencia de lo anterior se condene a la SIC a pagar</td></tr>
</table>

	las sumas de dinero que sufragó el demandante en el trámite administrativo y judicial a efectos de hacer valer sus derechos.
3.2. Cargos formales:	No presentó cargos formales de nulidad.
3.3.Cargos de fondo:	Las resoluciones demandadas indicaron que los molinos de arroz, los cuales tienen amplia influencia en el mercado y posición dominante para negociar el precio frente a los productores del grano, incurrieron en acuerdos que tenían por objeto la fijación del precio de compra del arroz paddy verde, toda vez que durante ciento ochenta (180) días, estos variaron de manera simétrica y casi perfecta en seis (6) oportunidades pese a las asimetrías que presentan las empresas compradoras de inventarios, necesidades, niveles de compra y venta, volúmenes de adquisición, capacidad de almacenaje y otras variables. Ante esto, la demandante formuló los siguientes cargos de nulidad: • Falsa motivación y desviación del poder en la actuación de la SIC. Los actos demandados carecen de motivación adecuada, suficiente y veraz, toda vez que se basan en un análisis equivocado de la lógica del mercado del arroz, que llevó a a la SIC a concluir que la variación de precios en cinco (5) molinos estaba determinada por acuerdos contrarios a la libre competencia, sin que ello sea exacto, pues dadas las particularidades de este mercado la sola observación objetiva de precios entre los molinos no permite comprobar la existencia de este tipo de acuerdos. Los ajustes que se presentaron en el mercado en el 2004 obedecen a su propia lógica y no a prácticas paralelas,

	ya que "tan pronto un molino importante sube o baja el precio del arroz paddy el resto adopta ese mismo precio para no quedarse sin comprar arroz (caso de aumento de precios) o para no demeritar su posición por efecto de pagar innecesariamente un mayor precio, lo cual no es cosa distinta que el funcionamiento normal de un mercado De igual forma, hay desviación de poder porque la SIC no tiene pruebas de la práctica de acuerdos para fijación de precios, sino que los presume por relación a los movimientos de precios de varios molinos, sin dejar clara la causalidad entre acciones de UNIARROZ y la fijación de precios La singularidad del mercado del arroz en Colombia consiste en que el año se parte en dos: de enero a junio se recolecta el 35% de la cosecha nacional y la perspectiva es de escasez y de incremento de precios, mientras que el segundo semestre supone la recolección del 65% de la cosecha, con expectativa de abundancia y rebaja de precios. Por esto, con el fin de evitar alzas o deterioros marcados en los precios el Gobierno interviene el mercado mediante distintos instrumentos como la autorización de importaciones y la fijación de precios mínimos. La situación que se presentó en el primer semestre de 2004, se deriva de la perspectiva de escasez imperante, que llevó a que durante ese lapso UNIARROZ se abasteciera y se hiciera a unos inventarios suficientes para tener materia prima para enfrentar un eventual desabastecimiento, lo cual originó el subsecuente incremento de precios hasta $82.000 la carga el 19 de enero, nivel que se mantuvo hasta el 25 febrero. No obstante, dada la

	expectativa de escasez el Ministerio de Agricultura autorizó en enero la importación de 180.000 toneladas de paddy seco, lo cual llevó a una disminución drástica y generalizada de las ventas a los precios anteriores, con un correlativo incremento en los inventarios, lo que ocasiona una reducción de los precios de venta y de compra por parte de los molinos492. En consecuencia, para finales de mayo el precio de la carga de arroz era de $75.000493, y por esto el incremento y posterior caída simétrica de los precios en los diferentes molinos. • Violación legal por insuficiente confrontación de pruebas aportadas y por lo tanto violación al principio de necesidad de la prueba No se tiene en cuenta la situación económica de UNIARROZ y se desconocen todas las explicaciones que se han ofrecido para justificar la racionalidad económica de su actuación. No se observó el elevado nivel de inventarios de la empresa sino la situación nacional en el año de 2004 y que tampoco se tuvo en cuenta el peritaje de FEDESARROLLO, pues fue analizado sólo en algunos aspectos. Como resultado de la insuficiente confrontación de las pruebas aportadas "se dio la Indebida (sic) limitación del mercado y del período de examen, con desconocimiento del ciclo completo de la siembra y compra de arroz. Por tanto, hubo indebida exclusión de la producción y condiciones del resto del

[492] Página 40 Ibidem.

[493] Página 41 Ibidem.

	país, llegando a conclusiones económicas equivocadas. • Indebida interpretación y aplicación de las normas sobre competencia La SIC analizó de manera parcial fenómenos como la concentración de la demanda, la inelasticidad de la oferta del producto, el nivel del precio relativo al costo marginal y los flujos de información, y aunque lo menciona no tiene verdaderamente en cuenta el estudio de FEDESARROLLO, pues no toma en consideración lo que allí se establece sobre cómo opera el mercado del arroz. Las conclusiones de la SIC sobre los acuerdos de fijación de precios derivan de su percepción equivocada sobre cómo (i) el precio único de compra evidencia una práctica conscientemente paralela; (ii) la determinación consciente de precios por los molinos; (iii) la necesidad de los molinos de ser competitivos ante sus proveedores; (iv) circunstancias externas al mercado. Además para sancionar a una empresa por violación del numeral 1º del artículo 45 del Decreto 2153 "es necesario que se pruebe tal pacto de precios o práctica conscientemente paralela por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, además de demostrar los perjuicios al mercado por tal práctica una vez demostrada", habida cuenta de la imposibilidad de aplicar la sanción con base en la regla per se, que excluye como defensa que la conducta investigada pudo tener efectos pro-competitivos y admite solo demostrar que no se incurrió en la práctica descrita por el enunciado normativo aplicado.

	• Violación de confianza legítima que tienen los particulares en las actuaciones del estado La SIC no puede desconocer que los comités de compra de arroz en los molinos, usados como argumento en contra de UNIARROZ, se crearon para dar cumplimiento a la Resolución No. 15645 de 2001, cuando la SIC consideró útil y conveniente ponerlos en práctica. De igual forma, no puede dejarse de lado las determinaciones de control del mercado por parte del Gobierno al momento de entender la lógica del mercado del arroz, determinaciones que no pueden volverse contra uno de los actores de la cadena que confía en que su buena fe al aceptar tales medidas será respetada. • Violación del artículo 29 de la Constitución: desconocimiento del derecho al debido proceso y del derecho de defensa. UNIARROZ aportó todas las pruebas contables de su situación económica en el primer semestre del 2004 para mostrar que no estaba obteniendo ningún beneficio con los precios del arroz paddy de esa época y que estaba actuando según la lógica del mercado, pero ninguna de estas pruebas fue tenida en cuenta y "desde la apertura de la investigación en junio de 2004 la SIC asumió que la similitud de los precios es prueba en contra de UNIARROZ. • Desconocimiento de la presunción de inocencia UNIARROZ nunca gozó de la presunción de inocencia, pues la Superintendencia tomó las variaciones

	de precios de compra, las analizó por fuera del mercado relevante y omitió considerar elementos económicos relevantes para la validez de su análisis, con lo cual llegó a fundamentar su decisión equivocada • Prejuzgamiento De conformidad con el derecho al debido proceso y de las presunciones de inocencia y de buena fe, para dictar su decisión la autoridad administrativa debe tener certeza respecto de la causa valorando en conjunto y, a la luz de la sana crítica las pruebas aportadas, de tal forma que su convencimiento se compadezca, como sea posible, con la realidad fáctica del caso. Sin embargo, en este caso se desconoció esta garantía, ya que "desde el inicio de la investigación la SIC ya tenía claro el sentido de la decisión que proferiría con base en un indicio suficiente desde el año 2004 al momento de abrir la investigación: las variaciones de precios entre cinco (5) molinos investigados, prejuzgamiento que lo lleva a no considerar en debida forma las pruebas aportadas por UNIARROZ en cada una de las oportunidades en que compareció a la Superintendencia para pedir el cierre de tal investigación o para oponerse a la resolución sancionatoria de septiembre de 2005.
3.4.Pruebas técnicas:	Como pruebas técnicas, solo se hace referencia expresa al Informe técnico elaborado por Fedesarollo sobre el funcionamiento del mercado de arroz en Colombia.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							

4.2. Motivo:	**Formal:**		**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:	No realizó consideraciones formales.			
4.4. Pruebas:				
4.5. Consideraciones de fondo:	• Existencia de acuerdo de precios La actora no controvirtió la coincidencia en los precios del arroz paddy verde. Lo que adujo sobre el particular es que el fenómeno de uniformidad obedeció a otros factores tales como bajos márgenes de rentabilidad, la existencia de un contingente de importaciones de arroz, el mercado relevante en el territorio nacional, la incidencia de la existencia de inventarios, la intervención del estado en los procesos de compras de arroz, la existencia de los comités de compra en cada molino, la estacionalidad de la cosecha en el centro del país, y el poder de negociación de los agricultores, aspecto todos estos, estudiados y resueltos por la Superintendencia y respecto de las cuales tampoco logró demostrar su ocurrencia a fin de que se desvirtuara la presunción de legalidad de los actos enjuiciados por falsa motivación. En lo que respecta a la rentabilidad, por ejemplo, se advierte que incluso admitiendo que esos márgenes no les permitían a todos los molinos pagar un precio mayor, sigue resultando extraño que se haya decidido disminuir sus volúmenes de compra, puesto que si las necesidades de materia prima eran inferiores, no se explica por qué no bajó el precio de compra sino que se mantuvo en el mismo nivel en todos los molinos sancionados, ya sea para incrementar o para disminuir los precios[494]. • Contingente de importaciones			

[494] Páginas 20-23.

	Lo propio puede deducirse si se trata de valorar el señalamiento de la existencia de un contingente de importaciones de arroz, toda vez que, no existe en el expediente ninguna prueba que se dirija a demostrar que los niveles de oferta de éste tipo de arroz hayan registrado un incremento sustancial como consecuencia de las importaciones. A través del Decreto 539 de 2004 el Gobierno autorizó la importación de ciento ochenta mil (180.000) toneladas de arroz, pero también se encontró que el volumen de estas operaciones estuvo muy por debajo del autorizado durante el primer semestre de 2004, lo cual permite inferir que el efecto de las importaciones sobre el precio interno de compra fue prácticamente nulo. De igual forma, el Consejo de Estado consideró que los precios de compra establecidos por los molinos se mostraron ajenos a los efectos de las importaciones, pues no se explica por qué razón entre el 23 de febrero y el 18 de mayo de 2004 los investigados mantuvieron constante el precio base de compra de la carga de 125 kilogramos, siendo que habría tenido que bajar como consecuencia del incremento de la oferta producido por las importaciones. En tal contexto no se halla una explicación distinta a afirmar que existió un acuerdo para fijar los precios del citado cereal, como quiera que los montos de los incrementos o variaciones fueron idénticos, en los mismos periodos de tiempo y en igual proporción. Tampoco existe una explicación racional para el movimiento de los precios si se toma como referencia el comportamiento de las ventas, puesto que el argumento de

	la demandante es que al disminuir tales ventas, aumentaron los inventarios de paddy verde lo que obligó a disminuir los precios de compra, cuando en verdad, lo que reflejan las cifras, es que los precios cayeron cuando las ventas se incrementaron, luego el paralelismo de los precios carece de una justificación válida[495]. • Existencia de inventarios UNIARROZ también sostuvo que se vio en la necesidad de reactivar las ventas para salir del inventario que hasta ese momento recopilaba, puesto que en el mes de junio terminó con un inventario positivo de 214 toneladas, cuando lo esperado era uno negativo de 212 mil toneladas, lo cual implicaba bajar los precios de compra de arroz paddy verde. En relación con ello, el Consejo de Estado concluyó que el análisis de la SIC fue acertado pues acepta que las ventas disminuyeron de enero a febrero en un 70%, que de febrero a marzo se incrementaron en un 68% y que de abril a mayo aumentaron en un 12%, pero se resalta que pese a ello, los precios de compra del 16 de marzo de 2004 y 21 de mayo de ese año cayeron en $77.500, respectivamente, lo cual sorprende si se tiene en cuenta que las ventas aumentaron[496]. • Influencia de los molinos de arroz en el mercado Los molinos más representativos en cuanto a su volumen de venta son Roa y Flor Huila (38%), Arroz Diana (12%),

[495] Páginas. 23 y 24.

[496] Páginas. 25.

	Procearroz (9%), Improarroz (8%) y Uniarroz (5%), lo cual indica que las empresas investigadas están dentro de las seis (6) primeras con más poder de mercado en Colombia y que la demandada sí realizó el estudio del mercado para tomar la decisión que ahora se censura, circunstancia que permite concluir que UNIARROZ y las demás empresas sancionadas tenían amplia influencia en el mercado[497]. • Poder de negociación de los agricultores Los agricultores disponen de una mínima libertad para conseguir un mejor precio por su cosecha según se advierte de los contratos de prenda celebrados con los agricultores, liquidaciones y documentos de pago. Del contenido de estos documentos es claro los molinos quienes tienen la facultad de imponer las condiciones que mejor se acomoden a sus circunstancias, lo que coadyuva una conducta restrictiva de la competencia en cuanto al mercado de arroz paddy verde en el país por la simetría de precios en la oferta de ese producto y desvirtúa la afirmación que esboza la recurrente en este aspecto[498]. • Comités de compra y principio de confianza legítima El Tribunal sostuvo que no se explica cuál es la razón de la demandante para aseverar que se ha vulnerado el principio de confianza legítima, pues la existencia de los Comités de Compra en sí misma no implica una simetría de precios ni en este sector de la economía

[497] Páginas 25 y 26.

[498] Páginas 26 y 28.

	ni en ninguno otro. El objeto de la sanción en este caso es que de las reuniones contenidas en las actas de los comités, a que se ha hecho referencia, se desprende un evidente paralelismo de precios con las mismas variaciones y en los mismos periodos de tiempo, situación que al tenor de la normativa vigente debe ser sancionada. No se encuentra en la valoración de la SIC ninguna postura tendiente a desconocer el principio de buena fe o confianza legítima de los molinos investigados en el sentido que indica la recurrente, pues no se afirmó en ninguna parte de las decisiones que se acusan que los comités de compra fuesen escenarios propicios para convenir simetrías de precios en el arroz paddy verde. Por el contrario, lo que se observa es que la entidad demandada ponderó el contenido de las actas de los comités de compras evidenciando que existía un paralelismo casi perfecto en la variación de precios, tal y como consta en las tablas vistas a folios 31 y 32 del anexo número 3[499]. • Expectativas erradas de escasez La memorialista indicó que el Gobierno Nacional generó expectativas erradas de escasez para el año 2004, debido a la intervención que ejerció sobre el mercado para evitar fluctuaciones de precios durante el segundo semestre de 2003 y el primero de 2004, y que tal circunstancia, al igual que la cadena compleja de producción del cereal, fue desconocida por la SIC y el Tribunal al negar las pretensiones de la demanda.

[499] Páginas 28 y 29.

	La anterior circunstancia en modo alguno explica el paralelismo de los precios del arroz paddy en los cinco (5) molinos investigados en el mismo periodo de tiempo. Si bien, eventualmente puede demostrar un incremento del precio en el segundo semestre del año 2003, no justifica, se reitera, que durante el primer semestre del año 2004 se hayan fijado precios de manera uniforme y con las mismas variaciones[500]. • Estacionalidad de la cosecha La estacionalidad es un fenómeno conocido por los agentes que participan en el mercado, entre ellos, los molinos, lo cual supone la posibilidad de anticiparse y proyectar sus compras y mantener el nivel de inventarios adecuado a sus necesidades, de modo que no es válido afirmar que la estacionalidad, que caracteriza las cosechas de los llanos, haya afectado la zona de Tolima y de Huila al punto que determinó la fijación de precios que la SIC reprochó. Tampoco resulta lógico hablar de desabastecimiento como consecuencia de la anotada estacionalidad, puesto que, por un lado, tal argumento riñe con lo expuesto en cuanto a la existencia de inventarios, dado que también se invocó la acumulación de los mismos provocada por una supuesta expectativa de escasez originada en la actuación del Estado; y por otro, de la información que la misma empresa UNIARROZ suministró durante la actuación administrativa, se desprende que la zona de Tolima y Huila se ha caracterizado por tener el mayor aprovisionamiento de arroz paddy

[500] Páginas. 29-30.

	verde en el país a lo largo del año, debido a la continuidad y regularidad en su cosecha, circunstancias éstas de las cuales se colige de manera contundente que no se demostró el desabastecimiento que señala la demandante. Por último, debe tenerse en cuenta que de haberse presentado la supuesta presión competitiva derivada de la posibilidad de desabastecimiento que afrontaba cada molino, ésta se habría visto reflejada en un incremento de los precios de compra de arroz paddy verde a lo largo del primer semestre del año. Sin embargo, como ya se vio, el fenómeno presentado fue precisamente el contrario, toda vez que a partir del 23 de febrero de 2004 los molinos iniciaron una tendencia decreciente en los precios de compra de la materia prima, la cual se mantuvo hasta finales del semestre, comportamiento que no encuentra explicación económica, como quiera que en ese mismo periodo las cifras de inventarios y compras del cereal muestran una tendencia decreciente, lo que permite inferir que no existe correspondencia entre el movimiento de precios y los de compras e inventarios, ya referidos[501]. • Informe de FEDESARROLLO La Sala encuentra que la actora no explicó las razones por las cuales dicho estudio pudo incidir en la decisión sancionatoria que ahora censura, o en la providencia del Tribunal administrativo de Cundinamarca cuando negó las pretensiones de la demanda en primera instancia, circunstancia que, en principio, impediría un análisis sobre el particular en esta sede.

[501] Páginas 30 y 31.

	Estudiado el expediente administrativo lo que se advierte es que, contrario a lo dicho por la recurrente, la SIC sí analizó los resultados de dicho informe, tal cual consta en la Resolución No. 22625 de 2005 La Superintendencia estudió la mencionada *elasticidad cruzada*, es decir, analizó si existían sustitutos del arroz paddy a efectos de determinar si eso pudiera incidir en la nivelación del precio. En otras palabras, la SIC se pronunció sobre el punto al expresar que se presentaban las condiciones para verificar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, una de las cuales fue la acreditación de que el producto no tenía sustitutos[502]. • De las consideraciones del Consejo de Estado, se advierte que en algunos momentos la Corporación tiende a sustentar su postura basado en lo que dice la SIC, como ocurre por ejemplo en asuntos tales como el comportamiento de la oferta y la demanda del arroz paddy[503] o los comités de compras[504].
4.6. Pruebas:	Las pruebas mencionadas expresamente son: • Informe del Instituto Iberoamericano de Cooperación para la Agricultura • Gráfico de inventarios de arroz paddy de las investigadas • Contratos de prenda celebrados con los agricultores, liquidaciones y documentos de pago. En la sentencia otras pruebas referidas, sin embargo no se precisa cuáles son sino los folios del expediente en los cuales se encuentran o se indica simplemente que de las pruebas del proceso, es posible concluir lo indicado en la sentencia.

[502] Páginas. 31-33.
[503] Página 21 y 22.
[504]Páginas. 28 y 29.

4.7. Análisis deferencia:	La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de marzo de 2012, que negó las pretensiones de la demanda. Frente al argumento de la demanda según el cual la uniformidad de precios era resultado de diversos factores como bajos márgenes de rentabilidad, la existencia de un contingente de importaciones de arroz, el mercado relevante, entre otros, la sentencia señala: "lo que observa la Sala es que la recurrente no controvirtió la coincidencia en los precios del arroz paddy verde, por el contrario, acepta tal circunstancia, y lo que arguye sobre el particular es que el fenómeno de uniformidad obedeció a otros factores tales como bajos márgenes de rentabilidad, la existencia de un contingente de importaciones de arroz, el mercado relevante en el territorio nacional, la incidencia de la existencia de inventarios, la intervención del estado en los procesos de compras de arroz, la existencia de los comités de compra en cada molino, la estacionalidad de la cosecha en el centro del país, y el poder de negociación de los agricultores, **aspecto todos estos, estudiados y resueltos por la Superintendencia y respecto de las cuales tampoco logró demostrar su ocurrencia a fin de que se desvirtuara la presunción de legalidad de los actos enjuiciados por falsa motivación**" Por su parte, en la conclusión de la sentencia el juez expresa lo siguiente.

	"**El estudio efectuado por la SIC acerca del comportamiento de los molinos sancionados, entre ellos, de UNIARROZ, se encuentra razonable**, puesto que no es explicable que una empresa como la demandante, que compite en el mercado por el abastecimiento de materia prima, y que tiene requerimientos y posibilidades distintas a las demás, mantenga uniformes los precios por más de ciento ochenta (180) días; puesto que, aun cuando el precio de un producto puede presentar tendencias en una misma dirección, tal circunstancia no conduce necesariamente a que el precio sea único dado que, de acuerdo con la información que las mismas sociedades investigadas suministraron durante la actuación administrativa, los niveles de inventario y la consiguiente necesidad de abastecimiento, los márgenes de rentabilidad esperados, la capacidad de producción, almacenamiento y los gastos de personal son disímiles en una u otra empresa"[505] […] "Es claro **para la Sala que los actos estuvieron debidamente motivados, pues los supuestos fácticos que tuvo presente la SIC para imponer la sanción se sustentaron en la parte motiva de las decisiones censuradas**, **al tiempo que las razones jurídicas tuvieron pleno respaldo normativo, de modo que la acusación de falsa motivación en**

[505] Páginas 33 y 34 de la sentencia

	<u>la que funda la demanda y el recurso de apelación la sociedad UNIARROZ no tiene vocación de prosperar.</u>"[506] Si bien la sentencia en varios de sus apartes realiza la confrontación de los argumentos de la demanda con los de los actos administrativos demandados y elabora conclusiones a partir de sus propios razonamientos, los apartes citados denotan in viso de deferencia judicial. En efecto, la primera cita denota que la sentencia desecha los argumentos de la demanda que resumió con el argumento según el cual la autoridad administrativa se ocupó de ellos en el acto administrativo sancionatorio. Por su parte en la segunda cita, el falló señala que no se presenta la falsa motivación porque las resoluciones sancionatorias sustentaron los supuestos fácticos utilizados para imponer la sanción y las razones jurídicas esgrimidas tienen respaldo normativo. Como ya se ha señalado a lo largo del presente documento, se considera que esos razonamientos son visos de deferencia por que parten de un supuesto errado: si el acto administrativo demandado tiene justificaciones y desarrolla los temas, no se configura la falsa motivación. Ese presupuesto implica que por el solo hecho de existir, los argumentos de los actos demandados son correctos lo cual no puede concluirse sin hacer una revisión integral de los mismos de acuerdo a lo planteado en las respectivas demandas.

[506] Páginas 35 y 36 de la sentencia.

	No puede olvidarse que, tal como lo señala la sentencia, la falsa motivación se presenta cuando "se constata una discordancia entre las razones expresadas y la realidad de las cosas, bien porque ésta se falsea, se distorsiona o se ignora" o cuando "el ente administrativo realiza una equivocada lectura o interpretación jurídica de esa realidad o invoca un fundamento jurídico discordante, irreal o que no existe". Así las cosas, la sola existencia de argumentos o interpretaciones desvirtúan la configuración de la falsa motivación. Lo que la desvirtúa es la verificación de que esos argumentos o interpretaciones son reales, no están distorsionados, no ignoran la realidad de las cosas, no son mal interpretaciones, entre otras. Es por ello que ante un ataque consistente en falsa motivación, lo que se espera del juez administrativo es que confronte los argumentos de la demanda con los de los actos administrativos demandados y concluya si en virtud de ellos se presenta o no la falsa motivación, si el razonamiento de la administración es adecuado. Pero lo que no puede ocurrir es que la mera existencia de una sustentación de las resoluciones conlleve el rechazo de lo argumentos de la demanda pues en ese caso se estaría en presencia de una auto restricción del control judicial en favor de la administración, situación que no se contempla en el ordenamiento jurídico colombiano.

ANEXO 14 "Ficha 25. FLORHUILA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 25. Florhuila</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1.Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Carlos Enrique Moreno Rubio</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2007-00102-02</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>16 II 17</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Molino Florhuila S.A.
Molinos Roa S.A
Anibal Roa Villamil</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res.22625 del 15 de septiembre de 2005
• Res. 30193 del 14 de noviembre de 2006</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Artículo 47 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992 (Acuerdo de fijación de precios)</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Molinos Roa S.A. y Molinos Florhuila S.A. Flor Huila: $763.000.000
• Anibal Roa Villamil: $114.000.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declarar la nulidad de los artículos 1°,2°, 3°, 4° y 5° de la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005
• Que se declarar la nulidad de la Resolución No. 30193 de 2006 mediante la cual se confirmó la Resolución 22625 de 2005.
• Condenar a la Nación a la devolución de las sumas pagadas por los demandantes a favor del tesoro público, por concepto de las multas.</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">No formuló cargos formales</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.3.Cargos de fondo:</td><td colspan="4">• Violación de los artículos 29 y 83 de la Constitución Política y de los</td></tr>
</table>

	artículos 174, 175, 248 y 205 del Código de Procedimiento Civil La SIC no realizó una valoración apropiada de las razones económicas que explican cómo funciona el mercado del arroz en el país. Señaló que se desconoció el debido proceso, la presunción de inocencia y buena fe al no valorar debidamente los elementos probatorios aportados en la actuación administrativa. Indicó que la SIC no apreció en conjunto los indicios correspondientes y se limitó a avalar sus percepciones en probabilidades estadísticas. • El solo paralelismo en precios no es, en sí mismo, ilícito; la necesidad de pruebas adicionales Se dio una aplicación indebida de la normativa que faculta para sancionar los acuerdos restrictivos de la competencia, porque la igualdad en los precios de compra del arroz paddy verde en el periodo tomado como base por la SIC provino de condiciones específicas de competencia del mercado y no de una conducta contraria al orden jurídico. Aseveraron que la uniformidad de los precios no constituye por sí sola una conducta condenable, ya que dicha uniformidad puede ser el resultado normal de una conducta racional en mercados con pocos vendedores y con productos homogéneos. • **Violación de los artículos 174, 175, 248 del Código de Procedimiento Civil. Características y requisitos de la prueba indiciaria.**

	En la investigación administrativa no se cumplieron los presupuestos de la prueba indiciaria. Además, los elementos que se exponen a continuación evidencian que existieron otros aspectos que no se tuvieron en cuenta y que pudieron llevar a una conclusión distinta; a) *Caracterización del mercado relevante y funcionamiento* La SIC no hizo referencia a variables particulares de la cadena del arroz, sin las cuales era imposible obtener conclusiones sobre si es un mercado con tendencia a un precio único o en condiciones de competencia, las cuales son posibilidades aceptadas por el régimen económico legal de la libre competencia. Tales variables son las siguientes: (i) la elasticidad del precio de la demanda de arroz blanco lo cual era esencial para determinar el comportamiento de la cadena de arroz en Colombia y variable próxima de la demanda de arroz paddy. (ii) Tampoco se valoró la elasticidad cruzada respecto a sus posibles sustitutos, (iii) ni la elasticidad de oferta de arroz paddy. *b) Caracterización de la cooperación o no de un mercado oligopólico.* Frente al argumento de la SIC según el cual se estaba en presencia de un oligopolio con precios uniformes que generaba un comportamiento colusivo, los actores afirmaron que existían otras muchas posibilidades aceptadas en la teoría económica, de las cuales podría concluirse que no existía simetría entre los cinco (5) molinos más grandes dado que existían otros ciento veinticinco (125) en el mercado del arroz de al

	menos tres (3) clases, con alto grado de homogeneidad. En ese orden, no cabría esperar que en el mercado se produjese un acuerdo indirecto de precios a voluntad de los molineros, así como tampoco se puede derivar la relación de causalidad entre precios uniformes en oligopolio con acuerdo indirecto de precios ya que no existiría una teoría de la conducta de los agentes que sustente en forma exacta tal comportamiento. *c) Condiciones de oferta de arroz paddy en el primer semestre de 2004.* Los demandantes remitieron a la información estadística del primer semestre de 2004 a partir de la cual se determinan las condiciones de mercado que explican adecuadamente el comportamiento de los precios en ese periodo. Se refirieron de manera precisa a la información del DANE en la que consta que los aumentos del área sembrada y de productividad significaron el aumento de la oferta, situación que se consideraba atípica en el mercado pero que fue reconocida por el gremio de los productores de arroz paddy de FEDEARROZ. Anotó que el comportamiento en el primer semestre de 2004 de los precios de arroz paddy verde no se debió a un acuerdo entre los compradores sino a la falla del acuerdo del gremio de los productores para "tonificar el precio", lo cual restringió la oferta por la alta sensibilidad del precio a pequeños incrementos en el área sembrada. No obstante, la SIC no alude a éste acuerdo en los actos censurados.

	d) Inconsistencia en el análisis económico. La SIC utilizó la teoría de la fijación de precios finales de venta a un acuerdo de precios de insumos y de coordinación de políticas de compra, lo cual, a juicio de la parte demandante, es errado. Explicó que el costo del insumo se define en una estructura de costos en la que nada tiene que ver la estructura del bien final, pues en éste caso el bien intermedio es un dato externo. En otras palabras se acudió a un análisis estático que desconoce la vida real en la cual todo es constante (área sembrada, productividad, cantidades demandadas y ofrecidas). *e) Intervención del Estado en la cadena del arroz.* Efectuó un bosquejo de la intervención del Estado en el mercado arrocero indicando que se efectúa a través de un proceso de concertación que tiene en cuenta mecanismos de administración de contingentes para asignar cupos de importación de arroz e incentivos para el almacenamiento de arroz paddy. Al respecto adujo que la SIC no había hecho valoración de todo este fenómeno al expedir los actos impugnados. *f) Análisis inter temporal* Añadió que la SIC omitió el análisis de un periodo de tiempo lo suficientemente amplio que le hubiera permitido estudiar datos que determinaban el funcionamiento de los aspectos claves que afectan el mercado de arroz paddy verde tales como los inventarios acumulados en el segundo semestre de 2003, el precio subastado

	en el seno del Consejo Nacional de Arroz para el segundo semestre de 2003, el área sembrada en el segundo semestre de 2003, la influencia del incentivo de almacenamiento en el comportamiento del mercado y la tradición de concertación gubernamental en el sector arrocero. • Violación de los artículos 29 y 83 de la Constitución Política: Los actores consideraron que para imponer la máxima sanción personal prevista por la ley en caso de transgresión de las normas de competencia, era necesario que dicha entidad determinara la responsabilidad del representante legal a quien pretende fijar la sanción mediante un proceso de imputación específica de responsabilidad que en este asunto se omitió, y en ningún momento demostró, que el señor Aníbal Roa tuviera un grado de responsabilidad en el acuerdo de precios por el que se le sancionó. Esto debido a que se encuentra acreditado que el señor Aníbal Roa Villamil no tuvo injerencia en las decisiones vinculadas a los hechos investigados pues para esa época no residía en el país por razones de seguridad, circunstancia que además acreditó el revisor fiscal. Mencionaron los criterios de imposición de la sanción eran ilegales puesto que la terminación de un proceso por ofrecimiento de garantías no comportaba un juicio sobre la responsabilidad por conductas restrictivas de la competencia y tampoco procedía la ponderación de la sanción con base en el tamaño de las empresas en el mercado.

	• Violación del artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho fundamental a la igualdad en la interpretación y aplicación del derecho Los demandantes señalaron igualmente que se trasgredió el derecho a la igualdad al multar por un monto menor a las demás empresas sancionadas, justificando su proceder en el tamaño de las mismas pese a que la conducta investigada y los hechos en los que se basa son los mismos.
3.4.Pruebas técnicas:	Las pruebas que expresamente se indican son: • Informe del Instituto Iberoamericano de Cooperación para la Agricultura. • Acta de la reunión del Consejo Nacional del Arroz los días 24 y 30 de junio de 2004. • La intervención del entonces Ministro de Agricultura, Andrés Felipe Arias, en la respuesta escrita al debate de la proposición número 005 en la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes en la legislatura 2005-2006, llevada a cabo el 5 de octubre de 2005. • La publicación de FEDEARROZ en la revista Arroz de septiembre a octubre de 2005.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2.Motivo:				**Formal:**		**Fondo:**	X
4.3.Consideraciones formales:				No hizo expuso consideraciones formales.			
4.4.Pruebas:							
4.5.Consideraciones de fondo:				• Ausencia de análisis de los cargos primero y tercero de la demanda			

	El primer cargo de la demanda estuvo dirigido a afirmar que la SIC no había valorado las pruebas aportadas con el rigor suficiente y que ello había dado lugar a la expedición de los actos que se enjuician. Al respecto, lo que observa la Sala es que tal aseveración es apenas un señalamiento general sobre la presunta ausencia de ponderación de elementos probatorios y que, contrario a lo dicho, al respecto el Tribunal sí se pronunció, es más, lo hizo de forma expresa. En lo que hace al cargo tercero adujo que la prueba indiciaria con base en la cual se formularon los cargos y se sancionaron las conductas restrictivas de la competencia, carecía de respaldo probatorio en consideración a los contraindicios que se explicaron en las diferentes actuaciones administrativas y en el escrito de demanda. Los siguientes fueron los aspectos relacionados en éste último escrito. *a) Caracterización del mercado relevante y su funcionamiento* Las demandantes afirmaron que ni la Superintendencia ni el Tribunal estudiaron la *elasticidad cruzada*, es decir, presuntamente no se analizó si existían sustitutos del arroz paddy y que ello pudiera incidir en la nivelación del precio. Sobre el particular observa la Sala que, contrario a lo dicho por la parte actora, la SIC sí se pronunció al expresar que se presentaban las condiciones para verificar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, una de las cuales fue la acreditación de que el producto no tenía sustitutos[507]. *b) Existencia de un oligopsonio*

[507] Página 31

	Las demandantes sostuvieron que la homogeneidad del producto aunado a la existencia ciento veinticinco (125) molinos de tres (3) clases impedía que se hablara de un oligopolio. Al respecto lo que se advierte es que la SIC nunca se refirió a la existencia de un oligopolio sino a la de un oligopsonio, circunstancia que descartaría el análisis que al respecto efectuaron las demandantes para discutir la legalidad de las resoluciones que se acusan frente a éste aspecto, pues se trata de distintos fenómenos de la economía. En efecto, la actuación administrativa da cuenta de que, para la época de los hechos que dieron lugar a la conducta que se reprocha, el procesamiento de arroz paddy verde estaba en manos de setenta y cuatro (74) molinos activos, veinticinco (25) de los cuales se ubican en Tolima y Huila, y que de éstos, solamente doce (12) aplican tecnologías de punta y poseen economías de escala, dentro de las cuales se encuentran las demandantes. La investigación administrativa también evidencia que los demás molinos se caracterizaban por la aplicación de tecnologías atrasadas, bajos niveles de inversión y porcentajes de producción bajos, factores que impedían una competencia efectiva en igualdad de condiciones frente a los molinos que realizaban grandes inversiones y tenían desarrollo tecnológico, como es el caso de las empresas investigadas. Los molinos más representativos en cuanto a su volumen de venta son Roa

	y Flor Huila (38%), Arroz Diana (12%), Procearroz (9%), Improarroz (8%) y Uniarroz (5%), lo cual indica que las empresas investigadas están dentro de las seis (6) primeras con más poder de mercado en Colombia. Siendo ello así, es evidente el alto grado de participación de las demandantes en el mercado del arroz y la posibilidad de influenciar las condiciones de mercado, lo cual a juicio de la Sala, hace que se califique de correcta la interpretación que efectuó la SIC acerca de la existencia de un oligopsonio pues es claro que las demandantes detentan el control y poder sobre los precios, sin que para el estudio de éste cargo la parte actora haya expuesto un argumento suficiente que logre desvirtuar la presunción de legalidad de las decisiones que se impugnan. A lo anterior se agrega el escaso, por no decir inexistente, poder de negociación de los agricultores a la hora de vender el arroz a los molinos[508]. *c) Condiciones de la oferta de arroz paddy en el primer semestre de 2004* Las demandantes señalan que el aumento del área sembrada y el consiguiente incremento de la productividad y la falla del acuerdo del gremio de los productores para fortalecer el precio del arroz paddy verde fueron las causas que originaron la uniformidad en su precio. Sobre el particular el Consejo de Estado sostuvo que el aumento en la demanda de arroz paddy por virtud del incremento del área sembrada y de la

[508] Página 33-36

	productividad de las cosechas no es una condición eficiente que determine la uniformidad de los precios, sino que eventualmente puede generar la caída de los mismos. Se trata entonces de dos situaciones distintas que llevan indiscutiblemente a dos conclusiones diferentes siendo la primera objeto de investigación por resultar reprochable jurídicamente. En efecto, lo que se censura legalmente es que exista uniformidad de precios en un mercado y no que haya una posible disminución de los mismos. No encuentra la Sala prueba alguna que demuestre la existencia de un acuerdo de los agricultores dirigido a "tonificar el precio" y tampoco que dicho acuerdo haya fallado, cosa que tampoco conduciría a afectar la validez de los actos cuestionados dado que la existencia de dicho acuerdo no explicaría la uniformidad de los precios de compra del arroz por parte de los molinos. Según el Consejo de Estado, lo que sí existe en el plenario son pruebas orientadas a demostrar la citada uniformidad, siendo pertinente traer una adicional relacionada con los Comités de Compra de cada uno de los molinos investigados. Cada molino tiene un Comité de Compra encargado de definir los precios base que aplicarán para comprar el arroz paddy verde. Esas determinaciones son comunicadas a los agricultores a través de memorandos, que, para el caso concreto, sorprenden al evidenciar que aun cuando cada molino está integrado por personas diferentes, que se reúnen en lugares y fechas distintas, coinciden en el momento en que comienzan a regir

	nuevos precios y en el monto de la variación[509]. *d) Inconsistencias en el análisis económico* Las demandantes indicaron que la SIC se equivocó al aplicar una teoría para la fijación de precios finales de un producto a un caso de fijación de precios de insumos (como es el arroz paddy verde). En cuanto a la aplicación de una teoría inapropiada al caso bajo examen no encontró el Consejo de Estado respaldo jurídico en tal afirmación, pues las demandantes no determinan con claridad cuál fue el mecanismo que debió implementar la SIC para determinar si existía o no un acuerdo para la fijación de los precios del arroz paddy verde[510]. *e) Intervención del Estado en la cadena del arroz y las expectativas* Los demandantes sostuvieron que la intervención del Estado en la economía, y más precisamente en el mercado del arroz, define también los precios y las expectativas de los agentes en cuanto a la utilidad en su actividad, circunstancia que no fue tenida en cuenta al momento de sancionarlos. Trajeron a colación varios aspectos que ayudaron a determinar los precios generados por la aludida intervención estatal, tales como la concertación que sobre el tema existió en el segundo semestre de 2004, el mecanismo de administración de contingentes, el incentivo de almacenamiento y la

[509] Páginas 36 y 42.
[510] Páginas 42-43.

	existencia del Consejo Nacional del Arroz. Al efecto, transcribieron un acta del Consejo Nacional del Arroz que es irrelevante para este caso pues esta data del 24 y 30 de junio de 2004 y su finalidad era definir el precio base para el segundo semestre de 2004. Por lo tanto, lo allí dispuesto es irrelevante para este caso toda vez que la investigación fue sobre el comportamiento del precio del arroz paddy verde en el primer semestre de 2004. Además, de la lectura de lo allí discutido tampoco se evidencia que las cuestiones debatidas puedan inducir a los molinos a fijar precios de compra uniformes de arroz paddy verde. De otro lado, los demandantes sostuvieron que la existencia del Consejo Nacional del Arroz contribuyó a que los agentes que intervienen en el mercado se formen una visión compartida de los comportamientos de éste tipo de producto, dado que allí se discuten y negocian precios, mecanismos de asignación de contingentes de importaciones, se comparte información del nivel de producción actual y futura, tecnología, costos y demanda. No obstante, el Consejo de Estado cuestionó que dicha entidad sirva de sustento a los actores para defender la uniformidad de los precios de arroz paddy durante el primer semestre de 2004, pues lo que busca tal ente es definir las principales directrices de política de producción, industrialización, investigación y comercialización y asesorar al Gobierno Nacional en materia de política agrícola especialmente en lo relacionado con el comercio exterior,

	luego mal podría concebirse un escenario lícito como éste para la fijación de precios. De otro lado, respecto al mecanismo de administración de contingentes el Consejo de Estado consideró que no existe en el expediente ninguna prueba que se dirija a demostrar que los niveles de oferta de éste tipo de arroz hayan registrado un incremento sustancial como consecuencia de las importaciones. Lo que se demostró por parte de la SIC fue que a través del Decreto 539 de 2004 el Gobierno autorizó un contingente para la importación de ciento ochenta mil (180.000) toneladas de arroz, pero también se encontró que el volumen de importaciones efectivamente realizadas durante el primer semestre de 2004 estuvo muy por debajo del autorizado, lo cual permite inferir que el efecto de las importaciones sobre el precio interno de compra fue prácticamente nulo[511]. *f) Análisis intertemporal* Sobre este asunto, el despacho se remitió a lo dicho en el punto anterior. Por lo tanto, se centró en analizar si los altos promedios de inventarios pudieron haber incidido en la uniformidad de los precios. No obstante, concluyó que no hay ningún elemento dirigido a acreditar tal dicho, pues lo que quedó demostrado en el proceso fue una tendencia decreciente en los inventarios de paddy seco[512]. • Falta de valoración de los contraindicios

[511] Páginas 42 y 46.

[512] Páginas 46 y 47.

	El Consejo de Estado consideró que tampoco hay lugar a declarar la prosperidad de éste cargo pues todos los argumentos expuestos en la actuación administrativa fueron debidamente resueltos por la SIC. En efecto, se analizaron aspectos tales como la elasticidad de la demanda, de la oferta, elasticidad cruzada, existencia de un oligopsonio, las condiciones de la oferta de arroz paddy, las presuntas inconsistencias de análisis económico efectuado por la SIC, las diversas formas de intervención del Estado y la posibilidad de que afectara el mercado con la fijación indirecta del recio del citado cereal, el análisis intertemporal, la estacionalidad de la cosecha, etc., todos ellos valorados en cada caso sin que para el efecto hubiere sido suficiente para demostrar que la nivelación del precio del arroz paddy verde obedeció a una conducta propia del mercado[513]. • Conducta sancionable Para las demandantes la uniformidad de precios por sí sola no constituye una conducta sancionable desde el punto de vista del derecho a la competencia, dado que tal uniformidad puede ser el resultado de una conducta racional en mercados con pocos vendedores y productos homogéneos. Sin embargo, el Consejo de Estado consideró que en este caso dicha uniformidad no tenía explicación distinta a que efectivamente existió un acuerdo para fijar los precios del arroz, como quiera que los montos de los

[513] Página 48.

	incrementos o variaciones fueron idénticos, en los mismos periodos de tiempo y en igual proporción[514]. • Responsabilidad de los representantes legales Adujeron las demandantes que la única prueba que la SIC tuvo en cuenta para sancionar al señor Anibal Roa Villamil fue el Certificado de Cámara de Comercio en el que este figuraba como representante legal de las sociedades FLORHUILA y ROA. No obstante, el Consejo de Estado consideró que no sólo esa prueba documental fue tenida en cuenta para imponer la multa en cuestión, sino que además se analizaron aspectos tales como la declaración rendida en la actuación administrativa por el señor Roa Villamil, su presencia fungiendo de presidente en las reuniones de la Junta Directiva de las dos empresas durante la época en que ocurrieron los hechos y los informes rendidos por éste sobre los negocios que efectuaba en nombre los molinos[515]. • Graduación de la sanción Aun cuando la Superintendencia no denominó literalmente los criterios de dosificación de la sanción como "participación en el mercado" y "capacidad financiera de las sociedades", lo cierto es que de la lectura de las razones que tuvo en cuenta al momento de imponer la multa, se desprende que tales aspectos sí fueron ponderados por la SIC en los actos acusados y ello es evidente si se

[514] Páginas 49 y 56.
[515] Páginas 56 y 57.

	lee el numeral séptimo de la parte considerativa de la Resolución 22625 de 2005[516].
4.6.Pruebas:	• Res.22625 del 15 de septiembre de 2005. • Res. 30193 del 14 de noviembre de 2006. • Actas de los Comités Asesores de los molinos Roa y Florhuila. • Tablas de comportamiento de precios de base de compra de arroz paddy entre enero y junio de 2004 • Graficas de comportamiento de inventarios de arroz paddy de las investigadas • Informe del Instituto Iberoamericano de Cooperación para la Agricultura • Testimonios de los Gerentes de los molinos y de los gremios de arroz
4.7.Análisis deferencia:	El fallo confirma la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de mayo de 2012 que negó las pretensiones de la demanda. De las consideraciones de la sentencia objeto de análisis, se evidencia que existen visos de deferencia judicial al resolverse el cargo de la apelación que acusaba a la sentencia de primera instancia de no haber analizado los cargos primero y tercero de la demanda[517]y de limitarse a copiar la postura de la autoridad administrativa. El cargo primero de la demanda, según la sentencia que se analiza, consistió en el cuestionamiento sobre la valoración

[516] Páginas. 57 y 59.

[517] El cargo en comento es resumido por la sentencia en su Página 24, sí:

> "Arguyó que el Tribunal no estudió los cargos primero y tercero de la demanda y que se limitó a hacer con "copy and paste" del análisis efectuado por la SIC en los actos acusados. Para ilustrar su afirmación resumió los argumentos expuestos en cada uno de los citados cargos y el consiguiente análisis del Tribunal."

	de las variables económicas que realizaron los actos administrativos demandados[518]. Al respecto el fallo señaló: "10.1.1. El primer cargo de la demanda estuvo dirigido a afirmar que la SIC no había valorado las pruebas aportadas con el rigor suficiente y que ello había dado lugar a la expedición de los actos que se enjuician. Al respecto, **lo que observa la Sala es que** tal aseveración es apenas un señalamiento general sobre la presunta ausencia de ponderación de elementos probatorios y que, contrario a lo dicho, al respecto el **Tribunal sí se pronunció, es más, lo hizo de forma expresa,** veamos: "Al estudiar el acervo probatorio y al revisar la Resolución No. 22625 de 15 de septiembre de 2005 (Fls.17-76 del Cdno. de anexos de demanda) **se observa, que la Superintendencia de Industria y Comercio hizo una valoración apropiada de las pruebas, por lo que no se evidencia omisión o incorrecta apreciación de las mismas, afirmación que se sustenta en: la SIC llevo** a cabo un análisis en bases reales aportadas por las sancionadas y la administración respecto a los precios ofrecidos a los agricultores y las variables que lo determinaron, evidenciándose un paralelismo consciente en los valores, tal y como se expresó en la resolución sancionatoria a folios 35 a 71 del Cdno de anexos de demanda., donde hace relación a la

[518] Página 9 de la sentencia

	correspondencia de los precios con los movimientos de demanda, estudia la estacionalidad de la cosecha, la expectativa de escases del arroz paddy verde, la negociación de cosechas por parte de los agricultores, la inelasticidad de la oferta y la concentración de la demanda, todos estos análisis de los que concluyó, que la simetría de los precios, tiempos y movimientos se efectuaron en una coordinación deliberada de las sancionadas."[519] . El argumento de primera instancia prohijado por la sentencia del Consejo de Estado consiste en que la valoración de las variables económicas llevada a cabo en los actos administrativos demandados no fue incorrecta en los términos expresados en la demanda, porque en los actos administrativos demandados la Superintendencia se pronunció sobre las variables económicas. Ya se ha señalado de manera reiterada que frente a un cuestionamiento como el que hace el demandante en el cargo primero, lo que se espera de los jueces, de conformidad con el ordenamiento jurídico, no es que verifiquen la existencia de razonamientos en los actos administrativos demandados para proceder a desechar el cargo, sino que partiendo de las acusaciones de la demanda realicen su propio análisis de los hechos y las pruebas, determinen si lo realizado por la administración es válido y arriben a las conclusiones a las que haya lugar explicando las razones que la sustentan.

[519] Página 30 y 31 de la sentencia.

	Ese ejercicio de confrontación crítica en cabeza del juez es el núcleo fundamental del control judicial de los actos de la administración, pues solo así se puede garantizar que un poder independiente revise si otro poder con enormes facultades e incidencia en la vida de los administrados respetó el principio de legalidad y los derechos de las personas al ejercer su potestad sancionatoria. Otro ejemplo de la existencia de visos de deferencia judicial en la sentencia se observa en el pronunciamiento sobre el argumento según el cual la Superintendencia no tuvo en cuenta la sustituibilidad del producto. El cargo en comento fue resumido así por el fallo que se analiza: "En ese orden, la probabilidad de que la conducta sancionada se deba a un acuerdo es menor a la probabilidad de que se deba a una dinámica propia del mercado, ya que la elasticidad del precio de la demanda y la elasticidad de sustitución del arroz blanco son altas"[520] Así lo resolvió la sentencia: "Las demandantes también afirmaron que ni la Superintendencia ni el Tribunal estudiaron la elasticidad cruzada, es decir, presuntamente no se analizó si existían sustitutos del arroz paddy y que ello pudiera incidir en la nivelación del precio. Sobre el particular **observa la Sala que, contrario a lo dicho por la parte actora, la SIC sí se pronunció** al expresar que se

[520] Página 10 de la sentencia.

	presentaban las condiciones para verificar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, una de las cuales fue la acreditación de que el producto no tenía sustitutos. Así lo expresó la demandada: "1.- Existen pocas empresas. 2.- El producto es homogéneo. **3.- El producto no tiene sustitutos (si los tuviera, un incremento de los precios puede llevar a los clientes a comprar el producto susti ¿tuto**). 4.- La información acerca de las transacciones de ventas es ampliamente disponible: esto es, información acerca de quién vendió, cuánto producto, a quién, a qué precio." (Subrayas de la Sala). "Vistas así las cosas, **no encuentra la Sala que deba acogerse el cargo por las razones que adujeron las actoras, pues la SIC sí analizó las variables económicas** a efectos de descartar que la uniformidad de los precios en la compra de arroz paddy verde obedecía a un comportamiento del mercado."[521] ¿el hecho de que la administración haga un análisis determinado implica que el mismo es válido e infalible? Si como ocurre en el caso *sub examine* la parte demandante afirma que el producto tiene sustitutos y la administración afirma que no los tiene, lo que debe hacer el juez es emprender el análisis de sustituibilidad del producto y llegar a una conclusión propia que confrontará con los argumentos esgrimidos por las

[521] Página 32 de la sentencia.

	partes. Lo que evidencia la deferencia judicial es precisamente lo contrario: que el juzgador adopte la posición de la autoridad administrativa sin motivar tal decisión en su propio análisis y acogiendo las consideraciones del acto administrativo que los ciudadanos pusieron en tela de juicio, tal como se desprende de las anteriores citas de la sentencia. A lo largo de la sentencia en comento, se observan varios visos de deferencia similares los cuales no se citarán en aras de la brevedad. No obstante, resulta altamente ilustrativo lo acontecido en relación con la resolución del cargo según el cual el acto administrativo demandado no demostró la responsabilidad del representante legal de la sociedad demandada. Dicho cargo fue resumido así por la sentencia: "Los actores consideraron que para imponer la máxima sanción personal prevista por la ley en caso de transgresión de las normas de competencia, era necesario que dicha entidad determinara la responsabilidad del representante legal a quien pretende fijar la sanción mediante un proceso de imputación específica de responsabilidad que en este asunto se omitió, y en ningún momento demostró, como era su deber legal, que el señor Aníbal Roa tuviera un grado de responsabilidad en el acuerdo de precios por el que se le sancionó, toda vez que se encuentra acreditado que el señor Aníbal Roa Villamil no tuvo injerencia en las decisiones vinculadas a los hechos investigados pues para esa época no residía en el país por razones de seguridad, circunstancia que además acreditó el revisor fiscal."

	La sentencia resolvió el cargo de la siguiente manera: "No obstante, revisadas las decisiones que se **enjuician la Sala encuentra que no sólo esa prueba documental fue tenida en cuenta para imponer la multa censurada, sino que además se analizaron aspectos tales como la declaración rendida en la actuación administrativa por el señor Roa Villamil, su presencia fungiendo de presidente en las reuniones de la Junta Directiva de las dos empresas durante la época en que ocurrieron los hechos y los informes rendidos por éste sobre los negocios que efectuaba en nombre los molinos**. "En ese orden, **la Sala entiende, al igual que lo hizo la demandada, que el señor Anibal Roa Villamil** se halla incurso en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, toda vez que conoció y toleró conductas anticompetitivas." La anterior cita es diciente porque aun cuando el reproche en contra del acto administrativo consistió en afirmar que las pruebas allí esgrimidas no demostraban la responsabilidad del representante legal, el juez encargado del control judicial se limitó a señalar que se analizaron varios aspectos, sin expresar cual fue ese análisis y su resultado, y que entendía lo mismo que el acto administrativo demandado sin siquiera explicar cómo las pruebas allí esgrimidas demostraban la culpabilidad del representante legal. Es decir, frente al argumento de la demandante el

	control judicial ejercido fue nulo y deferente a favor de la administración.

ANEXO 15 "Ficha 27. COOFLOTAX"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 27. COOFLOTAX</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Guillermo Vargas Ayala</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00144-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>08 VI 16</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Res. 11651 del 29 de febrero de 2012</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 Ley 155 de 1959: Prohibición general
• Art. 45 Núm. 1 Decreto 2153 de 1992: Acuerdo. Práctica conscientemente paralela
• Art. 47 Núm. 1 Decreto 2153 de 1992: Acuerdo. Fijación directa o indirecta de precios.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa $1.071.200.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de la Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Nulidad de la Res. 11651 del 29 de febrero de 2012
• Que se declare que la demandante no adeuda suma alguna por concepto de sanción impuesta en los actos administrativos demandados
• Que se paguen perjuicios por concepto de daño emergente, lucro cesante, perjuicios al buen nombre.
• Devolución de la multa con intereses</td></tr>
</table>

3.2. Cargos formales:	• **Caducidad de la facultad sancionatoria.** Las conductas investigadas y sancionadas fueron de ejecución instantánea, agotándose el día 1º de abril del 2007. Esto supone que de acuerdo con el Art. 38 de CCA los tres años para ejercer la facultad sancionatoria vencieron el día 1º de abril del 2010, tiempo para el cual no existían los actos administrativos impugnados. • **Violación del principio de legalidad.** La Directora de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, mediante Resolución No. 55819 de 29 de septiembre de 2012 , declaró la caducidad de su facultad sancionatoria
3.3.Cargos de fondo:	• **No existió acuerdo de precios ni vulneración a las normas de competencia** El demandante actúa bajo la condición especial de ente cooperativo perteneciente al sector solidario. Los precios se ajustaron a esa condición y a la estructura del mercado de conformidad con las leyes 79 y 454 de 1998. En su calidad de cooperativa presta un servicio a sus afiliados y por tanto no compra combustible para venderlo a particulares, sino que lo expende única y exclusivamente a sus cooperados, motivo por el cual las ganancias generales son para bienestar de todos sus afiliados, y no para beneficio económico personal por sobre los precios del combustible. No se vulneró

				el principio de libertad regulada, puesto que los precios de su combustible no sobrepasaron el tope máximo establecido por el Ministerio de Minas y Energía.			
3.4.Pruebas técnicas:				N.A			
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	X	**Fondo:**	
4.3. Consideraciones formales:				**Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria:** • "Se tiene que las pruebas documentales que reposan en el expediente dan cuenta de que el hecho constitutivo de la sanción administrativa se concreta en el paralelismo en los precios de la gasolina y el ACPM ofrecidos por las estaciones de servicios ubicadas en el municipio de Duitama, conducta que fue desplegada de manera continua desde el año 2007 hasta el año 2009 tal y como se advierte a folios 117 (reverso) y 118 del cuaderno principal. Al respecto se precisa que la entidad demandada reprochó el hecho de que la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES FLOTAX DUITAMA acordara con otros actores del mercado, que también fueron objeto de investigación y de sanción, fijar precios del combustible y así incurrir, durante ese lapso de tiempo, en prácticas restrictivas de la competencia que se encuentran proscritas por el ordenamiento jurídico. Sobre el particular la Sala ya se pronunció en un caso precedente en el que se demandó la nulidad de los			

	mismos actos cuya legalidad se discute en este proceso.” [522] • “Precisamente, la Sala ha tenido oportunidad de precisar que, tratándose de conductas continuadas o permanentes, el término de caducidad debe contarse a partir del último acto. Bajo la aplicación de dicha regla se deduce fácilmente que el término de caducidad será el que contemple la norma vigente para el momento en que ocurra el último acto que haga parte de la conducta (permanente) que dio origen a la investigación administrativa, que, para el caso concreto, es el mes de diciembre de 2009”[523] • “Partiendo de que el último hecho constitutivo de la conducta fue en diciembre del año 2009, y que la decisión que puso fin a la actuación administrativa (Resolución 11651 de 29 de febrero de 2011) se notificó el 9 de marzo de 2012, se concluye que la facultad sancionatoria de la administración no ha caducado como quiera que entre uno y otro acto no habían transcurrido más de cinco años.” [524] **Sobre la violación del principio de legalidad:** • “La declaratoria de caducidad prevista en la Resolución No. 55819 sólo produjo efectos respecto de las conductas materia de investigación por

[522] Sentencia. Página 15 y 16. Nota: Cita la sentencia 2013-254 – Villa del Río. Esta última fundamentó su decisión básicamente en la Res. Sancionatoria.

[523] Sentencia. Página 16

[524] Sentencia. Página 17

	parte de la Dirección de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal, lo cual resulta apenas lógico si se tiene en cuenta que el artículo décimo quinto de la Resolución 33970 ordena que el asunto sea remitido a dicha dependencia "para lo de su competencia".[525] • Bajo este contexto no puede interpretarse, como lo pretende la parte actora, que el aludido acto administrativo puso fin a todas las investigaciones administrativas que se adelantaban en su contra, habida cuenta que, como se ha podido constatar, una era la investigación que se seguía en la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia y otra la que archivó la Superintendencia Delegada el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal a través de su Dirección de investigaciones."[526]
4.4. Pruebas:	• Resolución 55819 del 26 de septiembre de 2012 proferida por la Dirección de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal. • Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011 • "Pruebas que reposan en el expediente" folios 117 (reverso) y 118 del cuaderno principal
4.5. Consideraciones de fondo:	N.A
4.6. Pruebas:	N.A

[525] Sentencia. Página 18

[526] Sentencia. Página 19

4.7. Observaciones generales:	La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 8 de junio de 2016 que negó las pretensiones de la demanda y en ella no se ven visos de deferencia judicial. En efecto, la sentencia gira en torno a un único cargo consistente en la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración. Para llevar a cabo el control judicial, la sentencia señala que los aspectos que debe determinar son (i) si la conducta por la que se sancionó al demandante es continuada, toda vez que este afirma que no lo es; (ii) determinar la norma de caducidad aplicable y (iii) definir si operó la caducidad o no. Para resolver el asunto, la sentencia analiza las pruebas sobre el supuesto acuerdo y determina que la fijación de precios reprochada tuvo vigencia durante un periodo de tiempo, por lo que concluye que la conducta era continuada. Con fundamento en lo anterior realiza las consideraciones legales que estimó pertinentes para concluir que debía aplicarse la Ley 1340 de 2009 y que en aplicación de dicha norma, se verificaba que no había acaecido la caducidad pretendida por el demandante. En este caso el Consejo de Estado no tuvo que estudiar argumentos de tipo económico ni, en general, asuntos técnicos del derecho de la competencia, lo que probablemente le facilitó la tarea de llevar a cabo un control judicial de conformidad con lo exige el ordenamiento jurídico colombiano, esto es, resolviendo a cabalidad los asuntos planteados por el demandante a través de una confrontación de sus argumentos y los de la entidad demandada con el análisis realizado por

	el juez que le permitió llegar a una conclusión. Como se puede observar, el hecho de que el resultado del control judicial sea el de confirmar los actos de la administración no necesariamente implica que haya visos de deferencia judicial, lo que determina esa circunstancia en la forma en la que se lleva a cabo ese control judicial.

ANEXO 16 "Ficha 29. VILLA DEL RIO"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 29. VILLA DEL RÍO</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>María García González</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2013-00254-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>13 XI 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Estación de servicio Villa del Río, Nora Elisa Velandia y Orlando Becerra Barrera</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Res. 11651 del 29 de febrero de 2012</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general
• Art. 45 Num.1 Decreto 2153 de 1992: Acuerdo. Practica concertada o conscientemente paralela.
• Art. 47 Núm.. 1 Decreto 2153 de 1992: Acuerdos. Fijación directa o indirecta de precios
• Art. 4 Núm.. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $1.071.200.000 a Villa del Río
• Multa de $160.680.000 a Nora Elisa Velandia
• Multa de $160.680.000 a Orlando Becerra Barrera</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de la Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Nulidad de la Res. 11651 del 29 de febrero de 2012
• Exonerar a los demandantes de cualquier pago por hechos</td></tr>
</table>

	relacionados en los actos acusados • Ordenar a la SIC abstenerse de cobrar las sanciones impuestas
3.2. Cargos formales:	• **Violación del derecho al debido proceso:** La SIC aplicó los Decretos 3523 de 2009, 1687 de 2010 y 4886 de 2011, normas expedidas con posterioridad a la ocurrencia de los hechos investigados. La queja presentada el 1 de abril de 2007 que dio origen a la investigación da cuenta de que los hechos ocurrieron antes de la presentación de la misma. • **Caducidad de la facultad sancionatoria**: La conducta fue instantánea y no continuada pues la similitud en la fijación de precios se interrumpió numerosas veces a lo largo del 2007 y 2009. Transcurrieron más de 3 años entre la ocurrencia de los hechos (1 de abril de 2007) y la notificación del acto administrativo. No. 11651 de febrero de 2012. Incluso para la fecha de la notificación de la resolución de apertura No. 3970 del 10 de junio de 2010 ya había caducado la facultad sancionatoria de la SIC. • **Violación del principio de no autoincriminación y de presunción de inocencia:** En los interrogatorios practicados se exigió responder preguntas auto incriminatorias bajo la gravedad de juramento. A Orlando Becerra y a Nora Elisa Velandia los castigan con base en lo dicho en sus propios interrogatorios.

	La SIC practico una inspección en la cual no se determinaron los puntos objeto de examen. • **Violación del derecho de defensa:** La SIC decidió investigar hechos ocurridos entre enero y junio de 2007. Posteriormente extendió la investigación hasta hechos ocurridos en diciembre de 2009.
3.3.Cargos de fondo:	• **Indebida aplicación del régimen de responsabilidad objetiva:** A la SIC solo le bastó para sancionar, la demostración de la existencia de una similitud de precios, que resulta ser un indicio, pero no tuvo en cuenta su objeto y mucho menos sus efectos, es decir, si efectivamente existió o no limitación de la competencia, o si los precios acordados eran inequitativos. Los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia, previstos en los artículos 47 y 8° del decreto 2153 de 1992, no pueden considerarse como una responsabilidad objetiva. No basta con acreditar la existencia de un acuerdo de precios para establecer que se trata de un medio torcido o desleal, pues se requiere también demostrar que ese acuerdo de voluntades tuvo por objeto impedir, restringir o falsear a la competencia.
3.4.Pruebas técnicas:	• N.A

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	X	**Fondo:**	X

4.3. Consideraciones formales:	**Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria:** • "De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el acuerdo de precios se produjo y se conservó por las distribuidoras de combustibles relacionadas en las Resoluciones acusadas hasta el mes de diciembre de 2009, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos de las Tablas núms. 6, 7, 8, 9 y 10, así como en la Gráfica núm. 5, visibles en el anverso y reverso de los folios 146 y 147 del cuaderno de Anexos de la demanda, lo que le permite concluir a la Sala que la conducta cometida por los demandantes catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada."[527] • "Siendo la conducta continuada por parte de los demandantes, para la Sala no existe el menor asomo de duda de 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."[528] • "Se advierte, en conclusión, que desde la última fecha de

[527] Página 24. **Nota:** Las tablas a las que se hace referencia la sentencia son tablas comparativas que expone la SIC en la resolución sancionatoria No. 71794 (Página 58), para mostrar los "precios de gasolina corriente en Duitama" de enero de 2007 a junio de 2009. Las tablas tienen como fuente diferentes folios dentro del expediente. La Gráfica 5 es el resultado de los datos de las tablas.

[528] Página. 25

	ejecución de la conducta contraria a las normas de promoción de la competencia, esto es, diciembre de 2009, hasta la fecha de notificación de las Resoluciones núms. 71794 del 12 de diciembre de 2011 y 11651 de 29 de febrero de 2012, es decir, los días 16 de diciembre de 2011 y 13 de marzo de 2012 , respectivamente, no había transcurrido el término de cinco (5) años, a que se refiere el artículo 27 antes citado a efectos de que se produjera el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado." [529] • "Para la fecha en que entró en vigencia la Ley 1340 ("Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"), esto es, el 24 de julio de 2009 , los distribuidores de combustibles relacionados en las Resoluciones demandadas continuaban desarrollando las conductas constitutivas como infractoras a las normas de promoción de competencia y práctica comercial restrictiva, extendiéndolas hasta el mes de diciembre de ese mismo año, sometiéndose, en consecuencia, a la legislación vigente por esa fecha, esto es, la Ley 1340 de 2009." [530] **Sobre el derecho a la no autoincriminación y la presunción de inocencia**

[529] Página 26.

[530] Página 25.

	• "Dentro de este contexto normativo, el Código de Procedimiento Civil establece la posibilidad de practicar inspecciones judiciales así como interrogatorios de parte, entre otros medios de prueba, con el propósito de obtener la verdad y certeza de los hechos sometidos a examen judicial.(…) Bien puede el citado a interrogatorio de parte guardar silencio frente a lo que él considere que lo auto incrimina, sin que pueda ser tenido dicho silencio como indicio en su contra."[531] • "Respecto de la inspección judicial, establece el artículo 245 y siguientes del C. de P. C., que quien pida la práctica de esa prueba "expresará con claridad y precisión los puntos sobre los cuales ha de versar…", sin embargo, se admite la posibilidad de que el Juez, oficiosamente, pueda buscar la ampliación del objeto de la prueba, siempre con el ánimo de obtener la verdad procesal. Así, sostuvo, la Corte Constitucional, en sentencia T-731 de 2013" [532] • "Revisado el trámite de la actuación administrativa adelantada contra los demandantes por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, no observa la Sala violación al derecho constitucional

[531] Página 28.

[532] Página. 29

	fundamental al debido proceso alegado por los apelantes en la práctica de las diligencias probatorias desarrolladas por la Superintendencia de Industria y Comercio." [533]
4.4. Pruebas:	• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011 • Res. 11651 del 29 de febrero de 2012
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva.** • "Habida cuenta de que el precio de dicho producto está determinado por factores como los costos de producción(…)Por las expectativas de utilidad del productor, los costos de distribución, el margen de utilidad del distribuidor, el posicionamiento o acreditación del producto y la calidad del mismo, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto, es poco probable que dos empresas coincidan en todos esos factores" [534] • "No es admisible, por razones prácticas, que como resultado de tales condiciones o factores dos empresas diferentes lleguen a fijar precios idénticos para un mismo producto, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción... De modo que tanta coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo como efecto la fijación indirecta de

[533] Ibid.

[534] Página 32.

	precios del producto ya especificado". [535] • "La fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto."[536] • Dichas coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado de tiempo, por dos o más empresas, no pueden ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el combustible en este caso, depende de factores variables, como son: los costos de producción, de transporte, de operación de cada estación de servicio, del nivel de eficiencia, las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, los cuales varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trate de un mismo producto."[537] • "Se evidenció una voluntad exterior que permitió colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y

[535] Página 32.

[536] Página 33.

[537] Página 33.

	finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada, esto es, **quedó plenamente demostrada** la ocurrencia de un acuerdo entre los actores, en virtud del cual, se fijó el precio del galón de gasolina en una sincronización y coincidencia notable.” [538]
4.6. Pruebas:	• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011 • Res. 11651 del 29 de febrero de 2012 • “Pruebas obrantes en el expediente”
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 28 de marzo de 2014 que negó las pretensiones de la demanda y en ella no se ven visos de deferencia judicial. En efecto, la sentencia gira en torno a tres cargos relativos a la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración, la violación del principio de no autoincriminación y la aplicación indebida de la responsabilidad objetiva. Para resolver el asunto, la sentencia analiza las pruebas sobre el supuesto acuerdo y determina que la fijación de precios reprochada tuvo vigencia durante un periodo de tiempo, por lo que concluye que la conducta era continuada. Con fundamento en lo anterior realiza las consideraciones legales que estimó pertinentes para concluir que debía aplicarse la Ley 1340 de 2009 y que en aplicación de dicha norma, se verificaba que no había

[538] Página 34.

	acaecido la caducidad pretendida por el demandante. En este caso el Consejo de Estado no tuvo que estudiar argumentos de tipo económico ni, en general, asuntos técnicos del derecho de la competencia, lo que probablemente le facilitó la tarea de llevar a cabo un control judicial de conformidad con lo exige el ordenamiento jurídico colombiano, esto es, resolviendo a cabalidad los asuntos planteados por el demandante a través de una confrontación de sus argumentos y los de la entidad demandada con el análisis realizado por el juez que le permitió llegar a una conclusión. En relación con los dos cargos restantes procede de la misma manera: confronta los argumentos de la demanda con su análisis propio de las normas, hechos y pruebas pertinentes y arriba a una conclusión.

ANEXO 17 "Ficha 32. GASES DE OCCIDENTE"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 32. Gases de occidente</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1. Juez:</td><td colspan="5">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Primera – Subsección A</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Claudia Elizabeth Lozzi Moreno</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2013-02773-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">11 IX 14</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">(nombre completo de los demandantes) Gases de Occidente S.A. ESP (en adelante "Gases de Occidente").</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 4907 del 18 de febrero de 2013
• Res. 27748 del 14 de mayo de 2013.</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Núm. 6 artículo 50 del decreto 2153 de 1992.</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Gases de Occidente: $1.311.657.500 – En la Res. 27748 del 14 de mayo de 2013 la SIC, resuelve recurso de reposición, la SIC redujo la sanción a $655.828.750.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5">Principales:

• Declara la nulidad de las Res. 4907 del 18 de febrero de 2013 y la Red. 27748 del 14 de mayo de 2013.
• Restablecer el derecho del Demandante, con la ejecutoria de la sentencia que ordene la nulidad de las resoluciones demandadas.
• A título de reparación al Demandante, se ordene la devolución del valor pagado, indexado y con liquidación de intereses desde la fecha de la conciliación y/o ejecutoria de la sentencia.

Subsidiarias

• Declara la nulidad parcial de las Res. 4907 del 18 de febrero de 2013 y la Red. 27748 del 14 de mayo de 2013, ordenando la modificación de la tasación de la sanción.
• Restablecer el derecho del Demandante, con la ejecutoria de la sentencia que ordene la nulidad parcial de las resoluciones demandadas.
• A título de reparación al Demandante, la devolución la diferencia de valor entre la sanción ajustada y la sanción impuesta, indexada y con liquidación de intereses desde la fecha de la conciliación y/o la ejecutoria de la sentencia.</td></tr>
</table>

3.2. Cargos formales:	• Violación del debido proceso							
3.3.Cargos de fondo:	• Falsa motivación o Violación principio de legalidad o Violación al principio de la proporcionalidad o Violación al principio de la buena fe y confianza legítima							
3.4.Pruebas técnicas:								
4. FALLO								
4.1.Decisión								
Niega:	**X**	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**		
(observaciones)								
4.2. Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	**X**	
4.3. Consideraciones formales:	**Violación al debido proceso** • Indebida valoración de los medios probatorios "(…) observando el debido proceso al permitir el ejercicio del derecho de contradicción y defensa a la sociedad demandante"[539] • Inexistencia de los elementos taxativos para establecer la sanción "En conclusión como en el curso del proceso el demandante no logró desvirtuar las razones que dieron lugar a la imposición de la sanción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, por ello la decisión contenida en las resoluciones números. 4907 del 18 de febrero de 2013 y 27748 del 14 de mayo de 2013, fue justificada y proporcional (…)"[540]							
4.4. Pruebas:	• Res. 4907 del 18 de febrero de 2013 • Res. 27748 del 14 de mayo de 2013.							
4.5. Consideraciones de fondo:	**Falsa motivación** "De lo anterior se colige para la Corporación que la sociedad demandante incurrió en abuso de la posición de dominio al restringir el acceso al mercado de instalaciones de redes internas de gas natural durante el periodo comprendido entre el abril y agosto de 2011, incurriendo con esta conducta en las causales de imposición de multas de los numerales 3 y 6, razón por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso la sanción que como se observó descansa en la normatividad citada"[541] "Respecto a los principios de la Buena Fe y la Confianza Legítima alegados por la sociedad demandante, donde adujo que los requisitos adicionales impuestos por la misma no previstos en la normativa regulatoria, tuvieron como finalidad la de garantizar una complete idoneidad en las personas naturales o jurídicas que podrían prestar el servicio de instalación de las redes internas, en aras de a garantizar y proteger al usuario final del servicio y evitar una instalación							

[539] Ibid. Página 36.

[540] Ibid. Página 36.

[541] Ibid. Página 26.

	deficiente y peligrosa, se descartaran por la colegiatura por cuanto no le es dado a los particulares asumir el rol del legislador, menos aun cuando las normas que rigen la materia tienen el carácter especial como son las resoluciones expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, tales como la resolución CREG N 033 de 199, y resolución CREG 011 de 2002 y la ley 142 de 1994 que rige la prestación de los servicios públicos, entre otras, y respecto de lo cual el demandante no aduce nada en contrario ni aporta prueba que las desvirtúe, en este orden el cargo de falsa motivación no prospera"[542]
4.6. Pruebas:	• Res. 4907 del 18 de febrero de 2013 • Res. 27748 del 14 de mayo de 2013.
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda al considerar que ninguno de los cargos presentados por la demanda debe prosperar. En principio, pareciera que el fallo aborda de manera adecuada y sustentada los cargos del actor y los confronta con los expuestos por la Superintendencia para luego adoptar una posición. No obstante, se identificaron visos de deferencia en la sentencia, pues aun cuando desde el punto de vista forma pareciera que la misma toma en cuenta los argumentos de la demanda y los confronta con los actos administrativos demandados, en el análisis crítico de uno de los cargos se evidencia que el juez no llevó a cabo en control judicial. En efecto, uno de los cargos señalados por el demandante consiste en la indebida valoración de unas pruebas por parte de la Superintendencia, pues en su concepto de un correo electrónico determinado no podía extraerse la conclusión a la que arribó la Superintendencia y que fue tenida en cuenta para sancionarlo. El cargo se resume así en la sentencia en comento: "Aduce que mal podía la Superintendencia de Industria y Comercio dar el valor de plena prueba a los mensajes en referencia, para concluir que fueron los requisitos exigidos de manera particular por su prohijada, los que impidieron el registro de los instaladores de redes internas de gas natural a personas que como el señor John Alexander Alzate no cumplían con los requisitos exigidos o requeridos, **sin establecer previamente que se trataba de aquellos requisitos que de forma particular GDO, había exigido para tales efectos y no de aquellos exigidos de manera taxativa y general por la regulación imperante en la materia."**[543] El cargo luce claro: según el demandante el acto administrativo valoró un correo como prueba de que la exigencia de unos requisitos adicionales a los establecidos a la ley impidieron a una persona registrarse como instalador, sin embargo, afirma, del correo en mención no se desprende cuales fueron los requisitos que no cumplió la persona, si los señalados en la ley o los adicionales exigidos por el demandante.

[542] Ibid. Página 26.

[543] Página 27 de la sentencia.

	El cargo es resuelto por la sentencia de la siguiente manera: "Del examen del plenario se observa que en el cuaderno No. 5 de los antecedentes administrativo a fls. 1769-1774 obra la resolución No. 35339de 2012 mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio decretó la práctica de pruebas solicitadas por la demandante y el señor Arturo Gutierrez de Piñeres, entre las cuales se encontraban, pruebas documentales, testimoniales e interrogatorio de parte, entre otras, con lo cual se evidencia que no solo le dio valor a los correos electrónicos alegados por la demandante, sino que también valoró otros medios probatorios brindando la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa y contradicción base del principio constitucional al debido proceso en el trámite administrativo."[544] Si bien pareciera que el cargo fue resuelto por la sentencia, en concepto de este autor ello no ocurrió por cuanto el fallo no analizó críticamente la valoración de las pruebas que reclamaba cargo elevado por el demandante. No se sabe la opinión del juez sobre si de los correos se desprendía las conclusiones adoptadas por los actos demandados ni mucho menos se determinó si el cargo del demandante tenía razón. Lo que hace la providencia en comento es señalar que en el proceso la Superintendencia decretó varias pruebas a las que le dio valor. ¿el hecho de que la Superintendencia decrete y valore pruebas conlleva que la valoración es correcta? La pregunta adicional que surge es si un cargo que ataca la valoración de determinados medios de prueba puede resolverse afirmado que la entidad demandada valoro más pruebas. Lo que se espera del juez en estos eventos es que analice críticamente la valoración probatoria puesta en entredicho en la demanda y que de acuerdo con su conclusión determine la incidencia de ello en relación con la legalidad del acto administrativo que revisa, o que, por lo menos, explique por qué no es necesario detenerse en la valoración que reclama el cargo de la demanda. Ahora bien, no puede determinarse si el resultado del proceso judicial hubiese sido distinto en caso de que la sentencia hubiera realizado el control judicial en la forma en que se reclama, sin embargo, es importante precisar al respecto que lo que interesa a la presente investigación no es el resultado de los procesos, sino la manera en que se está realizando el control judicial, razón por la cual la identificación de los visos de deferencia judicial, con independencia de su incidencia en el resultado final del proceso, son los que se resaltan. En la mayoría de ocasiones, identificar los visos de deferencia judicial no resulta sencillo, pues la gran mayoría de sentencias son juiciosas en identificar los cargos de la demanda y en referirse a ellos en sus consideraciones. El asunto que debe analizarse detenidamente es la forma como la sentencia analiza el

[544] Página 32 de la sentencia.

	cargo y lo resuelve. La simple referencia no [545]quiere decir que automáticamente el control judicial se realizó adecuadamente. Este fallo sería confirmado por el Consejo de Estado en sentencia del 30 de julio de 2015 que se analiza también en la presente investigación.

[545] Páginas 23 a 26 de la sentencia.

ANEXO 18 "Ficha 33. GASES DE OCCIDENTE"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 33. Gases de occidente</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1.Juez:</td><td colspan="5">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Primera</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Maria Elizabeth García González</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2013-02773-01</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">30 VII 15</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">(nombre completo de los demandantes) Gases de Occidente S.A. ESP (en adelante "Gases de Occidente").</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 4907 del 18 de febrero de 2013
• Res. 27748 del 14 de mayo de 2013.</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Núm. 6 artículo 50 del decreto 2153 de 1992.</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Gases de Occidente: $1.311.657.500 – En la Res. 27748 del 14 de mayo de 2013 la SIC, resuelve recurso de reposición, la SIC redujo la sanción a $655.828.750.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5">Principales:

• Declara la nulidad de las Res. 4907 del 18 de febrero de 2013 y la Red. 27748 del 14 de mayo de 2013.
• Restablecer el derecho del Demandante, con la ejecutoria de la sentencia que ordene la nulidad de las resoluciones demandadas.
• A título de reparación al Demandante, se ordene la devolución del valor pagado, indexado y con liquidación de intereses desde la fecha de la conciliación y/o ejecutoria de la sentencia.

Subsidiarias

• Declara la nulidad parcial de las Res. 4907 del 18 de febrero de 2013 y la Red. 27748 del 14 de mayo de 2013, ordenando la modificación de la tasación de la sanción.
• Restablecer el derecho del Demandante, con la ejecutoria de la sentencia que ordene la nulidad parcial de las resoluciones demandadas.
• A título de reparación al Demandante, la devolución la diferencia de valor entre la sanción ajustada y la sanción impuesta, indexada y con liquidación de intereses desde la fecha de la conciliación y/o la ejecutoria de la sentencia.</td></tr>
</table>

3.2. Cargos formales:	• Violación del debido proceso
3.3.Cargos de fondo:	• Falsa motivación o Violación principio de legalidad o Violación al principio de la proporcionalidad o Violación al principio de la buena fe y confianza legítima En sede apelación surge un reproche adicional, sobre la sentencia proferida por el Tribunal, alega la Demandante que la sentencia partió de un supuesto: se sancionó por los núm. 3 y 6 del decreto 2153 de 1992; pero, la sanción fue proferida con fundamento en el núm. 6.
3.4.Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**		**Confirma:**	**X**	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2.Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	**X**

4.3.Consideraciones formales:	**Violación al debido proceso** "En efecto, las razones antes expuestas demuestran que la Superintendencia expresó de manera clara y precisa los motivos determinantes que la llevaron a sancionar a la actora, vale decir, por cuanto la demandante abusó de su posición de dominio, al obstruir e impedir el acceso de instaladores al mercado de instalación de redes internas de gas natural, en la zona en la que es ella distribuidora de gas natural, durante el período de abril a agosto de 2011, mediante el establecimiento de requisitos que exceden los previstos por las autoridades competentes, para otorgar el registro de los mencionados instaladores, como se dijo anteriormente, lo cual permitió a la demandante que se centrara en los motivos realmente determinantes de la decisión sancionatoria, y a ejercer en debida forma su derecho de contradicción y defensa, a través de la interposición del recurso de reposición y presentación de solicitudes de nulidad."[546]
4.4.Pruebas:	• Res. 4907 del 18 de febrero de 2013 • Res. 27748 del 14 de mayo de 2013.
4.5.Consideraciones de fondo:	**Falsa motivación** "De manera, que contrario a lo señalado por la recurrente, el anterior recuento demuestra fehacientemente que la motivación de los actos administrativos acusados fue congruente y coherente, dado que la Superintendencia de Industria

[546] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Maria Elizabeth García González, del 30 de julio de 2015, Radicado No. 25000234100020130277301, Demandante: Gases de Occidente S.A. ESP, Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, apelación de sentencia. Página 38-39.

	y Comercio indicó claramente que la conducta por la cual investigó y sancionó a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. fue por establecer o exigir requisitos restrictivos de la competencia, para otorgar el registro de instaladores de redes internas de gas natural, vale decir, por exigir requisitos, durante el período de abril a agosto de 2011, que impidieron que instaladores independientes pudieran acceder al registro de la empresa demandante y, por tanto, no tuvieran la oportunidad de acceder al mercado de instalación de redes internas de gas natural, ni estuvieran autorizados para ofrecer sus servicios a los usuarios del mercado de distribución de gas."[547] "En el presente caso, la sanción impuesta es proporcional a los hechos que la motivaron, pues según se infiere del contenido de los actos acusados, se analizó tanto la conducta desplegada, como los argumentos dados por la actora, a la luz de las disposiciones del Decreto 2153 de 1992 y de la Ley 142 de 1994, que le fueron imputadas, como del artículo 25 la Ley 1340 de 2009, y atendiendo las circunstancias y la relevancia del mercado afectado, se demostró que la conducta realizada por la empresa demandante tenía que ser sancionada, teniendo en cuenta la connotación restrictiva de la libre competencia que tiene la misma y la responsabilidad que le cabía a la actora, por ser una empresa de servicios públicos domiciliaria que atiende a los usuarios de gas natural, el cual es un servicio público esencial, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 142 de 1994."[548]
4.6.Pruebas:	• Res. 4907 del 18 de febrero de 2013 • Res. 27748 del 14 de mayo de 2013.
4.7.Análisis deferencia:	La sentencia confirma la providencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de septiembre de 2014 que negó las pretensiones de la demanda y que fue objeto de análisis en esta investigación (ver ficha "32. Gases de occidente). Entre los argumentos de la apelación resalta que el demandante afirma que el fallo de primera instancia no estudio de fondo ninguno de sus argumentos. Ahora bien, contrario a la sentencia de primera instancia, en el fallo que se comenta no se evidencia deferencia judicial. Incluso, el viso de deferencia que se identificó en el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es corregido por el Consejo de Estado ya que en relación con el cargo señalado por el demandante que cuestionaba la valoración probatoria de unos correos electrónicos, la sentencia en comento procede a realizar la valoración de dichas pruebas procesales, la confronta con los argumentos de la demanda y resuelve el cargo:

[547] Ibid. Página 34.

[548] Ibid. Páginas 44 y 45.

	"En lo que atañe al cargo de FALSA MOTIVACIÓN, sustentado bajo el argumento de que el contenido de los correos electrónicos, dirigidos al señor JHON ALEXANDER ALZATE VILLADA, no permite establecer que la negativa de la demandante a registrarlo, como instalador de redes internas de gas natural, sea por el incumplimiento de requisitos adicionales establecidos por aquella o por el incumplimiento de los requisitos exigidos y enumerados por la CREG, la Sala estima que tampoco está llamado a prosperar, por lo siguiente: De los correos electrónicos enviados por GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P al señor Alzate Villada se desprende que la actora sólo aprobó su inscripción en el registro de instalaciones de red internas de gas en septiembre de 2011, una vez la empresa distribuidora modificó los requisitos y los ajustó conforme a los establecidos por la Ley, y que no tuvo en cuenta la solicitud inicial de registro, presentada por él en mayo de 2011, cuando aún estaban vigentes los requisitos adicionales fijados por la demandante. Ciertamente, los siguientes correos electrónicos enviados por el señor Alzate Villada a GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. ponen de presente que la solicitud de registro de mayo de 2011 no fue aprobada, a saber: . Correo electrónico enviado el 18 de mayo de 2011 "… Tenga buena tarde, con la presente les informo que la semana pasada envié los documentos para el registro único de instalaciones internas de gases de occidente, deseo saber si llegaron los documentos a sus manos y qué pasos seguir para la certificación o si puedo ir a las instalaciones con cita previa…" . Correo electrónico enviado el 13 de agosto de 2011 "La presente es para información del correo que ustedes me enviaron en la cual me informaban que la documentación de la inscripción en el registro de constructores de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales de gases de occidente está incompleta. Mi pregunta es debo volver a enviar toda la documentación o solamente los requisitos que faltaban por anexar?..." (Las negrillas fuera de texto) Y los siguientes correos electrónicos, que fueron enviados por GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P al señor Alzate Villada, demuestran que la solicitud de registro fue aprobada, después de que fueron modificados los referidos requisitos de registro: . Correo electrónico enviado el 6 de septiembre de 2011

	"Agradecemos su interés de registrarse como constructor de instalaciones internas de gas natural en edificaciones residenciales y comerciales ante Gases de Occidente S.A. ESP Al respecto le informamos que la información registrada en nuestra página ha cambiado lo invitamos a consultar la ruta adjunta y enviar de nuevo su solicitud por escrito con los respectivos soportes." (Las negrillas y subrayas fuera de texto) . Correo electrónico enviado el 29 de septiembre de 2011 "Por medio de la presente nos permitimos informarles que conforme a la solicitud de inscripción presentada por ustedes en fecha (2011/09/08), Gases de Occidente S.A. ESP ha aprobado su inscripción como empresa instaladora o instalador…"(Las negrillas y subrayas fuera de texto) "Ahora, con respecto a si la negativa de GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. a registrarlo en mayo de 2011, como instalador de redes internas de gas natural, obedeció al incumplimiento de los requisitos adicionales, para la Sala no cabe duda que lo fue por cuanto la actora exigió requisitos adicionales a los establecidos por la CREG, pues dentro de la investigación quedó plenamente comprobado que durante el período de abril a agosto de 2011, la actora estableció requisitos adicionales a los fijados por las autoridades competentes, hecho que en momento alguno ha sido controvertido y mucho menos negado por la demandante, conforme lo indicó en el memorial contentivo del recurso de apelación, a saber:"[549] El anterior ejercicio fue precisamente el que se echó de menos al analizarse la sentencia de primera instancia.

[549] Páginas 40 a 42 de la sentencia

ANEXO 19 "Ficha 37. LA GALLETA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 35. LA GALLETA</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Marco Antonio Velilla Moreno</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2001-01029-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>23 V 13</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">• Industria de alimentos La Galleta S.A. (también INDUGA)
• Álvaro Henao Cepeda.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">Res. 15653 del 10 de mayo de 2001.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Abuso de la posición dominante para la venta consciente de productos a precios diferenciales en determinada parte del país (art. 50 núm. 5 Decreto 3153 de 1992).

o La SIC sancionó a la sociedad demandante en razón a que vendía sus barquillos (conos y galleta) para helado a un precio sustancialmente menor en Barranquilla que en las demás partes del país.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa a P. jurídica de COP$ 100.000.000.

• Multa a P. natural de COP$ 10.000.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de la Res. 15653 de 2001.

• Que se declare que la sociedad demandante no tuvo posición dominante y por lo tanto no</td></tr>
</table>

	incurrió en las conductas por las que fue sancionada. • Que se condene a la SIC al pago de todos los perjuicios causados a los demandantes con la resolución demandada. • Que se condene en costas a la sociedad demandada.
3.2. Cargos formales:	• Violación al debido proceso: o La SIC sancionó a los demandantes a pesar de que no se demostró una posición dominante de INDUGA ni tampoco una conducta abusiva de tal posición. o La SIC no tuvo en cuenta la información de la compañía INDUSTRIAS DE ALIMENTOS DAFFI como principal competidora de la sociedad demandante. Tal omisión alteró los resultados del análisis del mercado relevante de la investigación. o La SIC incurrió en graves contradicciones ya que cambió la argumentación expuesta en el informe motivado: allí se concluyó que los precios ofrecidos por INDUGA correspondían a sus costos de transacción y que por lo tanto no se estaba incurriendo en la conducta del núm. 5 art. 50 Decreto 2153 de 1992. Sin embargo en la resolución sancionatoria se contradijo lo anterior y se dieron por sentados los elementos de una posición de dominio y del abuso de la misma.

	• Indebida notificación de los actos administrativos proferidos por la SIC: o Al Sr. Henao solo le fueron notificadas los actos de la investigación administrativa en su calidad de representante legal de INDUGA más no como persona natural.
3.3.Cargos de fondo:	• Violación al principio de legalidad por inexistencia de una posición de domino: o De manera equivocada y antitécnica la SIC determinó la existencia de una posición de dominio de INDUGA lo cual no fue demostrada. • Violación de los artículos 45 numeral 5 y 50 del Decreto 2153 de 1992: Indebido análisis de la SIC al mercado relevante en la investigación: o La definición de mercado relevante hecha en la investigación fue equivocada ya que la misma se tuvo que realizar a partir del producto final que es helado, lo cual elimina del análisis otros productos complementarios como el barquillo o la galleta. o Los barquillos y galletas son solo contenedores del helado. Además, estos dos productos son sustitutos. o Para la definición del mercado relevante en la investigación administrativa, la SIC incluyó allí el producto barquillos

	(conos de galleta, barquillo picollo) pero al momento de definir el supuesto abuso de la posición de dominio tomó solo algunos de esos productos y no todos lo cual genera un estudio erróneo. o El mercado geográfico debió determinarse a nivel nacional pues existen más oferentes a nivel nacional. o La SIC tampoco consideró que a nivel regional existen muchos competidores que ofrecen sustitutos perfectos e imperfectos. o La SIC no consideró que la compañía INDUSTRIAS DE ALIMENTOS DAFFI tiene una tecnología igual de avanzada que INDUGA lo cual desvirtúa la supuesta posición de dominio de esta última, pues esta industria es un fuerte competidor en el mercado en el que participa INDUGA. • Falsa motivación de la SIC al momento de definir el mercado relevante de la investigación: o La SIC omitió el hecho de que el mercado de helados en Barranquilla es especial y diferenciable ya que allí el consumidor general es el heladero informal a quien se le debe ofrecer un barquillo mucho más barato que al heladero industrial, por eso el precio del barquillo es menor que si se compara en ciudades como Medellín donde el

	consumidor general es el heladero industrial.
3.4.Pruebas técnicas:	• Documentos sobre la información comercial de la compañía INDUSTRIAS DE ALIMENTOS DAFFI. Allí se especifica su nivel de ingresos y el avance tecnológico en sus plantas de producción. Con esta prueba se buscó demostrar que esta industria es competidora de la sociedad demandante en el mercado de barquillos lo cual a su turno demuestra que esta última carece de posición de dominio en tal mercado.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**	X	**Confirma:**		**Revoca:**	X

- El Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto a que negó las pretensiones de nulidad de la resolución demandada.
- Como consecuencia de lo anterior, el Consejo de Estado decretó la nulidad de la resolución sancionatoria demandada.
- No obstante, el Consejo de Estado denegó las demás pretensiones de la demanda:
  - <u>Perjuicios:</u>
    - Los perjuicios fueron estimados por la parte demandante así: (i) daño emergente: COP$ 925.241.354 correspondiente que INDUGA "debió obtener" a raíz de la sanción de la SIC y COP$ 11.213.210 por la instrucción que le dio la SIC a raíz de la sanción impuesta de publicar sus precios. (ii) Lucro cesante COP$ 28.855.763 derivado de la "caja operativa dejada de percibir en forma anual".
    - El Consejo de Estado señaló que no se demostró que los referidos rubros fueran causa directa de la sanción impuesta por la SIC ya que para la época de los hechos sancionados se demostró el ingreso de nuevos competidores, lo cual ha incido también en los costos que fueron aducidos por la parte demandante como perjuicios.
  - <u>Condena en costas:</u>
    - "Tampoco tiene éxito de prosperar la condena en costas y agencias en derecho solicitada por la parte actora, toda vez que no se observan circunstancias que lo ameriten, tales como que la Entidad demandada haya actuado de mala fe o que su conducta procesal constituyera abuso del derecho, o se pudiera calificar de torticera,

maliciosa o malintencionada, según lo dispone el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo"[550].				
4.2. Motivo:	**Formal:**		**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:	• Frente a la indebida notificación de los actos proferidos por la SIC: o "(…) no le asiste razón a la actora, ya que el señor HENAO le fue debidamente notificado el acto sancionatorio, prueba de ello es que ejerció su derecho de defensa tanto en la vía gubernativa como en este proceso. Por consiguiente, este cargo no tiene visos de prosperar"[551].			
4.4. Pruebas:				
4.5. Consideraciones de fondo:	• Frente al estudio que hizo la SIC sobre la posición dominante de la sociedad demandante en el mercado de conos para helado: o "(…) la Sala observa, que tanto el informe de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, como el acto administrativo sancionatorio, no tuvieron en cuenta en el análisis efectuado sobre el mercado relevante, al principal competidor de INDUGA S.A., como tampoco la diferenciación entre el producto final (helados) y la totalidad de los insumos o contenedores (vasos, barquillos, conos, etc.) de tal producto, ni distinguieron entre el comprador o usuario primario de dichos insumos, y			

[550] Página 78.

[551] Página. 73.

	el consumidor final del helado (…)"[552]. o "En las pruebas antes relacionadas, se observa, contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, que el testigo JORGE JARAMILLO DOUAT y el perito ORLANDO GARCÍA VARGAS, coinciden en que un sustituto del barquillo para helado, puede ser cualquier contenedor desechable o comestible que cumpla tal función (…)"[553]. o En cuanto a la supresión de una empresa competidora en el análisis del mercado relevante, como lo hizo la Entidad demandada, el testigo, señor Jaramillo, adujo que "…Es muy importante tener en cuenta todos los componentes activos del mercado, si se entra a un mercado y se ignora a un competidor se corre un riesgo grande que es establecer una dimensión falsa del tamaño del mercado y de sus actores" . Además, observa la Sala que en el peritaje de los señores GARCÍA VARGAS y GERMÁN OSWALDO CASTRO CUESTA, se tuvo en cuenta a INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFFI LTDA., que según los mismos,

[552] P. 68

[553] Ibid.

	es un fuerte competidor de INDUGA S.A."[554]. o "En lo atinente a la capacidad de reacción de los competidores, sobre la cual la Superintendencia de Industria y Comercio, niega que la tengan; el testigo, señor Jaramillo, contra argumenta, indicando que "Por supuesto que sí, ya que no solo la tiene sino que la ejercen, la primera es buscar sustituto en otros fabricantes locales o foráneos del mismo insumo para disminuir la dependencia en ese proveedor de barquillos o eliminarla totalmente, la otra es buscar sustitutos, como plásticos y similares diferentes al barquillo suministrado por ese proveedor o algún otro", cuestión que es confirmada, en el peritaje del señor GARCÍA VARGAS, al referirse varias veces a que los barquillos pueden sustituirse por cualquier contenedor de helado, en especial, por los vasitos plásticos"[555]. o "En cuanto a que la cuota de mercado de la sociedad actora es muy alta, con una gran diferencia sobre su segundo competidor, y que existen barreras a la entrada en el mercado de conos para helados moldeados, que brindan la posibilidad a Induga S.A. de determinar las condiciones del mercado, que éstas barreras son de tipo tecnológico, exceso de

[554] Página 68.

[555] Página 69.

	capacidad instalada y el alto grado de concentración del mercado, (…) el señor GARCÍA VARGAS en sus respectivos informes, indica que la participación de INDUGA S.A., en el mercado del helado, es de la siguiente manera: 'Con valores porcentuales promedio obtenidos de esta valoración encuentro que para el año 1998, INDUGA S.A., tiene un 38,71% de participación en el mercado del helado congelado, para el año 1999 cuenta con un 31,91%, para el año 2000 pasa a un 44,14% y para Junio de 2001 contaba con un 16,81%. INDUGA S.A., está seguida en importancia de participación en el mercado por DAFI, CONOS AMÉRICA, CARLOS AR, VASOS PLÁSTICOS Y CODES. […] "(…) Las anteriores tres (3) empresas sus procesos (sic) de fabricación son automatizados, mientras que CARLOSAR Y SERBEL, sus procesos de fabricación son manuales' "[556]. o "Respecto a si INDUGA tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado de productos contenedores de helado, tal como lo sostiene la Entidad demandada, el testigo señor JARAMILLO experto en

[556] Páginas 69 y 70.

	la materia de helados, adujo en su declaración lo siguiente: 'No. Solo si es el único proveedor del barquillo y de los demás sustitutos asequible (sic) a los clientes de ese mercado. PREGUNTADO. En su concepto un productor de barquillos como INDUGA tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado de productos contenedores de helado. CONTESTO. Eso se respondió atrás, ya que solo lo puede hacer si tuviera el control de todos los sustitutos (…)"[557]. o "(…) el mercado de los helados es de consumo, el cual va dirigido directamente al consumidor del helado, mientras que el mercado de los conos o barquillos es de insumos industriales (…) lo que conlleva a sostener, que tal mercado va de empresa a empresa y no directamente al consumidor. De manera, que para la Sala, el mercado de barquillos, es dependiente como sus demás sustitutos, pero no necesario en el comportamiento del mercado de helados, 'si no hay helado no hay barquillos' "[558]. o Estas pruebas, las cuales no fueron debatidas con evidencias por la Entidad demandada , demuestran que los estudios efectuados por la Superintendencia carecen del

[557] Página 71.

[558] Página 71.

	soporte necesario, para establecer que INDUGA S.A., tenía el poder dominante (…)[559]. • Frente al abuso de posición dominante por la que fue sancionada la sociedad demandada: o "(…) en el hipotético caso de que se aceptara, que la sociedad actora tuviese poder dominante en el "mercado del helado", o mejor aún, específicamente en el del barquillo para helado, las pruebas aportadas evidencian que la sociedad INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A. y el señor ÁLVARO HENAO CEPEDA, no incurrieron en abuso de poder dominante, máxime si se tiene en cuenta que la Delegatura de Promoción de la Competencia, verificó que no existe tal abuso, ya que según las pruebas recogidas en el trámite administrativo, no se presenta una estructura de costos de la transacción superior al precio de venta; pues, de acuerdo con el análisis realizado por dicha Delegatura, en los tres escenarios explicados en el informe, concluye que, 'no hubo infracción a las normas de promoción de la competencia por parte de la sociedad actora, ya que sus precios de venta fijados en Barranquilla están por encima de la estructura de costos de

[559] Páginas 71 y 72.

	la transacción, incluido el costo de fletes (…)"
4.6. Pruebas:	• Testimonio de Jorge Jaramillo Douat (asesor de mercadeo estratégico comercial en compañías multinacionales extranjeras)[560]. • Dictamen pericial elaborado por Orlando García Vargas el 14 de mayo de 2004. Este dictamen versó sobre la caracterización del mercado relevante de la investigación[561]. • Dictamen pericial elaborado por Germán Oswaldo Castro Cuesta en el que, luego de una inspección a varias empresas fabricantes de conos para helados en Colombia, conceptuó acerca de sus ventas y tecnología de producción[562]. • Informe motivado presentado durante la investigación administrativa[563]. • Res. Sancionatoria 15653 de 2001.
4.7. Análisis deferencia:	El Consejo de estado revocó la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar anuló los actos administrativos demandados por encontrar que el demandante no ostentaba posición dominante en el mercado y que mucho menos abusó de ella, como lo sostenía la Superintendencia de Industria y Comercio en los actos administrativos demandados: "De las pruebas relacionadas la Sala observa, que tanto el informe de la Delegatura para la Promoción

[560] Páginas 38 y ss.

[561] Páginas 46 y ss.

[562] Páginas 43 y ss.

[563] Páginas 22 y ss.

	de la Competencia, como el acto administrativo sancionatorio, no tuvieron en cuenta en el análisis efectuado sobre el mercado relevante, al principal competidor de INDUGA S.A., como tampoco la diferenciación entre el producto final (helados) y la totalidad de los insumos o contenedores (vasos, barquillos, conos, etc.) de tal producto, ni distinguieron entre el comprador o usuario primario de dichos insumos, y el consumidor final del helado, pues tanto en la investigación realizada por la Delegatura para la Protección de la Competencia, como en el acto administrativo expedido por el Superintendente de Industria y Comercio, para determinar la existencia de la posición dominante por parte de INDUGA S.A., se estableció que el mercado relevante del producto, conos para helados moldeados no tiene sustitutos directos; la cuota de mercado de la sociedad actora es muy alta, con una gran diferencia respecto de su segundo competidor; que el mercado de conos para helados moldeado sin azúcar, presenta una estructura oligopólica concentrada en la empresa líder, lo que según la parte demandada, facilita acciones independientes por parte de dicha empresa, más aún cuando sus competidores no cuentan con la tecnología requerida para ampliar sus volúmenes de producción sin aumentar sus costos; además, que existen barreras a la entrada en el mercado de conos para helados moldeados, que brindan la posibilidad a Induga S.A. de determinar las condiciones del mercado, y que éstas barreras son de tipo tecnológico, exceso de

	capacidad instalada y el alto grado de concentración del mercado. Se reitera que debió existir un ingrediente subjetivo, dolo o culpa, para asignar en cabeza de la demandante la omisión endilgada, inclusive, de la realización de un juicio ex ante se podría concluir que la sancionada no fungía como representante legal principal o que estatutariamente o por pronunciamiento de la Junta Directiva se haya decidido variar la circunstancia aun cuando el representante legal principal no se encuentre imposibilitado, los suplentes pueden hacerlo, evento que no se encuentra efectivamente demostrado."[564] […] "Estas pruebas, las cuales no fueron debatidas con evidencias por la Entidad demandada , demuestran que los estudios efectuados por la Superintendencia carecen del soporte necesario, para establecer que INDUGA S.A., tenía el poder dominante, pues si en la investigación realizada por la Delegatura para la Propiedad Industrial, no se tuvo en cuenta competidores como INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFFI, y tampoco se analizó que el barquillo no era un producto final, sino un insumo industrial del helado, que podía ser sustituido por cualquier otro contenedor, entre ellos, los vasitos de plástico, así como la capacidad de reacción de los competidores, son factores más que suficientes para que esta Sala

[564] Página 68 de la sentencia

	concluya, que la sentencia de primera instancia debe ser revocada y, en su lugar, los actos administrativos anulados."[565] […] "(…) las pruebas aportadas evidencian que la sociedad INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A. y el señor ÁLVARO HENAO CEPEDA, no incurrieron en abuso de poder dominante, máxime si se tiene en cuenta que la Delegatura de Promoción de la Competencia, verificó que no existe tal abuso, ya que según las pruebas recogidas en el trámite administrativo, no se presenta una estructura de costos de la transacción superior al precio de venta; pues, de acuerdo con el análisis realizado por dicha Delegatura, en los tres escenarios explicados en el informe, concluye que, "no hubo infracción a las normas de promoción de la competencia por parte de la sociedad actora, ya que sus precios de venta fijados en Barranquilla están por encima de la estructura de costos de la transacción, incluido el costo de fletes. Así mismo, Álvaro Henao Cepeda como persona natural no autorizó ni ejecutó ni toleró las conductas anticompetitivas descritas en la resolución 2230 del 31 de enero de 2000. Por tanto no se presenta transgresión a lo normado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992". Circunstancia, que para la Sala, constituye otro factor más para

[565] Páginas 71 y 72 de la sentencia

	determinar la revocatoria de la sentencia de primera instancia."[566] En este caso, la revocatoria de los actos administrativos de la demanda desvirtúa la existencia de visos de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada. En adición a lo anterior, llama la atención que en el fallo en comento, las pruebas técnicas (dictámenes periciales y testigo técnico) y su valoración por parte del juez son determinantes para arribar a las conclusiones y determinaciones allí adoptadas. En efecto, en la sentencia de 80 hojas, donde 16 consisten en el resumen procesal del trámite judicial, 6 traen referencias jurisprudenciales, 16 resumen la investigación adelantada por la autoridad en contra del demandante, 5 corresponden a las conclusiones luego de la valoración probatoria y 7 se dedican asuntos correspondientes a perjuicios y parte resolutiva, llama la atención que 29 hojas se hayan dedicado a la exaltación de las pruebas técnicas.[567] Se observa que la sentencia del Consejo de Estado se inmiscuye de manera

[566] Páginas 72 y 73 de la sentencia

[567] Páginas 38 a 67 de la sentencia

	profunda en los asuntos técnicos relativos a la posición de dominio, el análisis de los competidores, la sustituibilidad del producto, capacidad de reacción de competidores, estructura de costos, entre otros, para concluir que del análisis de dichos factores se desprendía que la conclusión adoptada por la autoridad administrativa era errada desde lo técnico. Con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis probatorio del acto administrativo demandado, procedió a realizar su propio análisis y a justificar sus conclusiones en pruebas técnicas practicadas en el marco del control judicial de los actos demandados.

ANEXO 20 "Ficha 39. ESSO Y TEXACO"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 39. Esso y Texaco</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Maria Elizabeth Garcia Gonzalez</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2002-00909-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>21 VIII 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Silvia Tello Vélez
Carlos Eduardo Quintero Arizala,
Isabel Cristina Isaza Valencia
Dagoberto Castaño Henao
Mónica Lozano Escobar
Guillermo Franco Hleap
Luis Eduardo Gordon Atehortua
Autocentro Capri Ltda
Globallantas Ltda
Terpel de Occidente S.A</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 08027 de 18 de marzo de 2002, mediante la cual se impuso una sanción por infracción al régimen de libre competencia.
• Res. 14540 de 15 de mayo de 2002, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución sancionatoria.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 Ley 155 de 1959: Prohibición general
• Art. 47 Núm. 1° Decreto 2153 de 1992: Acuerdos para la fijación directa e indirecta de precios.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• $8´600.000 a Silvia Tello Vélez como propietaria del establecimiento SERVICENTRO LA SULTANA.
• $9´000.000 a Carlos Eduardo Quintero Arizala, propietario del establecimiento TEXACO No. 10 START MART.</td></tr>
</table>

	• $8´300.000 a Isabel Cristina Isaza Valencia, propietaria del establecimiento TEXACO No. 5. • $8´100.000 a Dagoberto Castaño Henao, como propietario del establecimiento ESTACIÓN DE SERVICIOS BELALCÁZAR. • $8´000.000 a Mónica Lozano Escobar, propietaria del establecimiento TEXACO IMBANACO No.17. • ($9´000.000) a AUTOCENTRO CAPRI LTDA. • $8´700.000 a GLOBALLANTAS LTDA. • $1´800.000 al señor Guillermo Franco Hleap. • $1´700.000 al señor Luis Eduardo Gordón Atehortua. • $9.000.000 a Terpel de Occidente S.A.
3. DEMANDA	
3.1. Pretensiones:	• Que se declare la nulidad de la Resolución 08027 de 18 de marzo de 2002. • Que se declare la nulidad de la Resolución 14540 de 15 de mayo de 2002 • Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada reintegrar a las demandantes lo pagado por estas por concepto de multa. • Terpel de Occidente S.A solicitó adicionalmente que se ordene pagar a la actora, los siguientes valores debidamente actualizados a título de indemnización de perjuicios: a) La suma de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales más altos vigentes, por concepto de la disminución en las ventas a consecuencia de la sanción impuesta, o los perjuicios que por

	este concepto se acrediten en el plenario. b) La suma de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales más altos vigentes, o cuatro mil gramos (4.000.oo gms) de oro puro u oro fino, por concepto de daño al buen nombre, la imagen y el know how de la sociedad actora.
3.2. Cargos formales:	En este caso, la SIC consideró que varias estaciones de gasolina ubicadas en la ciudad de Cali incurrieron en paralelismo al haber fijado conscientemente precios similares para la gasolina corriente, extra y ACPM durante los meses de abril y mayo de 1999. Al respecto la demandante formuló los siguientes cargos: • Violación del debido proceso y derecho de defensa Se vulneró el derecho al debido proceso en la actuación administrativa al haber rechazado las pruebas solicitadas tendientes a demostrar que la fijación de precios iguales en la gasolina extra es producto de leyes y fenómenos propios del mercado, distinguido por la inelasticidad de precios, el bajo o mínimo margen de utilidad, y que no obedecía a acuerdos anticompetitivos suscritos por parte de los investigados. • "Decisiones Administrativas" Expresó que las actuaciones de todos los funcionarios del Estado deben ser imparciales, cumplir con los cometidos estatales, respondiendo a objetivos legítimos y jurídicos, circunstancia que no se evidencia claramente en la actuación administrativa, objeto de estudio, ya que las Resoluciones demandadas carecen de motivación.

3.3.Cargos de fondo:	• Violación de normas superiores y de la libre competencia No hay prueba de que las sancionadas hayan incurrido en las conductas endilgadas, esto es haber incurrido en conductas conscientemente paralelas para distorsionar los precios en el mercado de gasolina. Las SIC se concentró solamente en evidenciar que el precio de venta de la gasolina extra ofrecido por las sancionadas era el mismo en los meses de abril y mayo de 1999, pero desconoció que ese hidrocarburo proviene del mismo productor, con igualdad de calidades y una estructura de costos en un 95% casi exacta para todas las estaciones, razón por la cual lo que se produjo fue una coincidencia de precios, pero no una fijación de precios como resultado de un acuerdo, ya que en este caso, lo que interesa determinar es si hubo fijación de precios del mercado. Por lo tanto, la actuación administrativa la SIC hizo énfasis en una serie de indicios que probaban la ocurrencia de las prácticas restrictivas de la competencia, sin hacer identificación alguna de tales indicios, lo que hace presumir un completo desconocimiento de los hechos y las valoraciones que se utilizaron como fundamento de la sanción impuesta. • "Violación del debido proceso y derecho de defensa" Sostuvo que se desatendió el contenido de los dictámenes periciales rendidos por los funcionarios del Ministerio de Minas y Energía, que mostraban la naturaleza de los precios de la gasolina

	como precios inflexibles, quebrantando así el contenido de los artículos 241 y 243 del C. de P.C. Que se efectuó el análisis de precios desde la competencia entre los establecimientos, es decir, entre las estaciones de servicio, mas no por producto, sin tener en cuenta el comportamiento del mercado y los efectos en los consumidores, con la ilógica conclusión de tomarlos como indicios graves. Por último, sostuvo que se desconoció abiertamente el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, en el sentido de no demostrar la configuración de un acuerdo anticompetitivo, como prueba fundamental para poder imponer sanciones por la violación de las normas de competencia, cuando dicha norma expresamente afirma que no se requiere demostrar acuerdo alguno. • Principio de buena fe El principio de buena fe es el que rige las actuaciones, tanto de los particulares, como de las autoridades públicas, y, en ese orden de ideas, toda actuación que aquellas desplieguen ante éstas últimas, se presume de buena fe. No obstante, con la expedición de las Resoluciones demandadas se vulneró el debido proceso, por el hecho de asumir que se debía sancionar, desatendiéndose las normas que rigen la materia y las funciones que la gobiernan como autoridad estatal, mostrando con ello "una marcada mala fe". • Violación de las normas que protegen la función administrativa

				Adujo que con la expedición de los actos demandados, la Superintendencia de Industria y Comercio abusó de las facultades que el legislador le ha otorgado e interpretó erróneamente las funciones que le han sido conferidas.			
3.4.Pruebas técnicas:				No indica cuales fueron las pruebas técnicas aportadas por los demandantes.			
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**		**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				No expuso consideraciones formales.			
4.4. Pruebas:							
4.5. Consideraciones de fondo:				• El Tribunal consideró que la fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto. Dichas coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado de tiempo, por dos o más empresas, no puede ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el combustible en este caso, depende de factores variables, como son: los costos de producción, de transporte, de operación de cada estación de servicio, del nivel de eficiencia, las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, los cuales varían necesariamente de una			

	empresa a otra, no obstante que se trate de un mismo producto[568]. El Tribunal hizo énfasis en la coincidencia de que las ocho estaciones de servicio investigadas, geográficamente próximas hayan fijado e incrementado el precio de la gasolina extra (un mismo producto sometido a la libre competencia), simultáneamente o coincidentemente en tiempo (abril y mayo de 1999) y valor, de manera idéntica, es una prueba indiciaria de que incurrieron en un acuerdo contrario a la libre competencia, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, dado que no resulta lógico que dichas estaciones de servicio diferentes hayan tenido un comportamiento conjunto, concomitante y mancomunado, sin saber o conocer cada una de ellas la forma como la otra u otras estaban operando, es decir, sin que mediara un comportamiento consciente. De igual forma, consideró que se había demostrado que la identidad de precios fue constante, teniendo en cuenta que los precios de las ocho estaciones investigadas coincidieron durante todos los días de los meses investigados de abril y mayo de 1999, vale decir, se observó una identidad de precios, en un período de tiempo igual, además de que se probó un incremento simultáneo y coincidente de los precios, en un mismo porcentaje, al presentarse el mismo en las ocho estaciones el mismo día: 1º de mayo de 1999.

[568] Página 29.

4.6. Pruebas:	Indica que folios 65 a 68 del cuaderno principal obran ciertos documentos relacionados con el comportamiento que tuvieron los precios ofrecidos por las demandantes, sin embargo, no precisa suficientemente que documentos son[569].
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 2 de septiembre de 2010, en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. En dicha sentencia se observa un viso de deferencia judicial al resolver el cargo según el cual los actos administrativos no demostraron cómo era la estructura de costos de todos los demandantes para determinar si los mismos son iguales o diferentes. Dicho cargo fue resumido así en el fallo en comento: "Explicó que para que se configure la infracción tienen que aparecer probados plenamente una serie de hechos, como son: las estrategias, los modelos publicitarios, los horarios de servicio, la estructura de costos, etc., para determinar si son iguales y si se permite que otros lo copien o unos y otros se imiten"[570] El cargo es resuelto de la siguiente manera: "De otra parte, en el recurso se afirma que para que se configure la infracción tienen que aparecer probados plenamente una serie de hechos, como son: las estrategias,

[569] Página 33.

[570] Páginas 23 y 24 de la sentencia

	los modelos publicitarios, los horarios de servicio, la estructura de costos, para determinar si son iguales y si se permite que otros los copien o unos y otros se imiten. "Para la Sala esta afirmación resulta desacertada, dado que para que se configure la violación de los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 47, numeral 1, del Decreto núm. 2153 de 1992, vale decir, un acuerdo contrario a la libre competencia, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, lo que se requiere es que se pruebe la existencia de un acuerdo, que tenga por objeto o tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios, haciendo claridad de que dicha conducta puede estructurarse bien sea a partir de su objeto o por virtud de su efecto. "Fluye de lo precedente y resulta acreditado en el caso sub examine la existencia del acuerdo, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, así como también el efecto de fijación directa de precios de dicho acuerdo, habida cuenta de que se demostró fehacientemente que durante el período investigado se mantuvo un precio igual para la venta de gasolina extra por parte de las ocho estaciones de servicio. Efecto indirecto que se registró desde el momento en que ellas ofrecieron dicho producto a un mismo precio." De acuerdo a la sentencia, la sanción que la administración le impuso a los demandantes se funda en que se determinó que los sancionados fijaron precios idénticos en un periodo de tiempo y que ello no es lógico en la

	medida en que la estructura de costos y demás características de las empresas deben ser diferentes. El cargo del demandante se contrae a afirmar que la identidad o disparidad de las estructuras de costos y demás características de los sancionados deben probarse para poder afirmar que no son iguales entre sí. Aun cuando el fallo en comento hace referencia al cargo referido, lo cierto es que el mismo se desecha sin analizarse, ya que las consideraciones que se esgrimen para justificar ese proceder no abordan el cargo y se limitan a afirmar que para que se configure la violación señalada en los actos administrativos debe demostrarse la existencia del acuerdo y que el mismo se acreditó porque se probó que los demandados fijaron precios similares del mismo producto durante un periodo. En criterio del autor, un viso de deferencia judicial se presenta cuando en el marco de un fallo que mantiene incólume los actos administrativos demandados, en el marco del control judicial no se hace referencia ni se resuelven todos los cargos de la demanda, tal como ocurre en el presente caso con el cargo comentado.

ANEXO 21 "Ficha 41. GOMEZ LONDOÑO"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 41. Gómez Londoño y otros</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Marco Antonio Velilla Romero</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2002-00967-01</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="2">13 II 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento del derecho</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Claudia Cristina Gómez Londoño y otros</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 07950 de 15 de marzo de 2002
• Res 17539 de 4 de junio de 2002</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 Ley 155 de 1959: Prohibición general.
• Art. 47 Núm. 1°, Decreto 2153 de 1992: Acuerdo de fijación de precios.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">$20.000.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad de la Resolución 07950 de 15 de marzo de 2002, mediante la cual se sancionó a la demandante por violación al régimen de libre competencia

• Que se declare la nulidad de la Resolución 17539 de 4 de junio de 2002, mediante la cual se confirmó la Resolución Sancionatoria

• Que se declare que las personas implicadas no están obligadas a pagar la suma impuesta como sanción.</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">En este caso, la SIC consideró que varias estaciones de gasolina ubicadas en la ciudad de Manizales incurrieron en paralelismo al haber fijado conscientemente precios similares para la gasolina corriente, extra y ACPM</td></tr>
</table>

	durante los meses de abril y mayo de 1999. Al respecto la demandante formuló los siguientes cargos: • Violación al debido proceso y al derecho de defensa La SIC no analizó las pruebas financieras, contables y comerciales aportadas ni realizó un estudio económico integral de las políticas y estrategias adoptadas por cada una de las empresas investigadas para determinar si en realidad las investigadas incurrieron en prácticas conscientes que afectaran la libre competencia. De igual forma, se vulneró el derecho de defensa al adelantarse la investigación en la ciudad de Bogotá. Con todo, ante la inconformidad de los investigados, se permitió la celebración de la audiencia por medio de un funcionario comisionado y no por el Superintendente como correspondía.
3.3.Cargos de fondo:	• Ausencia de prueba de las infracciones cometidas. La SIC concluyó que la demandante, como propietaria de uno de los establecimientos investigados, había incurrido en conductas conscientemente paralelas a partir de meros indicios que no son suficientemente idóneos para demostrar la ocurrencia de la infracción en cuestión pues no se sabe cuáles son los hechos indicadores, cuál es la valoración que hizo el investigador de los mismos, cuáles fueron las máximas experiencias utilizadas, cuál fue la inferencia lógica y la relación causal.

				• Vulneración al derecho a la igualdad Se vulneró el derecho a la igualdad pues mientras que las distribuidoras de gasolina de Cali fueron sancionadas por un presunto acuerdo en la fijación de precios de la gasolina extra, al mismo tiempo se sancionó a varias distribuidoras de combustible de Manizales por un presunto acuerdo de fijación de precios de gasolina corriente motor, A.C.P.M. y extra, cuando las circunstancias de hecho entre las dos ciudades eran completamente iguales.			
3.4.Pruebas técnicas:				No indica las pruebas aportadas por el demandante.			
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**		**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:							
4.4. Pruebas:							
4.5. Consideraciones de fondo:				• El Tribunal consideró que según lo probado en el proceso era claro que las empresas sancionadas habían infringido el régimen de libre competencia en la modalidad de conductas conscientemente en el mercado de gasolina corriente, extra y ACPM pues en relación con el precio de la gasolina corriente, era claro que la fijación de sus precios y su aumento eran casi idénticos, en las estaciones sancionadas, en los períodos comprendidos entre el 1 de abril y 31 de mayo de 1999[571]. • Al efecto, la asignación del precio de la gasolina corriente entre las estaciones Lavautos y Caldas,			

[571] Página 18.

	sancionadas, oscila entre los rangos de $1.879 y $1.878 por galón, respectivamente entre los días 1 a 30 de abril de 1999, y de $2.122 y $2.123 del 1 a 31 de mayo de 1999, por galón. • En cuanto a la gasolina corriente, se tuvo una fijación similar de los precios de la gasolina extra, pues desde el 3 hasta el 30 de abril de 1999, los rangos son de $2.616 y $2.617 por galón, respectivamente, y desde el 1 a 31 de mayo de 1999 son de $2.846 y $2.845 por galón, precios asignados por las estaciones Lavautos y Caldas. • En cuanto, al A.C.P.M., se advirtió una asignación semejante a los combustibles antes descritos pues desde el 1 al 30 de abril de 1999, respectivamente oscila en los rangos de $1.540 y $1.541 por galón, y desde el 1 a 31 de mayo de 1999, de $1.717 y $1.718 por galón. • Así las cosas, no puede afirmarse que sea una simple casualidad la fijación de dichos precios durante los citados lapsos, ya que (i) el valor del producto no está establecido por la Ley, pues éste por ser en la ciudad de Manizales, no está sometido a un margen máximo de comercialización, sino a un precio de referencia que es objeto de la libre competencia, al gozar de libertad vigilada. (ii) Los precios que se asignen dependen de factores variables como los costos de transporte, de los costos de operación de cada estación, expectativas de utilidad, nivel de eficiencia de ellas, acreditación, posicionamiento, etc., factores que

	son variables entre la competencia dedicada a la explotación de dicho producto. (iii) La ciudad de Manizales, posee una superficie de 571,84 km² y 431.760 habitantes según estadística 2013 del DANE, que para la época de 1999 contaba con mucho menos habitantes; coeficiente, que indica que es improbable que entre una y otra empresa competidora no se conocieran o supieran los precios que fijan al público consumidor. (iv) se dio de modo consciente, es decir, con plenas facultades de su intelecto, pues por la proximidad geográfica y las razones anotadas en el literal anterior, no resulta admisible, que cada una de ellas actuaron sin saber lo que estaban haciendo; (v) de manera paralela, en la medida en que la casi identidad de los precios de la gasolina corriente se extendió por igual lapso. Estos factores, marcan una realidad que no se constituye en una mera coincidencia, sino en una prueba suficiente, de que en verdad hubo acuerdo indirecto de precios de la gasolina corriente, bajo la modalidad de una práctica conscientemente paralela[572].
4.6. Pruebas:	• Gráfica estructurada con base en la información suministrada por parte de las estaciones de servicio investigadas en respuesta de los requerimientos de 2 de mayo de 2000, en la que se nota la similitud del precio fijado para la gasolina corriente en el período comprendido entre los meses de abril y junio de 1999, junto con los incrementos paralelos.

[572] Páginas 19 y 20.

	• Gráfica donde se observa que para los meses de abril y mayo de 1999 se presentaron similitud de precios en la gasolina extra por parte de los investigados. • Cuadro de variación porcentual mensual del precio de la gasolina extra durante el período en estudio y en el que se observa que lo incrementos en los mismos en las diferentes estaciones investigadas, es similar, nunca mayor al 1%. • Gráfica que analiza el comportamiento de los precios para el período comprendido entre el 1 de marzo hasta el 30 de junio de 1999, con la cual se verifica una similitud de precios. • Cuadro de variación porcentual durante el período de marzo a mayo, donde se vislumbra que los incrementos en los precios del A.C.P.M. en las diferentes estaciones es similar. • Lista de precios de venta al público de gasolina corriente • Listado de precios de venta al público de gasolina extra • Listado de precios de venta al público de ACPM
4.7. Análisis deferencia	La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferida el 7 de mayo de 2009, en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Considera el autor que en la que se analiza existen visos de deferencia judicial toda vez que, pese a que uno de los cargos esgrimidos por el autor consistió en que no se probó, el elemento consciente requerido para que el paralelismo de precios sea reprochable, el fallo arriba a una conclusión partiendo de una presunción que es precisamente lo que reprocha el

	demandante. El cargo fue resumido por la sentencia, así: "Manifiesta que en la investigación se probó un hecho como efecto que es irrelevante o sea la similitud de precios, pero no aparece demostrada la causa, que estaría constituida por unos hechos (prácticas) conscientes y paralelos. Que no puede inadvertirse, que la Superintendencia acepta la similitud de estructura de costos y de márgenes de rentabilidad en esta clase de negocio, y el hecho de existir un mismo proveedor TERPEL, para los distribuidores investigados. […] "Concluye, que la providencia apelada adolece de falta de rigor jurídico, cuando da por probada una conducta sancionable, donde solamente se obtuvo certeza sobre la similitud de unos precios, pero nunca aparecen demostrados los hechos constitutivos de la causa. Luego el acto administrativo está violando las normas señaladas en la demanda."[573] El fallo resuelve el cargo citando los actos administrativos demandados y haciendo referencia a las pruebas obrantes en el expediente[574], citando un precedente del Consejo de estado en relación con el paralelismo consciente[575] y afirmado lo siguiente:

[573] Páginas 7 y 8 de la sentencia.

[574] Páginas 8 a 16 de la sentencia.

[575] Páginas 16 y 17 de la sentencia.

	"Como puede apreciarse, **en los apartes de la sentencia transcrita**, que la Sala prohíja en esta oportunidad, **se explica claramente el por qué existe una práctica paralela** y consciente por parte de las personas sancionadas, cuyo efecto fue la fijación indirecta de precios, lo cual constituye un acuerdo contrario a la libre competencia."[576] […] "(iv) se dio de modo consciente, es decir, con plenas facultades de su intelecto, pues por la proximidad geográfica y las razones anotadas en el literal anterior, **no resulta admisible, que cada una de ellas actuaron sin saber lo que estaban haciendo**"[577] […] "Así las cosas, se encuentra demostrado que cada actor cuenta con la autonomía pertinente para establecer los precios de los combustibles antes reseñados, pues contrario a lo indicado en el recurso, no es cierto que tales productos sean estandarizados, ya que la estructura de costos, como ya se dijo no es similar, en virtud de que cada estación posee un margen amplio para implantarla, en la medida de que esta clase de productos (i) tiene costos variables (antes relacionados); (ii) la fijación de precios va desde el valor

[576] Página 18 de la sentencia.

[577] Página 20 de la sentencia.

	asignado por el mayorista, donde las estaciones sancionadas cuentan con libertad vigilada, excepto para la gasolina extra, en la que tienen libertad absoluta para fijar los precios."[578] Como se puede apreciar, no se esgrimen argumentos en virtud de los cuales se resuelve el cargo presentado por el demandante en relación con la falta de prueba del elemento consciente. La sentencia afirma que "no resulta admisible" que los demandantes actuaran diferente por encontrarse en la misma ciudad. Es pertinente señalar que esta postura de la sentencia es fruto de una jurisprudencia reiterada hasta ese momento en virtud de la cual la coincidencia de precios era suficiente para acreditar el paralelismo consciente, tesis que en la actualidad ha variado por cuando se exigen ahora la prueba del elemento consciente.

[578] Página 21 de la sentencia.

ANEXO 22 "Ficha 42. COMPENSAR"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 42. Compensar</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1.Juez:</td><td colspan="5">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Primera – Subsección C</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Ana María Correa Angel</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00576-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">27 V 2013</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Caja de Compensación Familia – Compensar EPS (en adelante "Compensar").</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011.
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Art. 3 del decreto 1663 de 1994.
• Núm. 1, 6 y 10 del art. 5 del decreto 1663 de 1994.</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Compensar: $1.071.200.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5">• Declarar la nulidad de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011, mediante la cual la SIC:
o Declaró que Compensar infringió lo dispuesto en el art. 3 del decreto 1663 de 1994.
o Declaró que Compensar infringió los núm. 1, 6 y 10 del art. 5 del decreto 1663 de 1994.
o Impuso sanción a Compensar por valor de $1.071.200.000.
o Impuso obligación a Compensar de publicar en diario de amplia circulación nacional un anuncio informando la decisión de la Res. 4611 de 2011.
o Ordenó poner término a infracción que no cometió y abstenerse de una práctica inexistente.
o Ordenó traslado a la Delegado de la Protección de la Competencia para iniciar averiguaciones sobre posible infracción al deber de cumplir instrucciones que expidió la SIC en el acto administrativo demandado.
• Declarar la nulidad de la Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011, mediante esta la SIC confirmó la Res. 46111 de 2011.
• Declarar la nulidad de los actos demandados y ordenar a la SIC que divulgue la declaratoria de nulidad (incluye convocar rueda de prensa).
• A título de reparación del daño, se realice el reconocimiento y pago de las siguientes condenas:
o Daño emergente: $46.400.000 – gastos de representación durante la investigación administrativa y la vía gubernativa.</td></tr>
</table>

	○ Daño moral: 100 SMMLV – por los perjuicios morales derivados de la publicación ordenada en un diario de amplia circulación nacional y el despliegue mediático de la SIC. ○ Intereses moratorios sobre los dineros de reparación solicitados. ○ Costas y agencias en derecho.
3.2. Cargos formales:	• Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del art. 38 del CCA y del 29 de la Constitución Política, por cuanto respecto de los hechos investigados se encontraba caducada la facultad sancionatoria de la SIC. • Las resoluciones demandadas violan el debido proceso al imponer una sanción con base en pruebas de las cuales los investigados no se pudieron defender. • Las resoluciones demandadas violan el debido proceso al imponer una sanción sin haber practicado las pruebas legalmente solicitadas y decretadas.
3.3.Cargos de fondo:	• Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias de los art. 3, 4 y (núm. 1, 8 y 10) del decreto 1663 de 1994, así como de los principios de legalidad y de buena fe, consagrados en los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, pues la interpretación realizada por la SIC respecto del decreto 1663 de 1994 es contraria al sentido de dichas normas. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del principio de presunción de inocencia (29 CP), así como de los artículos 6, 83 y 209 CP, 35 del CCA y 174, 175, 187, 248 y 250 del CPC. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 se encuentran falsamente motivadas respecto del supuesto acuerdo para restringir servicios de salud. • Las resoluciones se encuentran falsamente motivadas respecto del supuesto acuerdo para afectar la transparencia de la información. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 se encuentran falsamente motivadas en lo relativo al supuesto acuerdo de fijación de precios. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 se encuentran falsamente motivadas por inexistencia de acuerdo para la fijación indirecta de precios y la limitación de la transparencia de la información. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del derecho fundamental al debido proceso al sancionar por una conducta que no es per se anticompetitiva, sin hacer una valoración debida del entorno económico. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del derecho constitucional de asociación.
3.4.Pruebas técnicas:	
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:	**X**	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2.Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	**X**

4.3.Consideraciones formales:	**Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del art. 38 del CCA y del 29 de la Constitución Política, por cuanto respecto de los hechos investigados se encontraba caducada la facultad sancionatoria de la SIC.** "Ahora bien, en segundo lugar, determinada la fecha de la ocurrencia de los hechos que motivaron la infracción impuesta, es preciso analizar que en este caso, si bien entre el 5 de marzo de 2007, fecha en la que fue iniciado el incumplimiento de la obligación consagrada en la resolución antes mencionada, y el 02 de diciembre de 2011, día de la sanción, ya había transcurrido un lapso superior a los tres (3) años, la Sala se aparta de esta tesis considerativa, en el sentir de que no operó la caducidad de la acción sancionatoria, pues indudablemente se trata de una infracción continuada, toda vez que la conducta reprochable se prolongó hasta el 05 de diciembre de 2008, **teniendo en cuenta el período investigado por la Superintendencia de Industria y Comercio**".[579]
4.4.Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011
4.5.Consideraciones de fondo:	**Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias de los art. 3, 4 y (núm. 1, 8 y 10) del decreto 1663 de 1994, así como de los principios de legalidad y de buena fe, consagrados en los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, pues la interpretación realizada por la SIC respecto del decreto 1663 de 1994 es contraria al sentido de dichas normas:** "Bajo estas directrices, la Corporación estima que no es cierto que al ente de control le haya bastado la existencia de reuniones y comunicaciones entre las Entidades Promotoras de Salud y la Asociación Colombiana de empresas de Medicina Integral – ACEMI para concluir que se produjo una vulneración al régimen de la competencia o que no haya analizado el verdadero objeto o propósito de las conversaciones de las investigadas que forman parte de un gremio cual era supuestamente formular una propuesta regulatorio al Gobierno, como consecuencia de una interpretación opuesta de los artículos 3, 4 y 5, numerales 1, 8 y 10 del decreto 1663 de 1994, toda vez que logró demostrar la existencia de un "acuerdo" contrario a la libre competencia cuyo objeto, de manera general, era impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud."[580] **Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del principio de presunción de inocencia (29 CP), así como de los artículos 6, 83 y 209 CP, 35 del CCA y 174, 175, 187, 248 y 250 del CPC.**

[579] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera subsección C en descongestión, del 27 de mayo de 2013, C.P.: Ana María Correa Angel, Radicado No. 25000232400020122005760O, Demandante Caja de Compensación Familia – Compensar EPS, Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, nulidad y restablecimiento del derecho, primera instancia, fallo No. 093. Página 35-36.

[580] Ibid. Página 43.

	"Auscultadas de esta manera las probanzas, se evidencia que fueron analizada y valorada en conjunto conforme las reglas de la sana crítica, por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio"[581] **Falsa motivación: respecto del supuesto acuerdo para restringir servicios de salud, respecto del supuesto acuerdo para afectar la transparencia de la información y fijación de precios de manera directa e indirecta, y limitar la transparencia de la información** "Así las cosas, la Colegiatura no evidencia razón en las manifestaciones de la parte demandante quien expresó que la Superintendencia de Industria y Comercio dedujo un supuesto acuerdo de precios entre las investigadas con base en un fragmento del Acta No. 10 de 7 de diciembre de 2007 del Comité Medico de ACEMI, toda vez que, el ente de control tuvo en cuenta en su análisis todos los elementos de prueba agrupados en el trámite administrativo"[582] **Cargos octavo, noveno y décimo: violación del derecho fundamental del debido proceso** "Con sujeción a lo expuesto, para la Sala es claro, que no se violentó el derecho al debido proceso en la actuación administrativa adelantada por el ente impugnado, dado que la **Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios** garantizó las exigencias constitucionales y legales durante el trámite del proceso sancionatorio y lsa pruebas recaudadas fueron valoradas en su conjunto, dándosele a la Caja de Compensación Familiar – Compensar EPS la oportunidad procesal para ejercer su derecho de defensa, razón por la que, en este sentido, el cargo endilgado no tiene vocación de prosperidad"[583] **Cargo décimo primero: vulneración del derecho de asociación consagrado en los artículos 49 y 103 de la Constitución Nacional** "Frente a este cargo, se evidencia que la accionante se limitó a transcribir los artículos constitucionales enunciados como vulnerados por la Superintendencia de Industria y Comercio y a afirmar que, según el ente de control, ACMEO no podría formular ninguna propuesta al Gobierno en cuanto a la inclusión de elementos en el POS sobre criterios para la aclaración del mismo, sino que las EPS debían limitarse a enviar la información para el cálculo de la UPS, por lo que se hizo nugatorio su derecho de asociación el cual es esencial en el desarrollo empresarial, no obstante, no se demostró los supuestos fácticos en los

[581] Ibid. Página 49.

[582] Ibid. Página 58.

[583] Ibid. Página 61.

	cuales basa su estrategia de defensa, incumpliendo una vez más con su … onus probando"[584]
4.6.Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011
4.7.Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en la misma se identificaron visos de deferencia judicial en los siguientes términos. Uno de los cargos de la demanda consiste en el acaecimiento de la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración ya que en sentir del demandante si la Superintendencia afirmó que no investigó los efectos de la conducta anticompetitiva, no es lógico que afirme que los mismos se mantienen en el tiempo, razón por la cual la caducidad debe estudiarse a partir de los hechos que según la Superintendencia configuraron las conductas anticompetitivas[585]. Así resumió el cargo el fallo en mención: "Conforme lo expuesto, afirmó que resulta incompatible señalar, que no se investigaron los efectos de los supuestos arreglos, y simultáneamente indicar, que estos se mantuvieron en el tiempo, y que por tanto no ha caducado la facultad sancionatoria, en conclusión, dijo que la caducidad opera independientemente respecto de cada una de las conductas investigadas, porque se computa ese término a partir de los hechos específicos, análisis que tampoco realizó la demandada."[586] Por su parte, el fallo resolvió el cargo de caducidad de la siguiente manera: "(…) es preciso analizar que en este caso, si bien entre el 5 de marzo de 2007, fecha en que fue iniciado el incumplimiento de la obligación consagrada en la resolución antes mencionada, y el 02 de diciembre de 2011, día de la sanción, ya había transcurrido un lapso superior a los tres años, la Sala se aparta de esta tesis considerativa, en el sentir de que no operó la caducidad de la acción sancionatoria, pues indudablemente se trata de una infracción continuada**, toda vez que la conducta reprochable se prolongo hasta el 05 de diciembre de 2008, teniendo en cuenta … el periodo investigado por la Superintendencia de Industria y Comercio."** "En ese orden de ideas, por tratarse de una infracción prolonga (sic) cuyos efectos en el tiempo, no se les puede determinar un periodo de interrupción que permita aplicar la caducidad, al tratarse de una conducta omisiva, sin interrupciones, se concluye que la caducidad debe contarse a partir del último acto constitutivo de la infracción"[587]

[584] Ibid. Página 65-66.

[585] Página 5 de la sentencia.

[586] Página 5 de la sentencia.

[587] Páginas 35 y 36 de la sentencia.

	Nótese que el principal punto de debate expuesto por el cargo de la demandada era determinar si la conducta podía ser considerada como continuada, ya que el demandante considera que no mientras que el acto administrativo demandado considera lo contrario. Frente a ese debate el fallo se decanta por la tesis de que la conducta fue continuada, no obstante no se observa un análisis del juzgador del que se entienda porqué arribó a dicha conclusión. ¿por qué se afirma que las conductas investigadas por la autoridad constituyen una sola infracción prolongada? ¿por qué para el juzgador las diferentes conductas están relacionadas entre sí? ¿por qué no prospera el cargo de la demanda según el cual cada evento investigado por la autoridad debía ser analizado de manera independiente? Las anteriores preguntas tienen una respuesta que no se deduce por lo expresado en la sentencia pero si por la manera en que fue resuelto: porqué el juzgador se adhirió a la tesis de la administración. No obstante, la sentencia no argumentó esa adherencia de acuerdo a la confrontación planteada en la demanda. Ahora bien, con independencia de que del análisis adecuado de las cuestiones planteadas resulten conclusiones similares a la adoptada por el fallo, lo cierto es que en el marco del control judicial el demandante debe conocer las razones por las cuales sus cargos no prosperan y, más importante aún, la motivación del fallo para adoptar una decisión. La simple remisión a lo plasmado por la autoridad en los actos demandados no satisface lo que se espera del control judicial en los términos que ha señalado la ley y la jurisprudencia vigentes. De otro lado, también se observan visos de deferencia al resolverse el segundo cargo en virtud del cual el demandante, entre otras, discutió la interpretación que realizó la autoridad demandada de las normas y de los hechos[588], pues al momento de fallar el cargo la sentencia se limita a citar jurisprudencia relativa al paralelismo consiente (que no es igual al acto anticompetitivo por el que se sancionó a los demandantes) y sobre la buena fe, para concluir lo siguiente: "Bajo estas directrices, la Corporación estima que no es cierto que el ente de control le haya bastado la existencia de reuniones y comunicaciones entre las Entidades Promotoras de Salud y la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral ACEMI para concluir que se produjo una vulneración al régimen de la competencia o que no haya analizado el verdadero objeto o propósito de las conversaciones de las investigadas que forman parte de un gremio cual era supuestamente formular una propuesta regulatoria al Gobierno, como consecuencia de una interpretación opuesta de los artículos 3,4 y 5, numerales 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994, toda vez que logró demostrar la existencia de un "acuerdo" contrario a la libre

[588] Página 6 de la sentencia

	competencia cuyo objeto, de manera general, era impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud." "En consecuencia de lo expuesto, no se estiman vulneradas por la Superintendencia de Industria y Comercio los principios de legalidad y buena fe, al haber interpretado conforme a los principios generales del derecho, disposiciones legales aplicables vigentes sobre la materia, por manera que este cargo tampoco puede prosperar"[589] Como puede apreciarse, de nuevo se extraña un análisis crítico por parte del fallador. No se sabe por qué considera que la interpretación de la autoridad es la adecuada. Sencillamente hay una validación del acto administrativo demandado.

[589] Páginas 43 y 44 de la sentencia.

ANEXO 23 "Ficha 43. COMPENSAR"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 43. Compensar</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1.Juez:</td><td colspan="5">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Quinta</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Alberto Yepes Barreiro</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00576-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td colspan="2">19 VII 18</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td colspan="2"></td></tr>
<tr><td colspan="6">Caja de Compensación Familia – Compensar EPS (en adelante "Compensar").</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011.
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Art. 3 del decreto 1663 de 1994.
• Núm. 1, 6 y 10 del art. 5 del decreto 1663 de 1994.</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Compensar: $1.071.200.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5">• Declarar la nulidad de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011, mediante la cual la SIC:
o Declaró que Compensar infringió lo dispuesto en el art. 3 del decreto 1663 de 1994.
o Declaró que Compensar infringió los núm. 1, 6 y 10 del art. 5 del decreto 1663 de 1994.
o Impuso sanción a Compensar por valor de $1.071.200.000.
o Impuso obligación a Compensar de publicar en diario de amplia circulación nacional un anuncio informando la decisión de la Res. 4611 de 2011.
o Ordenó poner término a infracción que no cometió y abstenerse de una práctica inexistente.
o Ordenó traslado a la Delegado de la Protección de la Competencia para iniciar averiguaciones sobre posible infracción al deber de cumplir instrucciones que expidió la SIC en el acto administrativo demandado.
• Declarar la nulidad de la Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011, mediante esta la SIC confirmó la Res. 46111 de 2011.
• Declarar la nulidad de los actos demandados y ordenar a la SIC que divulgue la declaratoria de nulidad (incluye convocar rueda de prensa).
• A título de reparación del daño, se realice el reconocimiento y pago de las siguientes condenas:
o Daño emergente: $46.400.000 – gastos de representación durante la investigación administrativa y la vía gubernativa.</td></tr>
</table>

	○ Daño moral: 100 SMMLV – por los perjuicios morales derivados de la publicación ordenada en un diario de amplia circulación nacional y el despliegue mediático de la SIC. ○ Intereses moratorios sobre los dineros de reparación solicitados. ○ Costas y agencias en derecho.
3.2. Cargos formales:	• Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del art. 38 del CCA y del 29 de la Constitución Política, por cuanto respecto de los hechos investigados se encontraba caducada la facultad sancionatoria de la SIC. • Las resoluciones demandadas violan el debido proceso al imponer una sanción con base en pruebas de las cuales los investigados no se pudieron defender. • Las resoluciones demandadas violan el debido proceso al imponer una sanción sin haber practicado las pruebas legalmente solicitadas y decretadas.
3.3.Cargos de fondo:	• Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias de los art. 3, 4 y (núm. 1, 8 y 10) del decreto 1663 de 1994, así como de los principios de legalidad y de buena fe, consagrados en los artículos 29 y 83 de la Constitución Política, pues la interpretación realizada por la SIC respecto del decreto 1663 de 1994 es contraria al sentido de dichas normas. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del principio de presunción de inocencia (29 CP), así como de los artículos 6, 83 y 209 CP, 35 del CCA y 174, 175, 187, 248 y 250 del CPC. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 se encuentran falsamente motivadas respecto del supuesto acuerdo para restringir servicios de salud. • Las resoluciones se encuentran falsamente motivadas respecto del supuesto acuerdo para afectar la transparencia de la información. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 se encuentran falsamente motivadas en lo relativo al supuesto acuerdo de fijación de precios. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 se encuentran falsamente motivadas por inexistencia de acuerdo para la fijación indirecta de precios y la limitación de la transparencia de la información. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del derecho fundamental al debido proceso al sancionar por una conducta que no es per se anticompetitiva, sin hacer una valoración debida del entorno económico. • Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del derecho constitucional de asociación.
3.4.Pruebas técnicas:	
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:		**Anula:**		**Confirma:**	**X**	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2.Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	**X**

4.3.Consideraciones formales:	**Las Res. 46111 y 65116 de 2011 son violatorias del art. 38 del CCA y del 29 de la Constitución Política, por cuanto respecto de los hechos investigados se encontraba caducada la facultad sancionatoria de la SIC.** "Por tanto, no son de recibo los planteamientos del recurrente ya que del estudio completo de las pruebas que obran tanto en el trámite administrativo como en el expediente se observa que la información remitida se encontraba afectada por las actuaciones previas que se adelantaron entre las EPS y Acemi, motivo por el cual, se tiene como fecha para el computo de la caducidad el 5 de diciembre de 2008."[590]
4.4.Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011
4.5.Consideraciones de fondo:	**Valoración integral y crítica de las pruebas – vulneración de presunción de inocencia** "En virtud de lo expuesto, se encuentra que las comunicaciones y reuniones entre los entes que hacen parte del gremio lograron un conceso contrario a la libre competencia, frente al cual los indicios que alude el actor no son suficientes para controvertir las pruebas recolectadas durante la actuación administrativa, y el análisis efectuado por el Tribunal."[591] **A quo no analizó los argumentos planteados sobre la vulneración del debido proceso:** "Al respecto el ente de control señala que si bien las pruebas en la etapa de investigación están limitadas por los cargos contenidos en la resolución de apertura, el hecho de hallar evidencia adicional que permita confirmar o desvirtuar los cargos, no vulnera el derecho de defensa, en la medida que la información recolectada durante la averiguación preliminar, como las pruebas decretadas en la resolución de apertura de investigación estuvieron a disposición de los investigados, a fin que pudieran controvertir las pruebas, situación que permaneció durante el transcurso en el que fueron incorporadas al expediente."[592] "Por lo expuesto, no es válido reprochar la vulneración del derecho al debido proceso y al principio de presunción de inocencia, en la medida, que la SIC demostró con observancia a las normas que rigen el debate probatorio, que las

[590] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Alberto Yepes Barreiro, del 19 de julio de 2018, Radicado No. 25000232400020120057601, Demandante: Caja de Compensación Familiar – Compensar EPS; Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, nulidad y restablecimiento del derecho. Ibid. Página 24.

[591] Ibid. Página 33.

[592] Ibid. Página 33.

	EPS incurrieron en conductas que distan de ser acordes a mantener las condiciones de competencia dentro del mercado de servicios de salud."[593] "En este contexto, si bien el Estado Colombiano ha reconocido la libertad de asociación que tienen las EPS como sujetos de derecho, esta debe desarrollarse dentro de las condiciones propias de libre competencia, por lo que no es admisible que se permitan prácticas restrictivas de la competencia, que en ultimas afectan al usuario del servicio."[594]
4.6.Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011
4.7.Análisis deferencia:	La sentencia confirma el fallo proferido el 27 de mayo de 2013 en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Como fundamento de los reparos en contra del fallo de primera instancia el apelante manifestó. "Afirmó que el Tribunal replicó lo aducido por la SIC en las resoluciones demandadas, alejándose de realizar un análisis crítico de las pruebas y una valoración armónica e integral del material probatorio, en la medida que pretendió separar las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos de la demanda."[595] Se hace referencia a lo anterior porque del análisis de la sentencia de primera instancia que se realizó con ocasión de la presente investigación, el autor coincide en que el fallo de primera instancia omitió realizar análisis críticos y adhiere a la posición de los actos administrativos demandados al resolver algunos de los cargos de la demanda. Ahora bien, la sentencia en comento también tiene visos de deferencia, pues aunque el demandante insistió en señalar que las conductas no era continuadas, el fallo se limita a firmar al respecto lo siguiente: "Así las cosas, **le asiste la razón al Tribunal al determinar conforme** a la evidencia presentada por la SIC, que las actuaciones adelantadas por Acemi y las EPS, que contrariaron el régimen de competencia en el mercado de salud, **transcurrieron entre marzo de 2007, y el 5 de diciembre de 2008** día en el que se efectuó el ultimo envió de información por parte de las entidades prestadoras de salud, con el fin de realizar el estudio de suficiencia de la UPC. […]

[593] Ibid. Página 34.

[594] Ibid. Página 36.

[595] Página 18 de la sentencia.

	"Con relación a esta censura **es pertinente resaltar que las actuaciones anticompetitivas fueron adelantadas de manera continua** con el fin de establecer el UPC y la determinación de los servicios POS. "Por tanto, no son de recibo los planteamientos del recurrente ya que del estudio completo de las pruebas que obran tanto en el trámite administrativo como en el expediente se observa que la información remitida se encontraba afectada por las actuaciones previas que se adelantaron entre las EPS y Acemi, motivo por el cual, se tiene como fecha para el computo de la caducidad el 5 de diciembre de 2008." Al igual que el fallo de primera instancia, se observa que el de segunda tampoco aborda el asunto principal del cargo consistente en determinar que debe entenderse por conducta continuada o continua y posteriormente determinar si los hechos lo eran o no. Como es bien sabido, una cosa es que ocurran varios hechos de ejecución instantánea dentro de un periodo, otra que una sola conducta se ejecute a lo largo del tiempo de manera continua, etc. Sin embargo, en los demás cargos, la sentencia de segunda instancia se esfuerza por hacer un análisis propio de las pruebas para arribar a sus conclusiones.

ANEXO 24 "Ficha 45. SALUDCOOP"

ID: 45. Saludcoop							
1. INFORMACIÓN GENERAL							
1.1.Juez:	Consejo de Estado						
1.2.Sección:	Sección Quinta	**1.3.M.P.:**	Carlos Enrique Moreno Rubio				
1.4.No. del proceso:	2012-00690-01	**1.5.Fecha:**	19 VII 18				
1.6. Instancia:	Segunda	**1.7.Medio de control:**	Nulidad y restablecimiento				
1.8.Demandantes	**P. Jurídica.**	**X**	**P. Natural:**				
Saudcoop EPS en liquidación, Cafesalud EPS y Cruz Blanca EPS (en adelante "Demandantes").							
2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO							
2.1.Actos administrativos demandados:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 48186 del 9 de septiembre de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011.						
2.2.Actos contrarios a la libre competencia:	• Art. 3 del decreto 1663 de 1994. • Núm. 1, 6 y 10 del art. 5 del decreto 1663 de 1994.						
2.3.Sanción:	•						
3. DEMANDA							
3.1. Pretensiones:	• Declarar la nulidad de las Res. 46111 de 30 de agosto, 48186 de 9 septiembre y 65116 de 21 de noviembre de 2011. En estas, la SIC estableció que las Demandantes infringieron los artículos 3 y 5 núm. 1, 8 y 10 del decreto 1663 de 1994. • Como consecuencia de lo anterior, declarar a título de restablecimiento del derecho que se reintegre a las Demandante el valor que hubiesen pagado a título de sanción pecuniaria.						
3.2. Cargos formales:	• Violación debido proceso. Ya que la SIC rechazó pruebas indispensables para los Demandantes: testimonios de los representantes legales de las sociedades investigadas. Además, negó la práctica del dictamen pericial de carácter financiero para la determinación de la variación del UPC y su correspondencia con el POS desde su implantación a través de la ley 100 de 1993.						
3.3.Cargos de fondo:	• Violación al principio de la imparcialidad. • Persecución en contra de las Demandantes y violación a los artículos 34 y 35 del CCA. • Falsa motivación y abuso de poder, debido a que las pruebas no demuestran la responsabilidad de las demandantes. La SIC descontextualizó la información que recaudó de ACEMI.						
3.4.Pruebas técnicas:							
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**		**Confirma:**	**X**	**Revoca:**	

(observaciones)				
4.2.Motivo:	**Formal:**	**X**	**Fondo:**	**X**
4.3.Consideraciones formales:	**Violación del derecho al debido proceso y de defensa por no decretar los testimonios de los representantes legales de las EPS** "De acuerdo con lo anterior, no se advierte por parte de esta Sala una violación al debido proceso por parte de la SIC en cuanto a la denegatoria de decretar el testimonio de los representantes legales de las EPS investigadas, ya que dentro de esa actuación administrativa todas las EPS constituían la parte investigada y por tanto no eran terceros, de manera que no se podía decretar su testimonio, ya que como se dijo con antelación los testimonios tienen como objeto la declaración de terceros y no de las partes dentro del respectivo proceso."[596]			
4.4.Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011			
4.5.Consideraciones de fondo:	**Falsedad en los motivos de los actos administrativos y desviación de poder, por no demostrar que las demandantes incurrieron en las conductas objeto de reproche** "De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón a la parte recurrente en el sentido de afirmar que la Superintendencia de Industria y Comercio invirtió la carga probatoria, puesto que de la lectura de los actos demandados se encuentra claramente que el análisis probatorio efectuado por esa entidad se centró en todos los medios que fueron decretados y practicados en la investigación administrativa, de modo que se acreditó con las pruebas documentales, interrogatorios, cuadros explicativos, flujogramas, entre otros, la existencia de una estrategia mancomunada para incidir en la fijación del listado de servicios del POS, y consecuencialmente, de la UPC, dentro de la cual actuó las empresas demandantes."[597]			
4.6.Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011			
4.7.Análisis deferencia:	La sentencia confirma el fallo proferido el 20 de febrero de 2014 en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda y configura un ejemplo clásico de deferencia judicial. En efecto, los cargos del apelante se enfocaron afirmar que los actos demandados adolecían de falta de motivación. Para efectos de resolver el cargo, el fallo en comento se dedica a comentar lo que hizo la administración en el proceso administrativo sancionatorio y las conclusiones a las que llegó para luego afirmar: "De acuerdo con lo anterior, no le asiste razón a la parte recurrente en el sentido de afirmar que la Superintendencia de Industria y Comercio invirtió			

[596] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio, de 19 de julio de 2018, Radicado No. 25000232400020120069001, Demandante: Saludcoop y otros, Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, nulidad y restablecimiento del derecho, segunda instancia. Página 24.

[597] Ibid. Página 21.

	la carga probatoria, puesto que de la lectura de los actos demandados se encuentra claramente que el análisis probatorio efectuado por esa entidad se centró en todos los medios que fueron decretados y practicados en la investigación administrativa, de modo que se acreditó con las pruebas documentales, interrogatorios, cuadros explicativos, flujogramas, entre otros, la existencia de una estrategia mancomunada para incidir en la fijación del listado de servicios del POS, y consecuencialmente, de la UPC, dentro de la cual actuó las empresas demandantes."[598] Como se puede observar, el fallo simplemente se dedicó a comentar los actos administrativos demandados para concluir que el cargo de falsa motivación no estaba llamado a prosperar. Se afirma que la sentencia que se analiza es un clásico ejemplo de deferencia porque cuando una actuación de la administración se acusa de falsa motivación, el ejercicio mínimo que se espera del juez es que analice de manera crítica el acervo probatorio y el acto administrativo objeto de control de acuerdo a los argumentos esgrimidos por el demandante y confronte ese análisis con lo consignado en el acto administrativo, no que simplemente verifique su contenido. Por regla general, los actos administrativos se construyen de acuerdo a la posición de la administración, la cual se manifestará en un sentido determinado y se motivará de acuerdo a la percepción de las pruebas que lleve a cabo la administración. En ese orden de ideas, si el ejercicio del control judicial se reduce a verificar el contenido del acto administrativo sin valorar de manera crítica las pruebas que valoró la administración, lo más probable es que termine concluyendo que lo realizado por la autoridad es razonable. El problema de lo anterior es que el control judicial de los actos de la administración no está instituido para verificar si lo que hizo la administración es razonable, sino para determinar si se hizo bien de conformidad con el ordenamiento jurídico.

[598] Página 21 de la sentencia.

ANEXO 25 "Ficha 47. ALIANZALUD"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 47. Aliansalud</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1.Juez:</td><td colspan="5">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Quinta</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Carlos Enrique Moreno Rubio</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00788-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td colspan="2">12 IV 18</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td colspan="2"></td></tr>
<tr><td colspan="6">Aliansalud EPS S.A. (en adelante "Aliansalud")</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011.
• Res. 48186 del 9 de septiembre de 2011.
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011.</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Art. 3 del decreto 1663 de 1994.
• Núm. 1, 6 y 10 del art. 5 del decreto 1663 de 1994.</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Aliansalud: $1.071.200.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5">• Declarar la nulidad de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011, mediante la cual la SIC declaró que Aliansalud infringió lo dispuesto en el art. 3 del decreto 1663 de 1994.
• Declarar la nulidad de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011, mediante la cual la SIC declaró que Aliansalud infringió los núm. 1, 8 y 10 del art. 5 del decreto 1663 de 1994.
• Declarar la nulidad de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011, mediante la cual la SIC impuso sanción a Aliansalud por valor de $1.071.200.000.
• Declarar la nulidad de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011, mediante la cual la SIC ordenó a Aliansalud publicar en diario de amplia circulación nacional un anuncio informando la decisión de la Res. 4611 de 2011.
• Declarar la nulidad de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011, mediante la cual la SIC ordenó a Aliansalud poner término a una infracción que no cometió y abstenerse de una práctica inexistente.
• Declarar la nulidad de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011, mediante la cual la SIC ordenó traslado a la Delegado de la Protección de la Competencia para iniciar averiguaciones sobre posible infracción al deber de cumplir instrucciones que expidió la SIC en el acto administrativo demandado.
• Declarar la nulidad de la Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011, mediante esta la SIC confirmó la Res. 46111 de 2011.
• Declarar la nulidad de los actos demandados y ordenar el restablecimiento del derecho de Aliansalud en el sentido de ordenar la restitución de la suma de $1.071.200.000.</td></tr>
</table>

	• Declarar la nulidad de los actos demandados y ordenar el restablecimiento en el sentido de exonerar de cualquier responsabilidad por la supuesta infracción a normas del decreto 1663 de 1994. • Ordenar a la SIC la divulgación de la nulidad de los actos administrativos demandados. o Condenar a la SIC al pago de indemnización de perjuicios no patrimoniales por concepto de daño moral: 100 SMMLV – por los perjuicios morales derivados de la publicación ordenada en un diario de amplia circulación nacional y el despliegue mediático de la SIC. o Condenar a la SIC al pago de los intereses moratorios sobre las sumas de dineros ordenas para reparación. • Condenar a la SIC en costas y agencias en derecho.
3.2. Cargos formales:	• Caducidad de la facultad sancionatoria de la administración. La SIC debería haber determinado un momento de celebración del acuerdo, pero no lo hizo.
3.3.Cargos de fondo:	• Vulneración del debido proceso por falta de prueba de la intención de las partes para realizar un acuerdo en contra de la libre competencia ni la potencialidad anticompetitiva de la conducta ni los efectos nocivos en el mercado de esta. • Vulneración del principio de presunción de inocencia. • Falsa motivación, la SIC descontextualizó y tergiversó las pruebas allegadas la investigación administrativa. • Desconocimiento del derecho de asociación de la Aliansalud.
3.4.Pruebas técnicas:	

4. FALLO									
4.1.Decisión									
Niega:		**Anula:**		**Confirma:**	**X**	**Revoca:**			
(observaciones)									
4.2.Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	**X**		
4.3.Consideraciones formales:	**Caducidad de la facultad sancionatoria de la administración:** "Sobre el periodo objeto de investigación por parte de la SIC, el recurrente afirmó que no existe prueba alguna en el expediente que permita establecer que la información enviada por parte de las EPS, entre ellas, Aliansalud S. A. a ACEMI, el 5 de diciembre de 2008, constituya una conducta o práctica contraria a la libre competencia habida cuenta que la información enviada se efectuó en cumplimiento de una exigencia por parte del Ministerio de Protección Social para el estudio de suficiencia de la UPC del POS. La aseveración de la parte actora sobre el envío de la información a ACEMI por medios electrónicos el 5 de diciembre de 2008 corrobora el hecho de que la investigación adelantada por la SIC sí se llevó a cabo en el período señalado en la resolución número 46111 de 2011, por manera que es claro que las conductas materia de investigación tenían relación estrecha y directa con la supuesta comisión de la infracción de la normatividad que prohíbe conductas que restrinjan o afecten la libre competencia, que como se señaló, se prolongaron en el tiempo."[599]								
4.4.Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011								

[599] Ibid. Página 19.

4.5.Consideraciones de fondo:	**Indebida valoración de las pruebas lo que generó vulneración al derecho al debido proceso y de defensa** "Bajo tales presupuestos, no le asiste razón al apelante en el sentido de afirmar que toda la información intercambiada entre Aliansalud S. A. y ACEMI obedeció a una exigencia del Ministerio de Protección Social para definir el listado del POS, pues, si bien la política de cobertura de servicios se determina con fundamento en los datos suministrados por las EPS, lo cierto es que esa información debe ser presentada en forma individual en aras, precisamente, de que exista transparencia en el mercado de prestación de servicios de salud."[600] **Violación del principio de legalidad y falsedad en los motivos** "Ahora bien, la afirmación atinente a que las reuniones solo tenían como propósito elevar peticiones al gobierno nacional como producto de los estudios estadísticos, técnicos, financieros y jurídicos acerca de la problemática que se genera en torno a las distintas interpretaciones del POS, es carente por completo de fundamento. Así pues, se tiene que no es necesario hacer grandes esfuerzos intelectivos para concluir que las EPS buscaban presentar una propuesta al Ministerio de Salud y Protección Social para la definición del POS basada en una información previamente concertada de manera consciente, la cual tenía por objeto afectar la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, la transparencia en la información y la fijación indirecta de precios de la UPC."[601] **Vulneración del derecho de asociación** "En el caso concreto, el derecho de asociación que tienen las EPS para canalizar a través de ACEMI las posturas, inquietudes, planteamientos de propuestas etc., debe estar sujeto al ordenamiento legal y debe tener como eje central la adecuada, oportuna y eficaz prestación de los servicios de salud. En ese sentido, la concertación o unificación de estrategias para presentar informes por las EPS relacionados con la definición de los servicios cubiertos por el POS, atenta contra el ordenamiento legal que prohíbe la realización de conductas contrarias a la libre competencia, tal como ocurrió en el caso objeto de debate."[602]
4.6.Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011
4.7.Análisis deferencia:	La sentencia confirma el fallo proferido el 27 de mayo de 2013 en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. El apelante se duele de la falta de análisis por parte del fallo de primera instancia en relación con varios de los cargos de la demanda, en particular, en el relativo a la caducidad: "En primer lugar, indicó que en la sentencia apelada se determinó que no se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, bajo argumentos carentes de fundamento legal y sin haberse realizado un análisis detallado de las pruebas allegadas.

[600] Ibid. Página 26.

[601] Ibid. Página 28.

[602] Ibid. Página 29.

	"No existe ninguna prueba en el expediente que demuestre que la supuesta conducta que motivó la imposición de la sanción de multa por parte de la SIC se extendió hasta el 5 de diciembre de 2008. Por el contrario, con las pruebas documentales aportadas se concluye que operó la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de todas las conductas investigadas." [603] Al respecto, el fallo de segunda instancia señala lo siguiente "En punto de lo anterior, es relevante señalar que las actuaciones objeto de investigación tienen el carácter de continuado por el hecho de que se derivan de un comportamiento con una unidad de propósito, si se tiene en cuenta el constante intercambio de información entre las EPS y ACEMI relacionada con temas específicos para la determinación de la UPC y la definición de los servicios que deberían estar o no incluidos en el POS." De la lectura del fallo no se advierte la enunciación y/o el análisis de las pruebas en que se fundamenta la sentencia analizada para concluir que la conducta es de carácter continuado, siendo ese precisamente el reproche del apelante. En ese sentido, para el autor el control judicial no fue adecuado y presenta visos de deferencia.

[603] Página 12 de la sentencia.

ANEXO 26 "Ficha 48. SURAMERICANA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 47. Suramericana</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1.Juez:</td><td colspan="5">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Primera – Subsección B</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Fredy Ibarra Martínez</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00763-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">18 VII 2018</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. y otro (en adelante "Suramericana") y Gabriel Mesa Nicholls – representante legal-.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011.
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011.</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">• Art. 3 del decreto 1663 de 1994.
• Núm. 1, 6 y 10 del art. 5 del decreto 1663 de 1994.</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Suramericana: $1.071.200.000
• Gabriel Mesa Nicholls: $79.804.400</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1. Pretensiones:</td><td colspan="5">Principales

• Declarar la nulidad de las Res. 46111 y 65116 de 2011.
• Declarar que Suramericana no incurrió en violación de normas sobre libre competencia.
• Declarar que Gabriel Mesa Nicholls no autorizó, toleró o incurrió en violación de normas sobre libre competencia.
• Ordenar la restitución de las sanciones pagadas por Suramericana y el representante legal.

Se ordene a la SIC cancelar las condenas que resulten de acciones populares o de grupo u ordinarios como consecuencia de las determinaciones en su contra en el trámite administrativo.

• Condenar a la SIC al pago de intereses a la máxima tasa permitida por las condenas solicitadas. Igualmente, condenar a la SIC a pagar el valor de los efectos negativos ocasionados al buen nombre de Suramericana y el representante legal.
• Ordenar a la SIC que publique la parte resolutiva de la sentencia en los mismos medios en que se publicaron los actos administrativos.
• Condenar a la SIC al pago de las costas.</td></tr>
</table>

	Subsidiarias: • Decretar la nulidad parcial de las Res. 46111 y 65116 de 2011 en lo que respecta a la cuantía de las multas impuestas a Suramericana y el representante legal. • Declarar que la cuantía de las multas debe ser la mínima posible de acuerdo con la ley o la suma inferior que considere el Tribunal, con arreglo a los principios que regulan la dosimetría de las sanciones administrativas. • Ordenar a la SIC que restituya la diferencia entre las multas impuestas. •
3.2. Cargos formales:	**Primer cargo: actos administrativos expedidos por fuera de la competencia por caducidad de la facultad sancionatoria.** **Segundo cargo: violación el debido proceso y del derecho de audiencia y defensa**
3.3.Cargos de fondo:	**Tercer cargo: Infracción de las normas en que debía fundarse:** artículo 31 de la ley 1340 de 2009, la utilización de mecanismos de intervención estatal restringe la aplicación de normas de libre competencia. **Cuarto Cargo: violación del principio de proporcionalidad de las sanciones:** • **La SIC no contestó la demanda.**
3.4.Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	**X**	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2.Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	**X**
4.3.Consideraciones formales:	**Primer cargo: actos administrativos expedidos por fuera de la competencia por caducidad de la facultad sancionatoria.** "En ese sentido precisa esta Sala de Decisión que es a partir de la fecha en que finaliza la conducta investigada que se empieza a contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria pues, el periodo investigado por la SIC, tal como se desprende de los actos administrativos acusados y de la jurisprudencia transcrita, comprende desde el 5 de marzo de 2007 hasta el 5 de diciembre de 2008, de ahí que es a partir de esta última fecha que empieza a correr el término de caducidad de tres años con que contaba la administración para ejercer legítimamente la facultad sancionatoria."[604]						

[604] Ibid. Página 23.

	Segundo cargo: violación el debido proceso y del derecho de audiencia y defensa "La parte actora adujo que con la expedición de los actos acusados se vulneró el principio de congruencia toda vez que se trajeron a colación documentos que no se indicaron en la resolución de apertura de la investigación. Sobre el particular se pone de presente que en la resolución que ordena la apertura de investigación se adelantaron y practicaron pruebas que permitieron la verificación de otros hechos que al momento de su apertura no se conocían, ello teniendo en cuenta el carácter continuado de la conducta ya que se evidenció el constante intercambio de información entre las EPS y ACEMI relacionada con temas específicos para la determinación y la definición de los servicios que deberían estar o no incluidos en el POS, lo cual no implica una vulneración del debido proceso ni tampoco una modificación de la apertura de investigación pues, se reitera, la conducta desplegada fue continuada."[605]
4.4.Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011
4.5.Consideraciones de fondo:	**Tercer cargo: Infracción de las normas en que debía fundarse** "Al respecto reitera la Sala que dicha norma no es aplicable a este caso concreto porque los hechos materia de investigación ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009 razón por la cual no es posible su aplicación en este asunto en particular."[606] **Cuarto Cargo: violación del principio de proporcionalidad de las sanciones:** "En ese orden ideas la Sala considera que la multa impuesta no desconoció los principios de proporcionalidad y razonabilidad por cuanto fue atribuida una sanción correspondiente a los hechos materia de investigación dado que se comprobó que la parte actora vulneró lo dispuesto en el régimen de competencia en materia de salud contemplado en los numerales 1, 8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 19994, razones estas por demás suficientes para determinar que no hubo ausencia de proporcionalidad de la sanción ni de dosimetría punitiva."[607]
4.6.Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011. • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011

[605] Ibid. Página 26.

[606] Ibid. Página 29.

[607] Ibid. Página 34.

4.7.Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en la misma se identificaron visos de deferencia judicial. En efecto, el demandante alegó la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración señalando lo siguiente: "La posición que la SIC adoptó en la investigación es errada pues al referirse a la facultad sancionatoria trajo a colación documentos y pruebas que no fueron señalados en la resolución de apertura de investigación con el objeto de afirmar que las conductas restrictivas de la competencia continuaron realizándose hasta el 5 de diciembre de 2008, fecha en la que la EPS remitió información al entonces Ministerio de Protección Social. En efecto no consta en el expediente prueba alguna sobre qué información se remitió al Ministerio, asimismo reiteró que el periodo investigado según la resolución de apertura comprendió desde el mes de enero de 2006 hasta el mes de diciembre de 2007, y que la última conducta analizada ocurrió el 7 de diciembre de 2007."[608] Para resolver el cargo, el fallo de primera instancia, luego de establecer su posición jurisprudencial sobre la forma de contabilizar la caducidad, afirmó lo siguiente: "En ese sentido precisa esta Sala de Decisión que es a partir de la fecha en que finaliza la conducta investigada que se empieza a contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria pues, el periodo investigado por la SIC, tal como se desprende de los actos administrativos acusados y de la jurisprudencia transcrita, comprende desde el 5 de marzo de 2007 hasta el 5 de diciembre de 2008, de ahí que es a partir de esta última fecha que empieza a correr el término de caducidad de tres años con que contaba la administración para ejercer legítimamente la facultad sancionatoria."[609] […] "Sobre el particular se pone de presente que en la resolución que ordena la apertura de investigación se adelantaron y practicaron pruebas que permitieron la verificación de otros hechos que al momento de su apertura no se conocían, ello teniendo en cuenta el carácter continuado de la conducta ya que se evidenció el constante intercambio de información entre las EPS y ACEMI relacionada con temas específicos para la determinación y la definición de los servicios que deberían estar o no incluidos en el POS, lo cual no implica una vulneración del debido proceso ni tampoco una

[608] Página 7 de la sentencia.

[609] Página 23 de la sentencia.

	modificación de la apertura de investigación pues, se reitera, la conducta desplegada fue continuada."[610] Es evidente que el fallo ni siquiera aborda los fundamentos del cargo de los demandantes según el cual el periodo investigado por la autoridad solo iba hasta el 7 de diciembre de 2007 y que la administración trajo a colación pruebas que no anunció en la apertura de investigación con el fin de extender la caducidad. La sentencia simplemente asume que lo realizado por la Superintendencia en este asunto es correcto sin siquiera analizarlo ni motivar por qué ampliar el periodo investigado y sancionar con fundamento en pruebas no imputadas en el pliego de cargos no viola el derecho de defensa de los demandantes. En consecuencia, el control judicial al respecto fue nulo. Esta providencia fue apelada y el trámite de segunda instancia se encuentra en curso.

[610] Página 26 de la sentencia.

ANEXO 27 "Ficha 52. EAAB"

ID: 52. EAAB							
1. INFORMACIÓN GENERAL							
1.1. Juez:	Tribunal Administrativo de Cundinamarca						
1.2.Sección:	Sección Primera – Subsección A	**1.3.M.P.:**	Luis Manuel Lasso Lozano				
1.4.No. del proceso:	2015-00326-00	**1.5.Fecha:**	29 VI 17				
1.6. Instancia:	Primera	**1.7.Medio de control:**	Nulidad y restablecimiento				
1.8.Demandantes	**P. Jurídica.**	**X**	**P. Natural:**				
Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá SA ESP (en adelante "EAAB")							
2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO							
2.1.Actos administrativos demandados:	• Res. 44586 del 22 de julio de 2014. Impone sanción • Res. 61661 del 14 de octubre de 2014. Niega solicitud de nulidad y resuelve recurso de reposición.						
2.2.Actos contrarios a la libre competencia:	•						
2.3.Sanción:	• EAAB: $1.848.000.000 por incumplir la instrucción impartida y obstruir la actuación administrativa adelantada. La sanción fue reducida por la Res. 61661 a $1.232.000.000						
3. DEMANDA							
3.1. Pretensiones:	• Declarar la nulidad de las Res. 44586 y 61661 de 2014. • A título de restablecimiento del derecho, ordenar a la SIC abstenerse cobrar el valor de la multa impuesta disponer la devolución de la misma, indexada en concordancia con el IPC.						
3.2. Cargos formales:	• Violación del debido proceso						
3.3.Cargos de fondo:	• Falsa motivación de los actos administrativos • Dosimetría de la sanción y desviación de poder.						
3.4.Pruebas técnicas:							
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	**X**	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:		**Formal:**		**X**	**Fondo:**	**X**	
4.3. Consideraciones formales:	**Los correos institucionales no pueden ser incorporados a ninguna actuación administrativa si no media una orden judicial** "En consecuencia, se tiene que la expresión "papeles de comercio" a los que se refiere la norma incluye la correspondencia comercial, la cual puede obrar en formato electrónico, respecto de la cual es deber del comerciante conservar copia, de conformidad con el artículo 57 del Código de Comercio, por lo que es potestativo de la SIC solicitar la misma, sin que ello implique la afectación del derecho fundamental a la intimidad del comerciante, puesto que la misma norma						

	constitucional faculta a esta entidad como órgano de vigilancia, inspección y control para solicitar la exhibición de tales documentos. En virtud de lo anterior, la revisión de los correos electrónicos institucionales por parte de la SIC en el proceso administrativo sancionatorio, no vulneró los derechos fundamentales del demandante, pues la entidad demandada actuó en ejercicio de sus funciones y, en consecuencia, las pruebas así recaudadas no adolecen de vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad que impidan su valoración, motivo por el cual la Sala desestimará el argumento propuesto en la demanda."[611] **Violación al debido proceso** "De los apartes transcritos se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó explicaciones a la E.A.A.B S.A. E.S.P. debido a la inobservancia de las instrucciones emitidas en la visita de 30 de octubre de 2012 y, en ese sentido, se aprecia que dicha empresa pudo aportar y solicitar las pruebas que pretendiera hacer valer, concediéndole para ello un término que vencía el 26 de noviembre de 2012; sin embargo, la E.A.A.B. S.A. E.S.P. no allegó ningún escrito de explicaciones al respecto, tampoco aportó ni solicitó la práctica de prueba alguna que desvirtuara la actuación administrativa iniciada en su contra aspecto que, se advierte, no cuestiona la demandante en esta instancia. Por lo tanto, se observa que la demandada se limitó a emitir un pronunciamiento sólo con respecto a las pruebas aportadas en los escritos radicados por los demás investigados, los cuales fueron tenidos en cuenta, además de las pruebas decretadas de oficio y de lo consignado en el Acta de Visita Administrativa de 30 de octubre de 2012, al momento de resolver el fondo de la investigación administrativa."[612]
4.4. Pruebas:	• Res. 44586 del 22 de julio de 2014. Impone sanción • Res. 61661 del 14 de octubre de 2014. Niega solicitud de nulidad y resuelve recurso de reposición.
4.5. Consideraciones de fondo:	**La oponibilidad de la reserva sumarial frente a los investigados en la etapa de averiguación preliminar** "Con base en las sentencias sobre recurso de insistencia transcritas en los párrafos anteriores se concluye que las referidas actuaciones adelantadas en la etapa de averiguación preliminar tienen carácter reservado, situación que confirma lo ya expuesto en el sentido de que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene la obligación de informar el motivo de la visita administrativa, debido al carácter reservado de dicha actuación que se adelantó durante la etapa de averiguación preliminar, con el fin de recopilar información acerca de una presunta conducta anticompetitiva relacionada con la venta de agua en bloque."[613] **La demandada nunca estableció la calidad con la que actuó la EAAB, toda vez que no concurrió representante legal alguno a la diligencia**

[611] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera subsección A, del 29 de junio de 2017, C.P.: Luis Manuel Lasso Lozano, Radicado No. 25000234100002015003250O, Demandante: Empresa de Acueducto y alcantarillado de Bogotá SA ESP, Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio, nulidad y restablecimiento del derecho. Página 17.

[612] Ibid. Página 25.

[613] Ibid. Página 20.

	"La Sala considera que no era necesaria la presencia del representante legal de la E.A.A.B. S.A. E.S.P. en la visita administrativa practicada por la Superintendencia de Industria y Comercio el 30 de octubre de 2012 en las instalaciones de la misma, por las razones que se exponen a continuación. a) El numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, el cual sirvió de fundamento para practicar la visita por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y fue indicado en el acta de visita, no establece como necesaria la presencia del representante legal de la empresa al momento de realizar la inspección correspondiente."[614] **Dosimetría de la sanción y desviación de poder** "También se debe indicar que el monto de la multa impuesta fue proporcionado, pues se ajustó a lo previsto en el inciso primero del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que correspondió a la gravedad de una conducta claramente obstruccionista de la actuación de la demandada y no superó los 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes."[615]
4.6. Pruebas:	• Res. 44586 del 22 de julio de 2014. Impone sanción • Res. 61661 del 14 de octubre de 2014. Niega solicitud de nulidad y resuelve recurso de reposición.
4.7. Análisis deferencia:	El fallo resuelve negar las pretensiones de la demanda interpuesta con el fin de revocar una sanción impuesta por la autoridad en virtud de la inobservancia de instrucciones por parte del demandante. De la lectura del mismo no se observa que presente visos de deferencia, como quiera que la sentencia realiza un análisis crítico de los actos demandados y posteriormente arriba a sus conclusiones que, con independencia de que se compartan, aparecen motivadas. Actualmente, el proceso se encuentra en el trámite de segunda instancia.

[614] Ibid. Página 20.

[615] Ibid. Página 33.

ANEXO 28 "Ficha 53. SAYCO"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 53. SAYCO</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Moisés Rodrigo Mazabel</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2015-00665-00)</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="2">21 IX 17</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Organización Sayco – Acimpro (OSA)</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 10063 del 21 de febrero de 2014.
• Res. 33060 del 26 de mayo de 2014.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Inobservancia de las instrucciones de la SIC de allegar información importante para una investigación. La información solicitada era la base de datos de los usuarios del año 2011 y de los establecimientos abiertos al público (fundamento normativo art. 25 Ley 1430 de 2009).</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Muta de COP$ 315.671.500
• Publicación de la sanción.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de las Res. 10063 y 33060 de 2014.
• Devolución de la multa.
• Que sobre el monto de devolución se condene a la SIC al pago de intereses a la máxima tasa aplicable desde el momento del pago de la multa hasta la fecha de su devolución.</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">• Violación a los artículos 15 y 25 de la Ley 1340 de 2009:</td></tr>
</table>

	○ OSA no fue vinculada en el proceso de prácticas restrictivas de la competencia que adelantó la SIC contra Sayco (diferente a OSA) y una persona natural. ○ La SIC sustentó su requerimiento de información en el art. 15 de la Ley 1340 de 2009 cuando esta norma solamente resulta aplicable a entidades investigadas por prácticas restrictivas de la competencia. ○ La SIC vulneró el art. 25 ibid. ya que al sancionar a OSA no se revisaron los diferentes criterios de sanción que están consignados en esa norma. • Vulneración de los artículos 15 y 29 Constitución: ○ La SIC no podía fundamentar la solicitud de información a la OSA en el art. 15 CN ya que para este caso sus facultades de inspección vigilancia y control son limitadas. En este caso ese límite no le permitía solicitar información de la OSA ya que esta no había sido vinculada a una investigación administrativa. Esto último vulneró el art. 29 CN. ○ La SIC tampoco justificó bajo que título se le solicitó información a la OSA. • Vulneración a los arts. 1; 3; 27; 37; 44 y 51 de la Ley 1437 de 2011:

	○ La SIC vulneró el art. 1 CPACA pues con el requerimiento de información a la OSA se vulneró su derecho de conservar y mantener sus secretos empresariales como parte de su patrimonio. ○ La SIC vulneró el art. 3 ibid. ya que adelantó un proceso en contra de OSA sin una base legal y sin permitirle a esta última ejercer su derecho de contradicción y defensa. ○ La SIC vulneró el art. 27 ibid. ya que pese a conocer la reserva legal que operaba sobre la información que le requirió a la OSA, solicitó el suministro de la misma cuando esta última entidad no había sido vinculada como investigada en el proceso donde se quería usar tal información. ○ La SIC vulneró el art. 37 ibid. puesto que no le permitió a la OSA participar ni hacer valer sus derechos dentro de la investigación donde se pretendía usar la información que fue objeto de requerimiento y que se sancionó en las resoluciones demandadas. ○ La SIC vulneró el art. 44 ibid. ya que usó de forma discrecional y conveniente el art. 15 de la Ley 1340 de 2009 para poder tener un fundamento en el requerimiento de información que se le hizo a la OSA.

	○ La SIC vulneró el art. 5 ibid. ya que consideró que el legítimo derecho de la OSA de negarse a presentar información sujeta a reserva, era una causal de incumplimiento y sanción.
3.3.Cargos de fondo:	• Violación del artículo 260 de la decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena: ○ La información solicitada por la SIC a la OSA constituye un secreto empresarial que goza de protección por la decisión 486 de la CAN.
3.4.Pruebas técnicas:	N.A.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							

4.2. Motivo:	**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:	• Frente a la Competencia de la SIC: ○ "(…) se le ha otorgado a la Superintendencia de Industria y Comercio la facultad sancionatoria en lo que respecta a competencia de los mercados, por lo que resultaba esta autoridad administrativa ser competente para adelantar las investigaciones en esta materia"[616] • Frente a la vulneración del debido proceso: ○ "(…) la Superintendencia desde el primer requerimiento realizado el 28 de agosto de 2012, le indicó a la demandante: (I) que la información solicitada era en cumplimiento de un acto			

[616] Página 22.

	administrativo de pruebas N° 50644 (II) que la información se requería dentro de una investigación adelantada por prácticas comerciales restrictivas que se inició contra la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia y el señor Jairo Enrique Ruge (f. 2310, C.10), por lo cual no se evidencia una vulneración al debido proceso por parte de la Superintendencia en esta instancia"[617]. ○ "(…) independientemente que la investigación N° 11-1505-26 no estuviera dirigida a la aquí demandante esto no la eximia de su deber legal de suministrar la información solicitada por la Superintendencia de Industria y Comercio, como se indicó anteriormente, pues la Organización Sayco y Acinpro al manejar una base de datos en virtud de un contrato de mandato suscrito con la investigada (SAYCO) contaba con información de relevancia para esclarecer los hechos investigados por la autoridad administrativa, y en ese sentido la demandante adquiría el deber de sujeción a la orden impartida"[618]. ○ "(…) la Superintendencia de Industria y Comercio actuó de forma garantista en cada una de las etapas del trámite administrativo adelantado

[617] Páginas 27 y 28.

[618] Página 28.

	contra la Organización Sayco Acinpro por inobservancia de instrucciones impartidas"[619]. • Frente a la proporcionalidad de la sanción impuesta: o "(…) se observa que la dosimetría de la sanción impuesta a la demandante se encuentra dentro del rango previsto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, y como puede apreciarse, la multa impuesta fue de Trescientos Quince Millones Seiscientos Setenta y Un Mil Quinientos Pesos Moneda Corriente ($315.671.500), lo cual está dentro del rango que fija la ley, sumado al hecho que se estudiaron como factor determinante: el daño causado; la reincidencia de la conducta; capacidad económica del investigado (…)"[620]. o "(…) la Sala que la entidad demandada no solo evaluó los atenuantes establecidos en la ley para graduar la sanción, sino que adicionalmente evaluó la situación financiera de la Organización Sayco Acinpro, para armonizar la aplicación de un criterio de proporcionalidad racional con el fin de que la sanción no tuviera más allá del efecto correctivo y ejemplarizante un efecto crítico sobre el patrimonio y activos de la empresa, por lo cual, el cargo de vulneración al principio de

[619] Páginas 28 y 29.
[620] Página 30.

	proporcionalidad no está llamado a prosperar"[621].
4.4. Pruebas:	• Oficio 11-150526-81-1 de 2012 en donde la SIC requiere a OSA para que allegue información. • Oficio N° 11-150526-00117-0001 en donde OSA manifiesta que había una confusión en cuanto a la persona que se estaba solicitando la información. • Oficio No. 11-150526-126-1 en donde la SIC resuelve la anterior comunicación y reitera el requerimiento de información a la OSA. • Res demandadas.
4.5. Consideraciones de fondo:	• Frente a la reserva legal: o "(…) la información sobre la cual se aduce la presunta reserva cumple con los elementos para ser considerada como tal a la luz de la norma comunitaria Decisión 486 (…). De lo anterior, se desprende que la legitimación para obtener la información solicitada por la demandada (base de datos de los usuarios del año 2011) está limitada, ya que la misma hace parte del secreto mercantil de la Organización Sayco Acinpro"[622]. o "(…) corresponde determinar si es aplicable la oponibilidad de las excepciones a la reserva de la información de cara a la potestad de inspección, control y vigilancia que en materia de competencia le ha sido otorgada

[621] Página 31.
[622] Páginas 23 y 24.

	a la Superintendencia de Industria y Comercio"[623]. o "el numeral 4º del artículo 15 Constitucional establece una excepción conforme a los fines constitucionales en los cuales se debe revelar los libros de contabilidad y los demás documentos privados, cuando sean requeridos estos para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado"[624]. o "(…) la Ley 1437 de 2011, (vigente para el momento de los hechos) en su artículo 27 establece unas excepciones respecto al carácter de reserva de una información o de determinados documentos, al establecer que no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, soliciten la información para el debido ejercicio de sus funciones, y que en todo caso corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de la información y documentos que lleguen a conocer"[625]. o "(…) el artículo 61 del Código de Comercio establece dos (2) supuestos respecto a los cuales es posible levantar el velo de

[623] Página 24.
[624] Ibid.

[625] Ibid.

	prohibición en el que están envueltas las documentales de los comerciantes (…) (ii) cuando ellos sean solicitados para el cumplimiento de las funciones de vigilancia y auditoria"626. o "En el curso de la investigación en comento, cuando se dio apertura al periodo probatorio entre otras la Superintendencia encontró pertinente, conducente y oportuno requerir a la Organización Sayco y Acinpro con el fin de que remitiera la base de datos de los usuarios del año 2011, para la Sala, esta prueba decretada guarda directa relación con la investigación adelantada por la Superintendencia contra la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia – Sayco, pues la aquí demandante en virtud de un mandato celebrado es la encargada de materializar el efectivo recaudo por comunicación de obras protegidas a nivel nacional por la Sociedad Sayco y en ese sentido dada la naturaleza de las quejas presentadas y las imputaciones realizadas, bien esta base de datos servía para cruzarla con la aportada por la investigada y corroborar la veracidad de la misma"[627]. o "(…) para esta Corporación no resulta del recibo los argumentos planteados por la

[626] Página 25.

[627] Página 26.

	demandante en cuanto a la reserva de los documentos solicitados por la Superintendencia, pues como se ilustró existen excepciones a esta y la ley ha dejado en claro el trámite y uso que las autoridades administrativas deben darle a esta información en el trámite de los procesos que adelanten"[628].
4.6. Pruebas:	• Res. 20964 de 2012 donde la SIC abre investigación administrativa en contra de Sayco y una persona natural. • Res. 50644 de 2012 donde la SIC decreta pruebas en la investigación administrativa iniciada mediante la Res. Anterior.
4.7. Análisis deferencia:	El fallo resuelve negar las pretensiones de la demanda interpuesta con el fin de revocar una sanción impuesta por la autoridad en virtud de la inobservancia de instrucciones por parte del demandante. De la lectura del mismo no se observa que presente visos de deferencia, como quiera que la sentencia realiza un análisis crítico de los actos demandados y posteriormente arriba a sus conclusiones que, con independencia de que se compartan, aparecen motivadas. Actualmente, el proceso se encuentra en el trámite de segunda instancia.

[628] Ibid.

ANEXO 29 "Ficha 54. PROCABLES"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 54. PROCABLES</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Juzgado Primero Administrativo de oralidad de Bogotá</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Luz Myriam Espejo</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2011-00089-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>17 VIII 12</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Productora de Cables – Procables S.A. C.I.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 18926 del 13 de abril de 2010.
• Res. 59518 del 28 de octubre de 2010.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Incumplimiento de la sociedad demandante de las instrucciones impartidas por la SIC: en una visita administrativa a las instalaciones de la sociedad demandante se requirió la presencia del representante legal, lo cual fue incumplido por esta sociedad (núm. 2 art. 2 Decreto 2153 de 1992).</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">Multa de 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de Res. 18926 de 2010.
• Nulidad de Res. 59518 de 2010.
• A título de restablecimiento del derecho se absuelva a la demandante del pago de la multa impuesta por la SIC.
• Se condene en costas a la parte demandada.</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">• Violación al debido proceso:

o La multa se dio por fuera de un procedimiento en donde se le permitiera a la sociedad demandante controvertir la</td></tr>
</table>

	decisión, aportar pruebas y en general ejercer su derecho de contradicción y defensa. o El comunicado que la SIC le remitió a la demandante para que ofreciera explicaciones sobre la ausencia de representante legal al momento de la visita administrativa en sus instalaciones, no se considera como un acto de formulación de cargos: allí no se tipificó ninguna conducta sobre la que se pudiera ejercer el derecho de defensa. Este acto de comunicación solo puede tomarse como un requerimiento más no como un pliego de cargos. o Según los arts. 44 y 45 del C.C.A. el acto de formulación de cargos debe notificarse de manera personal al investigado, situación que no ocurrió en el caso *sub examine*. o La SIC solo le dio un día a la sociedad demandante para ofrecer explicaciones sobre la ausencia de representante legal al momento de la visita administrativa en sus instalaciones. Lo anterior obstaculizó el derecho de defensa de la demandante. o El trámite adelantado por la SIC y del que se derivó la sanción impugnada fue informal y no tuvo la rigurosidad que requiere un proceso administrativo sancionador.

	• Falta de concordancia entre la sanción y la conducta del administrado: o La SIC sustentó la sanción impugnada en el hecho de que Procables obstaculizó el trámite administrativo, pero omitió que esta sociedad finalmente entregó los documentos solicitados y permitió la declaración a su representante legal. o La SIC sancionó a Procables con base en el art. 4 núm. 15 del Decreto 2153 de 1992, norma que no era aplicable al caso pues aquí no se estaba investigando una práctica restrictiva de la competencia de la sociedad demandante sino la presunta obstrucción de una visita administrativa. • Violación al principio de la Proporcionalidad de la sanción: o Procables asumió con seriedad y transparencia la investigación que la SIC llevó en su contra: para la dosificación de la sanción la SIC no tuvo en cuenta que el propósito de la visita administrativa, que era recolectar las pruebas que finalmente se obtuvieron. Por eso la sanción no podía corresponder a un 20% del tope sancionatorio que dispone el Decreto 2153 de 1992. o Según la jurisprudencia del Consejo de Estado las sanciones que puede imponer

	la Administración en ejercicio de sus facultades punitivas deben obedecer a unos criterios bien definidos atinentes a la proporcionalidad, lo cual no fue acatado por la SIC al momento de cuantificar la sanción impuesta a Procables.
3.3.Cargos de fondo:	• Ausencia de violación del ordenamiento jurídico – representante legal. o La SIC entendió erróneamente la forma en cómo se lleva la representación legal de una empresa lo que le llevó a concluir erróneamente que la empresa tiene el deber de disponer permanentemente de una persona con facultades de representación en el domicilio legal. o La SIC confunde los conceptos de domicilio social con dirección de establecimiento de comercio, fue en este último lugar donde la demandada realizó la visita administrativa de la que surgió la supuesta desatención por la que fue sancionada la demandante. Las disposiciones comerciales y procesales no imponen la obligación de mantener en todo momento a un representante legal en la dirección del establecimiento de comercio, puesto que la obligación consiste en mantener tal sujeto en el lugar del domicilio. o El que la SIC le exigiera al representante legal de la entidad demandante a que autorizara al funcionario que

	atendió la visita administrativa de la que surgió la supuesta desatención que fue objeto de sanción, significaba constituir un poder en favor de tal funcionario, no para atender la referida visita sino para responder el interrogatorio que proponían hacer en aquel momento los funcionarios de la SIC. Por ello la renuencia a hacer tal autorización no configuraba ninguna infracción de la demandante. o La SIC no debió haber concluido que la sociedad demandante desobedeció una orden suya por cuanto para la visita administrativa de la que surgió tal incumplimiento nunca se informó que esta debía ser atendida por el representante legal. • Ausencia de violación del ordenamiento – confidencialidad de la información o La SIC consideró erróneamente que en ejercicio de sus facultades como autoridad de la competencia no le es oponible el derecho a la reserva de la información confidencial. o Procables no pretendió excusarse de entregar la información requerida por la SIC en la reserva por confidencialidad: la información que la SIC le solicitó a Procables en la visita administrativa que se ha venido mencionando tenía carácter de reservado por lo que esta no era

				accesible para ninguno de los empleados, la misma solo podía ser revisada por el representante legal. Por lo tanto, al momento de la visita administrativa no se podía remitir a la SIC la información allí requerida.			
3.4.Pruebas técnicas:							
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**	X	**Confirma:**		**Revoca:**	
• El Despacho competente declaró la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda a excepción de la condena en costas a la demandada ya que de conformidad con lo estipulado en el art. 171 C.C.A., no se demostró que la conducta de la SIC la hiciera acreedora de la referida condena.							
4.2. Motivo:				**Formal:**		**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				• Frente al cargo de violación al debido proceso: o "La legislación vigente para la época de los hechos sancionados, esto es, el Decreto 2153 del 31 de diciembre de 2002 (sic) (…) estableció que la entidad demandada se encontraba facultada para ejercer inspección, vigilancia y control con el fin de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia, prácticas restrictivas de la competencia, promoción de la competencia (…) "En desarrollo de tales funciones, la Superintendencia de Industria y Comercio podía solicitar el suministro de datos, informes libros y papeles de comercio, así como practicar visitas de inspección, como ocurrió en el presente caso, que con ocasión de una visita de			

	inspección, la entidad demanda ejerció su facultad sancionatoria. Ante la ausencia de un procedimiento especial para determinar la existencia de la infracción de instrucciones impartidas por la Superintendencia demandada, conforme el artículo54 del Decreto 2153 de 1992 el procedimiento aplicable era el reglamentado en el artículo 28 y concordantes del Código Contencioso Administrativo"[629]. o "(…) se colige que el procedimiento a seguir por la demandada es breve y sumario, es decir, solicitadas las explicaciones por la presunta infracción de las instrucciones impartidas se le concede un término razonable al investigado para la presente y serán evaluadas por la autoridad administrativa, quien decide interponer o no la respectiva sanción motivada, al menos en forma sumaria"[630]. o "Así las cosas, para el Despacho no cabe duda que en el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio le garantizó la defensa y contradicción y en general el debido proceso a la Sociedad PROCABLES S.A. C.I. en la investigación administrativa sancionatoria, pues conforme a las disposiciones transcritas, le

[629] Páginas 21 y 22.

[630] Página 22.

	comunicó el 29 de septiembre de 2009, sobre la existencia de la infracción a las instrucciones impartidas por el ente de control; las herramientas con las que contaba para defenderse, esto es, la posibilidad de rendir explicaciones y el aporte de pruebas y solicitud de las mismas; la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, que se traduce en los tres (3) días que le concedió para que rindiera explicaciones y aportare pruebas (…) fecha en la cual en efecto la sociedad demandante rindió explicaciones y aportó documentales como medios de prueba (…) "(…) Así mismo, la entidad demandada, con posterioridad al término concedido para rendir explicaciones y aportar pruebas profirió sanción motivada sumariamente, le notificó la decisión a la investigada, dándole a conocer el recurso procedente y resolviéndolo finalmente"[631].
4.4. Pruebas:	• Expediente administrativo que fue aportado por la SIC durante el proceso judicial. • Res. 18926 del 2010.
4.5. Consideraciones de fondo:	• Frente al cargo de ausencia de violación del ordenamiento jurídico – representante legal: o "(…) en ausencia temporal del representante legal principal de a sociedad PROCABLES S.A.

[631] Páginas 23 y 24.

	C.O. aquél podría ser remplazado por los vicedirectores o por FABIÁN TÉLLEZ PINEDA, quien fue investido con facultades de representación legal de la sociedad demandante, por lo que, en visita de inspección programada por la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, para el día 18 de septiembre de 2008, podía ser atendida por cualquiera de los sujetos antes mencionados, y en su defecto por un tercero que se encuentre en las instalaciones de la sociedad y tenga algún tipo de vinculación con la misma, como así lo sostuvo el H. Consejo de Estado en Sentencia del cuatro (4) de octubre de dos mil siete (2007). […] "El Despacho acoge los argumentos expuestos por la alta Corporación judicial en la providencia en comento, como quiera que el trámite administrativo adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio gozan de similitud, esto es".[632] ○ "(…) en el presente caso quedó claramente demostrado que la visita de inspección del 18 de septiembre de 2008 fue inicialmente atendida por el señor JUAN CARLOS VALDERRAMA GUALTEROS quien para en (sic) momento ostentaba la calidad de Gerente

[632] Página 26.

	Administrativo y Financiero de la sociedad PROCABLES S.A. C.I. como se desprende del Acta de no atención a visita siscruta por él y los funcionarios de la Superintendencia demandada (…), empleado que podría estar legitimado para atender dicha visita de inspección ya sea porque hubiese sido designado para ello o porque habiendo sido informado previamente la sociedad, el representante legal o sus suplentes no pudiendo presidir la visita guardaron silencia y omitieron designar a alguien para tal fin, sin embargo, en el presente caso la Superintendencia de Industria y Comercio no informó previamente a la sociedad sobre la realización de la visita de inspección programada para el 19 de septiembre de 2008 (…). "La omisión de la Administración Pública que vicia de nulidad la actuación administrativa surtida con ocasión de la visita declarada fallida o no atendida por la Sociedad demandante, pues a juicio de este Despacho y en concordancia con lo expuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia antes referida, la Superintendencia está en la obligación de informar previamente la visita de inspección a la Sociedad que debe atender la visita, a fin de que esta sea atendida por el Representante legal principal personalmente; por los representantes legales suplentes o por alguna persona designada previamente para ello, que a bien

	tenga la Sociedad y que para que esto ocurra evidentemente la Sociedad debe conocer antes de la realización de la visita de inspección que el ente de control, inspección y vigilancia ha designado unos funcionarios para realizar una visita de inspección en cierta fecha, lo contrario, sería imponer una carga a la Sociedad objeto de la visita que no está en la obligación de soportar, como lo es, pretender que el Representante Legal de una sociedad prevea la atención de visitas de inspección espontáneas por parte de la Superintendencia demandada, lo cual implicaría necesariamente que alguno de los representantes legales se encuentre en el sitio a visitar o que se designe a una persona con facultades de representación legal para ello, situación que trasciende la conducta diligente de un buen hombre de negocios, como se presume serlo el Representante Legal de una sociedad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995"[633]. ○ "(…) este Despacho accederá de manera favorable a las pretensiones contenidas en el escrito de demanda. Como quiera que la prosperidad del cargo enunciado anteriormente pone fin del proceso, este Despacho, no estudiará de fondo

[633]Página 29.

	los demás cargos propuestos por la sociedad actora"[634].
4.6. Pruebas:	• Certificado de existencia y representación legal de Procables S.A. C.I. del 24 de septiembre de 2008. • Acta de la visita de inspección realizada por funcionarios de la SIC el 18 de septiembre de 2008 a la sociedad Procables S.A. C.I. • Res. 18926 del 2010. • Requerimiento del 29 de septiembre de 2008, mediante el cual la SIC solicita a la sociedad demandante a que rinda explicaciones y aporte pruebas sobre la renuencia de designar un representante legal para la visita de inspección realizada el 19 de ese mismo mes y año. • Respuesta de la sociedad demandante del 1º de octubre de 2008.
4.7. Análisis deferencia:	El Juzgado anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la falsa motivación de los mismos: "La visita de inspección programada para el día 18 de septiembre de 2008 no pudo ser atendida por el representante legal de la sociedad demandante por culpa que no puede ser atribuible a la misma, pues no era conocedora de que para dicha fecha se requería de la presencia, asistencia del representante legal o de persona facultada o designada para atender la visita administrativa programada por la entidad demandada, razón por la cual, en el presente caso, no se evidencia desatención o inobservancia a instrucción alguna impartida por la Superintendencia

[634] Página 30.

	(…) situación que conlleva al Despacho a declarar probado el cargo denominado "Ausencia de Violación del Ordenamiento Jurídico – Representación Legal, propuesto por la parte demandante y en consecuencia, este Despacho accederá de manera favorable a las pretensiones contenidas en el escrito de demanda."[635] En este caso, la nulidad de los actos administrativos de la demanda desvirtúa la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada. No obstante, se debe señalar que en el presente caso no estaban en discusión asuntos técnicos relativos al régimen de competencia, pues la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio al demandante tuvo como origen la inobservancia de las instrucciones proferidas por la autoridad. Finalmente, con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis

[635] Páginas 29 y 30 de la sentencia

	probatorio del acto administrativo demandado, procedió a realizar su propio análisis y a justificar sus conclusiones. La sentencia en mención sería confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante fallo del 22 de marzo de 2013.

ANEXO 30 "Ficha 55. PROCABLES"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 55. PROCABLES</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera (Descongestión)</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Ana María Rodríguez</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2011-00089-02</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>22 III 13</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Productora Procables S.A. C.I.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 18926 del 13 de abril de 2010.
• Res. 59518 del 28 de octubre de 2010.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Incumplimiento de la sociedad demandante de las instrucciones impartidas por la SIC: en una visita administrativa a las instalaciones de la sociedad demandante se requirió la presencia del representante legal, lo cual fue incumplido por esta sociedad (núm. 2 art. 2 Decreto 2153 de 1992).</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">Multa de 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de Res. 18926 de 2010.
• Nulidad de Res. 59518 de 2010.
• A título de restablecimiento del derecho se absuelva a la demandante del pago de la multa impuesta por la SIC.
• Se condene en costa a la parte demandada.</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">• Violación al debido proceso:

o La multa se dio por fuera de un procedimiento en donde se le permitiera a la sociedad</td></tr>
</table>

	demandante controvertir la decisión, aportar pruebas y en general ejercer su derecho de contradicción y defensa. o El comunicado que la SIC le remitió a la demandante para que ofreciera explicaciones sobre la ausencia de representante legal al momento de la visita administrativa en sus instalaciones, no se considera como un acto de formulación de cargos: allí no se tipificó ninguna conducta sobre la que se pudiera ejercer el derecho de defensa. Este acto de comunicación solo puede tomarse como un requerimiento más no como un pliego de cargos. o Según los arts. 44 y 45 del C.C.A. el acto de formulación de cargos debe notificarse de manera personal al investigado, situación que no ocurrió en el caso *sub examine*. o La SIC solo le dio un día a la sociedad demandante para ofrecer explicaciones sobre la ausencia de representante legal al momento de la visita administrativa en sus instalaciones. Lo anterior obstaculizó el derecho de defensa de la demandante. o El trámite adelantado por la SIC y del que se derivó la sanción impugnada fue informal y no tuvo la rigurosidad que requiere un proceso administrativo sancionador.

	• Falta de concordancia entre la sanción y la conducta del administrado: o La SIC sustentó la sanción impugnada en el hecho de que Procables obstaculizó el trámite administrativo, pero omitió que esta sociedad finalmente entregó los documentos solicitados y permitió la declaración a su representante legal. o La SIC sancionó a Procables con base en el art. 4 núm. 15 del Decreto 2153 de 1992, norma que no era aplicable al caso pues aquí no se estaba investigando una práctica restrictiva de la competencia de la sociedad demandante sino la presunta obstrucción de una visita administrativa. • Violación al principio de Proporcionalidad de la sanción: o Procables asumió con seriedad y transparencia la investigación que la SIC llevó en su contra: para la dosificación de la sanción la SIC no tuvo en cuenta que el propósito de la visita administrativa, que era recolectar las pruebas que finalmente se obtuvieron. Por eso la sanción no podía corresponder a un 20% del tope sancionatorio que dispone el Decreto 2153 de 1992. o Según la jurisprudencia del Consejo de Estado las sanciones que puede imponer la Administración en ejercicio

	de sus facultades punitivas deben obedecer a unos criterios bien definidos atinentes a la proporcionalidad, lo cual no fue acatado por la SIC al momento de cuantificar la sanción impuesta a Procables.
3.3.Cargos de fondo:	• Ausencia de violación del ordenamiento jurídico – representante legal: o La SIC entendió erróneamente la forma en cómo se lleva la representación legal de una empresa lo que le llevó a concluir erróneamente que la empresa tiene el deber de disponer permanentemente de una persona con facultades de representación en el domicilio legal. o La SIC confunde los conceptos de domicilio social con dirección de establecimiento de comercio, fue en este último lugar donde la demandada realizó la visita administrativa de la que surgió la supuesta desatención por la que fue sancionada la demandante. Las disposiciones comerciales y procesales no imponen la obligación de mantener en todo momento a un representante legal en la dirección del establecimiento de comercio, puesto que la obligación consiste en mantener tal sujeto en el lugar del domicilio. o El que la SIC le exigiera al representante legal de la entidad demandante a que autorizara al funcionario que atendió la visita administrativa

	de la que surgió la supuesta desatención que fue objeto de sanción, significaba constituir un poder en favor de tal funcionario, no para atender la referida visita sino para responder el interrogatorio que proponían hacer en aquel momento los funcionarios de la SIC. Por ello la renuencia a hacer tal autorización no configuraba ninguna infracción de la demandante. o La SIC no debió haber concluido que la sociedad demandante desobedeció una orden suya por cuanto para la visita administrativa de la que surgió tal incumplimiento nunca se informó que esta debía ser atendida por el representante legal. • Ausencia de violación del ordenamiento – confidencialidad de la información: o La SIC consideró erróneamente que en ejercicio de sus facultades como autoridad de la competencia no le es oponible el derecho a la reserva de la información confidencial. o Procables no pretendió excusarse de entregar la información requerida por la SIC en la reserva por confidencialidad: la información que la SIC le solicitó a Procables en la visita administrativa que se ha venido mencionando tenía carácter de reservado por lo que esta no era

				accesible para ninguno de los empleados, la misma solo podía ser revisada por el representante legal. Por lo tanto, al momento de la visita administrativa no se podía remitir a la SIC la información allí requerida.			
3.4. Pruebas técnicas:							
4. FALLO							
4.1. Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
• El Tribunal Administrativo confirmó la sentencia de primera instancia proferida el 17 de agosto de 2012 por el Juzgado Primero Administrativo de Bogotá. A su turno este juzgado había declarado la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda a excepción de la condena en costas a la demandada ya que de conformidad con lo estipulado en el art. 171 C.C.A., no se demostró que la conducta de la SIC la hiciera acreedora de la referida condena.							
4.2. Motivo:				**Formal:**		**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:							
4.4. Pruebas:							
4.5. Consideraciones de fondo:				• El apelante de la sentencia de primera instancia (SIC) manifestó que el *A quo* interpretó erróneamente las funciones de esta entidad en materia de investigaciones, ya que la etapa previa de la misma es de carácter reservado. Es decir que la SIC no tenía el deber de notificar a Procables sobre la referida visita administrativa de la que surgió la sanción que fue anulada en primera instancia. El hecho de realizar ese aviso haría que el accionante se hubiese preparado para suministrar solo lo que le fuera conveniente: o "(…) como bien lo previó la A Quo, de acuerdo con el artículo 54 del Decreto 2351 de 1992, en materia de procedimiento aplicable es el contemplado por el Código Contencioso			

	Administrativo, y éste en su artículo 28 adujo el deber de comunicación que tiene la Administración frente a sus actuaciones (…)"[636]. o "De ahí que con una actuación adelantada por la Superintendencia sea necesario notificar a quienes pueden resultar afectados, siendo así, con más importancia se halla la pertinencia de avisar a los directos implicados sobre una diligencia que se adelantara en las instalaciones de su empresa, sin desconocerse con esto, el carácter de reservado de la investigación, como aseguró el recurrente (sic), porque su posición se funda en presumir la mala fe de sus administrados con el posible ocultamiento de información, cuando la notificación lo que permitiría, adentrándose en el *sub lite*, que quienes tenían acceso directo a la documentación solicitada, estuviera presente el día de la diligencia, circunstancia que no fue posible pues como lo advirtió la señora juez, desconocía su práctica"[637]. o "La afirmación que da la *A quo* [sobre que no se realizó citación previa a Procables para la visita administrativa de la que surgió la sanción impugnada] se corrobora con el acta de no atención a visita, que consta a folios 58 y 59 del cuaderno principal, en el que se

[636] Página 23

[637] Página 24.

	consignaron los hechos que enmarcaron la diligencia (…) […] "Se evidencia del acta anterior, que los funcionarios de la Superintendencia previeron la necesidad de la presencia de un representante legal de la accionada, o en su defecto que a través de comunicación se facultara a algunos de sus empleados para atender la inspección, pero dicha autorización no fue otorgada sino que se solicitó reprogramación de la visita para que pudiese estar presente el representante, en este punto es claro como lo indicó la *A Quo* que en su ausencia puede atenderse por un tercero, como en el caso que nos ocupa, sucedió, sin embargo no podía pretender la accionada que le fueran proporcionada información que solo se encontraba en cabeza de los representantes legales. Ahora que lo que fundamentó el fallo de Primera Instancia no fue la carencia de autorización para que se recepcionara la diligencia, puesto que como ya se dijo, se sostuvo en la falta de notificación previa de esta inspección"[638] (texto en corchetes fuera del original). ○ "(…) se avizora que el proceder de la accionante no obedeció a la obstaculización de la inspección, como lo arguyó la Superintendencia, contrario a ello, la Sala concuerda con la apreciación de la falladora que

[638] Páginas 25 y 26.

	adujo que la visita no pudo ser atendida por el representante legal de la demandante por culpa no a él atribuible, pues no sabía que para esa fecha era necesaria su presencia"[639].
4.6. Pruebas:	Acta de la visita de inspección realizada por funcionarios de la SIC el 18 de septiembre de 2008 a la sociedad Procables S.A. C.I.
4.7. Análisis deferencia:	El Tribunal confirmó la sentencia proferida el 17 de agosto de 2012 que anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la falsa motivación de los mismos: "De tal modo que se avisora que el proceder de la accionante no obedeció a la obstaculización de la inspección, como arguyó la Superintendencia, contrario a ello, la Sala concuerda con la apreciación de la falladora que adujo que la visita no pudo ser atendida por el representante legal de la demandante por culpa no a el atribuible, pues no sabía que para esa fecha era necesaria su presencia, aunado que pese a que un tercero estaba facultado para recibirla, no tenía este en su poder la información requerida que podía otorgarle el representante legal, por ser de carácter reservado, sin conllevar a que la demandada no tenga acceso a la misma, sino que acogiendo los argumentos presentados por la sociedad actora, la información no era accesible a ninguno de los empleados y estaba confiada solo a sus representantes legales, que se halla

[639] Página 27

	razonablemente y que no fue admitido por la demandada."[640] En este caso, la nulidad de los actos administrativos de la demanda desvirtúa la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada al igual que lo hizo el juez de primera instancia. No obstante, se debe señalar que en el presente caso no estaban en discusión asuntos técnicos relativos al régimen de competencia, pues la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio al demandante tuvo como origen la inobservancia de las instrucciones proferidas por la autoridad. Finalmente, con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis probatorio del acto administrativo demandado, procedió a realizar su propio análisis y a justificar sus conclusiones.

[640] Página 27 de la sentencia

ANEXO 31 "Ficha 56. COLMENA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 56 Colmena</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1.Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Ana María Rodríguez</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2011-00159-01</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="2">21 I 13</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">• Consorcio Metalúrgico Nacional Colmena Ltda.
• Siderúrgica De Los Andes Sideandes S.A. (Hoy Servicios Integrales Agroindustriales S.A.S. Sideandes S.A.S.).
• Oscar Gilberto Ramírez.
• María Eugenia Arenas Pineda.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 30238 del 15 de junio de 2010.
• Res. 50344 del 22 de septiembre de 2010.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Actos endilgados a las sociedades demandantes:

o Art. 4 Ley 155 de 1959: deber previo de informar una operación de integración.

• Actos endilgados a las p. naturales demandantes:

o Art. 4 núm. 16 Decreto 2153 de 1992: haber ejecutado las conductas por las cuales fueron sancionadas las sociedades demandantes.

La operación de integración que no fue informada se dio a raíz de la compra de activos para la producción de tuberías y perfiles en acero entre SIDEANDES y COLMENA S.A.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">Multas a cargo de las personas demandantes así:</td></tr>
</table>

	• Consorcio Metalúrgico Nacional Colmena Ltda.: COP$ 215.401.396. • Siderúrgica De Los Andes Sideandes S.A. (Hoy Servicios Integrales Agroindustriales S.A.S. Sideandes S.A.S.): COP$ 22.217.353. • Oscar Gilberto Ramírez: COP$ 32.310.210. • María Eugenia Arenas Pineda: COP$ 3.332.603.
3. DEMANDA	
3.1. Pretensiones:	• Nulidad de las Res. 30238 y 50344 de 2010. • Que como consecuencia de la pretensión de nulidad anterior se ordene a la SIC revocar las multas impuestas a los demandantes. • Que en el caso de que los demandantes ya hubiesen pagado las multas impuestas por la SIC, que se le ordene a esta la restitución de lo pagado junto con los intereses que hasta la fecha de la sentencia se hayan causado.
3.2. Cargos formales:	• Caducidad por indebida notificación: o El art. 38 CCA dispone que la Administración cuenta con un término de caducidad para imponer sanciones de tres años de producido el acto. o Según el art. 23 de la Ley 1340 de 2009 la resolución que pone fin a una actuación por prácticas restrictivas de la competencia debe notificarse personalmente o en su defecto por un edicto fijado por tres días.

	○ En el presente caso la Resolución Sancionatoria no se notificó debidamente por lo que se debe entender que tal notificación nunca se surtió. ○ De conformidad con los arts. 44 y 45 C.C.A. la notificación personal consiste en el envío de correo certificado al destinatario lo cual deberá hacerse dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto. ○ En el presente caso, la citación no se envió dentro de los 5 días como establece la norma, sino el mismo día de la expedición de la providencia, esto es, el 15 de junio de 2010 y por fuera de la jornada laboral a las 18:12. ○ De manera que el edicto debía entonces fijarse tiempo después de la fecha en que efectivamente se fijó. ○ Al entenderse por no hecha la notificación de la resolución sancionatoria, entonces se tiene opero la caducidad en el presente caso.
3.3.Cargos de fondo:	• Nulidad por violación de la Ley: ○ La SIC interpretó erróneamente el art. 4 de la Ley 155 de 1959, ampliando de manera irregular el espectro de control de las operaciones de control. En efecto, en las Resoluciones demandadas la SIC sostuvo que no solo las empresas que participan en un mismo mercado relevante están obligadas a informar sus

	integraciones, pues según la demandada la expresión "misma actividad" cobija aquellas que no son competidoras en el mercado. Sin embargo, la SIC no definió el alcance que según esta entidad se le debe dar al mencionado art. 4. o Según la errada interpretación de la SIC, el mercado relevante no es necesario para establecer si quienes pretenden integrarse deben informar o no previamente la operación, lo cual implicaría que dos empresas que estén en un mismo sector de la economía pero no en el mismo mercado relevante y por consiguiente no son competidoras deben informar la operación de integración. o En el presente caso no existía la obligación de informar la operación de integración ya que si bien es cierto que las empresas sancionadas se dedicaban a la elaboración de tuberías, SIDEANDES no producía los bienes que producía COLMENA, es decir, no fabricaban productos sustitutos o competidores, por ende, no participaban en el mismo mercado relevante. • Nulidad por falsa motivación: o Las resoluciones demandadas fueron falsamente motivadas dado que en ellas se afirmó que para imponer una sanción por incumplimiento del deber de

<table>
<tr><td colspan="4"></td><td colspan="4">informar una integración empresarial, no se requiere determinar el mercado relevante en el que participen las investigadas, es decir, que no se necesita verificar si estas son competidoras.</td></tr>
<tr><td colspan="4">3.4.Pruebas técnicas:</td><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td colspan="8">4. FALLO</td></tr>
<tr><td colspan="4">4.1.Decisión</td><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td>Niega:</td><td></td><td>Anula:</td><td>X</td><td>Confirma:</td><td></td><td>Revoca:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="8">(observaciones)</td></tr>
<tr><td colspan="4">4.2.Motivo:</td><td>Formal:</td><td>X</td><td>Fondo:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="4">4.3.Consideraciones formales:</td><td colspan="4">• Frente al cargo de nulidad por indebida notificación -caducidad:

o “Considera la Sala entonces, que a los actores no les fue vulnerado su derecho de defensa, en tanto que durante el transcurso de la actuación disciplinaria se les notificaron las decisiones adoptadas por la administración y se materializó efectivamente la finalidad de esta figura jurídica, la cual es el otorgamiento de la facultad para que se ejerza el derecho de defensa.

“Es así como en el instructivo reposan (…) los recursos de reposición interpuestos por todos los actores en contra de la Resolución 30238 del 15 de junio de 2010, por lo que, no pueden pretender desvirtuar el procedimiento surtido bajo el argumento de haberse violado su derecho de defensa, pues el fin de publicidad se cumplió y en ningún momento del trámite</td></tr>
</table>

	gubernativo alegaron tal vulneración"[641]. o "Respecto a la forma cómo se concreta el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado no ha sido uniforme, pues sobre el particular existen tres distintas teorías (…). […] "La Sala ha acogido la teoría según la cual la caducidad de la facultad sancionatoria se configura cuando dentro del lapso otorgado por el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo se impone la sanción y se encuentre debidamente ejecutoriada, esto es, que dentro de dicho lapso se hayan resuelto y notificado los actos que resuelven la vía gubernativa. […] "En el presente caso, el acto causante de la sanción impuesta fue el perfeccionamiento de la operación de compraventa de activos entre las sociedades SIDEANDES y COLMENA S.A., que (…) fue así reconocido por la entidad demandada: 'Para el cumplimiento del supuesto cronológico, la operación llevada a

[641] Páginas 19 y 20.

	cabo entre las investigadas debió haber sido informada y no objetada, tácita o expresamente por esta Superintendencia antes del **28 de junio de 2007, fecha en la cual, fue perfeccionada la respectiva venta de activos** (…)' "(…) la notificación a todos los implicados, de la Resolución No. 50344 del 22 de septiembre de 2010 mediante la cual se agotó la vía gubernativa, no se surtió sino hasta el 29 de septiembre de 2010 como consta a folio 34 del cuaderno principal. "Se tiene que el acto administrativo de inicio se perfeccionó el 28 de junio de 2007, teniendo la entidad demandada hasta el día 28 de junio de 2010 para hacer uso de su potestad sancionatoria, al hacerse tres meses y un día después de ese plazo evidentemente se encontraba vencido el término. "En consecuencia el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria sí tiene vocación de prosperidad, razón por la cual aunada a la anterior, debe declararse la nulidad de los actos atacados"[642].
4.4.Pruebas:	• Recursos de reposición interpuestos por todos los actores en contra de la Resolución 30238 del 15 de junio de 2010.

[642] Páginas 20 y 22.

	• Declaraciones realizadas por la parte demandante en sus escritos dentro del proceso judicial. • Notificación de la Resolución 50344 de 2010.
4.5.Consideraciones de fondo:	• Frente a los cargos de nulidad por violación de la Ley y por falsa motivación: o "Se tiene que en el presente asunto, la Superintendencia fundó su decisión sancionatoria tras efectuar una revisión de los objetivos sociales de SIDEANDES y COLMENA de donde concluyó se trataban de dos sociedades con similares finalidades y por tanto realizaban actividades económicas correlativas lo que las haría titulares de cumplir las obligaciones contenidas en el texto normativo del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 (…). […] "Tiene esta Corporación que el concepto de Mercado Relevante es empleado en el desarrollo de las actividades mercantiles para evitar una irregular competencia entre productores de una misma área en similares mercados. Con él se trata de restringir la práctica de conductas monopolísticas, ayudando a controlar los efectos negativos de cuanto a los precios, cantidades y otras variables relativas al mercado. "(…) Por lo tanto para que sea definido adecuadamente por la autoridad competente [el concepto de mercado relevante

	en sus investigaciones], deben evaluar de manera acuciosa una cantidad de variables. "Para la Sala el planteamiento esgrimido por parte de la entidad demandada carece de todo asidero jurídico en tanto la norma que regula lo referente a la prueba nada dice respecto del objeto social de las empresas, como referente inmediato para determinar la calificación de actividades societarias, máxime cuando la argumentación reposa -como ella misma lo indica- en varios pronunciamientos que hacen parte de su propia doctrina, que no es más que la doctrina administrativa que debe siempre respetar el orden jerárquico superior con que cuenta la ley, estando supeditada exclusivamente a los lineamientos en ella consagrados en aras de proteger los derechos constitucionales expuestos ante la administración, fundamentalmente los de libertad económica y empresarial"[643] (texto entre corchetes fuera del original). o "(…) la conducta desplegada por la Superintendencia no se fundó en un análisis objetivo de los razonamientos pertinentes y fue violatoria de los preceptos consagrados en los artículos 4, 13, 29 y 121 de la Carta Superior Política, en tanto discrimina negativamente los medios de prueba y niega los derechos públicos de

[643] Página 13 - 15.

	oposición y defensa, por cuanto rechazó la petición impetrada por los actores en el recurso de reposición dirigido en contra del acto administrativo No. 30238 de 2010, a fin de que proceda a realizar la definición sobre el mercado relevante. Al no hacerlo, indudablemente tomó una decisión errónea por pruebas insuficientes y en tal medida deberá declararse la nulidad de las resoluciones demandadas"[644].
4.6.Pruebas:	• Resolución 30238 de 2010 (Resolución sancionatoria). • Recurso de reposición interpuesto por la parte demandante en contra de la anterior resolución dentro de la respectiva investigación administrativa.
4.7.Análisis deferencia:	El Tribunal anuló los actos administrativos demandados por encontrar que la Superintendencia se abstuvo de determinar el mercado relevante para concluir que una integración debía ser informada basándose únicamente en el objeto social de las empresas sin que la ley señale que el objeto social sea la única prueba que debe tenerse en cuenta para tal efecto. Adicionalmente, el fallo encontró probada la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración: "(…) la conducta desplegada por la Superintendencia no se fundó en un análisis objetivo de los razonamientos pertinentes y fue violatoria de los preceptos consagrados en los artículos 4, 13, 29 y 121 de la Carta Superior Política, en tanto discrimina negativamente los medios de

[644] Página 16, 17

	prueba y niega derechos públicos de oposición y defensa, por cuanto rechazó la petición impetrada por los actores en el recurso de reposición dirigido en contra del acto administrativo No. 30238 de 2010, a fin de que proceda a realizar la definición sobre el mercado relevante. Al no hacerlo, indudablemente tomó una decisión errónea por pruebas insuficientes y en tal medida deberá declararse la nulidad de las resoluciones demandadas"[645] […] "Se tiene que el acto administrativo de inicio se perfeccionó el 28 de junio de 2007, teniendo la entidad demandada hasta el día 28 de junio de 2010 para hacer uso de su potestad sancionatoria, al hacerse tres meses y un día después de ese plazo evidentemente de encontraba vencido el término "En consecuencia, el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria si tiene vocación de prosperidad, razón por la cual aunada a la anterior, debe declararse la nulidad de los actos atacados."[646] En este caso, la nulidad de los actos administrativos de la demanda desvirtúa la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la

[645] Página 16 y 17 de la sentencia.

[646] Página 22 de la sentencia.

	autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada. No obstante, se debe señalar que en el presente caso no estaban en discusión asuntos técnicos relativos al régimen de competencia, pues la controversia giró en torno al alcance del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 en lo relativo a la forma y a la prueba necesaria para determinar si dos empresas deben informar una integración Finalmente, con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis probatorio del acto administrativo demandado, procedió a realizar su propio análisis y a justificar sus conclusiones. Esta sentencia fue revocada por el Consejo de Estado en providencia del 26 de julio de 2018, en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANEXO 32 "Ficha 57. COLMENA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 57. Colmena</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Quinta</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Lucy Jeannette Bermúdez</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2011-00159-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>26 VI 18</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">• Consorcio Metalúrgico Nacional Colmena Ltda.
• Siderúrgica De Los Andes Sideandes S.A. (Hoy Servicios Integrales Agroindustriales S.A.S. Sideandes S.A.S.).
• Oscar Gilberto Ramírez.
• María Eugenia Arenas Pineda.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 30238 del 15 de junio de 2010.
• Res. 50344 del 22 de septiembre de 2010.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Actos endilgados a las sociedades demandantes:

o Art. 4 Ley 155 de 1959: deber previo de informar una operación de integración.

• Actos endilgados a las p. naturales demandantes:

o Art. 4 núm. 16 Decreto 2153 de 1992: haber ejecutado las conductas por las cuales fueron sancionadas las sociedades demandantes.

La operación de integración de integración que no fueron informadas se dio a raíz de la compra de activos para la producción de tuberías y perfiles en acero entre SIDEANDES y COLMENA S.A.</td></tr>
</table>

2.3.Sanción:	Multas a cargo de las personas demandantes así: • Consorcio Metalúrgico Nacional Colmena Ltda.: COP$ 215.401.396. • Siderúrgica De Los Andes Sideandes S.A. (Hoy Servicios Integrales Agroindustriales S.A.S. Sideandes S.A.S.): COP$ 22.217.353. • Oscar Gilberto Ramírez: COP$ 32.310.210. • María Eugenia Arenas Pineda: COP$ 3.332.603.
3. DEMANDA	
3.1. Pretensiones:	• Nulidad de las Res. 30238 y 50344 de 2010. • Que como consecuencia de la pretensión de nulidad anterior se ordene a la SIC revocar las multas impuestas a los demandantes. • Que en el caso de que los demandantes ya hubiesen pagado las multas impuestas por la SIC, que se le ordene a esta la restitución de lo pagado junto con los intereses que hasta la fecha de la sentencia se hayan causado.
3.2. Cargos formales:	• Caducidad por indebida notificación: o El art. 38 CCA dispone que la Administración cuenta con un término de caducidad para imponer sanciones de tres años de producido el acto. o Según el art. 23 de la Ley 1340 de 2009 la resolución que pone fin a una actuación por prácticas restrictivas de la competencia debe notificarse personalmente o en su defecto por un edicto fijado por tres días.

	○ En el presente caso la Resolución Sancionatoria no se notificó debidamente por lo que se debe entender que tal notificación nunca se surtió. ○ De conformidad con los arts. 44 y 45 C.C.A. la notificación personal consiste en el envío de correo certificado al destinatario lo cual deberá hacerse dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto. ○ En el presente caso, la citación no se envió dentro de los 5 días como establece la norma, sino el mismo día de la expedición de la providencia, esto es, el 15 de junio de 2010 y por fuera de la jornada laboral a las 18:12. ○ De manera que el edicto debía entonces fijarse tiempo después de la fecha en que efectivamente se fijó. ○ Al entenderse por no hecha la notificación de la resolución sancionatoria, entonces se tiene opero la caducidad en el presente caso.
3.3.Cargos de fondo:	• Nulidad por violación de la Ley: ○ La SIC interpretó erróneamente el art. 4 de la Ley 155 de 1959, ampliando de manera irregular el espectro de control de las operaciones de control. En efecto, en las Resoluciones demandadas la SIC sostuvo que no solo las empresas que participan en un mismo mercado relevante están obligadas a informar sus

	integraciones, pues según la demandada la expresión "misma actividad" cobija aquellas que no son competidoras en el mercado. Sin embargo, la SIC no definió el alcance que según esta entidad se le debe dar al mencionado art. 4. o Según la errada interpretación de la SIC, el mercado relevante no es necesario para establecer si quienes pretenden integrarse deben informar o no previamente la operación, lo cual implicaría que dos empresas que estén en un mismo sector de la economía pero no en el mismo mercado relevante y por consiguiente no son competidoras deben informar la operación de integración. o En el presente caso no existía la obligación de informar la operación de integración ya que si bien es cierto que las empresas sancionadas se dedicaban a la elaboración de tuberías, SIDEANDES no producía los bienes que producía COLMENA, es decir, no fabricaban productos sustitutos o competidores, por ende, no participaban en el mismo mercado relevante. • Nulidad por falsa motivación: o Las resoluciones demandadas fueron falsamente motivadas dado que en ellas se afirmó que para imponer una sanción por incumplimiento del deber de

<table>
<tr><td colspan="3"></td><td colspan="5">informar una integración empresarial, no se requiere determinar el mercado relevante en el que participen las investigadas, es decir, que no se necesita verificar si estas son competidoras.</td></tr>
<tr><td colspan="3">3.4.Pruebas técnicas:</td><td colspan="5"></td></tr>
<tr><td colspan="8">4. FALLO</td></tr>
<tr><td colspan="3">4.1.Decisión</td><td colspan="5"></td></tr>
<tr><td>Niega:</td><td>X</td><td>Anula:</td><td></td><td>Confirma:</td><td></td><td>Revoca:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="8">(observaciones)</td></tr>
<tr><td colspan="3">4.2. Motivo:</td><td>Formal:</td><td></td><td>Fondo:</td><td colspan="2"></td></tr>
<tr><td colspan="3">4.3. Consideraciones formales:</td><td colspan="5">• Frente al cargo de nulidad por indebida notificación -caducidad:

o “(…) en Sentencia de 29 de Septiembre de 2009, unificó la posición y señaló frente a una sanción disciplinaria, que esta es oportuna si dentro del término asignado se expide y notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, esto es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos en la vía gubernativa”[647].

o **“**Si bien, para esta Sala no es de recibo el argumento de los demandantes, que según el artículo 44 del C.C.A, la comunicación para que los investigados concurrieran a notificarse del acto administrativo sancionatorio, debió haberse enviado el día siguiente de su expedición, so pena de ser irregular, pues aun atendiendo su interpretación, y (sic) la comunicación se hubiese enviado el 16 de junio,</td></tr>
</table>

[647] PÁGINA 39.

	la desfijación del edicto se daría el 28 de junio de 2010, esto es cuando se cumplían 3 años de la operación de integración, por lo tanto esta se encuentra dentro del término señalado para que la entidad imponga la sanción, sin que opere el término de caducidad. "Así las cosas, de conformidad con la posición jurisprudencial unificada por esta Corporación, no transcurrieron más de tres años como lo señalan los demandantes desde la fecha de producido el acto que ocasionó la sanción y la notificación, en este caso la desfijación del edicto, pues, se reitera que la actuación administrativa concluye con la expedición del acto administrativo sancionatorio y su correspondiente notificación, sin tener en cuenta, para tales efectos, la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa, como lo sostuvo el Tribunal en la sentencia impugnada. **"**Por lo anterior, el cargo referente a la no existencia de caducidad planteado por los recurrentes prospera"[648].
4.4. Pruebas:	• Resolución 30238 de 2010.
4.5. Consideraciones de fondo:	• Frente a los cargos de nulidad por violación de la Ley y por falsa motivación (análisis sobre el deber de informar la integración empresarial): o **"**Es en este punto, es donde se concreta el reproche, si la

[648] Página 41-42.

	Superintendencia debió practicar la prueba del mercado relevante para establecer si las empresas se dedican a la misma actividad […] "tal como lo señala el ministerio público la necesidad de la definición de mercado relevante o la comparación de los objetos sociales no aparece en el texto de la norma [haciendo alusión al art 4 de la Ley 155 de 1959] y revisado el régimen jurídico vigente no existe norma que regule expresa y excluyentemente los medios probatorios pertinentes, conducentes y eficaces para este caso, es decir, dichos elementos de prueba no están regulados por la ley. […] "(…) el hecho jurídicamente relevante sobre la base de la norma, es decir, el evento concreto a determinar es si las empresas participan de la misma actividad económica. […] "la Superintendencia comparó los objetos sociales, analizó los testimonios de los representantes legales de las empresas investigadas y concluyó que estas se dedicaban a la misma actividad productora, abastecedora y distribuidora, de productos manufacturados provenientes del acero, en especial la tubería

	de acero , por ende tenían el deber de informar la integración empresarial. "Para esta Sala, de acuerdo con la normativa mencionada, la SIC debía establecer, si las empresas desarrollaban la misma actividad, y las pruebas que realizó y valoró fueron suficientes y no es necesario el estudio del ámbito geográfico y de competencia de las empresas, es decir, del mercado relevante, en este caso, para establecer si se violó o no el deber de informar la integración empresarial, diferente a cuando se analiza el ejercicio del poder dominante o la afectación de la libre competencia. "Entonces, la Sala considera que el análisis realizado por la SIC, la comparación de los objetos sociales y los testimonios de los representantes legales que realizaron la operación, fueron suficientes para determinar si las empresas participaban de la misma actividad económica, que es el requisito establecido en la norma para informar sobre la integración empresarial, y que el estudio del mercado relevante se requiere es, para determinar el impacto de la integración empresarial, no para esclarecer si desarrollaban la misma actividad, como se debe hacer en este caso" "(…) considera la Sala que la Superintendencia practicó las pruebas, por ende, no se violaron las normas de carácter

	superior y la decisión no se produjo con falsa motivación, entonces, por ende prospera el cargo de la apelación[649].
4.6. Pruebas:	• Resolución 30238 de 2010 en las partes en donde la SIC se remitió a las pruebas allí practicas (interrogatorios y documentales) y al informe motivado.
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia revoca el fallo proferido el 27 de mayo de 2013 en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda y en criterio del autor refleja visos de deferencia judicial. La controversia giró alrededor de la necesidad de determinar el mercado relevante para efectos de determinar si unas empresas realizaban la misma actividad económica y, por ende, debían cumplir con el requisito de informar previamente la integración a la autoridad de competencia. Los actos administrativos demandados optaron por la tesis de que no era necesario determinar el mercado relevante y en virtud de ello, en el marco del proceso administrativo, negó la realización de una prueba técnica que tenía por objeto determinar el mercado relevante. Por su parte, la demandante, el concepto del Ministerio Público y el fallo de primera instancia consideraron que para determinar si dos empresas realizan la misma actividad (presupuesto para determinar si debían informar la integración a la autoridad de competencia) era necesario determinar el mercado relevante y cuestionaron los actos administrativos demandados por

[649] Página 34-39.

	negarse a practicar las pruebas que hubiesen podido determinarlo[650]. Sin embargo, el fallo de segunda instancia en comento concluyó lo siguiente: "Entonces, la Sala considera que el análisis realizado por la SIC, la comparación de los objetos sociales y los testimonios de los representantes legales que realizaron la operación, fueron suficientes para determinar si las empresas participaban de la misma actividad económica, que es el requisito establecido en la norma para informar sobre la integración empresarial, y que el estudio del mercado relevante se requiere es, para determinar el impacto de la integración empresarial, no para esclarecer si desarrollaban la misma actividad, como se debe hacer en este caso. "Bajo estos parámetros considera la Sala que la Superintendencia practicó las pruebas, por ende, no se violaron las normas de carácter superior y la decisión no se produjo con falsa motivación, entonces, por ende prospera el cargo de la apelación."[651] Del fallo en comento no es posible identificar la razón que sustenta la afirmación según la cual la definición del mercado solo se requiere para determinar el impacto de la integración empresarial y no para determinar si las empresas que se integraron desarrollaban la misma actividad. En adición a lo anterior, tampoco explica la

[650] Página 6 a 9 y 15 a 22 de la sentencia.

[651] Página 39 de la sentencia.

	sentencia por qué consideró que las pruebas que realizaron los actos demandados fueron suficientes para determinar que las empresas se dedicaban a la misma actividad. En consecuencia, la sentencia simplemente se adhirió a la postura de los actos demandados y aun cuando pareciera que explicó la razón de su conclusión, en realidad no esgrimió motivos que la justificaran. En la actualidad, no cabe duda de la necesidad de determinar el mercado relevante, entre otras, para determinar si se cumplen los supuestos para que sea necesario informar la integración, tal como se desprende de la Guía de Integraciones Empresariales de la Superintendencia de Industria y Comercio[652].

[652] https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Nuestra_Entidad/Publicaciones/Guia_Integraciones_VF_Para_Publicacion.pdf

ANEXO 33 "Ficha 60. RCN"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 60.RCN</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Diana Lucia Puentes</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2011-00523-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>6 XI 12</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">• Caracol Televisión S.A. (Caracol)
• RCN Televisión S.A.
• Unión Colombiana de Empresas Publicitarias – UCEP
• Paulo Gustavo Laserna Phillips
• Jorge Martínez León
• Gabriel Martin Reyes Copello
• Juan Fernando Ujueta.
• Ximena Tapias Delporte.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">Res. 23890 del 29 de abril de 2011</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Personas jurídicas:
o Art. 1 Ley 155 de 1959: Prohibición General.
o Art. 47 núm. 5 y 10 Decreto 2153 de 1992: Acuerdos que tengan por objeto o efecto (i) la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos y (ii) impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.
• Personas naturales:
o Núm. 16 at. 4 del Decreto 2153 de 1992.</td></tr>
</table>

2.3.Sanción:	• Personas jurídicas: o De manera conjunta: publicación de la sanción en un diario de amplia circulación nacional. o A RCN y Caracol de forma individual: Multa de COP$ 1.060.488.000. o A la UCEP: Multa de COP$ 754.660.400. • Personas naturales: o A Pablo Laserna Phillips, Jorge Martínez León, Gabriel Reyes Copello y Juan Fernando Ujueta de manera individual: multa de COP$ 52.488.800. o A Ximena Tapias: multa de COP$ 37.492.000.
3. DEMANDA	
3.1. Pretensiones:	• Nulidad de la Res. 23890 de 2011. • A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio la restitución de las sumas pagadas por los demandantes por concepto de la sanción, más los intereses comerciales a lo que haya lugar, desde la fecha de la consignación hasta que se dé cumplimiento a lo resuelto en el proceso.
3.2. Cargos formales:	• Violación al debido proceso por incorporación de pruebas por funcionario incompetente y fuera de la oportunidad legal: o En la investigación administrativa, luego de haberse corrido traslado a los investigados del informe motivado, el Superintendente de Industria y Comercio allegó nuevas pruebas cuando carecía de competencia para ello pues

	el Decreto 1687 de 2010 no lo había facultado para tal efecto. o Esas pruebas fueron aportadas cuando ya había precluido la oportunidad de las investigadas para pronunciarse sobre el informe motivado. • Violación del debido proceso por la no práctica de las pruebas decretadas: o En la investigación administrativa los allí vinculados le solicitaron a la SIC como prueba que oficiara a una serie de canales de televisión para que suministraran los ingresos de ventas por publicidad en los últimos dos años. Esta prueba fue decretada por la SIC. o Sin embargo la etapa de instrucción de la referida investigación administrativa se cerró sin que se hubiese recolectado el anterior material probatorio. o Por lo anterior, la parte demandada solicitó en su momento la nulidad de la investigación administrativa, solicitud que fue negada por la SIC bajo el argumento de que esta fue realizada de manera extemporánea. Según la entidad demandada, las solicitudes de nulidad solo pueden presentarse con anterioridad de la expedición del informe motivado pues así lo establece la Ley 1340 de 2009.

	○ Además, la SIC manifestó en ese momento que la no práctica de las pruebas decretadas y atrás mencionadas no vulneraba el debido proceso de los investigados dado que los hechos que pretendían demostrarse con ese material probatorio fueron probados con otras pruebas del expediente. ○ Según la parte demandante, las pruebas a las que hacía relación la SIC y mencionadas en la viñeta anterior, no demostraban el nivel de ingresos individual de los canales que se pidieron requerir mediante oficio. • Violación del debido proceso por desconocimiento del principio de imparcialidad: ○ El delegado para la protección de la competencia de la SIC no solamente instruyó la investigación de la que se derivaron las sanciones aquí demandadas, sino que también redactó la resolución sancionatoria lo cual vulnera el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Esta última norma no lo facultaba para ir más allá de sus funciones de instrucción en investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia. • Violación del debido proceso por la forma como fueron practicadas las pruebas: ○ El proceso administrativo sancionatorio no es equiparable al proceso judicial por lo que las declaraciones de los

	testigos no pueden ser recibidas públicamente, tal como lo hizo la SIC en la recepción de las declaraciones de Felipe Urdaneta. En esa ocasión se permitió el ingreso a la diligencia de testimonio otros testigos y personas ajenas a la controversia. o Adicionalmente la SIC no permitió que los apoderados de los investigados formularan preguntas a aquellos que estuviesen siendo interrogados, bajo el argumento de que estos tenían calidad de partes y sólo proceden testimonios de terceros. Según la parte demandante en los procesos sancionatorios no se puede hablar de partes en estricto sentido como ocurre en los procesos judiciales. • Violación por error de hecho derivada de la incorrecta apreciación de las pruebas: o En la investigación administrativa la SIC omitió revisar todas las pruebas que las allí investigadas adujeron al momento de correr traslado del informe motivado. • Violación de la Ley por aplicación errónea del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 36 del Decreto 01 de 1994: o La SIC rechazó injustificadamente el acuerdo de garantías que las investigadas habían ofrecido en la investigación administrativa

	y en cuya virtud daban por terminado el contrato que originó la investigación y se comprometían a abstener a suscribir uno nuevo. • Desviación de poder de la SIC al momento de imponer la sanción demandada: o La Resolución demandada demuestra que la SIC no buscó proteger el régimen de la libre competencia sino sancionar a los demandantes, pues no aceptó las garantías que estos propusieron en la investigación administrativa.
3.3.Cargos de fondo:	• Interpretación errada del art. 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 5 del art. 47 del Decreto 2153 de 1992 (interpretación del concepto por objeto): o La SIC interpretó erróneamente el concepto "por objeto" que contienen las anteriores normas pues su correcto entendimiento lleva a concluir que el objeto de sanción allí son las conductas que restrinjan el mercado pero que generen efectos restrictivos superiores a los beneficios del acuerdo. • Aplicación errada del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 5 del art. 47 del Decreto 2153 de 1992 (revisión errónea del contrato del que se derivaron las sanciones demandadas): o El contrato que dio origen a las sanciones demandadas corresponde al del estudio de medición de audiencias por el

	IBOPE. Este contrato reguló dos cuestiones que no limitan las fuentes de abastecimientos productivos tal como erróneamente lo dispuso la SIC: i) establece que la distribución del estudio a terceros solo puede hacerse si Caracol y RCN así lo permiten; ii) estas dos compañías pueden acordar el precio en que el estudio se vaya a distribuir a esos terceros. o Las anteriores clausulas se originan en que anteriormente este tipo de estudios eran realizados directamente por IBOPE y las sociedades demandantes lo financiaban, pero no tenían ninguna facultad de que el estudio fuera distribuido gratuitamente a otros competidores, quienes se aprovechaban de la inversión de las demandantes. • Violación directa de la Constitución, la Ley 23 de 1982 y el Convenio de Berna, error en la interpretación y aplicación de las normas: o La sanción demandada desconoce la existencia de los derechos de autor sobre los estudios de medición, los cuales se realizan con base en normas internacionales, en la sanción tampoco se tuvo en cuenta que los derechos patrimoniales de dicho estudio de medición debían dirigirse a las personas que financiaron el mismo.

3.4.Pruebas técnicas:							
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				• Frente a la violación al debido proceso por incorporación de pruebas por funcionario incompetente y fuera de la oportunidad legal: o "Frente a la incorporación de pruebas, la Sala destaca que el Decreto 2153 de 1992, no prohibió de forma expresa la inclusión de medios probatorios con posterioridad a la expedición del informe motivado, cuando se haya cerrado la etapa de la investigación". "Igualmente, el artículo 34 del Decreto 01 de 1984 prescribe que 'Durante la actuación administrativa se podrán pedir y decretar pruebas y allegas informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado', norma general que se aplica a todos los procedimientos-administrativos y que encuentra sustento, además, en la posibilidad de recaudar todos los medios probatorios que permitan a la Administración contar con suficientes elementos de juicio para adoptar la decisión administrativa" En consecuencia, no era inoportuna la prueba aportada			

	con posterioridad al traslado del informe motivado que debía rendir el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, pues lo relevante era que hubiese sido ordenada previamente como en efecto ocurrió[653]. • Frente a la violación del debido proceso por la no práctica de las pruebas decretadas: o "(…) la violación al debido proceso por falta de incorporación de pruebas solicitadas y decretadas, pro no recaudadas en sede administrativa, está sujeta a que en sede judicial se soliciten y se pueda abstraer de ello que eran realmente necesarias y que si se hubiese contado con éstas pruebas la decisión tendría que haber sido contraria, en este caso, que la conducta infractora del régimen de competencias (sic) no existía o no revestía suficiente afectación al mercado para configurarse como práctica comercial restrictiva -motivo de la sanción-. "En efecto, si se dejó de practicar una prueba ante la administración lo procedente es pedir su decreto ante la Jurisdicción para dos propósitos i) desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado a fin de demostrar la inexistencia de la conducta sancionada, o sea, lo que no se probó por vía administrativa por la carencia

[653] Página 15.

	de la prueba que ahora se ha probado judicialmente y, ii) probar la violación al debido proceso, para deducir que la prueba era tan necesaria para que la decisión administrativa hubiere variado, a favor de los administrados […] "En el sub-lite, se observa que la información sobre los ingresos por ventas de publicidad en los últimos dos (2) años de varios canales de televisión (…) no fue solicitada ni aportada como prueba en esta instancia y la parte demandante solo pidió el decreto de los testimonios de los señores Carlos Pablo Márquez y Julio Cesar Castañeda"[654]. ○ "(…) si en gracia de discusión se aceptara de plano la violación al debido proceso por la falta de incorporación de pruebas dentro de la investigación, cabe resaltar que en el procedimiento especial sancionatorio que culminó con la resolución demandada se permite el saneamiento de los vicios y nulidades que se generen en el trámite y su oportunidad va hasta antes del inicio del traslado del informe motivado, o sea en la etapa de instrucción; así fue consagrado por el Legislador en el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009. […]

[654] Página 16 y 17.

	"En la investigación analizada, se saneó el vicio originado en la falta de la prueba aludida, pues en el expediente administrativo (…) no está acreditado que dentro de la oportunidad prevista por la norma se hubiese alegado; lo anterior, por cuanto la solicitud de nulidad (…) se presentó con posterioridad al informe motivado, o sea, cuando ya a etapa de instrucción había finalizado"[655]. • Frente a la violación del debido proceso por desconocimiento del principio de imparcialidad: o Revisado el texto del artículo 8 numeral 7 del Decreto 3523 de 2009, se encuentra que éste consagró como facultad del Superintendente Delegado para la Protección de la competencia el de '(…) Elaborar los proyectos de resolución mediante los cuales decide una investigación por violación a las normas sobre protección de la competencia, de acuerdo con los lineamientos e instrucciones que sobre el caso particular imparta el Superintendente de Industria y Comercio'. o "Por ende, no se infringió el principio de imparcialidad, toda vez que los dos funcionarios participes del trámite y decisión de la investigación administrativa sancionatoria ejercieron las

[655] PÁGINA 18.

	funciones en la norma en cita"[656]. • Frente a la violación del debido proceso por la forma como fueron practicadas las pruebas: o "(…) advierte la Sala que los vicios generados dentro de las diligencias adelantadas, deben ser alegados dentro de la debida oportunidad, o sea, en los términos del artículo 21 de la Ley 1340 de 2009. "Por consiguiente, no es procedente que por vía judicial se controvierta el contenido de un acto administrativo con fundamento en vicios o nulidades que no fueron alegados oportunamente, máxime si dentro del trámite ante la administración, las investigadas contaban con los mecanismos y garantías legales de contradicción"[657]. • Frente a la violación por error de hecho derivada de la incorrecta apreciación de las pruebas: o "(…) la parte demandante indica de forma genérica que la SIC no tuvo en cuenta las pruebas aportadas por ésta dentro de la resolución de sanción; no obstante, de tenerse por cierta dicha irregularidad únicamente afectaría en la medida que los medios probatorios que a su juicio no fueron debidamente valorados tuvieran la capacidad de

[656] Página 18 y 19.

[657] Página 19.

	modificar la decisión administrativa reprochada. […] (…) lo cierto es que leídas las cláusulas contractuales se advierte que efectivamente se configuraban como prácticas restrictivas, las cuales son sancionadas de conformidad con las normas. Por lo tanto, este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad"[658]. • Frente a la violación de la Ley por aplicación errónea del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 36 del Decreto 01 de 1994: o "En atención a la norma transcrita [haciendo referencia al numeral 12 del artículo4 del Decreto 2153 de 1992] el Superintendente de Industria y Comercio deberá evaluar al momento de decidir sobre la terminación de la investigación tras presentarse garantías si éstas realmente suspenden o modifican la conducta investigada, o sea una facultad discrecional del funcionario, ya que somete a su juicio y consideración tal asunto. "Por ende, no corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa evaluar si la garantía fue debidamente negada y si dicha decisión tuvo amparo legal, puesto que tal y como se analizó, es un asunto discrecional de la entidad y del

[658] Página 38 y 39.

	funcionario competente negarla o admitirla"[659]. • Frente a la desviación de poder de la SIC al momento de imponer la sanción demandada: o "La decisión atacada no tuvo como único objetivo sancionar a los investigados, hoy demandantes tal y como ellos lo consideran, sino que buscó la protección de las normas sobre libertad de competencia e impuso las multas respectivas por comisión de prácticas comerciales restrictivas, dado el impacto a nivel socioeconómico que éstas implicaron y los efectos anticompetitivos a futuro, en aras de prevenir que ese tipo de acuerdos se siguieran presentando"[660].
4.4. Pruebas:	Res. Sancionatoria 23890 de 2011.
4.5. Consideraciones de fondo:	• Frente a la interpretación y aplicación errada del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 5 del art. 47 del Decreto 2153 de 1992: o En la cláusula segunda [del contrato para elaboración medición de audiencia televisiva de los canales con el IBOPE que regula la autorización y venta de terceros de dicho estudio por parte de Caracol y RCN] la razón de reproche expuesto por la SIC en el auto acusado radica en que para acceder al estudio que realizara el IBOPE, los canales debían obtener previa

[659] Página 40 y 41.

[660] Página 45

	autorización de los contratantes -que a su turno tenían también la calidad de canales- y éstos tendrían la potestad de negar la venta del producto a los canales internacionales que no operaran legalmente en Colombia o cuya pauta no estuviese autorizada. A juicio de esta sala, la cláusula enunciada constituye una restricción al mercado del estudio de la audiencia televisiva, pues tal y como la misma demandante lo afirmó, el único estudio que se hace en Colombia, que comprende tanto la medición de audiencia como el servicio de infopauta (…) es el ofrecido por IBOPE COLOMBIA S.A. y, en ese sentido, al contratarse su realización por parte de unos canales, también les ofrecía prerrogativa de poder determinar las condiciones en las que se iba a vender en el mercado de bienes y servicios, constituyéndose así un monopolio en cabeza de las sociedades y personas investigadas (…). "Teniendo además los canales privados demandantes el privilegio de ser gestores y financistas del estudio que iba a medir su audiencia, frente a los demás canales tanto nacionales como internacionales que no fungieron como contratistas de la albor de obra encomendada a IBOPE COLOMBIA S.A. y, por ende, no resulta imparcial el hecho de que los contratistas quienes a su turno también iban a ser objeto del estudio,

	establecieran las condiciones sobre las cuales sería distribuido en el mercado y tuviesen la potestad de limitar el acceso a los canales que no cumplieran con las exigencias consagradas a nivel contractual"[661] (texto entre corchetes fuera del original). o Situación similar ocurre con la cláusula octava, respecto de la potestad para fijar las tarifas de acceso al estudio por parte de terceros, por cuanto la obligación contractual que le asiste a IBOPE es la de efectuar el estudio, previo empleo de los recursos técnicos y científicos que posee únicamente dicha compañía, para luego entregarlos a las demandantes quienes fijan los precios de venta a los demás canales, circunstancia que de igual manera los pone en una posición dominante dentro del mercado aludido. "Por ende, estima la Sala que las cláusulas contractuales que fueron objeto de investigación administrativa lesionan o pueden llegar a lesionar derechos sobre la libertad de competencia y, además, constituyen prácticas comerciales restrictivas en la medida que limitan el libre acceso al mercado de bienes y servicios de todos los agentes del mercado y, en ese sentido, los extremos contractuales tiene la responsabilidad tras incumplir las normas sobre la

[661] Página 30 y 31.

	libertad de competencia y prácticas restrictivas que se deduce, fueron infringidas"[662]. • Frente a la violación directa de la Constitución, la Ley 23 de 1982 y el Convenio de Berna, error en la interpretación y aplicación de las normas: o "Analizando el concepto y titularidad de los derechos de autor, así como las facultades exclusivas de los titulares, se advierte que la sanción impuesta a través del acto demandado no los restringe ni limita. "En efecto, si bien la Sala reconoce que los demandantes, al contratar y financiar la realización del estudio de medición de audiencia e información de pautas publicitarias se hacen acreedores de los derechos patrimoniales que sobre éste recaiga, según las condiciones pactadas libremente dentro del contrato, en todo caso sus cláusulas no pueden ir en contra del régimen de libertad de competencias establecido en la Ley ni ello les permitía la comisión de conductas infractoras del mismo o de prácticas restrictivas del comercio"[663].
4.6. Pruebas:	Contrato de medición de audiencia de televisión y el servicio de infopauta suscrito entre los canales demandantes e IBOPE COLOMBIA S.A.

[662] Página 31 y 32.

[663] Página 36.

4.7. Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y contiene visos de deferencia judicial. En efecto, al resolver sobre uno de los cargos de los demandantes relativo a la ausencia de práctica de unas pruebas decretadas, el fallo señaló lo siguiente: "Frente a la falta de práctica de las pruebas decretadas, la arte demandante echa de menos durante el trámite administrativo el medio probatorio que consistía en oficiar a una seria de canales para que suministraran los ingresos por ventas de publicidad en los últimos dos años, pues bien, la valoración acerca de la necesidad y utilidad de la prueba correspondía hacerla en su momento al Superintendente de Industria y Comercio, funcionario encargado de resolver de fondo sobre la investigación, por lo que no es procedente realizar un análisis del cumplimiento de tales requisitos en esta instancia."[664] Cómo se puede observar con la simple lectura, la sentencia se auto restringe en su función de control judicial y señala que no le es dable llevar a cabo la valoración del tema probatorio en instancia judicial, lo cual no encuentra fundamento en ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano y, antes bien, se revela a lo que dicho ordenamiento exige del control judicial de los actos de la administración. Salvo el anterior viso de deferencia judicial, el resto de la sentencia realiza un control judicial adecuado, esto es, analizando el fondo de la controversia de manera crítica, extrayendo sus propias conclusiones previa

[664] Página 16 de la Sentencia.

	confrontación con los argumentos esgrimidos por las partes. Actualmente el proceso se encuentra en el trámite de la segunda instancia.

ANEXO 34"Ficha 62. AYALA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 62. Ayala</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1.Juez:</td><td colspan="4">15 Administrativo de Descongestión del Circuito</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Nilce Bonilla Escobar</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00049-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>24 X 13</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Octavio de Jesús Ayala Moreno</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Art. 4° Núm. 16 Decreto 2153 de 1992</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">$69.628.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad del artículo 1°, 2°, 22 y 23 de la parte resolutiva de la Res. 46111 de 2011, mediante la cual se sancionó al demandante por tolerar, ejecutar y/o autorizar la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia.
• Que se declare la nulidad de la Res. 65116, mediante la cual se confirmó la resolución sancionatoria.
• Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la SIC reintegrar al demandante la suma de $69.628.000 pagada por este a título de multa, debidamente actualizada.</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">En este caso, la SIC sancionó a varias EPS y sus respectivos representantes legales por considerar que las EPS agremiadas en la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral "ACEMI", incurrieron en un acuerdo anticompetitivo con el fin de determinar las condiciones de la</td></tr>
</table>

	prestación del servicio médico y el alcance de la cobertura. En este acuerdo, ACEMI sirvió como instrumento de difusión y coordinación y fue participe activo del mismo, pues tomó decisiones y impartió recomendaciones y directrices respecto de la cobertura del POS y los conceptos que debían ser tenidos en cuenta al momento de suministrar información a los entes reguladores. En virtud de loa anterior, se sancionó al demandante en calidad de representante legal de SOS EPS por haber tolerado las conductas anticompetitivas en cuestión. • Falta de competencia por caducidad Las conductas investigadas tuvieron lugar entre los años 2003 y 2005, es decir 6 años antes de la expedición de la resolución sancionatoria. Por su parte, el demandante no fue nombrado representante legal sino hasta el año 2007, motivo por el cual no es posible snacionarlo por haber presuntamente tolerado conductas anticompetitivas que tuvieron lugar antes de su nombramiento como representante de SOS EPS.
3.3.Cargos de fondo:	• Violación del artículo 29 al no existir certeza del supuesto acuerdo Las sanciones impuestas solo eran procedentes si se hubiera demostrado que la SOS EPS realizó un acuerdo con el propósito de restringir los servicios de salud, afectar la transparencia de la información y fijar precios en el mercado asegurador, sin embargo, dicha hipotesis no fue comprobada en el presente caso. Además, para poder sancionar a su representante legal la SIC debió haber comprobado que este hubiese

	adelantado alguna actividad mediante la cual se hubiera permitido lograr o alcanzar ese acuerdo, cosa que tampoco ocurrió. Por lo tanto, la SIC sancionó al demandante bajo el entendido de que al ser representante legal de una de las presuntas compañías involucradas en el acuerdo anticompetitivo, tenía entonces la posibilidad de tolerar las conductas investigadas. Esto claramente desconoce el principio de tipicidad pues el elemento omisivo de la conducta debe probarse igualmente ya sea bajo la modalidad de culpa o de dolo. Al no haberlo hecho así, la responsabilidad endilgada por la SIC fue una responsabilidad de tipo objetivo. De otro lado, la transferencia o intercambio de información en el ejercicio del derecho de asociación no puede ser catalogado como un acto contrario a la libre competencia, pues legalmente no está tipificado como tal. En tal sentido, las normas que establecen taxativamente los actos que son catalogados como contrarios a la competencia en el sector salud, no tipifican la transmisión de la información para presentar propuestas de mejora del sistema al Gobierno Nacional como tal, ni mucho menos sobre esa situación puede predicarse una situación de tolerancia por parte del demandante. • Nulidad por falsa motivación: imposibilidad jurídica y factica de endilgar responsabilidad del representante legal de SOS EPS por imposibilidad de fjiar las

	condiciones de un mercado regulado no por parte de las EPS El mercado de aseguramiento en salud es un mercado altamente regulado pues el precio del servicio de salud denominado Unidad de Pago por Capitación -UPC- no es fijado por los agentes del mercado, ni por la interpretación de aquellos en cuanto a la oferta y la demanda de los servicios que prestan u ofrecen. El valor unitario de la UPC es fijado por la Comisión de Regulación en Salud, motivo por el cual no hay posibilidades de encaminar directa o indirectamente un curso de acción. De ahí que resulte ilogico en pensar siquiera en la posibilidad de alterar las condiciones del mercado. Por lo tanto, es igualmente imposible juridica y facticamente que el representante legal de SOS EPS tolere conductas anticompetitivas en un sector en el cual no puede modificarse las condiciones de competencia, tal como ocurre en el sector salud.
3.4.Pruebas técnicas:	
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							

4.2.Motivo:	**Formal:**		**Fondo:** X
4.3.Consideraciones formales:			
4.4.Pruebas:			
4.5.Consideraciones de fondo:	• Violación a la proscripción de responsabilidad objetiva Para el juzgado, conforme a las pruebas señaladas en las resoluciones demandadas y las aportadas con la demanda y la contestación, es claro que la SIC logró establecer la comisión de al menos 3 conductas anticompetitivas		

	en el presente caso: i) Acuerdo para restringir servicios de salud; ii) Acuerdo para afectar la transparencia de la información y iii) Acuerdo para la fijación de precios. Así las cosas, en el expediente hay abundante material probatorio que demuestra que ACEMI y sus asociadas manejaban acuerdos internos para definir los procedimientos, insumos, medicamentos y servicios que se incluyen en el POS; que manipulaban en forma conjunta la información que enviaban a los entes reguladores; y que de manera directa pretendían fijar el precio del aseguramiento al negar servicios incluidos en el POS para obtener recobros adicionales ante el FOSYGA[665]. En lo que respecta al demandante, en la declaración de parte que rindió en el trámite administrativo aceptó que conocía los temas de los diferentes comités médicos y jurídicos de ACEMI, entre los que incuestionablemente se encontraban los reprochados en las Resoluciones demandadas sin que se haya allegado prueba de su desacuerdo con las políticas de la agremiación o la inaplicación de las mismas por parte de la entidad que representaba. Precisó que yerra igualmente el demandante al afirmar que la responsabilidad objetiva es improcedente en materia administrativa, pues en el derecho administrativo sancionatorio no son aplicables los presupuestos utilizados en el derecho penal y en consecuencia

[665] Página. 25-26

	es posible endilgar una responsabilidad de tipo objetivo[666]. • Nulidad por falsa motivación El Decreto 1663 de 1994 en su artículo 5° numeral 8° establece la prohibición de que entre competidores se celebren acuerdos que tenga por objeto o como efecto abstenerse de prestar un determinado servicio de salud (hecho que según el Despacho estaba demostrado en el presente caso). De igual forma, el numeral 10 de la norma en cuestión establece que se considerarán anticompetitivos aquellos acuerdos que tengan por objeto o efecto abstenerse de proveer datos no reservados a los usuarios, así como ocultar o falsear la información, y en general, impedir la debida transparencia en el mercado, todo lo cual también quedó demostrado en la actuación administrativa. Según el Despacho, es claro que son precisamente las entidades que integran el sector salud las que pueden eventualmente incurrir en las conductas dispuestas en las normas referidas, luego no es posible afirmar que es imposible jurídicamente para estas incurrir en acuerdos anticompetitivos. Ahora, si bien la Unidad de Pago por Capitación está regulada por la Comisión de Regulación en Salud, lo cierto es que esta se determina con base en estudios técnicos que el ente de regulación debe realizar a partir de la información suministrada por las EPS, entre otras[667].

[666] Página. 26-28

[667] Página 29-32

	• Falta de competencia por caducidad En este caso, el Despacho consideró que las conductas en virtud de las cuales se sancionó a las investigadas eran de ejecución sucesiva, motivo por el cual el término de caducidad comienza a correr desde el momento de la cesación de la conducta. En este caso, según lo indicó la SIC en la resolución sancionatoria se tiene que las conductas investigadas tuvieron lugar hasta el 05 de diciembre de 2008, motivo por el cual el término de caducidad de la potestad sancionatoria de la SIC no se configuraba sino hasta el 06 de diciembre de 2011. No obstante, la Resolución sancionatoria fue proferida en agosto de 2011, razón por la cual es claro que no había operado el término de caducidad. Por último, adujo que si bien el demandante adujo que las conductas investigadas habían tenido lugar antes de su nombramiento como representante legal de SOS EPS, lo cierto es que estas se extendieron a lo largo de los años 2007 y 2008, momento para el cual este ya sabía asumido dicho cargo "razón suficiente para determinar la inclusión del mismo en la responsabilidad deducida por la SIC."[668]
4.6.Pruebas:	Las pruebas que se mencionan expresamente son: • Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Correo electrónico enviado por Lucía Torres a la lista de corres de ACEMI con asunto "Circular

[668] Página. 36-38.

	20070070073 RC-RS-información trasplantes 2000-2006" de fecha de 5 de marzo de 2007.
4.7.Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y tiene serios visos de deferencia judicial como quiera que no realiza un análisis crítico de los actos administrativos demandados y simplemente se limita a transcribirlos para luego concluir que los cargos no prosperan que porque los actos de la administración están motivados: "Conforme a las pruebas ampliamente expuestas tanto en las resoluciones demandadas como en el escrito de contestación de demanda, la Superintendencia de Industria y Comercio logró establecer la concurrencia de tres conductas infractoras de las normas sobre competencia, desplegadas por las EPS investigadas: i) un acuerdo para restringir servicios en salud, ii) un acuerdo para afectar la transparencia de la información, y iii) un acuerdo de fijación de precios. […] "Ahora, referente a la responsabilidad del señor Octavio de Jesús Ayala, el ente de inspección vigilancia y control, consideró […] "Por manera que, al haberse determinado que existió grado de certeza dentro de la actuación administrativa de la existencia de acuerdo entre las EPS y ACIEMI para restringir servicios en salud,

	afectar la transparencia de la información enviada a los entes de regulación y para de manera indirecta afectar los precios el aseguramiento, atendiendo a que las alegadas presunciones de inocencia y buena de son precisamente eso, meras presunciones, susceptibles de ser desvirtuadas en el trayecto procesal, como en efecto ocurrió en la actuación administrativa adelantada, a que la valoración probatoria fue no solo extensa, suficiente, sino detallada derivándose de ella la conclusión del conocimiento y consentimiento del Representante legal de SOS EPS con las políticas adoptadas en el seno de ACEMI; a que las conductas endilgadas al demandante se encuentran tipificadas en legal forma, y a que no son aplicables al presente asunto criterios de proscripción de responsabilidad objetiva, el presente cargo no tiene vocación de prosperidad." […] "Corolario de lo expuesto, encuentra este Despacho judicial, que la motivación expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar a las Entidades Promotoras de Salud y a sus Representantes Legales, se encuentra ajustada a derecho por cuanto se basan en hechos comprobados probatoriamente, los cuales se ajustan a la conducta normativa, en salvaguardia de la libre competencia."[669]

[669] Página a 25 a 32 de la sentencia.

	El control judicial en este caso se limitó transcribir los actos administrativos demandados y a concluir que lo allí realizado se adecuada al ordenamiento jurídico. El análisis crítico del juzgador en relación con la labor de la autoridad y de los argumentos de la demanda no salió de su fuero interno y mucho menos fue exteriorizado en la sentencia. Como puede observarse con la simple lectura de la sentencia[670], los cargos de la demanda no iban dirigidos a que el juez verificara la existencia y el contenido de los actos demandados. Por el contrario, estaban dirigidos a atacar sus conclusiones y sus fundamentos. En consecuencia, lo que se esperaba del control judicial era un análisis crítico del contenido de los actos administrativos a partir de los cargos esgrimidos en la demanda que le permitiera adoptar una conclusión motivada. El fallo en comento fue posteriormente confirmado en segunda instancia en sentencia del 12 de junio de 2014.

[670] Página 4 a 9 de la sentencia.

ANEXO 35 "Ficha 63. AYALA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 63. Ayala</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera, Subsección C</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Ana María Correa Angel</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-0049-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>12 VI 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Octavio de Jesús Ayala</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Res. 69842 del 31 de diciembre de 2009</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Arts. 3° y 5° Decreto 1663 de 2015: Acuerdo de repartición de mercados o fuentes de abastecimiento de insumos y equipos en el sector salud</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">$69.628.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad de los artículos 1, 2, 22 y 23 de la Resolución 46111 mediante la cual se impuso una sanción a la demandante.
• Que se declare la nulidad de la Resolución 65116 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionatoria.
• Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la SIC reintegrar al demandante la suma de $69.628.000 pagada por este a título de multa, debidamente actualizada.</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">En este caso, la SIC sancionó a varias EPS y sus respectivos representantes legales por considerar que las EPS agremiadas en la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral "ACEMI", incurrieron en un</td></tr>
</table>

	acuerdo anticompetitivo con el fin de determinar las condiciones de la prestación del servicio médico y el alcance de la cobertura. En este acuerdo, ACEMI sirvió como instrumento de difusión y coordinación y fue participe activo del mismo, pues tomó decisiones y impartió recomendaciones y directrices respecto de la cobertura del POS y los conceptos que debían ser tenidos en cuenta al momento de suministrar información a los entes reguladores. En virtud de loa anterior, se sancionó al demandante en calidad de representante legal de SOS EPS por haber tolerado las conductas anticompetitivas en cuestión. • Falta de competencia por caducidad Las conductas investigadas tuvieron lugar entre los años 2003 y 2005, es decir 6 años antes de la expedición de la resolución sancionatoria. Por su parte, el demandante no fue nombrado representante legal sino hasta el año 2007, motivo por el cual no es posible snacionarlo por haber presuntamente tolerado conductas anticompetitivas que tuvieron lugar antes de su nombramiento como representante de SOS EPS.
3.3.Cargos de fondo:	• Violación del artículo 29 al no existir certeza del supuesto acuerdo Las sanciones impuestas solo eran procedentes si se hubiera demostrado que la SOS EPS realizó un acuerdo con el propósito de restringir los servicios de salud, afectar la transparencia de la información y fijar precios en el mercado asegurador, sin embargo, dicha hipotesis no fue comprobada en el presente caso.

	Además, para poder sancionar a su representante legal la SIC debió haber comprobado que este hubiese adelantado alguna actividad mediante la cual se hubiera permitido lograr o alcanzar ese acuerdo, cosa que tampoco ocurrió. Por lo tanto, la SIC sancionó al demandante bajo el entendido de que al ser representante legal de una de las presuntas compañías involucradas en el acuerdo anticompetitivo, tenía entonces la posibilidad de tolerar las conductas investigadas. Esto claramente desconoce el principio de tipicidad pues el elemento omisivo de la conducta debe probarse igualmente ya sea bajo la modalidad de culpa o de dolo. Al no haberlo hecho así, la responsabilidad endilgada por la SIC fue una responsabilidad de tipo objetivo. De otro lado, la transferencia o intercambio de información en el ejercicio del derecho de asociación no puede ser catalogado como un acto contrario a la libre competencia, pues legalmente no está tipificado como tal. En tal sentido, las normas que establecen taxativamente los actos que son catalogados como contrarios a la competencia en el sector salud, no tipifican la transmisión de la información para presentar propuestas de mejora del sistema al Gobierno Nacional como tal, ni mucho menos sobre esa situación puede predicarse una situación de tolerancia por parte del demandante. • Nulidad por falsa motivación: imposibilidad jurídica y factica de endilgar responsabilidad del

	representante legal de SOS EPS por imposibilidad de fjiar las condiciones de un mercado regulado no por parte de las EPS El mercado de aseguramiento en salud es un mercado altamente regulado pues el precio del servicio de salud denominado Unidad de Pago por Capitación -UPC- no es fijado por los agentes del mercado, ni por la interpretación de aquellos en cuanto a la oferta y la demanda de los servicios que prestan u ofrecen. El valor unitario de la UPC es fijado por la Comisión de Regulación en Salud, motivo por el cual no hay posibilidades de encaminar directa o indirectamente un curso de acción. De ahí que resulte ilogico en pensar siquiera en la posibilidad de alterar las condiciones del mercado. Por lo tanto, es igualmente imposible juridica y facticamente que el representante legal de SOS EPS tolere conductas anticompetitivas en un sector en el cual no puede modificarse las condiciones de competencia, tal como ocurre en el sector salud.
3.4.Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**		**Fondo:**	**X**
4.3. Consideraciones formales:				• Caducidad Según se demostró en la investigación administrativa, las conductas investigadas datan del año 2007 y se prolongaron hasta el 05 de diciembre de 2008.			

	Ahora bien, si bien la jurisprudencia ha planteado varias formas bajo las cuales debe computarse el término de caducidad, lo cierto es que bajo ninguna de estas habría operado dicha figura en el presente caso, según se expone: Tesis 1: La interrupción del término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración se configura con la expedición del acto administrativo que fija la sanción, a los 3 años siguientes a la fecha de expedición del acto, sin importar cual sea la fecha de notificación del mismo. Por lo tanto, bajo esta tesis si la resolución demandada fue expedida el 30 de agosto de 2011, no habría operado la caducidad de la potestad sancionatoria pues esta no se configuraba sino hasta el 05 de diciembre de 2011. Tesis 2. La expedición y notificación del acto administrativo que califica la actuación debe cumplirse en el término de los 3 años siguientes desde la configuración de los hechos investigados, momento en el que se entenderá ejercida la potestad mencionada. No obstante, en este caso ello se cumplió antes del 5 de diciembre 2011 según se ve. Tesis 3. La expedición y notificación del acto administrativo que atribuye la comisión de la infracción y de las decisiones que resuelven los recursos en la vía gubernativa, se deben producir dentro de los 3 años siguientes a la comisión del hecho que origina la investigación, ya que según esta postura solo se entiende ejercida la potestad sancionatoria de la administración hasta que el acto quede en firme.

	Siendo así, si en el presente caso la desfijación del edicto de la Resolución No. 65611 del 21 de noviembre de 2011 acaeció el 2 de diciembre de ese año, quiere decir la resolución sancionatoria habría quedado en firme 3 días antes del 5 de diciembre de 2011 cuando finalmente se configuró la caducidad. Por lo anterior, el Tribunal despachó desfavorablemente este cargo.
4.4. Pruebas:	No se indica expresamente si se aportaron pruebas técnicas, y cuales fueron.
4.5. Consideraciones de fondo:	• Ausencia de análisis del testimonio del accionante, del alcance dado a la declaración respectiva por la SIC y de los informes presentado, de los informes presentados al demandante y de la declaración del vicepresidente jurídico de ACEMI El Tribunal consideró que de las pruebas allegadas al proceso, particularmente la declaración de parte de la representante legal de SOS EPS rendida en el proceso administrativo, se deprende claramente que en las reuniones convocadas por ACEMI había un funcionario designado por cada EPS el cual a su vez presentaba informes periódicos al demandante sobre lo discutido en dichas reuniones[671]. Respecto a la falta de estudio de los "informes" aludidos, el Tribunal consideró que la demandante se limitó a enunciarlos, pero no se evidencia en el expediente administrativo su contenido a fin de demostrar la veracidad e imprimir la valoración que corresponde[672].

[671] El desarrollo del cargo en la Página 30 es ilegible.

[672] Página 31.

	• Sana crítica y carga de la prueba Respecto a este asunto, el Tribunal sostuvo que de la valoración en conjunto de las pruebas obrantes en el proceso era claro que las EPS investigadas y la ACEMI habían incurrido en un acuerdo anticompetitivo con el propósito de restringir la oferta de servicios del Plan Obligatorio de Salud, a fin de generar un cambio estructural en la forma como quedan identificados los factores que permiten calcular los valores asociados a la UPC dentro del sistema y de tomar decisiones colectivas para todas las EPS en cuanto a lo que debe ser tenido en cuenta como procedimientos a ser cubiertos por dicho régimen[673]. • Falsa motivación La Comisión de Regulación en salud calcula el valor de la UPC a partir de estudios técnicos de suficiencia de la misma, de la mano del Ministerio de Hacienda y con fundamento en la información que suministran las EPS al Ministerio de Protección Social, según los riesgos que afectan la salud de las personas en cada sector poblacional, costos de la atención médica y variaciones en función de la edad, género, ubicación geográfica y régimen aplicable. Luego para el Tribunal llamó la atención la forma como se adoptaban procedimientos en relación a unos determinados insumos y servicios. Resaltó el Tribunal que dentro del plenario se pudo constatar no solo el acuerdo sobre los procedimientos que

[673] Página. 37.

	deberían ser reconocidos por el POS sino también el convenio para afectar la transparencia ya que las propuestas eran sometidas a cambios para su posterior presentación, así como la fijación de los precios. Así las cosas, para el Tribunal era ostensible que la fundamentación de las resoluciones cuestionadas fue consecuente con la demostración fáctica del comportamiento objeto de inspección. Ahora, si bien el sistema de aseguramiento en salud es un mercado regulado y que el valor de la Unidad por Capitación es fijado por el ente regulador, lo cierto es que el cálculo de tal concepto de acuerdo a la conceptualización anteriormente reseñada es efectuado por la Comisión competente según información producida por la actividad desarrollada por cada una de las EPS. De esta manera, destacó que las entidades promotoras están llamadas a proporcionar la información sin condicionamientos que den muestra de la dinámica de la oferta y la demanda del sector. Por ende, al existir un consenso en los criterios que serían presentados en el marco de la propuesta de mejoramiento dada por el Gobierno, es evidente la modificación de las variables para la correspondiente asignación de los recursos que les serían otorgados[674]. • Sanción al representante legal Si bien la demandante adujo que la sanción en contra del representante legal era improcedente por cuanto los

[674] Página, 38-43.

	hechos objeto de investigación había ocurrido con anterioridad a su nombramiento como represente en el año 2007, lo cierto es que como se vio estos se extendieron hasta 2008. Luego no es cierto que este fue sancionado exclusivamente por hechos anteriores a su nombramiento[675]. De igual forma, sostuvo que de conformidad con lo expuesto por la SIC en la resolución sancionatoria, estaba demostrada la tolerancia o comportamiento pasivo del demandante respecto a las conductas investigadas por cuanto la determinación del representante legal de no obstaculizar o interferir una conducta que se desaprueba, cuando se tiene el poder y el conocimiento para hacerlo -como ocurrió en este caso-, implica incurrir en la responsabilidad consagrada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 1992[676].
4.6. Pruebas:	Las pruebas que se mencionan expresamente son: • Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Correo electrónico enviado por Lucía Torres a la lista de correos de ACEMI con asunto "Circular 20070070073 RC-RS-información trasplantes 2000-2006" de fecha de 5 de marzo de 2007. • Correo electrónico de fecha de 30 de mayo enviado por Sandra Marcela Camacho, funcionaria de ACEMI con asunto "Compromiso insumos y depósitos médicos procedimientos POS" y archivo

[675] Página 48.

[676] Página 58.

	adjunto denominado "Consolidado lita de insumos 04042006". • Fragmento del archivo electrónico denominado "Costeo No POS" adjunto en correo electrónico enviado por Sandra Marcela Camacho Rojas con asunto "Costeo de elementos no POS para procedimientos POS" • Acta del Comité Médico 27/08/2007. • Acta No. 006 del Comité Médico de fecha 01 de agosto de 2007, remitida mediante correo enviado el 3 de agosto del mismo año. • Flujograma para la interpretación de la cobertura de elementos POS en correo electrónico con asunto "Acta y documentos posición ACEMI interpretación POS del 3 de agosto de 2007" • Resumen coberturas listas MPS 03082007 remitida por ACEMI a sus agremiadas en el archivo Excel denominado "Resumen cobertura listas MPS 03082007" sobre la posición que se adoptó respecto a la destinación de la cobertura de los insumos que consideran se encuentran incluidos en el POS. • Acta No. 004 del Comité Médico de ACEMI de 31 de mayo de 2007. • Declaración de Octavio Ayala rendida en el proceso administrativo.
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia confirma el fallo proferido el 24 de octubre de 2013 en virtud de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. El apelante señala que la sentencia carece de análisis en relación con los actos demandados[677]. En criterio del autor la sentencia también presenta visos de deferencia,

[677] Página 21, 22 y 23 de la sentencia.

	toda vez que valida la manera en la que la primera instancia realizó el control judicial y dicho control judicial, según el análisis que se presentó en esta investigación, tiene visos de deferencia. El fallo en comento, luego de volver a enumerar las pruebas esgrimidas en los actos administrativos demandados, afirmó: "Así las cosas, para esta Colegiatura no tiene razón el apelante al manifestar que el ente de control se limitó a afirmar de manera genérica la existencia de un acuerdo sin ningún sustento probatorio, toda vez que de las pruebas allegadas al trámite administrativo logró acreditarse la conformación de un convenio anticompetitivo luego entonces, la decisión adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo un fundamento fáctico como jurídico, de ahí que haya procedido a imponer la respectiva sanciona las Entidades Promotoras de Salud y a los representantes legales de las mismas, al violar los artículos 3, 4 y 5 numerales 1, 8 y 1º del Decreto 1663 de 1994, de suerte que las conductas desplegadas por los sancionados si eran objeto de condena." "Ahora bien, es precios aclarar que el hecho de que el A quo no haya relacionado en el contenido del fallo todos los elementos probatorios desplegados por el ente de control en su decisión sancionatoria, no indica que omitió efectuar la respectiva valoración de las mismas, pues como se ilustró anteriormente, se verificó que la

	argumentación jurídica del juzgado se ciño al cuadro de estudio fijado en el escrito introductorio.” En consecuencia, la sentencia vuelve a transcribir el contenido del acto administrativo demandado y no acomete un análisis crítico sobre la valoración de esas pruebas validando el que realizó la autoridad sin que se sepa la motivación de esa conclusión y sin que se sepa por qué la argumentación de la demanda al respecto no tiene vocación de prosperidad.

ANEXO 36 "Ficha 64. ROBLEDO"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 64. ROBLEDO</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Juzgado 14 Administrativo de Descongestión de Bogotá</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Gladys Herrera Monsalve</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00044-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>31 I 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Fernando Robledo Quijano</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas
• Art. 3 del Decreto 1663 de 1994: Prohibición general en el sector salud
• Art. 5 Núm. 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994: Acuerdos contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud. Fijación de precios; abstenerse de distribuir un bien o de prestar un servicio; no proveer u ocultar información.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $69.628.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de los Arts. 6, 7, 8, 62, 64 de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Nulidad del Art. 3 de la Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011
• Exonerar al demandante de cualquier responsabilidad en</td></tr>
</table>

	relación con la infracción de las normas de competencia • Devolución de la multa • Ordenar a la SIC publicar la declaratoria de nulidad en un diario de amplia circulación, en el portal web y en los medios de comunicación • Pago de 100 smlmv por concepto de daño moral • Condenar en costas
3.2. Cargos formales:	• **Caducidad de la facultad sancionatoria**: La SIC sancionó por hechos respecto sobre los cuales ya había operado la caducidad de acuerdo al art. 38 del CCA. Para efectuar el conteo del término la SIC hace referencia a dos eventos que no son contrarios a la libre competencia: correo del 8 de octubre de 2008 y envío de información para el cálculo de la UPC por parte de las EPS. Por otro lado, el demandante fue representante legal de Aliansalud hasta el 23 de septiembre de 2008 por lo que no puede derivarse responsabilidad por hechos posteriores. • **Violación del principio de legalidad, la interpretación de los Arts. 3, 4 y 5 (Núm. 1, 8 y 10) del decreto 1663 de 1994 es contraria al sentido de dichas normas:** La SIC afirma que en la aplicación de las normas referidas no es necesario probar la intención de las partes, la potencialidad anticompetitiva y tampoco los efectos en el mercado lo que libera de la carga probatoria a dicha entidad. La SIC declaro que

	existía una conducta anticompetitiva sin importar que las conversaciones tenían por objeto presentar una propuesta al gobierno nacional. El ente sancionador no determino el objeto de la conducta efectuada por el aquí demandante o por Aliansalud. • **Violación del principio de presunción de inocencia, del régimen probatorio y de la valoración de indicios:** La SIC se limitó a manifestar que las EPS "acordaron algo" pero no demostró que Aliansalud con tolerancia del demandante realizó acuerdos con el objeto de restringir servicios de salud, fijar precios, afectar la transparencia de la información. La SIC no valoro adecuadamente los indicios que obran en el expediente y que dan cuenta de que no se afectó la transparencia de la información. La SIC omitió analizar situaciones esenciales como el comportamiento de las partes en el mercado y la racionalidad económica de las conductas. • **Violación del derecho al debido proceso:** La SIC sancionó por una conducta que no es per se anticompetitiva sin hacer una valoración del entorno económico. La SIC se limitó a considerar que el intercambio de información puede ser útil para monitorear las dinámicas de un mercado o puede ser contrario a la libre competencia y que en el caso concreto se configuró como una conducta anticompetitiva.

	• **Violación del derecho de defensa y contradicción:** La SIC decretó y practicó pruebas respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la resolución de apertura de la investigación. Por tanto el demandante no tuvo oportunidad de defenderse de las mismas solicitando o aportando más pruebas, pues asegura que la única oportunidad con la que contaba para ello era el traslado de la resolución de apertura. • **Violación del derecho al debido proceso. No se practicaron todas las pruebas legalmente solicitadas y decretadas:** En el procedimiento administrativo se decretó el testimonio de Mónica Uribe Botero pero no se practicó porque la SIC afirmo que se había cumplido el objeto de la prueba y que la testigo no asistió. Sin embargo, con ese testimonio se pretendía probar cosas adicionales a las características del sistema de salud, como la participación del Ministerio de Hacienda dentro de la concertación de la UPC entre otras. La testigo no debió quedar eximida de rendir testimonio por no asistir, debió efectuarse la conducción del testigo a la audiencia. • **Violación de la proscripción de la responsabilidad objetiva:** La SIC sancionó al señor Robledo sin existir prueba de su conocimiento sobre dichas conductas. Debe probarse la

	intención de la persona para imputar la conducta que pretende ser endilgada al demandante. No basta con ostentar la calidad de representante legal o ser parte de un gremio para presumir a responsabilidad. La SIC omitió considerar que el actor no asistió a la reuniones objeto de reproche y que no le hicieron reporte de lo discutido pues el comité de ACEMI y el de Aliansalud son autónomos en la determinación sobre autorizaciones de servicios POS. • **Violación del principio de proporcionalidad:** Para determinar las sanciones únicamente se analizó la participación del demandante en las reuniones de ACEMI, criterio que no contempla la norma para el efecto y que no obedece a un análisis detallado caso por caso.
3.3.Cargos de fondo:	• **Falsa motivación:** La SIC omitió valorar pruebas que van en contra de sus conclusiones y que demuestran la inexistencia de los supuestos acuerdos. El señor Robledo fue representante legal de Aliansalud hasta el 23 de septiembre de 2008 por lo que la SIC solo podría valorar lo ocurrido entre el 12 y el 28 de septiembre de 2008, antes operó la caducidad y con posterioridad no pudo derivarse responsabilidad. • **Violación del derecho de asociación.** La SIC asegura que ACEMI no podía formular ninguna

<table>
<tr><td colspan="4"></td><td colspan="4">propuesta al gobierno sobre la inclusión de elementos en el POS y que debía limitarse únicamente a enviar información para el cálculo de la UPC vulnerando el derecho referido.</td></tr>
<tr><td colspan="4">3.4.Pruebas técnicas:</td><td colspan="4">N.A</td></tr>
<tr><td colspan="8">4. FALLO</td></tr>
<tr><td colspan="4">4.1.Decisión</td><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td>Niega:</td><td>X</td><td>Anula:</td><td></td><td>Confirma:</td><td></td><td>Revoca:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="8">(observaciones)</td></tr>
<tr><td colspan="4">4.2. Motivo:</td><td>Formal:</td><td>X</td><td>Fondo:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="4">4.3. Consideraciones formales:</td><td colspan="4">Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria:
• “El término de los tres años previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo se debe contabilizar desde la fecha en que se produjo el acto que ocasiona la sanción, hasta la notificación del acto administrativo que la impone, independientemente de la interposición de los recursos en la vía gubernativa.”[678]
• “En todo caso, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en interpretar el artículo 38 del C.C.A., en el sentido de señalar que cuando la conducta constitutiva de la falta de desarrollo no en un único momento, sino que se prolonga durante cierto periodo de tiempo, el termino de caducidad debe contarse a partir del último acto.”[679]
• “Entonces, como quiera que el accionante argumenta que solamente fue representante legal de la EPS COLMEDICA</td></tr>
</table>

[678] Sentencia. Página 32

[679] Sentencia. Página 34

	HOY Aliansalud hasta el 26 de septiembre de 2008, fecha en la que aún se continuaba cometiendo los hechos que configuraba la conducta sancionada, entonces, es a partir de dicho momento que debe contarse el término de caducidad que opera respecto del demandarte por lo que como quiera que la sanción se le notifica el 9 de septiembre de 2011, es claro que para ese momento no había operado el término de caducidad de la facultad sancionatoria y por ende la entidad tenía competencia para sancionarlo en razón a que no habían transcurrido más de los tres años de que trata la norma en estudio."[680] **Sobre la violación del principio de legalidad:** • ""En primer término, es diáfano que los presupuestos de los acuerdos (convenios, practicas o decisiones concretadas) denominados "objeto" o "efecto" reseñados en los numerales del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, por encontrarse separados por la disyuntiva "o", no es obligatorio que concurran de manera concomitante para que se consideren contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud, pues la simple configuración de uno de ellos es para que se conforme una práctica prohibida o

[680] Sentencia. Página 36

	restrictiva"[681] De lo expuesto, se concluye que los convenios considerados contrarios a la libre competencia son aquellos que tienen por objeto o como efecto generar prácticas restrictivas de la competencia sin que sea un requisito para la configuración de la conducta que se presenten concomitantemente los dos elementos, ya que la configuración de uno solo de ellos da lugar a la existencia de práctica prohibida por la ley."[682] • "Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio - y que dicho sea de paso no demostró, puesto que lo que importaba o efecto de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo, que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios."[683] • "El actor en su declaración manifestó que en su condición de representante legal, era el principal responsable de las políticas de la compañía, del control y seguimiento en todos los ámbitos así como de las

[681] Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subdirección C en descongestión, demandante Aliansalud S.A. demandado: Superintendencia de Industria y Comercio. Rad. No. 25000-23-24-000-2012-00788-00, f.38.

[682] Sentencia. Página 39, 40

[683] Sentencia. Página 40

	políticas de actualización de servicios de salud” [684] • “Así las cosas, de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que la Superintendencia demandada si realizó un análisis detallado de las mismas el que le permitió concluir que se generó un consenso entre las EPS en torno a lo que debía considerarse incluido o no en el POS, para ello se homogeneizaron parámetros para cada una de las EPS, actuaciones que fueron toleradas por el accionante, dado que no obra prueba en contrario que dé cuenta que el demandante se hubiera pronunciado en contra de tales actuaciones.”[685] • “De lo que adicionalmente se desprende que la interpretación normativa dada por la Superintendencia demandada, a las normas invocadas para imputar responsabilidad al demandante, de lo que se infiere que la interpretación dada en los actos administrativos demandados no desbordó el sentido natural de las normas invocadas, pues el objeto de las reuniones aludidas fue más allá de presentar una propuesta regulatoria al gobierno para buscar una homologación de los criterios tenidos en cuenta por las EPS a efectos de determinar qué procedimientos estaban

[684] Sentencia. Página 45

[685] Sentencia. Página 46

	incluidos en el POS y cuáles no."[686] • "La interpretación que la Superintendencia de Industria y Comercio dio a las normas no viola el debido proceso ni la presunción de inocencia ya que se demostró el acuerdo anticompetitivo y que el actor toleró dichas conductas en su condición de representante legal de COLMEDICA, a cuyos funcionarios fueron enviados cada uno de los correos electrónicos analizados anteriormente, los cuales conoció en su condición de representante legal de la EPS, al dirigir la política de la misma en torno a los procedimientos y dispositivos que debían hacer parte del POS."[687] **Sobre la violación de la presunción de inocencia, del régimen probatorio y de la valoración de indicios:** • "Del análisis probatorio efectuado en el cargo precedente y la forma en que fueron analizado dichos elementos probatorios en la resolución de sanción descartan que no hayan sido valoradas las prueban presentadas por el actor en su defensa; Adicionalmente ha de tenerse en cuenta que en la exposición del cargo, se omite la enunciación de los contraindicios que no fueron tenidos en cuenta al momento de la toma de la decisión sancionatoria por parte de la

[686] Sentencia. Página 46-47

[687] Sentencia. Página 47

	demandada, es decir, no se enuncia de manera específica cuáles son esos contraindicios que tenían la virtualidad de demostrar la violación a la presunción de inocencia de inocencia del administrado así como el principio de la buena fe en la decisión sancionatoria demandada, en consecuencia, el Despacho no encuentra vulneración alguna y el cargo no ha de prosperar por este aspecto."[688] • "No hubo violación de la presunción de inocencia con los actos acusados en por cuanto, el actor no desvirtuó probatoriamente los elementos aducidos por la demandada en su contra, de lo que se desprende que tampoco se quebrantó el principio de la buena fe"[689] **Violación del derecho al debido proceso:** • "Sobre el particular, basta reiterar las consideraciones realizadas a estudiar los cargos precedentes, donde se sostuvo que el análisis probatorio que hizo la demandada comprendió la totalidad de los elementos probatorios de los cuales se desprende que con el intercambio de información entre EPS agremiadas en ACEMI, las empresas que deben competir en el mercado terminaron compartiendo información sobre la forma como prestan sus servicios, así

[688] Sentencia. Página 51

[689] Sentencia. Página 53

	mismo se acordó entre ellas que servicios se encuentran comprendidos en el POS y cuáles no, los parámetros de calidad y precio, la cual precisamente, atenta contra las normas que regulan la libre competencia, en tanto cada una de las EPS debió actuar de forma independiente velando por prestar los mejores servicios de salud sin buscar un consenso con las demás Entidades Promotoras de Salud sobre los procedimientos contemplados en el POS y la forma de prestar dichos servicios, conducta que fue tolerada por el actor."[690] **Sobre la violación del derecho de defensa y contradicción y sobre la violación del derecho al debido proceso:** • "De lo expuesto se concluye que son varias las oportunidades en las cuales se pueden controvertir las pruebas, por una parte, al momento de la apertura de la investigación y por otra al momento de hacerse el traslado del informe motivado, por cuanto, el investigado con la oportunidad de presentar alegatos para de desvirtuar y controvertir las pruebas que son aducidas en su contra.[691] • "En este sentido en el proceso de la referencia es claro que al actor se le respetaron sus garantías en materia probatoria, por cuanto, se le notificó el acto de apertura, tuvo la oportunidad

[690] Sentencia. Página 55

[691] Sentencia. Página 59

	de presentar descargos donde solicitó y aporto las pruebas que consideró pertinentes, también contó con la oportunidad de hacer observaciones al informe motivado y pudo refutar el contenido de las pruebas al presentar los recursos en sede administrativa, como se desprende de los actos administrativos demandados."[692] • Adicionalmente, la disposición transcrita consagra que la Superintendencia en la etapa de investigación se encuentra facultada para practicar las pruebas que considere pertinentes, por lo que en el caso de autos, no se lesiono el debido proceso con dicha actuación, en tanto, las pruebas estuvieron a disposición del actor quien pudo contradecir o refutar su contenido con los medios de prueba que dispone la ley, pudo rendir las explicaciones pertinentes y pudo poner de presente la irregularidad que en su sentir se configuraba, actuación que fue omitida."[693] • "Sobre el asunto, este Despacho acoge la posición de la Sección Primera de Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 18 de agosto de 2011[19] en la que se precisó que para que pueda estructurarse la nulidad de los actos demandados por el no decreto y práctica de pruebas durante la vía gubernativa es

[692] Sentencia. Página 59

[693] Sentencia. Página 59

	necesario que los medios de convicción denegados en esa oportunidad sean solicitados en sede jurisdiccional y tengan vital importancia para el tema objeto del litigio a efectos de inclinar en uno u otro sentido la decisión de la administración"[694] • "Revisado el expediente encontramos, que en efecto en sede judicial se solicitó se recepcionara la declaración de la señora Mónica Uribe Botero, testimonio que rindió ante este Despacho, en el cual se le interrogó sobre los aspectos materia de investigación en sede administrativa (…)De la declaración se desprende cómo funciona el sistema de seguridad social salud, la forma cómo los Ministerios analizaban los datos suministrados por las EPS en cuanto a costos y frecuencias, que el documento denominado listado consenso que apoyaba el Ministerio de Salud nunca se terminó y el papel que desempeñó el CNSS en la fijación de la UPC, de los que se refiere que si bien ACEMI ejerció una papel activo en todas las actividades descritas y al parecer el Ministerio de Salud solicitó un listado consenso, no es menos cierto, que en un mercado entre competidores no es posible acordar las condiciones en que participará en el mercado, en cuanto, a temas tales como la prestación servicios, tarifas y costos, en consecuencia tal declaración no

[694] Sentencia. Página 61

	tiene la virtualidad de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados y mucho menos era de tal trascendencia, que la prueba omitida lograra cambiar el sentido de la decisión, dado que no logró desvirtuar la tolerancia del actor frente a la conducta anticompetitiva."[695] **Sobre la violación de la proscripción de la responsabilidad objetiva:** • "La Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-595 de 2010 ha establecido que los principios del derecho penal no son aplicables de la misma forma a derecho administrativo sancionador y que en este último régimen es posible aplicar la responsabilidad objetiva, veamos: "El principio de presunción de inocencia es aplicable como criterio general en el derecho administrativo sancionador Sin embargo la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto - con el mismo alcance integral al derecho administrativo sancionada dada la existencia de diferencias entro los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia etc.) que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manota atenuada (Ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa

[695] Sentencia. Página 63-64

	(objetiva)"(.) En materia de derecho administrativo sancionador "no se requiere demostrar factores subjetivos, tales como la culpa o el dolo, sino que basta el incumplimiento objetivo de la ley a la que debe ceñirse el investigado para que proceda la sanción correspondiente""[696] • "En este sentido, para determinar si hubo infracción de las normas por parte de actor es suficientes que haya tolerado la conducía lo cual significa: "un comportamiento pasivo, por cuanto supone la no realización de una conducta destinada a impedir un resultado, de manera que tolerar es no temar algún tipo de medida para prohibir, obstaculizar o incluso interferir las conductas realizadas por otras personas Por ello la denominación del representante legal de no impedir, obstaculizar o interferir una conducta que se desaprueba, cuando se tiene el poder y el conocimiento necesario para hacerlo, implica tolerar "[697]."[698] **Sobre la violación del principio de proporcionalidad:** • Sobre el particular el Despacho considera que no hay violación del principio de proporcionalidad de la sanción, por cuanto la Superintendencia puso de presente los fundamentos de hecho y de

[696] Sentencia. Página 67

[697] Cita la Res. No. 68972 del 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio

[698] Sentencia. Página 68

	derecho que la llevaron a imponer la multa señalada al señor FERNANDO ROBLEDO QUIJANO, la que se encuentra dentro del rango normativo aplicable al caso, y que adicionalmente fue impuesta como consecuencia de estar plenamente probada la conducta endilgada, conforme se precisó en acápite anterior." [699]
4.4. Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011 • Res. 10958 del 6 de marzo de 2009 (apertura) • Renuncia del actor a la representación legal de EPS Aliansalud • Certificado de existencia y representación legal de Aliansalud • Declaración del señor Fernando Robledo Quijano • Declaración de la señora Mónica Uribe Botero
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la falsa motivación:** • "El actor en su declaración manifestó que en su condición de representante legal, era el principal responsable de las políticas de la compañía, del control y seguimiento en todos los ámbitos así como de las políticas de actualización de servicios de salud" [700] • "Se observa que las EPS fijaron criterios conjuntos de interpretación sobre lo que debe ser entendido dentro del POS o no, lo que implica que se fue

[699] Sentencia. Página 70

[700] Sentencia. Página 45

	más allá de presentar una propuesta de regulación del tema al gobierno ya que no se evidencia análisis en ese sentido.” [701] • “Así las cosas, de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que la Superintendencia demandada si realizó un análisis detallado de las mismas el que le permitió concluir que se generó un consenso entre las EPS en torno a lo que debía considerarse incluido o no en el POS, para ello se homogeneizaron parámetros para cada una de las EPS, actuaciones que fueron toleradas por el accionante, dado que no obra prueba en contrario que dé cuenta que el demandante se hubiera pronunciado en contra de tales actuaciones, por lo que su conducta permisiva ante las conductas anticompetitivas de las EPS, afectaron las condiciones de libre competencia en el mercado, se reitera, al tolerar la realización de las mismas en su condición de representante legal de Aliansalud, cargo que desempeñó hasta el 26 de septiembre de 2008.”[702] • “Sobre el particular, el Despacho reitera las consideraciones expresadas en precedente en las que se analizaron las pruebas que permiten determinar que el actor tolero las conductas anticompetitivas investigadas, y

[701] Sentencia. Página 44

[702] Sentencia. Página 46

	de otra parte, se reitera, que a pesar de que el actor fue representante legal hasta septiembre de 2008 fecha ultima sobre la cual se le puede imputar algún tipo de responsabilidad, en el plenario se demostró que el actor tolero las conductas hasta cuando ejerció dicha representación legal como se analizó en precedente por la cual nos permitimos remitirnos a dichos acápites de este previsto, quedando entonces descartada la falsa motivación de los actos demandados por este aspecto." **Sobre la violación del derecho de asociación:** • "Al investigar a ACEMI y sus agremiadas, va que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio estuvo encaminada a analizar un mercado regulado, a fin de determinar si el mismo estaba siendo controlado, por las investigadas, quedando probado, tal como se evidenció al realizar el estudio del cargo relativo a la errónea interpretación de las normas y al de la falsa motivación, que la información recibida por la Asociación era recirculada documentación que en condiciones normales, se reitera, no debía ser circulada entre competidores dado que era del ámbito empresarial privado." [703] • "No existe vulneración al derecho a la libre asociación, en tanto que ACEMI puede desarrollar sus labores con total

[703] Sentencia. Página 64

	tranquilidad con sus agremiadas mientras no propicie o afecte la libre competencia en el mercado de las empresas promotoras de salud que deben competir, velando por prestar los mejores servicios a sus afiliados en cuanto a calidad y precio y los representantes legales no deben tolerar o autorizar conductas anticompetitivas."[704]
4.6. Pruebas:	• Correo electrónico de fecha 5 de marzo de 2007 enviado por LUCY TORRES funcionaria de ACEMI • El Acta No. 006 del Comité Médico de ACEMI, de fecha 1 de agosto de 2007, remitida mediante correo enviado el 3 de agosto del mismo año • El acta 006 del Comité Médico de ACEMI del 27 de agosto de 2007 • Correo electrónico de fecha 30 de mayo de 2007, remitido por SANDRA MARCELA CAMACHO funcionaria de ACEMI a funcionarios de las EPS entre ellos a funcionarios de COLMEDICA • Correo electrónico enviado por SANDRA MERCELA CAMACHO ROJAS, fechado el 28 de junio de 2007, con archivo adjunto Costeo no pos enviado a las EPS, y específicamente a funcionarios de COLMEDICA • Flujograma para la interpretación de la cobertura de elementos POS

[704] Sentencia. Página 66

4.7. Observaciones generales:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en la misma se identificaron visos de deferencia judicial en los siguientes términos. Uno de los cargos de la demanda consiste en el acaecimiento de la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración ya que en sentir del demandante si la Superintendencia afirmó que no investigó los efectos de la conducta anticompetitiva, no es lógico que afirme que los mismos se mantienen en el tiempo, razón por la cual la caducidad debe estudiarse a partir de los hechos que según la Superintendencia configuraron las conductas anticompetitivas[705]. Por su parte, luego de adoptar la postura jurisprudencial en relación con el computo de la misma[706], el fallo resolvió el cargo de caducidad remitiéndose a lo señalada en la sentencia que resolvió en primera instancia el proceso 2012-576 que tuvo la oportunidad de analizarse citando el siguiente aparte: "(…) pues indudablemente se trata de una infracción continuada, toda vez que la conducta reprochable se prolongó hasta el 05 de diciembre de 2008, teniendo en cuenta el periodo investigado por la Superintendencia de Industria y Comercio."[707] Pero señaló que como el demandante renunció a la E.P.S. el 26 de septiembre

[705] Página 5 y 6 de la sentencia.

[706] Página 29 a 35 de la sentencia.

[707] Página 36 de la sentencia.

	de 2008, tomaría como esa fecha como extremo para contabilizar la caducidad. Nótese que el principal punto de debate expuesto por el cargo de la demandada era determinar si la conducta podía ser considerada como continuada, ya que el demandante considera que no mientras que el acto administrativo demandado considera lo contrario. Frente a ese debate el fallo se decanta por la tesis de que la conducta fue continuada, no obstante, no se observa un análisis del juzgador del que se entienda porqué arribó a dicha conclusión. ¿por qué se afirma que las conductas investigadas por la autoridad constituyen una sola infracción prolongada? ¿por qué para el juzgador las diferentes conductas están relacionadas entre sí? ¿por qué no prospera el cargo de la demanda según el cual cada evento investigado por la autoridad debía ser analizado de manera independiente? Las anteriores preguntas tienen una respuesta que no se deduce por lo expresado en la sentencia, pero si por la manera en que fue resuelto: porqué el juzgador se adhirió a la tesis de la administración. No obstante, la sentencia no argumentó esa adherencia de acuerdo a la confrontación planteada en la demanda. Este fallo fue confirmado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 20 de junio de 2014

ANEXO 37 "Ficha 66. RODRIGUEZ"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 66. RODRÍGUEZ</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Juzgado 15 Administrativo de Bogotá</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Nilce Bonilla Escobar</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00071-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="2">27 II 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Néstor Ricardo Rodríguez Ardila</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas
• Art. 3 del Decreto 1663 de 1994: Prohibición general en el sector salud
• Art. 5 Núm. 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994: Acuerdos contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud. Fijación de precios; abstenerse de distribuir un bien o de prestar un servicio; no proveer u ocultar información.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa $69.628.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de los Arts. 45 y 46 de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Nulidad del Art. 3 de la Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011
• Exonerar al demandante de cualquier responsabilidad por</td></tr>
</table>

	infracciones al régimen de competencia • Ordenar a la SIC divulgar la declaratoria de nulidad en un diario de amplia circulación, en la página web y en una rueda de prensa • Condenar en costas
3.2. Cargos formales:	• **Caducidad de la facultad sancionatoria:** De acuerdo con el artículo 38 del CCA el término de caducidad es de 3 años una vez acaecidos los hechos investigados. La resolución sancionatoria fue notificada el 12 de septiembre de 2011 por lo que la SIC solo podía sancionar por los hechos acaecidos entre el 12 de septiembre de 2008 y el 6 de marzo de 2009. No obstante, el demandante fue sancionado por hechos sobre los cuales ya había operado la caducidad. La SIC afirma que no opero la caducidad con base en dos conductas (i) un correo del 8 de octubre de 2008 y (ii) el envío de información por parte de las EPS para calcular la UPC. Se advierte que ninguno de los anteriores elementos son contrarios a la libre competencia. • **Violación de la proscripción de la responsabilidad objetiva:** Compensar opera también como caja de compensación, lo que significa que el representante legal no es el encargado del manejo de la EPS. No obstante, las resoluciones demandadas afirman infundadamente que el señor Rodríguez si conocía de manera general los temas que se

	trataban en las reuniones al interior de ACEMI, tolerando los acuerdos que allí se planteaban, contra la libre competencia, decisión abiertamente violatoria de la prescripción de responsabilidad objetiva. • **Violación del principio de presunción de inocencia, del régimen probatorio del CPC y de la valoración de indicios:** La SIC omitió demostrar la existencia de la finalidad de restringir la competencia y desconoció pruebas que acreditan el propósito de las entidades investigadas al discutir temas como coberturas del POS e información de la UPC, el cual solo era realizar labores propias de un gremio. La SIC presumió conductas que no estaba probadas y decidió no analizar asuntos que demuestran que no existe ninguna lógica económica detrás de los supuestos acuerdos. La SIC tampoco corroboró la participación de todas las investigadas ni de sus representantes. La supuesta fijación directa o indirecta de precios sobre las coberturas del POS no se sustenta en ninguna prueba. Existen pruebas que demuestran que las EPS nunca celebraron acuerdos y que las discusiones sobre la determinación de la UPC se encontraban enmarcadas en la intención de presentar una propuesta regulatoria al gobierno. Las EPS enviaban al Ministerio de Protección Social la información que consideraba

	correcta sin seguir las sugerencias de ACEMI por lo que cada EPS operaba de manera independiente. • **Falsa motivación**: El análisis de la SIC sobre las pruebas es a todas luces descontextualizado y contrario a la evidencia. El aquí demandado omitió valorar pruebas que van en contra de sus conclusiones. Quedó demostrado que las EPS tuvieron como finalidad presentar al gobierno una propuesta regulatoria para la interpretación del POS, reportar información para calcular la UPC y velar porque la información fuera veraz y completa. **Falsa motivación**: El análisis de la SIC sobre las pruebas es a todas luces descontextualizado y contrario a la evidencia. El aquí demandado omitió valorar pruebas que van en contra de sus conclusiones. Quedó demostrado que las EPS tuvieron como finalidad presentar al gobierno una propuesta regulatoria para la interpretación del POS, reportar información para calcular la UPC y velar porque la información fuera veraz y completa. • **Violación del derecho de defensa:** La SIC decretó y practico pruebas respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la Resolución de apertura. Por tanto, el aquí demandante no se puedo defender de las mismas al no poder solicitar pruebas ni ejercer cabalmente su derecho de defensa.

	• **Violación del derecho al debido proceso. No se practicaron todas las pruebas legalmente solicitadas y decretadas**: Se decretó el testimonio de Mónica Uribe Botero pero no se practicó porque la SIC afirmo que se había cumplido el objeto de la prueba y que la testigo no asistió. Sin embargo, la testigo no debió quedar eximida de rendir testimonio por no asistir, debió efectuarse la conducción del testigo a la audiencia. • **Violación principio de proporcionalidad:** El único análisis de la SIC para ponderar el valor de la sanción fue la participación al interior del ACEMI, no se efectúo un análisis completo ni detallado. • **Violación del derecho al debido proceso**: La SIC sancionó por una conducta que no es per se anticompetitiva, sin hacer una valoración debida del entorno económico. El intercambio de datos no es una conducta anticompetitiva, de manera que la SIC tiene la carga de demostrar que los informes efectivamente fueron intercambiados entre las partes, con el objeto de restringir la libre competencia.
3.3.Cargos de fondo:	• **Violación del principio de legalidad, la interpretación de los Arts. 3, 4 y 5 (Núm. 1, 8 y 10) del decreto 1663 de 1994 es contraria al sentido de dichas normas:** La SIC afirma que en la aplicación de esas normas no es necesario probar la intención de

	las partes, la potencialidad anticompetitiva y tampoco los efectos en el mercado lo que libera de la carga probatoria a dicha entidad. En esa medida para la SIC no fue necesario probar cual era el objeto de las actuaciones investigadas y dedujo la existencia de un acuerdo aun cuando las conversaciones que se daban al interior de la agremiación únicamente para formular una propuesta regulatoria al gobierno. • **Violación del derecho de asociación:** A juicio de la SIC ACEMI no podía formular ninguna propuesta al gobierno sobre inclusión de elementos en el POS o sobre criterios para la aclaración del mismo, sino que las EPS debían limitarse a enviar la información para el cálculo de la UPC. Esto, hace nugatorio el derecho de asociación de la parte actora el cual es esencial en el desarrollo empresarial.
3.4.Pruebas técnicas:	N.A
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	

(observaciones)

4.2. Motivo:	**Formal:**	X	**Fondo:** X
4.3. Consideraciones formales:	**Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria:** • "Dentro del contexto, se tiene que la administración cuenta con un plazo máximo de 3 años para sancionar, desde la ocurrencia o conocimiento del hecho objeto de reproche para proferir y notificar el acto que impone la sanción, y para agotar		

	y notificar los recursos de la vía gubernativa. **Conforme a las pruebas referidas en la resolución sancionatoria**, el primero de los elementos que configura la prueba de las conductas consideradas anticompetitivas fue registrado el 5 marzo de 2007, a través de un correo electrónico del que se avizora la intención de ACEMI de tener información acerca de lo que cada una de las EPS clasificaba como procedimiento incluido o no en el POS. Sin embargo, las conductas reprochables se prolongaron hasta el 05 de diciembre de 2008 y así lo sustentó la entidad accionada en la Resolución 46111 de 2011" [708] • "No obstante, la parte actora. sostuvo que, de ninguno de los elementos probatorios citados por la SIC con fecha posterior al 9 de septiembre de 2008, se puede inferir acuerdo contra la libre competencia, a juicio de este Despacho, dicho elemento probatorio no puede ser apartado de la valoración en conjunto de material probatorio -evidencias obrantes en el plenario, y contrario a lo pretendido por el demandante, lo que se colige del estudio en conjunto de todas ellas indudablemente es, que ese último envío de información, a la que hace referencia la SIC y cuya existencia no rebate la parte actora, hace parte de una serie de actuaciones adelantadas por ACEMI y las EPS en cabeza

[708] Sentencia. Página 29

	de sus Representantes Legales, contrarias al régimen de libre competencia.” [709] • “En esa medida, el examen de la infracción sancionada se estableció como una conducta continuada, toda vez que comprende todas las actividades y acuerdos adelantadas entre las EPS y ACEMI contrarias a la libre competencia, y por tanto, la fecha que debe tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, es aquella en la cual, se tiene certeza, cesó la conducta y no la de su iniciación.” [710] **Sobre la violación de la proscripción de responsabilidad objetiva:** • “Yerra el apoderado demandante en sus apreciaciones respecto de la responsabilidad objetiva en materia administrativa sancionatoria, pues como en numerosas ocasiones lo ha establecido el H Consejo de Estado y la Corte Constitucional, por la naturaleza del derecho administrativo sancionador, no son aplicables los presupuestos utilizados en el derecho penal y es dable la aplicación de regímenes de responsabilidad objetiva. No prospera el cargo.”[711]

[709] Sentencia. Página 30

[710] Sentencia. Página 30

[711] Sentencia. Página 32

	Sobre la violación del principio de presunción de inocencia, del régimen probatorio del CPC y de la valoración de indicios y la falsa motivación: • El Decreto 1663 de 1994 en su artículo 5 numeral 8, se refiere a esos convenios entre competidores que posean por objeto o como efecto abstenerse de prestar un determinado servicio de salud, circunstancia que se comprobó en la actuación administrativa hoy cuestionada; por su parte el numeral 10 ibidem señala como anticompetitivos aquellos acuerdos que tengan por esencia o efecto el abstenerse de proveer datos no reservado a los usuarios, así como ocultar o falsear la información y en general impedir la debida transparencia en el mercado, circunstancia también identificada en sede administrativa. Bajo ese entendido es evidente que quienes pueden llegar a concordar, acordar o convenir prácticas contrarias a la libre competencia, son las entidades que integran un determinado sector, las cuales innegablemente se encuentran en cabeza de un representante legal, quien es la persona natural sobre quien recae a facultad legal de obrar en nombre de la sociedad a quien representa. [712] • "Como se refirió con antelación, las infracciones imputadas a las entidades

[712] Sentencia. Página 33

	sancionadas y a sus representantes legales se constituyen en tres tipos de acuerdo entre las mismas, a saber: i) acuerdo para restringir servicios de salud. ii) acuerdo para afectar la transparencia de la información, y iii) acuerdo de fijación de precios. Cada una de las anteriores conductas fue sustentada probatoriamente por el ente de inspección, control y vigilancia con segundos documentos." [713] • "No obstante, como lo asegura el apoderado demandante, en el sector salud, el valor de la Unidad de pago por Capacitación está regulado por la Comisión de Regulación de Salud, por mandato legal, lo cierto es que el mismo se determinaron base en estudios técnicos que el ente de regulación debe realizar. **En tal sentido lo argumentó la SIC en el acto sancionado**r." [714] • "Corolario de lo expuesto, encuentra este Despacho judicial, que la sanción impuesta se encuentra ajustada a derecho, por cuanto se basa en hechos comprobados, los cuales se ajustan a la conducta prohibida por la normativa, salvaguardia de la libre competencia, circunstancia que desvirtúa la alegada presunción de inocencia." [715]

[713] Sentencia. Página 33

[714] Sentencia. Página 35

[715] Ibid.

	• "Se colige, que para que la falta de valoración o valoración defectuosa del material probatorio constituya una vía de hecho, tal circunstancia debe ser de tal entidad, que cambie el sentido del fallo."[716] • "Así pues, atendiendo al análisis probatorio contenido en las resoluciones demandadas, y reiterando lodos los argumentos expuestos en el estudio del cargo inmediatamente anterior, estima el Despacho, que la motivación expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, para sancionar a las Entidades Promotoras de Salud y a sus Representantes Legales, se encuentra ajustada a derecho, por cuanto se basa en hechos comprobados probatoriamente, los cuates se ajustan a la conducta prohibida por la normativa, en salvaguardia de la libre competencia. Al determinar que la valoración probatoria fue no solo extensa, suficiente, sino detallada, derivándose de ellas la responsabilidad del señor Rodríguez Ávila, como representante legal de COMPENSAR, frente a la tolerancia de las políticas adoptadas en el seno de ACEMI. En tal sentido, el cargo bajo estudio no tiene vocación de prosperidad." [717] **Sobre la violación del derecho de defensa:** • "Se tiene entonces, que conforme a las normas que

[716] Sentencia. Página 37

[717] Sentencia. Página 39

	regulan el debido proceso en materia de prácticas restrictivas de la competencia, si bien el material probatorio de la etapa investigativa están limitadas por los cargos contenidos en la Resolución de apertura, el hecho de hallar evidencia adicional que confirme o desvirtúe dichos cargos no vulnera el derecho de defensa, pues la novedad recogida por esta Entidad durante la averiguación preliminar, como las pruebas decretadas una vez dictada la Resolución de apertura de la investigación, estuvieron a disposición de las entonces inquiridas y contra ellas pudieron ejercer su derecho de defensa presentando los indicios y explicaciones que controvirtieran la evidencia recaudada, defensa que podían ejercer incluso a medida que las pruebas se incorporaban al expediente. La parte actora, pudo pedir y aportar pruebas, así como presentar los argumentos que consideraran pertinentes, tanto sobre la evidencia que obrada en el expediente y la que se iba incorporando al mismo, como respecto de lo afirmado en el Informe Motivado." [718] **Sobre la violación del derecho al debido proceso**. **No se practicaron todas las pruebas legalmente solicitadas y decretadas:** • " "Al respecto esta Corporación recepcionó el testimonio de la señora MONICA PATRICIA URIBE BOTERO, el 27 de febrero do 2013 (folios 166 a

[718] Sentencia Página 43

	172, cuaderno No. 1), del que se puede extraer que la atestación no logró desvirtuar la legalidad de los actos administrativos acusados, por cuanto el hecho que la información requerida a las EPS por parte del Gobierno sea la misma, la cual es enviada en formatos, no quiere decir que sea aval para que las referidas Entidades Promotoras de Salud con la colaboración de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral se pongan de acuerdo para generar un consenso dirigido a afectar la oferta de servicios de salud contenidos en el plan obligatorio de salud – POS, la transparencia en la información solicitada para la fijación de la Unidad de pago por capitación y crear un mecanismo con el objeto de establecer el precio del aseguramiento de la salud, que fue lo que acaeció en el sub lite, de forma que, por tal motivo, este cargo tampoco puede prosperar". [719] • "Corolario de lo anterior, si bien la prueba fue decretada en esta instancia judicial no se recepcionó por la no colaboración de la testigo, la incidencia de la misma en la pretensión del demandante resulta inútil, pues tratándose del mismo tema analizado en la alzada citada, la única conclusión es la allí advertida y según la cual el hecho de que la información sea requerida por el gobierno a las EPS sea la misma, ello no avala o autoriza

[719] Sentencia. Página 44

	la realización de acuerdos para generar consenso dirigido a afectar la oferta de los servicios de salud contenidos el POS."[720] **Sobre la violación del principio de proporcionalidad**: • "Respecto del principio de proporcionalidad de que trata el artículo 36 del C.C.A. el honorable Consejo de estado ha expuesto: "la proporcionalidad no está determinada por la argumentación o retorica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características de los hechos que le sirvan de fundamento, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del C.C.A., esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos." [721] • "De tal suerte que, con apoyo en los precedentes jurisprudenciales citados como los elementos fácticos que rodearon toda la actuación administrativa y que terminaron con la imposición de la sanción, el Despacho encuentra proporcional razonable y adecuado el monto de la multa impuesta al señor Néstor Ricardo Rodríguez Ardila en su calidad de Representante Legal de la Caja de Compensación Familiar - COMPENSAR, atendiendo a que la misma se encuentra ubicada dentro del

[720] Ibid.

[721] Sentencia. Página 48

	tope máximo de trecientos (300) s.m.m.l.v previsto en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 y proporcional a la gravedad de la falta, pues lo fue de 130 s.m.l.m.v., dada su calidad de representante legal de la Caja de Compensación que maneja la EPS, la cual le exigía con mayor rigor en su actuación diligente y cuidadosa.[722]
4.4. Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011 • Informe motivado • Contestación de la demanda
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la violación del principio de legalidad:** • "Bajo ese contexto, considera el Despacho, que los acuerdos a que hace referencia el artículo 5° del Decreto 1663 de 1994, operan de manera individual y se consideran contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud por su mera configuración, sin necesidad de que en ellos confluyan factores externos a los previstos por la mencionada norma, tales como la intención de los concordados al momento de su celebración, menos la incidencia en el mercado ni sus efectos." [723] • "**Conforme a las pruebas ampliamente expuestas tanto en las resoluciones demandadas, como en el escrito de contestación de**

[722] Sentencia. Página 49

[723] Sentencia. Página 46

	<u>demanda</u>, la Superintendencia de Industria y Comercio logro establecer la concurrencia de tres conductas infractoras de las normas sobre competencia, desplegadas por las EPS investigadas: i) un acuerdo para restringir servicios en salud, ii) un acuerdo para afectar la transparencia de la información, y iii) un acuerdo de fijación de precios." [724] • "Numerosas son las pruebas que obran dentro del expediente administrativo (medios magnéticos folios 556 y 567 C 2), y con el cual se logra obtener la certeza necesaria para afirmar que ACEMI y sus asociadas entre ellas COMPENSAR, manejaban acuerdos internos para definir los procedimientos, insumos, medicamentos y servicios que se incluyen en el POS, que manipulaban en forma conjunta la información que enviaban a los entes reguladores y que de manera indirecta pretendían fijar el precio del aseguramiento con su proceder al negar servicios incluidos en el POS, para obtener recobros adicionales ante el FOSYGA."[725] • "**Con base en el informe motivado, presentado por el Superintendente** Delegado para la Protección de la Competencia, se concluyó que los representantes legales de las EPS asociadas a ACEMI, entre las cuales se encontraba

[724] Sentencia Página 47

[725] Ibid.

	COMPENSAR, representada legalmente por el señor Néstor Ricardo Rodríguez Ardila, hoy demandante, tuvo conocimiento de la conducta anticompetitiva y en ese orden de ideas consentimiento en la ejecución de la misma. En tal sentido, no puede pretenderse que no se endilgue responsabilidad al accionante en virtud de las funciones que tenía a su cargo dentro de las cuales debía tener un conocimiento general de los temas que se trataban al interior de ACEMI relacionados con la prestación del servicio de salud." [726] **Sobre la violación del derecho de asociación:** • Sobre el derecho de asociación. "no sustentó ni fáctica ni probablemente en qué consistió la conducta infractora de la Superintendencia de Industria y Comercio, frente al mencionado derecho constitucional, razón suficiente para desechar el cargo por inepto."[727]
4.6. Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011 • Informe motivado • Contestación de la demanda • Resumen coberturas listas MPS 03082007 • Acta No. 009 del Comité Medico de ACEMI del 26 de octubre de 2007 • Acta 006 del Comité Médico de ACEMI de 3 de agosto de 2007

[726] Sentencia Página 47

[727] Sentencia. Página 48

	• Hoja de Excel titulada "NO POS per cápita enviado UPC" • Flujograma para la interpretación de la cobertura de elementos POS
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y se identifican visos de referencia. En relación con el cargo de caducidad, el demandante aduce que las dos últimas pruebas que esgrime la autoridad como base para iniciar el cálculo de la caducidad no demuestran acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia y que, por lo tanto, no pueden tenerse en cuneta[728]. Al respecto el fallo en estudio afirma lo siguiente: "(…) a juicio de este Despacho, dicho elemento probatorio no puede ser apartado de la valoración en conjunto de material probatorio -evidencias obrantes en el plenario, y contrario a lo pretendido por el demandante, lo que se colige del estudio en conjunto de todas ellas indudablemente es, que ese ultimo envío de información, a la que hace referencia la SIC y cuya existencia no rebate la parte actora, hace parte de una seri de actuaciones adelantadas por ACEMI y las EPS en cabeza de sus representantes Legales, contrarias al régimen de libre competencia." "En esa medida, el examen de la infracción sancionada se estableció como una conducta continuada, toda vez que comprende todas las actividades y acuerdos adelantadas entre las EPS y ACEMI contrarias

[728] Página 4 de la sentencia.

	a la libre competencia, y por tanto, la fecha que desde tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, es aquella en la cual se tiene certeza, cesó la conducta y no la de su iniciación."[729] El fallo omite el análisis probatorio propuesto por el demandante en relación con las pruebas utilizadas como extremo a partir del cual contar la caducidad y sin realizar un análisis crítico se adhiere a la posición de la autoridad. No se sabe por qué el fallador considero que esas pruebas vinculaban al demandante ni tampoco por qué consideró que constituían prueba de una conducta continuada. Es más no se sabe para la sentencia que significa una conducta continuada. Todos estos interrogantes debieron haberse despejado en el ejercicio del control judicial del acto administrativo, sin embargo, ello no fue así. En relación con el cargo de la demanda que atacaba la indebida valoración de las pruebas por parte de la autoridad[730], el control judicial propone que para resolver el cargo "es pertinente analizar los argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a los elementos probatorios que sustentan la sanción impuesta, con el fin de determinar la existencia o no de la alegada falsa motivación."[731]. a continuación el fallo en comento procede a enunciar las pruebas

[729] Página 30 de la sentencia.

[730] Página 6 y 7 de la sentencia.

[731] Página 37 y 38 de la sentencia.

	esgrimidas en la resolución sancionatoria y su análisis probatorio para luego concluir lo siguiente: "Así pues, atendiendo al análisis probatorio contenido en las resoluciones demandadas y reiterando todos los argumentos expuestos en el estudio del cargo inmediatamente anterior, estima el Despacho que la motivación expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, para sancionar a las Entidades Promotoras de Salud y a sus Representantes Legales, se encuentra ajustada a derecho por cuanto se basan en hechos comprobados probatoriamente, los cuales se ajustan a la conducta normativa, en salvaguardia de la libre competencia."[732] "Al determinar que la valoración probatoria fue no solo extensa, suficiente, sino detallada, derivándose de ellas la responsabilidad del señor Rodriguez Ávila como representante legal de COMPENSAR, frente a la tolerancia de las políticas adoptadas en el seno de ACEMI. En tal sentido, el cargo bajo estudio no tiene vocación de prosperidad." Si bien la sentencia anunció que emprendería el análisis crítico de los argumentos de los actos demandados, tal como se espera del control judicial, no lo hizo y terminó parafraseándolos para concluir a partir del análisis de la autoridad que los mismos son ajustados a derecho y suficientes.

[732] Página a 36 de la sentencia.

	Este es un claro viso de deferencia en donde el control judicial renuncia a realizar su propio análisis crítico en favor del acto demandado, privando al demandante de obtener un control judicial pleno. Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 19 de mayo de 2015. A estas alturas de la investigación, el análisis cualitativo de varios fallos[733] que estudiaron los mismos actos administrativos sancionatorios pero que fueron generados por diversos demandantes, arroja que los fallos son casi idénticos y en todos, menos en uno[734], se observa deferencia judicial sin lograr encontrar elementos diferenciadores en el análisis del juzgador, lo cual llama la atención porque es bien sabido que la responsabilidad es individual, luego su determinación y el control judicial que se lleve a cabo debe hacerse de la misma manera. En relación con los actos demandados que se analizan en la sentencia en comento, en este trabajo se analizaron 12 sentencias que hicieron el control judicial de los mismos. De ellas 11 negaron las pretensiones de la demanda con claros visos de deferencia judicial y tan solo una anuló los actos demandados. La única sentencia que en criterio del autor hace un ejercicio de control judicial adecuado es la que decidió anular los actos de la

[733] Ver análisis y texto de las sentencias de los procesos 2012-576, 2012-576-02, 2012-690-01, 2012-788-01, 2012-763, 2012-49, 2012-49-01, 2012-44, 2012-71, 2012-149, 2012-679, 2012-679-02

[734] Ver análisis de la sentencia del proceso 2012-156-03

	administración, en tanto es la única que analiza de manera individual la situación particular del demandante evitando darle un trato homogéneo al de todos los sancionados por la autoridad, lo cual es un patrón de las restantes 11 sentencias. A la misma conclusión se hubiese llegado si la sentencia en comento hubiese negado las pretensiones de la demanda, pues lo relevante más que determinar si el demandante salió victorioso, es constatar que el control judicial se haga de manera adecuada.

ANEXO 38 "Ficha 68. MANOTAS"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 68. MANOTAS</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Juzgado 15 Administrativo de Bogotá</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Nilce Bonilla Escobar</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00149-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="2">27 II 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Juan Carlos Fernández Manotas</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas
• Art. 3 del Decreto 1663 de 1994: Prohibición general en el sector salud
• Art. 5 Núm. 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994: Acuerdos contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud. Fijación de precios; abstenerse de distribuir un bien o de prestar un servicio; no proveer u ocultar información.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa $79.804.400</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de los Arts. 14, 15, 16, 62 y 64 de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Nulidad del Art. 3 de la Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011
• Exonerar al demandante de cualquier responsabilidad por</td></tr>
</table>

	infracciones al régimen de competencia • Devolución de la multa • Ordenar a la SIC divulgar la declaratoria de nulidad en un diario de amplia circulación, en la página web y en una rueda de prensa • Pago de 100 smlmv por concepto de daño moral e intereses • Condenar en costas
3.2. Cargos formales:	• **Caducidad de la facultad sancionatoria:** De acuerdo con el artículo 38 del CCA el término de caducidad es de 3 años una vez acaecidos los hechos investigados. La resolución sancionatoria fue notificada el 12 de septiembre de 2011 por lo que la SIC solo podía sancionar por los hechos acaecidos entre el 12 de septiembre de 2008 y el 6 de marzo de 2009. No obstante, el demandante fue sancionado por hechos sobre los cuales ya había operado la caducidad. La SIC afirma que no opero la caducidad con base en dos conductas que no son contrarias a la libre competencia: (i) un correo del 8 de octubre de 2008 en el cual no aparece relacionado, ni como destinatario el demandante y (ii) el envío de información por parte de Famisanar al Ministerio de Protección Social para calcular la UPC, elemento que no obra en el expediente por lo que no se puede determinar nada respecto al actor. • **Violación de la proscripción de responsabilidad objetiva.** La SIC deliberada y

	arbitrariamente decidió que el señor Manotas autorizó y tolero un acuerdo anticompetitivo entre las EPS sin que existan prueba al respecto. El demandante no asistió a las reuniones objeto de reproche por parte de la SIC y únicamente recibió reportes globales de las personas que si asistieron. Aun cuando el demandante fue parte de la Junta Directiva de ACEMI, no existen actas donde consten temas objeto de reproche en el proceso administrativo. No existen pruebas que demuestren que el aquí demandante como representante de Famisanar participó en los supuestos acuerdos o que haya tolerado dichas conductas. • **Violación del principio de legalidad, la interpretación de los Arts. 3, 4 y 5 (Núm. 1, 8 y 10) del decreto 1663 de 1994 es contraria al sentido de dichas normas:** La SIC afirma que en la aplicación de esas normas no es necesario probar la intención de las partes, la potencialidad anticompetitiva y tampoco los efectos en el mercado lo que libera de la carga probatoria a dicha entidad. En esa medida para la SIC no fue necesario probar cual era el objeto de las actuaciones investigadas y dedujo la existencia de un acuerdo. Que al señor Fernández Manotas, se le endilgó una responsabilidad sin siquiera haber determinado cual fue la conducta concreta que se le imputó, y por supuesto sin

	haberse preguntado el ente sancionador, cuál era el propósito que determinó dicha conducta. • **Violación del principio de presunción de inocencia, del régimen probatorio del CPC y de la valoración de indicios:** La SIC omitió demostrar la existencia de la finalidad de restringir la competencia y desconoció pruebas que acreditan el propósito de las entidades investigadas al discutir temas como coberturas del POS e información de la UPC, el cual solo era realizar labores propias de un gremio. La SIC presumió conductas que no estaba probadas y decidió no analizar asuntos que demuestran que no existe ninguna lógica económica detrás de los supuestos acuerdos. La SIC tampoco corroboró la participación de todas las investigadas ni de sus representantes. La supuesta fijación directa o indirecta de precios sobre las coberturas del POS no se sustenta en ninguna prueba. Existen pruebas que demuestran que las EPS nunca celebraron acuerdos y que las discusiones sobre la determinación de la UPC se encontraban enmarcadas en la intención de presentar una propuesta regulatoria al gobierno. Las EPS enviaban al Ministerio de Protección Social la información que consideraba correcta sin seguir las sugerencias de ACEMI por lo que cada EPS operaba de manera independiente.

	• **Falsa motivación:** El análisis de la SIC sobre las pruebas es a todas luces descontextualizado y contrario a la evidencia. El aquí demandado omitió valorar pruebas que van en contra de sus conclusiones. Quedó demostrado que las EPS tuvieron como finalidad presentar al gobierno una propuesta regulatoria para la interpretación del POS, reportar información para calcular la UPC y velar porque la información fuera veraz y completa. No existe ningún elemento probatorio que acredite la participación o conocimiento del actor en relación con prácticas anticompetitivas. • **Violación del derecho de defensa.**: La SIC decretó y practico pruebas respecto de hechos ocurridos con posterioridad a la resolución de apertura. Por tanto, el aquí demandante no se puedo defender de las mismas al no poder solicitar pruebas ni ejercer cabalmente su derecho de defensa. • **Violación del derecho al debido proceso**. **No se practicaron todas las pruebas legalmente solicitadas y decretadas:** Se decretó el testimonio de Mónica Uribe Botero pero no se practicó porque la SIC afirmo que se había cumplido el objeto de la prueba y que la testigo no asistió. Sin embargo, la testigo no debió quedar eximida de rendir testimonio por no asistir,

	debió efectuarse la conducción del testigo a la audiencia. • **Violación principio de proporcionalidad**: El único análisis de la SIC para ponderar el valor de la sanción fue la participación al interior del ACEMI, o se efectúo un análisis completo ni detallado.
3.3.Cargos de fondo:	N.A
3.4.Pruebas técnicas:	N.A
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							

4.2. Motivo:	**Formal:**	X	**Fondo:**		
4.3. Consideraciones formales:	**Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria:** • "Dentro del contexto, se tiene que la administración cuenta con un plazo máximo de 3 años para sancionar, desde la ocurrencia o conocimiento del hecho objeto de reproche para proferir y notificar el acto que impone la sanción, y para agotar y notificar los recursos de la vía gubernativa. **Conforme a las pruebas referidas en la resolución sancionatoria**, el primero de los elementos que configura la prueba de las conductas consideradas anticompetitivas fue registrado el 5 marzo de 2007, a través de un correo electrónico del que se avizora la intención de ACEMI de tener información acerca de lo que cada una de las EPS clasificaba como procedimiento incluido o no en el POS. Sin embargo, **las conductas reprochables se prolongaron hasta el 05 de diciembre de 2008, y así lo sustentó la**				

	entidad accionada en la Resolución 46111 de 2011" [735] • "No obstante la parte actora, sostuvo que de ninguno de los elementos probatorios citados por la SIC con fecha posterior al 9 de septiembre de 2008, se puede inferir acuerdo contra la libre competencia, a juicio de este Despacho, dicho elemento probatorio no puede ser apartado de la valoración en conjunto de materia probatorio - evidencias obrantes en el plenario, y contrario a lo pretendido por el demandante, lo que se colige del estudio en conjunto de todas ellas indudablemente es, que ese último envío de información, a la que hace referencia la SIC y cuya existencia no rebate la parte actora, hace parte de una serie de actuaciones adelantadas por ACEMI y las EPS en cabeza de sus Representantes Legales, contrarias al régimen de libre competencia."[736] • "En esa medida, el examen de la infracción sancionada se estableció como una conducta continuada, toda vez que comprende todas las actividades y acuerdos adelantadas entre las EPS y ACEMI contrarias a la libre competencia, y por tanto la fecha que debe tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, es aquella en la cual, se tiene certeza, cesó la

[735] Sentencia. Página 23

[736] Sentencia. Página 24

	conducta y no la de su iniciación.” [737] • “En consecuencia, atendiendo a que el último acto constituido por la conducta reprochable que se conoce se presentó el 05 de diciembre de 2008, la administración tenía hasta el 06 de diciembre de 2011 para sancionar a los investigados de suerte que como el acto que agoto la vía gubernativa quedo notificado el 02 de diciembre de 2011, la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio no había caducado.” [738] **Sobre la violación de la proscripción de responsabilidad objetiva:** • “Yerra el apoderado demandante en sus apreciaciones respecto de la responsabilidad objetiva en materia administrativa sancionatoria pues como en numerosas ocasiones lo ha establecido el H, Consejo de Estado y la corte Constitucional, por la naturaleza de derecho administrativo sancionador, no son aplicables los presupuestos utilizados en el derecho penal y es dable la aplicación de regímenes de responsabilidad objetiva.”[739] **Sobre la violación del principio de legalidad:** • “Bajo este contexto, considera el Despacho, que los acuerdos a

[737] Sentencia. Página 24

[738] Sentencia. Página 25

[739] Sentencia. Página 26

	que hace referencia el artículo 5° del Decreto 1663 de 1994, operan de manera individual y se consideran contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud, por su mera configuración, sin necesidad de que en ellos confluyan factores externos a los previstos por la mencionada norma, tales como la intención de los concordados al momento de su celebración, menos la incidencia en el mercado ni sus efectos. Conforme a las pruebas ampliamente expuestas tanto en las resoluciones demandadas como en el escrito de contestación de demanda, la Superintendencia de Industria y Comercio logro establecer la concurrencia de tres conductas infractoras de las normas sobre competencia, desplegadas por las EPS investigadas: i) un acuerdo para restringir servicios de salud, ii) un acuerdo para afectar la transparencia de la información, y iii) un acuerdo de fijación de precios. [740] • "Numerosas son las pruebas que obran dentro del expediente administrativo (medios magnéticos folios 677 y 678 C-2), y con el cual se logra obtener la certeza necesaria para afirmar que ACEMI y sus asociadas entre ellas FAMISAR, manejaban acuerdos internos, para definir los procedimientos, insumos, medicamentos y servicios que se incluyen en el POS, que manipulaban en forma conjunta la información que enviaban a los entes

[740] Sentencia. Página 40

	reguladores y que de manera indirecta pretendían fijar el precio del aseguramiento con sus proceder al negar servicio incluidos en el POS, para obtener recobros adicionales ante el FOSYGA."[741] • **"Con base en el informe motivado, presentado por la Superintendencia** Delegado para la Protección de la Competencia, se concluyó que los representantes legales de las EPS asociadas a ACEMI, entre las cuales se encontraba FAMISANAR representada legalmente por el señor Juan Carlos Fernández Manotas, tuvo conocimiento de la conducta anticompetitiva y en ese orden de ideas, consentimiento en la ejecución de la misma, toda vez que tenía a su cargo las actividades y el manejo de las juntas directivas y las asambleas de los afiliados. Por manera que, al haberse determinado que existió acuerdo entre las EPS y ACEMI para restringir servicios en salud, afectar la transparencia de la información enviada a los entes de regulación y para de manera indirecta afectar los precios del aseguramiento, y con ellos se impuso la respectiva sanción, la actuación de la entidad demandada se ajustó a la legalidad sin que la norma exija el elemento intencional o de resultado a que alude el demandante. No prospera el cargo" [742]

[741] Sentencia. Página 41

[742] Ibid.

	Sobre la violación del principio de presunción de inocencia, del régimen probatorio del CPC y de la valoración de indicios y sobre la falsa motivación: • "Puntualmente, **<u>frente a la conducta del señor Fernández Manotas, la resolución sancionatoria, expuso</u>** que en la declaración rendida el día 3 de junio de 2010, el mismo reconoció haber asistido directamente a las reuniones de junta directiva programadas por ACEMI, durante su periodo de gestión. Transcribe apartes de las declaraciones rendidas por el accionante dentro del proceso sancionatorio, para concluir de ellas que el señor Fernández no solo tenía conocimiento de las reuniones y la información manejada por ACEMI, tolerando y autorizando las conductas anticompetitivas endilgadas a la entidad promotora de salud que representaba, sino que además participó directamente en las mismas con lo que incurrió en la responsabilidad consagrada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, proscritas en el artículo 3 y numerales 1, 8 y 10 del artículo o del Decreto 1663 de 1994, dando con ello lugar a su responsabilidad en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992." [743] • "Como se refirió con antelación, las infracciones imputadas a las entidades

[743] Ibid.

	sancionadas y a sus representantes legales se constituyen en tres tipos de acuerdo entre las mismas, a saber: i) acuerdo para restringir servicios de salud. ii) acuerdo para afectar la transparencia de la información, y iii) acuerdo de fijación de precios. Cada una de las anteriores conductas fue sustentada probatoriamente por el ente de inspección, control y vigilancia con sendos documentos."[744] • "No obstante, como lo asegura el apoderado demandante, en el sector salud, el valor de la Unidad de pago por Capacitación está regulado por la Comisión de Regulación de Salud, por mandato legal, lo cierto es que el mismo se determinaron base en estudios técnicos que el ente de regulación debe realizar. **En tal sentido lo argumentó la SIC en el acto sancionador**."[745] • "Corolario de lo expuesto, encuentra este Despacho judicial, que la sanción impuesta se encuentra ajustada a derecho, por cuanto se basa en hechos comprobados, los cuales se ajustan a la conducta prohibida por la normativa, salvaguardia de la libre competencia, circunstancia que desvirtúa la alegada presunción de inocencia." [746] • "Se colige, que para que la falta de valoración o valoración

[744] Sentencia. Página 27

[745] Sentencia. Página 29

[746] Ibid.

	defectuosa del material probatorio constituya una vía de hecho, tal circunstancia debe ser de tal entidad, que cambie el sentido del fallo.” [747] • “**Así pues, atendiendo al análisis probatorio contenido en las resoluciones demandadas**, y reiterando todos los argumentos expuestos en el estudio del cargo inmediatamente anterior, estima el despacho, que la motivación expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, para sancionar a las Entidades Promotoras de Salud y a sus Representantes Legales, se encuentra ajustada a derecho, por cuanto se basa en hechos comprobados probatoriamente, los cuales se ajustan a la conducta prohibida por la normativa, en salvaguardia de la libre competencia. Al determinar que la valoración probatoria fue no solo extensa, suficiente, sino detallada, derivándose de ellas la responsabilidad del señor Fernández Manotas, frente a la tolerancia de las políticas adoptadas en el seno de ACEMI” [748] **Sobre la violación del derecho de defensa:** • “Se tiene entonces, que conforme a las normas que regulan el debido proceso en materia de prácticas restrictivas

[747] Sentencia. Página 31

[748] Sentencia. Página 31. Nota: El análisis probatorio que se lleva a cabo en la sentencia cita textualmente las consideraciones probatorias de la resolución sancionatoria sin analizar la omisión de pruebas o sin hacer referencia directa al señor Manotas.

	de la competencia, si bien el material probatorio de la etapa investigativa están limitadas por los cargos contenidos en la Resolución de apertura, el hecho de hallar evidencia adicional que confirme o desvirtúe dichos cargos no vulnera el derecho de defensa, pues la novedad recogida por esta Entidad durante la averiguación preliminar, como las pruebas decretadas una vez dictada la Resolución de apertura de la investigación, estuvieron a disposición de las entonces inquiridas y contra ellas pudieron ejercer su derecho de defensa presentando los indicios y explicaciones que controvirtieran la evidencia recaudada, defensa que podían ejercer incluso a medida que las pruebas se incorporaban al expediente. La parte actora, pudo pedir y aportar pruebas, así como presentar los argumentos que consideraran pertinentes, tanto sobre la evidencia que obrada en el expediente y la que se iba incorporando al mismo, como respecto de lo afirmado en el Informe Motivado." [749] **Sobre la violación del derecho al debido proceso**. **No se practicaron todas las pruebas legalmente solicitadas y decretadas:** • " "Al respecto esta Corporación recepcionó el testimonio de la señora MONICA PATRICIA URIBE BOTERO, el 27 de febrero do 2013 (folios 166 a 172, cuaderno No. 1), del que se puede extraer que la atestación

[749] Sentencia. Página 37

	no logró desvirtuar la legalidad de los actos administrativos acusados, por cuanto el hecho que la información requerida a las EPS por parte del Gobierno sea la misma, la cual es enviada en formatos, no quiere decir que sea aval para que las referidas Entidades Promotoras de Salud con la colaboración de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral se pongan de acuerdo para generar un consenso dirigido a afectar la oferta de servicios de salud contenidos en el plan obligatorio de salud – POS, la transparencia en la información solicitada para la fijación de la Unidad de pago por capitación y crear un mecanismo con el objeto de establecer el precio del aseguramiento de la salud, que fue lo que acaeció en el sub lite, de forma que, por tal motivo, este cargo tampoco puede prosperar". [750] • "Corolario de lo anterior, si bien la prueba fue decretada en esta instancia judicial no se recepcionó por la no colaboración de la testigo, la incidencia de la misma en la pretensión del demandante resulta inútil, pues tratándose del mismo tema analizado en la alzada citada, la única conclusión es la allí advertida y según la cual el hecho de que la información sea requerida por el gobierno a las EPS sea la misma, ello no avala o autoriza la realización de acuerdos para generar consenso dirigido a

[750] Sentencia. Página 38

	afectar la oferta de los servicios de salud contenidos el POS."[751] **Sobre la violación del principio de proporcionalidad**: • "Respecto del principio de proporcionalidad de que trata el artículo 36 del C.C.A. el honorable Consejo de estado ha expuesto: "la proporcionalidad no está determinada por la argumentación o retorica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características de los hechos que le sirvan de fundamento, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del C.C.A., esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos." [752] • "De tal suerte que, con apoyo de los precedentes jurisdiccionales citados, como los elementos facticos que rodearon toda la actuación administrativa y que terminaron con la imposición de la sanción, el Despacho encuentra proporcional, razonable y adecuado el monto de la multa impuesta al señor Juan Carlos Fernández Manotas, en su calidad de representante legal de Famisanar, atendiendo a que la misma se encuentra ubicada dentro del tope máximo de trescientos (300) s.m.m.l.v., previsto en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 y proporcional a la gravedad de la falta, pues lo fue de 149 s.m.l.m.v., dada su

[751] Ibid.

[752] Sentencia. Página 42

	calidad de representante legal de la EPS, la cual le exigía con mayor rigor en su actuación diligente y cuidadosa.” [753]
4.4. Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011 • Resumen coberturas listas MPS 03082007 • Acta No. 009 del Comité Medico de ACEMI del 26 de octubre de 2007 • Acta 006 del Comité Médico de ACEMI de 3 de agosto de 2007 • Hoja de Excel titulada "NO POS per cápita enviado UPC" • Flujograma para la interpretación de la cobertura de elementos POS • Informe motivado • Contestación de la demanda
4.5. Consideraciones de fondo:	N.A
4.6. Pruebas:	N.A
4.7. Análisis deferencia:	El fallo niega las pretensiones de la demanda y presenta visos de deferencia. Respecto al cargo de caducidad, el demandante sostiene que las pruebas relativas a los últimos hechos que sirvieron de extremo para empezar a contar el término de caducidad no hacen referencia a el y, por lo tanto, la caducidad en relación con el demandante debía contabilizarse a partir de la última prueba con la que estuviera vinculado[754]. Sin embargo, al resolver el cargo la sentencia no aborda los argumentos del demandante, se limita afirmar que la conducta es continuada pero no estudia los argumentos del demandante para

[753] Sentencia. Página 43

[754] Página 5 de la sentencia.

	verificar si las pruebas que sirvieron como referencia para contar el término de caducidad si lo vinculan o no[755]. "En consecuencia, atendiendo a que el último acto constitutivo de la conducta reprochable que se conoce se presentó el 05 de diciembre de 2008, la administración tenía hasta el 08 de diciembre de 2011 ara sancionar a los investigados, de suerte que como el acto que agotó la vía gubernativa quedó notificado el 02 de diciembre de 2011, la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio no había caducado."[756] Del mismo modo, al resolver el cargo sobre la indebida valoración probatoria que realizó el acto administrativo demandado, la sentencia se limita a parafrasear la valoración probatoria de la administración para concluir que: "Así pues, teniendo en cuenta el análisis probatorio contenido en las resoluciones demandadas y reiterando todos los argumentos expuestos en el estudio del cargo inmediatamente anterior, estima el Despacho que la motivación expuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, para sancionar a las Entidades Promotoras de Salud y a sus Representantes Legales, se encuentra ajustada a derecho por cuanto se basan en hechos comprobados probatoriamente, los cuales se ajustan a la conducta

[755] Página 23 a 25 de la sentencia.

[756] Página 25 de la sentencia.

	normativa, en salvaguardia de la libre competencia."[757] El control judicial en este caso se limitó transcribir los actos administrativos demandados y a concluir que lo allí realizado se adecuada al ordenamiento jurídico. El análisis crítico del juzgador en relación con la labor de la autoridad y de los argumentos de la demanda no salió de su fuero interno y mucho menos fue exteriorizado en la sentencia. Como puede observarse con la simple lectura de la sentencia[758], los cargos de la demanda no iban dirigidos a que el juez verificara la existencia y el contenido de los actos demandados. Por el contrario, estaban dirigidos a atacar sus conclusiones y sus fundamentos. En consecuencia, lo que se esperaba del control judicial era un análisis crítico del contenido de los actos administrativos a partir de los cargos esgrimidos en la demanda que le permitiera adoptar una conclusión motivada. Esta sentencia fue confirmada posteriormente por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante fallo del 14 de agosto de 2014.

[757] Página a 36 de la sentencia.

[758] Página 7 a 9 de la sentencia.

ANEXO 39 "Ficha 71. CONSTRUCTORA MP"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 71. CONSTRUCTORA MP</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Roberto Serrato Valdés</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00679-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>5 XII 19</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Constructora M.P. S.A., M.L Ingenieros S.A., Jaime Alberto Marín Morales, Horacio Vega Cárdenas y Jorge Díaz Murcia</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 64400 del 16 de noviembre de 2011
• Res. 030 del 5 de enero de 2012</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 de la Ley 155 de 1959: Prohibición general
• Núm. 9 Art. 47 Decreto 2153 de 1992: Acuerdo colusorio en licitaciones o concursos
• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $1.071.200.000 a Constructora M.P. S.A.
• Multa de $1.071.200.000 a M.L. Ingenieros S.A.
• Multa de $160.680.000 a Jaime Alberto Marín Morales
• Multa de $160.680.000 a Horacio Vega Cárdenas
• Multa de $160.680.000 a Jorge Díaz Murcia</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de la Res. 64400 del 16 de noviembre de 2011
• Nulidad de la Res. 030 del 5 de enero de 2012
• Declarar que los demandantes no tenían obligación de cancelar</td></tr>
</table>

	sumas de dinero por concepto de las sanciones impuestas • Devolución de la multa e intereses • Condena en costas
3.2. Cargos formales:	• **Violación del derecho al debido proceso y al derecho de defensa**. La SIC se apartó, sin argumentos y razones contundentes, de las conclusiones del dictamen pericial rendido en el procedimiento administrativo por el ingeniero Jaime Enrique Varela, el cual demostraría la inexistencia de las prácticas restrictivas de la libre competencia[759]. En su lugar, la SIC implementó un "nuevo dictamen pericial" que llegó a conclusiones contrarias. Dicha valoración probatoria efectuada por la SIC que pretendía contradecir el dictamen del señor Jaime Enrique Varela no tuvo en cuenta los datos reales del caso y fue conocida por los investigados cuando se expidió la Res. Sancionatoria por lo que no tuvieron la oportunidad de controvertirla. Se cuestiona el análisis de primera instancia del dictamen pericial rendido así como la falta de un examen integral de las pruebas oportunamente practicadas y decretadas, de los testimonios rendidos, del concepto técnico elaborado por el ingeniero de sistemas Ciro Alberto Amaya aportado junto

[759] Señaló que la participación en una licitación por parte de los concursantes no era un fenómeno probabilístico, razón por la cual, la supuesta estrategia de colusión resultaba imposible de probar con la afirmación de los valores presentados por los 2 consorcios. Sentencia. Página

	con la demanda y de las demás pruebas documentales. • **Desviación de poder.** La autoridad administrativa ya se había formado su propia convicción, independientemente de las conclusiones del dictamen que la misma entidad había decretado, practicado y sometido al derecho de contradicción, su único fin era sancionar a los demandantes para convocar a los medios de comunicación.
3.3.Cargos de fondo:	• **Falsa motivación:** El daño causado al bien jurídico no se produjo. La SIC continuó con el procedimiento administrativo aun cuando no se evidencio afectación pues la obra fue entregada a satisfacción sin ningún tipo de incumplimiento. La defensa del interés general no puede ser utilizada indiscriminadamente para justificar una decisión de la administración que carece de sustento. • **Violación del derecho al buen nombre y a la honra.** La SIC expidió el boletín de prensa el 7 de diciembre de 2011, que llevó como título "La Superintendencia de Industria y Comercio impone histórica sanción por colusión en contratación pública". Sin embargo, la decisión sancionatoria no se encontraba en firme, pues los recursos de reposición interpuestos en contra de la decisión sancionatoria aún no se habían resuelto demostrando prejuzgamiento y parcialidad.

	La SIC uso la palabra cartel para referirse a la conducta de los investigados como si se tratara de delincuentes. Se paso por alto que la obra fue entregada a satisfacción.
3.4.Pruebas técnicas:	• Dictamen pericial rendido por auxiliar de la justicia designado por el despacho en primera instancia. Sobre los métodos de evaluación técnica utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011 y que llevaron a la autoridad de la competencia a apartarse del dictamen pericial rendido por el perito Jaime Enrique Varela. • Concepto técnico elaborado por el ingeniero de sistemas Ciro Alberto Amaya. Sobre el "modelo econométrico" empleado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 64400 de 16 de noviembre de 2011.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	X	**Fondo:**	
4.3. Consideraciones formales:				**Sobre el derecho al debido proceso y el derecho de defensa:** • "La Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de autoridad administrativa encargada de velar por la protección de las prácticas restrictivas de la libre competencia, debe valorar las pruebas aportadas en la actuación administrativa, de acuerdo con el conocimiento técnico que tiene, de tal manera			

	que a partir de un ejercicio de valoración probatoria, formuló un "modelo econométrico" para apartarse de las conclusiones de la prueba pericial practicada durante la etapa de instrucción por la Delegatura para la Protección de la Competencia, por lo que, el mismo no puede considerarse como una nueva pericial" [760] • "En este escenario, la autoridad administrativa concluyó que en la mayoría de los escenarios planteados en dicho método y debido al acuerdo colusorio entre las partes, se incrementó la probabilidad a favor del Consorcio Vial Colombiano de resultar adjudicatario de la licitación pública."[761] • "Tampoco resulta de recibo el argumento planteado por los recurrentes quienes insistieron en que los investigados no tuvieron la oportunidad de controvertir esta "nueva prueba", ejerciendo sus derechos de defensa y contradicción, pues el recurso de reposición era el instrumento idóneo para debatir la valoración probatoria efectuada por la Superintendencia de Industria y Comercio, para lo cual pudieron hacer valer las pruebas útiles, pertinentes y conducentes con el fin de controvertir el modelo elaborado por la autoridad de la protección de la competencia en

[760] Sentencia. Página 61

[761] Sentencia. Página 45

	la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011." [762] • "La Sala evidencia, además, que la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso la sanción luego de efectuar una valoración en conjunto de las pruebas que fueron decretadas y practicadas oportunamente en la actuación administrativa tales como documentos, los interrogatorios de parte, testimonios, e inspecciones judiciales, las cuales demostraron la existencia de varias coincidencias entre las propuestas presentadas por los Consorcios Vial Colombiano y Oriente." [763] • La Superintendencia de Industria y Comercio encontró las siguientes similitudes en relación con las propuestas presentadas por los Consorcios Oriente y Vial Colombiano en relación con los siguientes aspectos: i) el índice de las propuestas presentadas; ii) la acreditación de los derechos de participación; iii) el documento de constitución del consorcio o la unión temporal; iv) el ítem de garantía de seriedad de la propuesta; v) los cupos de crédito; vi) la relación del personal mínimo requerido y, vi) la presentación y cálculo del A.I.U.[764] • "Esta Corporación ha señalado que la objeción del dictamen

[762] Sentencia. Página 46

[763] Sentencia. Página 29

[764] Ibid.

	pericial por error grave procede en aquellos eventos en los cuales el peritaje se construye sobre unas bases equivocadas de tal envergadura que las conclusiones resultan también erradas, lo cual puede ocurrir, por ejemplo, cuando la pericia recae sobre materias, objetos o situaciones distintas a aquellas sobre las cuales debe recaer el dictamen o cuando se hayan modificado las características esenciales del objeto examinado. Así vista, la objeción por error grave se refiere al objeto del peritaje y no a las conclusiones a las que llegó el perito. Sobre el particular"[765] • "Para la Sala, el dictamen pericial decretado en la primera instancia está afectado de error grave, como quiera que recayó sobre un objeto distinto para el cual fue decretado, en tanto que el mismo tomó como base las conclusiones a las que llegó la Delegatura para la Protección de la Competencia en el auto de apertura de la investigación y no las conclusiones efectuadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, al construir el modelo de "argumentación econométrica"." [766] • "Para la Sala, el concepto técnico per se resulta insuficiente para demostrar la inexistencia de prácticas restrictiva de la libre

[765] Sentencia. Página 54

[766] Sentencia. Página 55

	competencia, pues las conclusiones en él contenidas quedan desvirtuadas con la valoración en conjunto de las demás pruebas que fueron valoradas oportunamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, pues tal y como se indicó, la decisión sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentó en las similitudes encontradas entre las propuestas encontradas y evaluadas por la autoridad de la competencia, por lo que, el llamado "modelo econométrico" no fue la única prueba determinante para verificar la existencia de las prácticas contrarias a la libre competencia, tal y como quedó consignado ab initio en el acápite VI.4.2.1.4. de esta providencia." [767] • "Los testimonios decretados en la primera instancia no desvirtúan el análisis probatorio efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de expedir los actos administrativos sancionatorios." [768] **Sobre la desviación de poder:** • "Con todo, para la Sala es importante indicar que la desviación de poder se configura: "cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en

[767] Sentencia. Página 58

[768] Sentencia. Página 62

	violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia" . Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto"[769] • "La Superintendencia de Industria y Comercio no incurrió en desviación de poder, pues el procedimiento administrativo sancionador se realizó en estricto cumplimiento de los deberes a su cargo en materia de protección de las prácticas restrictivas de la libre competencia y no se acreditó que la autoridad administrativa actuara con el propósito de alcanzar una finalidad torcida y contraria a los intereses públicos o sociales o a aquellos específicos que buscó satisfacer el legislador al otorgar la respectiva competencia."[770]
4.4. Pruebas:	• Auto de apertura del procedimiento administrativo

[769] Sentencia. Página 62

[770] Sentencia. Página 62

	• Resolución No. 64061 de 22 de noviembre de 2011 (decreta pruebas) • Dictamen pericial del ingeniero Jaime Enrique Varela decretado dentro del procedimiento administrativo Jaime Enrique Varela • Testimonio del ingeniero Jaime Enrique Varela sobre el dictamen pericial rendido en la actuación administrativa • Testimonio de Horario Vega Cárdenas rendido en la actuación administrativa • Testimonio de Jaime Alberto Marín Morales rendido en la actuación administrativa • Testimonio Dalia Inés Barros Serrano rendido en la actuación administrativa. • Informe motivado • Dictamen pericial rendido por auxiliar de la justicia designado por el despacho en primera instancia. Sobre los métodos de evaluación técnica utilizados por la SIC en la Resolución No. 64400 de 2011 • Concepto técnico elaborado por el ingeniero de sistemas Ciro Alberto Amaya. Sobre el "modelo econométrico" empleado por la SIC. • Testimonio de Tatiana del Carmen Otero Garcés representante legal de Conconcreto S.A. rendido en primera instancia. • Testimonio de María Fernanda Pérez Valencia asesora jurídica del FONADE rendido en primera instancia. • Boletín de prensa del 7 de diciembre de 2011
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la falsa motivación:**

	• "De conformidad con el artículo 1°de la Ley 155 de 1959, es necesario que (i) se trate de "acuerdos o convenios", ii) que el objeto de los mismos sea el de "limitación de la producción", el "abastecimiento", "distribución" o "consumo" en "materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros" o bien puede tratarse de "prácticas, procedimientos o sistemas" y, (iii) que la finalidad de los mismos sea la de limitar la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos, esto es, que restrinjan la libertad de acceso a los mercados."[771] • Para la Sala, el hecho de que el contrato suscrito entre el FONADE y el Consorcio Vial Colombiano se haya ejecutado a cabalidad y liquidado en debida forma, no es óbice para que la Superintendencia de Industria y Comercio, como suprema autoridad encargada de ejercer y vigilancia y control sobre acuerdos contrarios a la libre competencia, adelante los procedimientos sancionatorios para la protección del orden económico y de la libre competencia reconocido en el artículo 333 de la Constitución Política . [772] **Sobre la violación del derecho al buen nombre:** • La libertad de información comprende el derecho a informar y el derecho a la

[771] Sentencia. Página 20

[772] Sentencia. Página 67

	información oportuna y veraz. Ahora, es frecuente que el derecho a la información pueda entrar en tensión con los derechos al buen nombre, honra y prestigio. Precisamente, las autoridades administrativas, dentro del marco de sus funciones tienen el deber de adelantar las investigaciones para determinar la existencia de conductas contrarias al ordenamiento jurídico, y quien suministra información debe propender por garantizar el máximo equilibrio posible y respeto por los derechos a la honra y el buen nombre de los sujetos pasivos de las investigaciones, en su condición de derechos fundamentales que gozan de protección reforzada en el ordenamiento constitucional. [773] • "(i) De conformidad con la normatividad vigente para la época en que se expidió el mencionado boletín, las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario no estaban sujetas a reserva; (ii) La expedición del mencionado boletín se dio en ejercicio del derecho fundamental a informar como componente de la libertad de expresión; (iii) No es cierto que el ejercicio de la libertad de información a cargo de la autoridad de la competencia entró en tensión con los derechos fundamentales al buen nombre y la honra, pues el mencionado boletín no contiene informaciones falsas, ofensivas e inexactas en contra de los

[773] Sentencia. Página 64

	accionantes que comprometan la posible responsabilidad social de la Superintendencia de Industria y Comercio; (iv) La información consignada resulta clara, veraz e imparcial. Vale la pena reiterar que la misma decisión comunica que contra la decisión sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio procede el recurso de reposición." [774]
4.6. Pruebas:	• Testimonio de María Fernanda Pérez Valencia asesora jurídica del FONADE rendido en primera instancia. • Boletín de prensa del 7 de diciembre de 2011
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferido el 29 de agosto de 2013 que negó las pretensiones de la demanda. En criterio del Autor, el fallo en comento tiene visos de deferencia judicial, toda vez que se abstiene de analizar los aspectos técnicos del acto administrativo demandado aun cuando en el marco del proceso judicial la parte demandante aporto un concepto técnico que cuestionaba el acto administrativo. Lo anterior se evidencia en la siguiente cita de la sentencia: "VI.4.2.1.6.1.- En primero término, los impugnantes se refirieron al concepto técnico elaborado por el Ingeniero Ciro Alberto Amaya, aportado junto con la demanda, el cual al referirse al "modelo econométrico" empleado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 64400

[774] Sentencia. Página. 66 y 67

	de 16 de noviembre de 2011, indicó[775]: […] "Para la Sala, el concepto técnico per se resulta insuficiente para demostrar la inexistencia de prácticas restrictiva de la libre competencia, pues las conclusiones en él contenidas quedan desvirtuadas con la valoración en conjunto de las demás pruebas que fueron valoradas oportunamente por la Superintendencia de Industria y Comercio, pues tal y como se indicó, la decisión sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentó en las similitudes encontradas entre las propuestas encontradas y evaluadas por la autoridad de la competencia, por lo que, el llamado "modelo econométrico" no fue la única prueba determinante para verificar la existencia de las prácticas contrarias a la libre competencia, tal y como quedó consignado ab initio en el acápite VI.4.2.1.4. de esta providencia.[776] […] "En todo caso, los testimonios antes analizados, no tienen la fuerza suficiente para desvirtuar el análisis probatorio realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de expedir los actos administrativos sancionatorios, en tanto que los mencionados testimonios: i) no

[775] Página 56 de la sentencia.

[776] Página 58 y 59 de la sentencia.

	tuvieron una participación directa en los hechos objeto de esta demanda, y ii) sus declaraciones no desvirtúan las conclusiones efectuadas por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia, la cual se sustentó en el conocimiento previo de los investigados en la etapa previa en la presentación de las propuestas, las coincidencias presentadas en las propuestas presentadas por los consorcios y, la estrategia de los investigados en un escenario colusorio, a partir del modelo de "argumentación econométrica" tantas veces mencionado. "Por las razones anotadas, para la Sala el cargo relacionado con la violación al debido proceso, no está llamado a prosperar, en síntesis, por las siguientes razones:[777] […] "v) El concepto técnico per se no es una prueba que goza de la fuerza persuasiva suficiente para desvirtuar el análisis efectuado por la Autoridad Nacional de la Competencia sobre la inexistencia de un acuerdo contrario a la libre competencia. "vi) Los testimonios decretados en la primera instancia no desvirtúan el análisis probatorio efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de expedir

[777] Página 60 y 61 de la sentencia.

	los actos administrativos sancionatorios."[778] Como puede observarse, brilla por su ausencia el análisis crítico de la sentencia en relación con los argumentos del acto administrativo demandado y la confrontación del mismo con los argumentos esgrimidos por el demandante. No se sabe por qué razón ni los testimonios ni el concepto técnico allegado por el demandante tienen la virtualidad de afectar la motivación del acto sancionatorio. Los motivos de esta afirmación se quedaron en el fuero interno de los autores de la sentencia y, por lo tanto, el control judicial no fue realizado de manera adecuada. Es evidente que el fallo elude entrar a realizar consideraciones de aspecto técnico y simplemente mediante una afirmación carente de motivación le otorga prevalencia a la administración partiendo de la base de que lo que realizó está bien sin siquiera emprender un análisis crítico y confrontarlo con los argumentos de la demanda. En relación con casos como el que se analiza, llama la atención que el juzgador no utilice su potestad en materia probatoria para llegar a la verdad y para emprender los análisis técnicos que requiera con el apoyo de los especialistas en la materia.

[778] Página 62 de la sentencia.

ANEXO 40 "Ficha 74. SERVICIOS OCCIDENTALES"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 74. SERVICIOS OCCIDENTALES</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Gloria Álvarez García</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00679-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>13 III 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Promotora de Salud Servicios Occidentales de Salud SOS EPS S.A.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas
• Art. 3 del Decreto 1663 de 1994: Prohibición general en el sector salud
• Art. 5 Núm. 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994: Acuerdos contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud. Fijación de precios; abstenerse de distribuir un bien o de prestar un servicio; no proveer u ocultar información.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa $1.071.200.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de los Arts. 1, 2, 21 y 24 de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Nulidad la Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011
• Devolución de la multa
• Ordenar a la SIC divulgar la declaratoria de nulidad en un</td></tr>
</table>

	diario de amplia circulación del domicilio del demandante • Condenar en costas
3.2. Cargos formales:	• **Falta de competencia:** Operó la caducidad de la facultad sancionatoria por cuanto transcurrieron más de 3 años desde la conducta generadora de la infracción y la notificación de la resolución sancionatoria. La SIC adoptó como última fecha la de una comunicación que no constituía infracción alguna. • **Violación del derecho al debido proceso.** La SIC no comprobó que la demandante efectivamente participara en un acuerdo que tuviera como objeto violar el régimen de competencia en cuanto a la fijación de precios, restricción de servicios de salud o afectar la transparencia de la información. El intercambio de información entre ACEMI y la demandante se desarrolló de acuerdo al marco legal de sus obligaciones en el ejercicio del derecho de asociación. La información tenía por objeto presentar una propuesta de mejoramiento al Gobierno. • **Falta de tipicidad:** Los actos administrativos no dan cuenta de la adecuación típica de la conducta de manera concreta y específica. La SIC transcribió parcialmente los correos remitidos por otras EPS forzando el supuesto fáctico endilgado. • **Proscripción de la responsabilidad objetiva.**: No se desvirtuó la presunción de inocencia y buena fe de la

				actora. No basta con la ejecución del comportamiento reprochable, la SIC debió verificar las condiciones en que se produjo la falta.			
3.3.Cargos de fondo:				• **Falsa motivación:** Los actos administrativos demandados no reflejan en su contenido la realidad de las situaciones fácticas presentadas en el sub lite. La SIC olvidó que el ordenamiento jurídico dispuso el carácter reglado del sistema de salud. La UPC no fue fijada por los agentes del mercado sino por la Comisión de Regulación en Salud de conformidad con la ley 1122 de 2007. Por lo anterior, las actuaciones de la actora no pueden tacharse como un intento para alterar los factores del precio de la UPC.			
3.4.Pruebas técnicas:				N.A			
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				**Sobre la falta de competencia. Caducidad de la facultad sancionatoria.** • "Sobre el particular, resulta conveniente precisar que la caducidad de la potestad sancionatoria de la Administración acontece, cuando vence el plazo contemplado para imponer una sanción sin que la entidad haya actuado en tal sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38			

	del Contencioso Administrativo."[779] • "En el marco de la indagación preliminar, a través del informe motivado bajo radicado No. 09-01413, también se logró determinar que el suministro de información objeto de análisis integró una serie de actuaciones articuladas cuyo desarrollo no era de ejecución única en el tiempo, por cuanto dentro del plenario se evidenciaron diferentes comunicaciones que datan desde el año 2007 (Fls. 15 a 24. Cdno Antecedentes), las cuales se prolongaron por lo menos hasta el 5 de diciembre de 2008, fecha en la que se evidenció el último envío de información a través del correo electrónico tal como se observa en el medio magnético 09-21413 "Cuadro Reservado" CD 3 F 317 ACEMI-correos seleccionados- RE carta. MSG."[780] • "Debe aclararse que el censor no desvirtuó esa fecha, 5 de diciembre de 2008, solo manifestó su discrepancia con la afirmación según la cual la conducta fue continuada, puesto que, a su juicio, ello daría lugar a que la administración adoptara una determinación arbitraria. Ahora, tomar como referencia ese día, no implica para esta Corporación un prejuzgamiento, sobre la responsabilidad de la demandante sino el establecimiento de un

[779] Sentencia. Página 19

[780] Sentencia. Página 20

	parámetro, que en últimas no fue objeto puntual de discusión por el libelista, para analizar si la facultad sancionatoria se ejerció en término" [781] • "El acto sancionatorio se notificó el 9 de septiembre de 2011 (Fl.220, Cdno ant), ello se efectuó oportunamente dado que se dio antes del referido 5 de diciembre de 2011" "Por tal virtud, si la fijación del edicto de la Resolución No. 65116 del 21 de noviembre de 2011 acaeció el 2 de diciembre de ese año (Folio 365 CUADERNO DE ANTECEDENTES), el fenómeno descrito se habría positivizado justo tres días antes del pluricitado 5 de diciembre de 2011."[782] • La Sala encuentra que no le asiste razón a la demandante al considerar que la Superintendencia cuestionada era incompetente temporalmente para sancionar debido a que como se demostró en el material probatorio traído a colación, la misma actúo dentro del plazo legal para ejercer sus atribuciones de supervisión y vigilancia. [783] **Sobre la violación del derecho al debido proceso y el desconocimiento del principio de tipicidad.** • "El Consejo de Estado sostuvo que al tenor de lo dispuesto en el citado Decreto 2153 de 1992,

[781] Sentencia. Página 21

[782] Sentencia. Página 22

[783] Sentencia. Página 22

	las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas tienen marcada tendencia a la fijación directa o indirecta de los precios del mercado, por lo que, en razón a ello, al ente de supervisión no le corresponderá hacer un estudio de la intencionalidad del sujeto infractor, sino encontrar las evidencias de la existencia de un determinado acuerdo dirigido a tal objeto." [784] • "De lo expuesto, resulta conveniente hacer énfasis en el conocimiento previo de la sociedad Servicio Occidental de Salud, del contenido de las conductas constitutivas de consenso, que pusieron en evidencia su participación en la unificación artificial de criterios, es así como se debe traer a colación el sustento de las trascripciones anteriormente efectuadas donde se indicó que el objetivo de las convocatorias estaba dirigido a "(…) que la posición oficial del gremio sea unificada y entendida por cada una de las EPS, para que sostengan en el ámbito de las reuniones con externos y para que al interior de sus EPS analicen las implicaciones económicas y legales de dicha posición en el tema de los recobros y en la política de autorizaciones.""[785] • "La Sala deduce que las instrucciones dadas por la Asociación ACEMI a las EPS fueron más allá de allegar una

[784] Sentencia. Página 25

[785] Sentencia. Página 36

	simple información, situación que puso de presente el condicionamiento de los datos llevados al ente de control."[786] • "En consecuencia, colige la sala que la responsabilidad de la sociedad demandante se derivó de los actos ejecutados por sus representantes, por cuanto sus acciones dieron muestra de su participación directa respecto a las prácticas restrictivas de la competencia, entendiendo que estos se encontraban facultados para el ejercicio de sus funciones, según el cargo que les fue asignado." • "De conformidad con el acervo citado, queda claro para la Sala, que el ente de control accionado no solo logró demostrar la conducta objeto de sanción, es decir, el consenso directo o indirecto de las EPS agremiadas a las Asociación Medica ACEMI, entre las cuales se encontraba la sociedad S.O.S S.A., sino también las actividades sistemáticas tendientes a crear una propuesta unificada sobre la oferta de los servicios prestados, que propició traumatismos al interior del mercado por la falta de transparencia al momento de suministrar la información solicitada por el gobierno nacional."[787] • "En relación con el principio de tipicidad alegado en este cargo, esta Corporación se permite hacer énfasis en que en materia administrativa tal prerrogativa

[786] Sentencia. Página 37

[787] Sentencia. Página 39

	no se enmarca con el rigor que exige en el derecho penal, por cuando esta jurisdicción solo se demanda la existencia de una norma con fuerza material de ley que contenga una descripción genérica de las conectas objeto de sanción, de conformidad con el pronunciamiento del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa."[788] • "Por consiguiente , esta Corporación colige que dentro del plenario se demostró la configuración de comportamientos destinados a la fijación de ' precios en el sector de la salud; la circulación privada de costos entre las EPS agremiadas, incluida la demandante, que eran consolidados a través de los miembros de Asociación ACEMI ; las tareas asignadas tendientes a reajustar el monto de la unidad por capitación – UPC"[789] **Sobre la presunción de inocencia, el principio de buena fe y la proscripción responsabilidad objetiva:** • "No es indispensable que para asuntos como el que aquí se debate se deba probar que la conducta se cometió con dolo o culpa para poder sancionar, pues no se trata de endilgarle responsabilidad al investigado con una finalidad reparatoria como ocurre en los eventos de la responsabilidad civil, sino que dicha sanción persigue un

[788] Sentencia. Pag 40

[789] Sentencia. Pag 41

	efecto ejemplarizante para que el particular se acomode o ciña su actividad a los preceptos legales vigentes".[790] • "Era suficiente con probar la trasgresión a dicho ordenamiento para que la administración conminara a la actora a su cumplimiento" [791] • "Igualmente no se configuro el desconocimiento a la presunción de inocencia de la entidad sancionada por parte de la demandada, debido a que la multa se determinó una vez se agotó el trámite administrativo pertinente. Además dentro del plenario se pudo constatar la oportunidad de presentar sus argumentos de defesa, de solicitar pruebas que pretendiera hacer valer, controvertir las existentes y allegadas al expediente"[792]
4.4. Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011 • Edicto de la Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011 • Notificación del Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Correos electrónicos (CD reservado ACEMI-folio 101-118 Cdno. Ppal.) • Certificado de existencia y representación legal de la EPS SOS • Material circulado en las reuniones gremiales. Cuaderno

[790] Sentencia. Página 44

[791] Sentencia. Página 45

[792] Ibid.

	1 CD 2F 305 SANITAS Acemi Acta y Documentos Posición ACEMI • Res. 10958 del 6 de marzo de 2009 • Informe motivado. No. 09-0211413 • Testimonio de la Vicepresidente Jurídica de las entidades promotoras agremiadas rendido en el procedimiento administrativo • Testimonio del representante legal de la EPS S.O.S rendido en el procedimiento administrativo • Acta de comité médico No. 11
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la falsa motivación:** • "Se desprende del material circulado en las reuniones gremiales que contaron con la asistencia de los miembros representativos de la sociedad demandante, que el mismo se trataba de una serie de datos internos sobre el manejo incluso de los afiliados y cuadros comparativos de los índices manejados, circunstancia que se alejó de la presentación de las propuestas de mejoramiento"[793] • "Resalta la sala que dentro del plenario, conforme al contenido de la prueba técnica adelantada[794] por el ente de control accionado, también se pudo constatar no solo el acuerdo sobre los procedimientos que deberían ser reconocidos en el POS sino también el convenio para afectar la transparencia, ya que las propuestas eran sometidas a

[793] Sentencia Página 36

[794] Informe motivado. No. 09-0211413

	cambios para su posterior presentación, así como la fijación de los precios." • "Advierte la sala que si bien el sistema de aseguramiento en salud es un mercado regulado y que el valor de la pluricitada Unidad por Capitación es fijado por el ente reglador, no lo es menos que el cálculo de tal concepto de acuerdo a la conceptualización anteriormente reseñada, es efectuado por la Comisión competente en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 1122 del 2007, según la información producida por la actividad desarrollada por cada una de las EPS." [795] • "Entidades promotoras están llamadas a proporcionar información sin condicionamientos que den muestra de la dinámica de la oferta y la demanda del sector, por ende al existir un consenso en los criterios que serían presentados en el marco de la propuesta de mejoramiento dada por el gobierno nacional resulta evidente la modificación de las variables para la correspondiente asignación de los recursos que les serían otorgados, en flagrante afectación de los factores evaluados por órgano regulados antes mencionado." [796] • "La fundamentación fáctica de las resoluciones cuestionadas fue consecuente con la

[795] Sentencia. Página 52

[796] Ibid.

	demostración fáctica del comportamiento objeto de inspección, sin que dentro de la actuación evaluada se encuentren elementos probatorios allegados por la accionante que desestimen los soportes puestos de presente por el ente de control pese a que se le dio la oportunidad para contradecirlos.” [797]
4.6. Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011 • Correos electrónicos (CD reservado ACEMI-folio 101-118 Cdno. Ppal.) • Material circulado en las reuniones gremiales. Cuaderno 1 CD 2F 305 SANITAS Acemi Acta y Documentos Posición ACEMI • Informe motivado. No. 09-0211413 • Acta de comité médico No. 11
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se identificaron visos de caducidad. Respecto al cargo de caducidad, el demandante sostiene que las prueba relativa al último hecho que sirvió de extremo para empezar a contar el término de caducidad no prueba nada en relación con el supuesto acuerdo que ocasionó la sanción, por lo que no puede sostenerse que la conducta anticompetitiva se llevó a cabo hasta la fecha de esas pruebas[798].

[797] Sentencia. Página 51

[798] Página 7 de la sentencia.

	Sin embargo, al resolver el cargo la sentencia no aborda los argumentos del demandante, se limita afirmar que la conducta es continuada pero no estudia los argumentos de la demanda para verificar si las pruebas que sirvieron como referencia para contar el término de caducidad si lo vinculan o no: "En este punto, debe aclararse que el censor no desvirtuó esa fecha, 5 de diciembre de 2008, solo manifestó su discrepancia con la afirmación según la cual la conducta fue continuada, puesto que, a su juicio, ello daría lugar a que la administración adoptara una determinación arbitraria. "Ahora, tomar como referencia ese día, no implica para esta Corporación un prejuzgamiento, sobre la responsabilidad de la demandante sino el establecimiento de un parámetro, que en últimas no fue objeto puntual de discusión por el libelista para analizar si la facultad sancionatoria se ejerció en término" [799] En este asunto el fallo se equivoca puesto que al momento de resumir el cargo presentado por el demandante en el folio 7 precisó que el mismo se basaba en que "el contenido del aludido correo (haciendo referencia a la prueba del 5 de diciembre de 2008) no dio muestra de un convenio contra la citada libre competencia, ya que del mismo solo se desprende el objeto de una determinada jornada de trabajo , cuyo propósito era revisar el proyecto de reforma o mejora del sistema que debía someterse a consideración del

[799] Página 21 de la sentencia.

	Ministerio y redactar una posición válida y no reprochable, lejos del fin señalado por el ente demandado en la investigación"[800] En consecuencia, no es cierto que el demandante no haya puesto en discusión la prueba del 5 de diciembre de 2008, argumento bajo el cual la sentencia adoptó esa fecha como el extremo a partir del cual computar la caducidad para luego proceder a rechazar el cargo. Este fallo fue confirmado por el Consejo de Estado mediante fallo del 25 de noviembre de 2019.

[800] Página 7 de la sentencia.

ANEXO 41 "Ficha 75. SERVICIOS OCCIDENTALES"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 75. SERVICIOS OCCIDENTALES</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1. Juez:</td><td colspan="5">Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativa</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Nubia Peña Garzón</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00679-02</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>25 XI 19</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Promotora de Salud Servicios Occidentales de Salud SOS EPS S.A.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011
• Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas
• Art. 3 del Decreto 1663 de 1994: Prohibición general en el sector salud
• Art. 5 Núm. 1, 8 y 10 del Decreto 1663 de 1994: Acuerdos contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud. Fijación de precios; abstenerse de distribuir un bien o de prestar un servicio; no proveer u ocultar información.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $1.071.200.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
</table>

3.1. Pretensiones:	• Nulidad de los Arts. 1, 2, 21 y 24 de la Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Nulidad la Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011 • Devolución de la multa • Ordenar a la SIC divulgar la declaratoria de nulidad en un diario de amplia circulación del domicilio del demandante • Condenar en costas
3.2. Cargos formales:	• **Falta de competencia:** Operó la caducidad de la facultad sancionatoria por cuanto transcurrieron más de 3 años desde la conducta generadora de la infracción y la notificación de la resolución sancionatoria. La SIC adoptó como última fecha la de una comunicación que no constituía infracción alguna. • **Violación del derecho al debido proceso.** La SIC no comprobó que la demandante efectivamente participara en un acuerdo que tuviera como objeto violar el régimen de competencia en cuanto a la fijación de precios, restricción de servicios de salud o afectar la transparencia de la información. El intercambio de información entre ACEMI y la demandante se desarrolló de acuerdo al marco legal de sus obligaciones en el ejercicio del derecho de asociación. La información tenía por objeto presentar una propuesta de mejoramiento al Gobierno. • **Falta de tipicidad:** Los actos administrativos no dan cuenta de la adecuación típica de la conducta de manera concreta y específica. La SIC

	transcribió parcialmente los correos remitidos por otras EPS forzando el supuesto fáctico endilgado. • **Proscripción de la responsabilidad objetiva.**: No se desvirtuó la presunción de inocencia y buena fe de la actora. No basta con la ejecución del comportamiento reprochable, la SIC debió verificar las condiciones en que se produjo la falta.
3.3.Cargos de fondo:	• **Falsa motivación:** Los actos administrativos demandados no reflejan en su contenido la realidad de las situaciones fácticas presentadas en el sub lite. La SIC olvidó que el ordenamiento jurídico dispuso el carácter reglado del sistema de salud. La UPC no fue fijada por los agentes del mercado sino por la Comisión de Regulación en Salud de conformidad con la ley 1122 de 2007. Por lo anterior, las actuaciones de la actora no pueden tacharse como un intento para alterar los factores del precio de la UPC.
3.4.Pruebas técnicas:	N/A

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				**Sobre la falta de competencia. Caducidad de la facultad sancionatoria**			

	• "La Sala considera que las conductas por las cuales se le investigó y, posteriormente, se le sancionó a la EPS demandante, contrario a lo que se alega y reitera en el recurso, no dependen de la realización determinada de una única conducta sino de su intervención en una actuación de doble vía entre la asociación ACEMI y sus miembros, concerniente al intercambio de información y delimitación de consensos en materia de prestación del servicio de salud.[801] • En efecto, la investigación que se adelantó se soportó en una situación particular que no desvirtuó la parte actora. Lo investigado atiende a la condición de conductas continuadas, pues la infracción no se desarrolló en un solo momento y por la EPS demandante, sino que se extendió en el tiempo con ocasión de los actos que encontró la SIC para delimitar las tres infracciones formuladas[802] • De esta manera, la alegación de la recurrente desconoce que las conductas infractoras que fueron identificadas finalizaron para la SIC en el momento en que identificó que esos acuerdos afectaban de manera indirecta los precios regulados de las UPC, debido al consenso de las EPS de manejar reportes

[801] Sentencia Página 51

[802] Sentencia Página 52

	uniformes en la prestación de los servicios de salud a su cargo.[803] • Está probado que las conductas sancionadas oscilaron entre el 5 de marzo de 2007 y el 5 de diciembre de 2008. El primer momento determinado por el correo enviado por la ACEMI a las EPS miembros de esa asociación, con la solicitud de remisión de la información relevante y concerniente con la prestación de los servicios de salud; y el último, que se tomó como parámetro para la formulación de los cargos de infracción, relativo con el envío del correo electrónico del 5 de diciembre de 2008 , que fue remitido por la ACEMI a sus asociados, entre estos, la EPS apelante. [804] • No le asiste razón a la parte apelante al considerar como fecha de conteo del término de caducidad, un evento que no fue investigado (año 2006) y, además, porque dada la naturaleza de la infracción, que implicó la realización de actos positivos continuados de doble dirección para examinar la afectación al mercado de salud, resultaba insuficiente para la autoridad de vigilancia restringirse a uno solo de los eventos que encontró para estructurar las trasgresiones investigadas (…)[805]

[803] Sentencia Página 53

[804] Sentencia Página 55

[805] Sentencia Página 55 -56

	• El acto sancionatorio expedido mediante la Resolución núm. 46111 de 30 de agosto de 2011, con nota de ejecutoria el 2 de diciembre de 2011 , fue dictado en el término previsto en el artículo 38 del CCA, toda vez que el plazo para decidir el proceso administrativo para que no operara la caducidad de la facultad sancionatoria vencía el 5 de diciembre de 2011, habida cuenta que el último de los actos contrarios por los cuales se le investigó a la demandante se constató como realizado el 5 de diciembre de 2008.[806] • **Sobre el derecho al debido proceso, la falta de tipicidad y la proscripción de la responsabilidad objetiva:** • "En cuanto al reproche de que las pruebas que analizó la SIC fueron descontextualizada, la Sala debe resaltar que la entidad estimó que sin el ánimo de generalizar como impropio el intercambio de información entre competidores cuando están agremiados, lo relevante en los casos que se examinaron, es que "no es aceptable la recolección de información sensible que como en este caso podía ser utilizada para encontrar similitudes y diferencias entre las políticas frente a la cobertura de servicios en el Régimen Contributivo por parte de las EPS".[807] • De estas pruebas y de las demás que identificó la SIC y que

[806] Sentencia Página 60

[807] Sentencia Página 63 -64

	fueron puestas en conocimiento de la apelante con el acto de formulación de cargos, se acreditó que la ACEMI , en su condición de asociación que agrupa a las EPS, requirió a través de correos electrónicos a sus miembros información para analizar aspectos específicos con la prestación, costos y coberturas del servicio de salud y llegar a consensos sobre procedimientos o prácticas relacionadas con dicha prestación. Lo que encontró probada la SIC y que no desvirtuó la apelante, es el hecho de que con ocasión de esta información se conocieron y revelaron aspectos propios del mercado de salud que por encontrarse amparados en la libre competencia, son del resorte reservado de la empresa.[808] • Para la SIC, según lo explica el acto sancionatorio y frente a la manera como se efectuó el análisis del material probatorio, era imposible interpretar individualmente cada prueba debido a que se trató de una "conducta compuesta por una actuación sistemática y continuada en el tiempo por parte de las investigadas" y porque es reprochable que las empresas investigadas hayan compartido información en los términos en que lo hicieron. • Así las cosas, esta alegación no desvirtúa las conclusiones del acto sancionatorio, habida cuenta que del material probatorio que se allego a este

[808] Sentencia Página 67

	proceso judicial y **en específico aquel que se destaca en la decisión cuestionada**, se comprobó que la demandante en su condición de miembro de la ACEMI participó en el cruce de información que permitió el conocimiento de las empresas prestadoras del servicio de salud, la evaluación de los procedimientos y la presentación de consensos o acuerdos en torno a dicho servicio, hechos que no fueron desvirtuados.[809] • En cuanto a la validez conferida al testimonio que rindió el representante legal de la apelante y a la certeza de su declaración para demostrar las infracciones que le fueron endilgadas, la Sala pone de manifiesto que, de la lectura de los actos acusados y del examen del material probatorio que obra en el expediente administrativo, esta no fue la única prueba considerada por la SIC para concluir que la EPS incurrió en las conductas reprochadas.[810] • Al respecto, valga aclarar que la decisión sancionatoria se soportó en el conjunto de la documental que se allego a la investigación adelantada, la que no fue desvirtuada en este proceso judicial, por lo mismo, no puede limitarse a un reproche sin fundamento en razón al amplio caudal probatorio en que se fundó de carácter documental,

[809] Sentencia Página 70

[810] Sentencia Pag 69- 71

	testimonial y técnico que consideró la Superintendencia.[811] • De otra parte, tampoco encuentra respaldo el reproche frente a la alegación que debió demostrarse por la autoridad administrativa que la conducta por la cual se le sancionó a la actora se realizó con dolo o culpa. A tal conclusión se llega, por cuanto el alcance de las infracciones por violación a la libre competencia no exigen, como lo alude la apelante, un examen condicionado a imputar la responsabilidad administrativa sancionatoria a partir del criterio de culpabilidad que se invocó en la demanda y se reiteró en el recurso.[812] • "Así las cosas, el examen que reclama la EPS apelante como elemento determinante de la sanción que dice dejó de lado este análisis, no constituye una omisión y, por lo mismo, no afecta la legalidad del acto sancionatorio, pues en esta materia no se erige como elemento para determinar la infracción, lo que de ningún modo representa que la sanción se haya impuesto sin conceder al sancionado una etapa de audiencia y defensa en garantía de los derechos que le confiere el artículo 29 Superior."[813]

[811] Sentencia Página 74

[812] Sentencia Página 75

[813]Sentencia Página 77

	• Además, tampoco encuentra la Sala que la alegación sobre la realización de derecho de asociación al que aludió la EPS respalde el ejercicio de las conductas contrarias a la libre competencia por las cuales se le investigó y sancionó. **Es claro, y así lo manifestó la SIC,** que no todo intercambio de comunicación entre las EPS y su asociación gremial responde a una infracción que afecte este derecho, lo que tampoco cobija que "los agentes competidores de cualquier mercado podrían intercambiar información sobre sus políticas de precios y estructuras de costos, simplemente afirmando que tienen la intención de realizar un estudio microeconómico para evaluar de manera comparativa con otros países la evolución de un determinado sector"[814]
4.4. Pruebas:	• Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011 • Correos electrónicos (CD reservado ACEMI-folio 101-118 Cdno. Ppal.) • Certificado de existencia y representación legal de la EPS SOS • Material circulado en las reuniones gremiales. Cuaderno 1 CD 2F 305 SANITAS Acemi Acta y Documentos Posición ACEMI • Res. 10958 del 6 de marzo de 2009

[814] Sentencia Página 79

	• Informe motivado. No. 09-0211413 • Acta de comité médico No. 11 • Acta 006 del Comité Médico 27/08/2007 • Acta No. 006 del Comité Médico del 1 de agosto de 2007 remitida mediante correo enviado el 3 de agosto de 2007 • Resumen coberturas listas MPS 03082007
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la falsa motivación:** • Asimismo, para el momento de la investigación formaba parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en adelante SGSSS, la Comisión de Regulación en Salud (CRES) a quien le correspondía definir anualmente el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), entendida como el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de seguridad social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del Plan de beneficios financiado con recursos de UPC, en los regímenes contributivo y subsidiado, y que se fija en consideración a la información reportada por las EPS anualmente y que le remiten al Ministerio para el estudio de suficiencia. [815] • **De esta manera, es que la SIC determinó** que en ese cruce de información entre la ACEMI y las EPS se incurrió en la conducta prohibida de acuerdos para la fijación indirecta de precios, en tanto que el

[815] Sentencia Página 87

	conocimiento por parte de las EPS del valor del precio de aseguramiento en salud, manejado por sus competidoras, afectó la transparencia en el reporte de dicha información que tiene el concepto de insumo para su determinación de la UPC por la entidad pública responsable.[816] • Ello, debido a que esos reportes que entregaron las EPS estuvieron precedidos de un consenso que afectó y distorsionó las condiciones de riesgo de la población asegurada, hecho que se evidenció mediante la prueba que se allegó al proceso y por las inconsistencias que el Ministerio de la Protección Social indicó que se habían detectado . • De este modo, la falsedad de las razones que esgrimió la apelante se alejan de desvirtuar las conclusiones a las que arribó la SIC, **habida cuenta que el material probatorio que se analizó en el acto sancionatorio** deja sin fundamento la simple afirmación respecto de que las reuniones y el cruce de las informaciones requeridas por la ACEMI a las EPS tenían como fin presentar iniciativas al Gobierno Nacional como producto de los estudios estadísticos, técnicos, financieros y jurídicos acerca de las diversas posturas para superar las diferencias en las interpretaciones de los servicios POS y NO POS, mediando

[816] Ibid.

	entre las EPS asociadas a ese gremio sendos consensos sobre procedimientos, costos y trámites. [817]
4.6. Pruebas:	• Correos electrónicos (CD reservado ACEMI-folio 101-118 Cdno. Ppal.) • Correo electrónico enviado por Lucia Torres a la lista de correos de la ACEMI, ASUNTO: "Circular 20070070073-RC-RS- información trasplantes 2000 a 2006" de fecha 5 de marzo de 2007 • Correo electrónico enviado por Sandra Marcela Camacho a la lista de EPS ACEMI con asunto "Compromiso costeo insumo y depósitos médicos procedimientos POS" • Informe de Auditoria Gubernamental con enfoque integral. folios 3-79 del archivo digital denominado Cuadernillo 1 público. • Res. 46111 del 30 de agosto de 2011 • Res. 65116 del 21 de noviembre de 2011 • Correos electrónicos (CD reservado ACEMI-folio 101-118 Cdno. Ppal.) • Certificado de existencia y representación legal de la EPS SOS • Material circulado en las reuniones gremiales. Cuaderno 1 CD 2F 305 SANITAS Acemi Acta y Documentos Posición ACEMI • Res. 10958 del 6 de marzo de 2009 • Informe motivado. No. 09-0211413

[817] Sentencia Página 89

	• Testimonio de la Vicepresidente Jurídica de las entidades promotoras agremiadas rendido en el procedimiento administrativo • Testimonio del representante legal de la EPS S.O.S rendido en el procedimiento administrativo • 7 de diciembre de 2007: Acta núm. 010 del Comité Técnico de la ACEMI
4.7. Observaciones generales:	El fallo confirma la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferida el 13 de marzo de 2014 y en ella no se advierten visos de deferencia, pues el fallo analiza de manera crítica el acto administrativo demandado y lo confronta con los argumentos de la demanda para arribar a la conclusión plasmada en la parte resolutiva. En relación con el viso de deferencia que se identificó en la sentencia de primera instancia, el fallo en comento procede de manera diferente y explica por qué en su criterio la prueba del 5 de diciembre de 2008 que fue controvertida por el demandante si debe tenerse en cuenta para efectos de calcular la caducidad.

ANEXO 42 "Ficha 84. VALENCIA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 84. VALENCIA</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Juzgado 6 Administrativo de Bogotá</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Mayfren Padilla Tellez</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00052-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>27 III 15</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Rodrigo Valencia Concha</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Res. 11651 del 29 de febrero de 2012</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas
• Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general
• Art. 48 Núm.. 2 Decreto 2153 de 1992: Influenciar a una empresa para aumento o disminución de precios</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa $160.680.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de los Arts. 10 y 11 de la Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Nulidad de los Arts. 1 y 9 de la Res. 11651 del 29 de febrero de 2012
• Devolución de la multa con intereses
• Subsidiaria: Que se reduzca el monto de la sanción</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">• Violación del derecho al debido proceso
La SIC desconoció el contenido material de las pruebas allegadas y sancionó sin existir</td></tr>
</table>

	pruebas que demuestren la responsabilidad del demandante. La decisión sancionatoria se fundamenta en una reunión del 14 de junio de 2008 un hecho que se dio mucho después del supuesto acontecimiento que dio lugar a la investigación (2007). En el informe motivado la transcripción de la reunión aludida no está completa y sustituye con puntos suspensivos partes esenciales de la declaración. • **Violación del principio de pertinencia de las pruebas.** La SIC valoró actas de reuniones de la Junta Directiva de Fendipetróleo Nacional que no tienen relación alguna con los hechos investigados. Una se dio en razón a que el Ministerio de Minas exigió firmar un pacto de transparencia y otra era una reunión con el presidente de la república para hablar de que las grandes superficies cobran precios por debajo de los costos del servicio de distribución. • **Violación de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.** La SIC no efectuó ningún tipo de valoración al momento de imponer la sanción. El monto de la sanción no es proporcional a la gravedad e incidencia de la conducta. • **Caducidad de la facultad sancionatoria.** El único acto que produjo la sanción es la declaración del demandante de fecha 14 de junio de 2008. La Res. Que confirma la sanción se profirió más de 3 años después

	de haber incurrido en la presunta práctica restrictiva. En el expediente no hay pruebas de otras actuaciones posteriores que sustente la sanción, lo que es independiente a las actuaciones de otros investigados.
3.3.Cargos de fondo:	• **Violación del principio de tipicidad.** El demandante no incurrió en la violación de la conducta descrita en el Núm.. 16 del Art. 4 del Decreto 2153 de 1992 pues este no era administrador, director, representante legal o revisor fiscal de Fendipetróleo Seccional Boyacá y esta no sigue ordenes de Fendipetróleo Nacional. Teniendo en cuenta que el señor Valencia se desempeñó como representante legal de Fendipetróleo Nacional hasta mayo de 2009 no le son aplicables el Decreto 3523 de 2009 ni el Decreto 1687 de 2010 que modifican el Decreto 2153. Aun para su época como representante legal, el aquí demandante no tenía participación o voto sobre las decisiones de la seccional por lo que no puede ejecutar, autorizar o tolerar las actuaciones de las estaciones de servicio afiliadas a la misma. • **Violación del Art. 5 Ley 26 de 1989 Art. 6 Ley 39 de 1987.** La intervención del demandante en la asamblea de la seccional Boyacá da cuenta del ejercicio de la actividad gremial, no de una influencia para el acuerdo de precios. No puede imponerse una responsabilidad objetiva a agentes gremiales que busquen

<table>
<tr><td></td><td>el desarrollo de la actividad mercantil más aun cuando ello lo avalan las leyes referidas. La inexistencia de la conducta aquí endilgada se puede corroborar con el testimonio de Andrea Fajardo y Augusto Vargas.
• Violación del Núm.. 16 del Art. 4 del Decreto 2153 de 1992.
No se configuran los elementos para imponer la multa. No existe la calidad que exige la norma en el sujeto activo de la conducta descrita.
• Falsa motivación.
El supuesto paralelismo de precios se venía presentando desde el año 2007 y la supuesta conducta de influenciación del demandante data del 14 de junio de 2008. La SIC se basa en hechos aislados y pruebas impertinentes para sustentar la tipificación de la conducta. La conducta reprochada está dentro de los límites legales pues aplica el régimen de libertad regulada en la actividad de comercialización.</td></tr>
<tr><td>3.4.Pruebas técnicas:</td><td>N.A</td></tr>
<tr><td colspan="2">4. FALLO</td></tr>
<tr><td>4.1.Decisión</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">Niega: X Anula: Confirma: Revoca:</td></tr>
<tr><td colspan="2">(observaciones)</td></tr>
<tr><td>4.2. Motivo:</td><td>Formal: X Fondo: X</td></tr>
<tr><td>4.3. Consideraciones formales:</td><td>Sobre la violación del derecho al debido proceso:
• “En lo atinente a la violación de los artículos 174 y 187 del C. de P.C. se debe mencionar que los medios probatorios (Acta No 102 de junio 14 de 2008 y actas 241 de 28 y 29 de noviembre de 2008), si son pertinentes para sustentar la decisión</td></tr>
</table>

	sancionatoria y en nada afecta que hayan sido posteriores al inicio del acuerdo contrario a libre competencia o del paralelismo de precios ejecutados por las estaciones de servicio de la ciudad de Duitama.” [818] • “De manera que, si bien el acuerdo de fijación de los precios de la gasolina y el ACPM se inició en el año 2007, no lo es menos que **dicho acuerdo se mantuvo hasta el año 2009 tal como quedó acreditado en la actuación administrativa sancionatoria que adelantó la SIC**, no puede aducirse que sólo debe tenerse en cuenta esa fecha -2007- como quiera que la conducta se continuó ejecutando o desarrollando hasta el año 2009.”[819] “Ahora, para los efectos de la norma que consagra la conducta sancionada es irrelevante que la influencia hubiera tenido o no el resultado buscado 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 del Decreto 2153 de 1992 lo determinante está en la posibilidad de influenciar.” [820] • “De igual manera, también resulta irrelevante, para los efectos de la disposición en

[818] Sentencia. Página 31

[819] Sentencia. Página 31

[820] Sentencia. Página 35

	estudio, que el sujeto pasivo de la influencia hubiera o no tenido la idea de incrementar o rebajar los precios, sino que basta que se ejerza presión tendiente a evitar el incremento o la rebaja, independientemente, como ya se dijo, si debido a tal presión dicho sujeto se abstuvo o no de actuar." [821] • "De igual forma, considera el Despacho que resulta desacertado lo argüido por el demandante al alegar que su intervención da cuenta del ejercicio de la actividad gremial, pues ciertamente su participación en la Asamblea de la Seccional Boyacá – Casanare de Fendipetróleo no sólo se circunscribió a presentar un informe sobre las gestiones de Fendipetróleo Nacional y sobre los beneficios económicos obtenidos para el gremio, sino que también ejerció influencia sobre las estaciones de servicio en la ciudad de Duitama para que incrementaran los precios y desistieran de su intención de rebajarlos. En efecto, observa el Despacho la preocupación del demandante por aquellos distribuidores que rebajan el margen de distribución, a su juicio, en detrimento de los intereses de ellos mismos y del gremio."[822] **Sobre la violación del principio de pertinencia de las pruebas.** • "No resulta impertinente dicha prueba pues si bien se trató el tema de la situación en Cali,

[821] Sentencia. Página 36

[822] Sentencia. Página 36

	relacionada con la sanción impuesta por el Gobierno por la violación de precios y para lo cual las estaciones de la zona debían bajarlos, no es menos cierto que se erige un indicio respecto de las directrices sobre acuerdos de precios como política que desarrollaba Fendipetróleo Nacional y su representante legal en la cual se dieron directrices para la fijación de los precios en el sentido de hacer una disminución concreta de $100 pesos. Lo anterior, da cuenta entonces que la intervención e intercambio de información por parte del presidente de Fendipetróleo Nacional para la fijación de precios no sólo fue en el interior de la Seccional de Boyacá y Casanare, sino también a nivel nacional." [823] **Sobre la violación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la imposición de la sanción:** • En el presente caso el Despacho considera que la sanción que le fue impuesta al señor Rodrigo Valencia Concha, es proporcional a los hechos que sirvieron de fundamento, porque tal como se advierte de los actos demandados y del acto de apertura, la imputación fáctica endilgada al demandante consistente en la influenciación ejercida sobre los distribuidores minoristas en el sentido de no reducir los precios del combustible y mantener un acuerdo sobre los precios, como

[823] Sentencia. Página 40

	una conducta unificada de sus agremiados, así como la actitud de rechazo frente a quienes se rehusaban a competir con el precio, lo cual resulta relevante y tal conducta debía ser objeto de sanción tal corno ocurrió." [824] • "De lo anterior, se tiene que se verificaron cada uno de los puntos argumentados por la S1C en la resolución sancionatoria, apreciándose la equivalencia entre la conducta desplegada por el Expresidente de Fendipetróleo Nacional, el señor Rodrigo Valencia Concha, y el supuesto de contenido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, la cual permite establecer el apego a las normas sustanciales y procedimentales con base en las cuales se profirió la sanción." [825]
4.4. Pruebas:	• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011 • Acta 241 de Junta Directiva Nacional llevada cabo los días 28 y 29 de noviembre de 2008. • Asamblea Ordinaria No 102 de junio 14 de 2008 de la Seccional de Fendipetróleo Boyacá y Casanare (Acta visible a folios 351 a 367 y CD No 1, Cuaderno con carácter reservado No 6, Folio 224)
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la violación del principio de tipicidad:** • "Atendiendo el cambio de legislación, cabe recordar que sobre la aplicación de las normas procesales en el tiempo,

[824] Sentencia. Página41

[825] Sentencia. Página43

	las leyes relativas a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, pero que tratándose de normas sustantivas, no pueden aplicarse a hechos anteriores a la entrada en vigencia, por contrariar el principio de legalidad, los derechos adquiridos y la irretroactividad de la ley sustantiva, salvo en casos en que sea viable aplicar el principio de favorabilidad." [826] "La Constitución Política prohíbe que alguien sea juzgado con fundamento en normas sustanciales que definan penas o sanciones que no sean preexistentes al acto que se le imputa, prohibición que no sólo es aplicable a los juicios penales sino también a todos los procedimientos administrativos que impongan una sanción." [827] "Si se observa detenidamente la Resolución No 33970 de 30 de junio de 2010 (Hoja 23 y 26, CD 1, Cuaderno Público #8) se advierte claramente que se le endilga la vulneración del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, procediéndose a transcribir el tenor literal de la norma sin que se tenga en cuenta la modificación que se le introdujo por el Decreto 3523 de 2009 y el Decreto 1687 de 2010. Igual situación puede predicarse de la

[826] Sentencia. Página 28

[827] Sentencia. Página 30

	Resolución sancionatoria No 71794 de 2011." [828] • "Emerge de lo anterior y contrario a lo argumentado por el demandante que no le fueron aplicados el numeral 14, artículo 3o del Decreto 3523 de 2009, ni el numeral 14 del artículo 3o del Decreto 1687 de 2010, sino que le fue aplicada la ley vigente para la conducta que le fue reprochada, esto es, el numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992, razón por la cual no es posible predicar la violación a los principio de legalidad y tipicidad." [829] **Sobre la violación del art. 5 de la ley 26 de 1989** • "Ahora, tal como se ha expuesto en anotaciones anteriores, el Despacho no desconoce la facultad de las asociaciones y gremios para impulsar su actividad económica y establecimientos de servicio, así como tampoco se desconocen las condiciones del gremio; sin embargo la misma no se puede confundir con la intervención para que no se reduzcan los precios y tolerar las conducta de paralelismo de precios al interior de la Seccional Boyacá y Casanare, pues tal influenciación también es considerada como contraria a la libre competencia, además de que revisada la totalidad del expediente, no hay una explicación alternativa frente a

[828] Sentencia. Página 30

[829] Sentencia. Página 31

	la coordinación de los precios reprochada a las estaciones de servicio.” [830] **Sobre la violación del Núm. 16 del Art. 4 del Decreto 2153 de 1992:** • “Si bien el mismo alega que no tenía voto o participación directa o indirecta sobre las decisiones de asamblea o junta directiva de la Seccional Boyacá y Casanare ni mucho menos podía constreñir a las estaciones de servicio de la ciudad de Duitama para que establecieran ciertos precios al público, no es menos cierto que como presidente de Fendipetróleo Nacional, al exponer las gestiones adelantadas relacionadas con los logros obtenidos frente al Gobierno, se extiende indebidamente para mostrar su posición frente a los precios y márgenes que se debían mantener en el sentido de evitar su disminución, así como también a criticar a aquellos que se apartan.” [831] • “Efectivamente, de conformidad con los estatutos, le corresponde propender por el fortalecimiento del gremio y el mejoramiento económico de sus afiliados, es decir, fomenta el desarrollo de los minoristas protegiendo los intereses gremiales, lo cual se presume ajustado al ordenamiento legal; sin embargo, tales actividades se tergiversan cuando van en contra de los principios que

[830] Sentencia. Página 44

[831] Sentencia. Página 38

	orientan la libre competencia. Ejemplo de ello es el caso bajo estudio, en donde el señor Rodrigo Valencia Concha, en su calidad de representante legal del gremio, influyó en el criterio de sus afiliados para fijar y/o mantener los precios de los combustibles, al igual que toleró la conducta que ejercieron los distribuidores minoristas." [832] • "En este sentido y de conformidad con la jurisprudencia reseñada en líneas anteriores, deduce el Despacho que la norma referida hace alusión a un sujeto que ejerce influencia y del que en razón a las calificaciones allí descritas (suprimidas ahora por la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 3523 de 2009), se desprende el ejercicio de su actividad económica, la cual, valga recordar, es suficiente para que la SIC vigile su cumplimiento. Así mismo, considera el Despacho que lo anterior debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en el artículo 45 del citado Decreto respecto del término "acto" como "todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica". [833] • "Así mismo, es claro que Fendipetróleo Nacional ejerce una actividad de naturaleza económica sobre el mercado de distribución de combustibles, que en sí es la calificación del

[832] Sentencia. Página 39

[833] Sentencia. Página 37

	sujeto que exige la ley para que pueda ser investigado.” [834] **Sobre la falsa motivación:** • “De la valoración a las intervenciones hechas por el señor Rodrigo Valencia Concha en las distintas asambleas o juntas directivas a las que asistió, no desconoce el Despacho que el demandante ejerce en representación del gremio actividades para orientar los esfuerzos empresariales, no obstante, atendiendo las extralimitaciones en su contenido, se tiene que la sanción se fundamenta en las manifestaciones por él realizadas dentro de las mismas con el fin de impedir que algunas de las estaciones de servicio disminuyeran los precios, reprochar a quienes lo hacían y manifestar su preocupación por los márgenes dados por el Gobierno, recomendando que se mantuviera un buena margen de comercialización, lo que afectó el desarrollo normal de la competencia pues buscó asimilar la conducta de los agremiados en la fijación de los precios.” [835] • “De manera que los motivos o fundamentos tanto fácticos como jurídicos en que se sustentaron los actos demandados corresponden a la realidad y quedaron debidamente acreditados, no

[834] Sentencia. Página 38

[835] Sentencia. Página 45

	existiendo error de hecho alguno.” [836]
4.6. Pruebas:	• Res. De apertura 33970 del 30 de junio de 2010 • Asamblea Ordinaria No 102 de junio 14 de 2008 de la Seccional de Fendipetróleo Boyacá y Casanare (Acta visible a folios 351 a 367 y CD No 1, Cuaderno con carácter reservado No 6, Folio 224) • Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
4.7. Análisis deferencia:	El fallo niega las pretensiones de la demanda y en el solo se observa un viso de deferencia que puede ser discutible. En criterio del autor, el fallo realiza un control judicial adecuado. Los reproches de la demanda en su gran mayoría giran en torno a la valoración de las pruebas que llevó a cabo la autoridad y el fallo, lejos de lanzar afirmaciones genéricas sobre la valoración de la administración, emprende un análisis crítico de la prueba, de los argumentos de la demanda y de los argumentos de los actos administrativos para arribar a la conclusión que finalmente plasmo en la sentencia. No obstante, se observa que el demandante en el alegato de conclusión planteó el argumento de la caducidad. Sin embargo, el juzgado señaló lo siguiente: “Finalmente, el Despacho no tendrá en cuenta en el estudio del caso otras disposiciones o conceptos de violación planteados por la parte demandante en sus alegatos de conclusión, como

[836] Sentencia. Página 46

	quiera que no fueron propuestos en la oportunidad procesal pertinente"[837] En criterio del Autor, la tensión entre el principio de justicia rogada y la función del juez como garante de los derechos fundamentales de las personas debe resolverse a favor de lo segundo, más aún en el marco de un proceso cuyo fin es controlar los actos de poder de la administración sobre los ciudadanos. En ese orden de idas y de acuerdo a lo señalado en capítulos precedentes, es deber del juez de lo contencioso administrativo declarar las excepciones que encuentre probadas aún cuando las mismas no hayan sido alegadas en la demanda, razón por la cual la decisión de la sentencia en comento de abstenerse de estudiar el tema de la caducidad por no haber sido planteado en la demanda sino solo hasta el alegato de conclusión, afecta el adecuado control judicial que hasta ese momento estaba realizando el fallo. Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia del 3 de noviembre de 2016.

[837] Página 47 de la sentencia.

ANEXO 43 "Ficha 85. VALENCIA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 85. VALENCIA</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Luis Lasso Lozano</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00052-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>03 XI 16</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Rodrigo Valencia Concha</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Res. 11651 del 29 de febrero de 2012</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas
• Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general
• Art. 48 Núm.. 2 Decreto 2153 de 1992: Influenciar a una empresa para aumento o disminución de precios</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa $160.680.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de los Arts. 10 y 11 de la Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Nulidad de los Arts. 1 y 9 de la Res. 11651 del 29 de febrero de 2012
• Devolución de la multa con intereses
• Subsidiaria: Que se reduzca el monto de la sanción</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">• Violación del derecho al debido proceso. La SIC desconoció el contenido material de las pruebas allegadas y sancionó sin existir</td></tr>
</table>

	pruebas que demuestren la responsabilidad del demandante. Los hechos por los que se abrió la investigación y las pruebas de la supuesta responsabilidad del demandante datan de época distintas. El presunto acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela se originó en enero de 2007 y la intervención del señor Valencia en la Asamblea de la Seccional tuvo lugar en el año 2008, 18 meses después de configurado el acuerdo. Por ende su intervención no dio origen al presunto acuerdo. • **Violación de los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.** La SIC no efectuó ningún tipo de valoración al momento de imponer la máxima sanción. Para el momento de la supuesta intervención del demandante la conducta ya estaba consumada. Tampoco se contempló la independencia y autonomía de la Seccional.
3.3.Cargos de fondo:	**El demandante no incurrió en la violación de la conducta descrita en el Núm. 16 del Art. 4 del Decreto 2153 de 1992 por lo que no le aplica dicha norma**. El demandante no incurrió en la violación de la conducta descrita en el Núm.. 16 del Art. 4 del Decreto 2153 de 1992 pues este no era administrador, director, representante legal o revisor fiscal de Fendipetróleo Seccional Boyacá y esta no sigue ordenes de Fendipetróleo Nacional. Teniendo en cuenta

	que el señor Valencia se desempeñó como representante legal de Fendipetróleo Nacional hasta mayo de 2009 no le son aplicables el Decreto 3523 de 2009 ni el Decreto 1687 de 2010 que modifican el Decreto 2153. Aun para su época como representante legal, el aquí demandante no tenía participación o voto sobre las decisiones de la seccional por lo que no puede ejecutar, autorizar o tolerar las actuaciones de las estaciones de servicio afiliadas a la misma. • **Violación del Art. 5 Ley 26 de 1989 Art. 6 Ley 39 de 1987.** La intervención del demandante en la asamblea de la seccional Boyacá da cuenta del ejercicio de la actividad gremial, no de una influencia para el acuerdo de precios. No puede imponerse una responsabilidad objetiva a agentes gremiales que busquen el desarrollo de la actividad mercantil más aun cuando ello lo avalan las leyes referidas. La inexistencia de la conducta aquí endilgada se puede corroborar con el testimonio de Andrea Fajardo y Augusto Vargas. • **Violación del Núm.. 16 del Art. 4 del Decreto 2153 de 1992**. No se configuran los elementos para imponer la multa. No existe la calidad que exige la norma en el sujeto activo de la conducta descrita. • **Falsa motivación.** El supuesto paralelismo de precios se venía presentando desde el año 2007 y la supuesta conducta de influenciación del

				demandante data del 14 de junio de 2008. La SIC se basa en hechos aislados y pruebas impertinentes para sustentar la tipificación de la conducta. La conducta reprochada está dentro de los límites legales pues aplica el régimen de libertad regulada en la actividad de comercialización.			
3.4.Pruebas técnicas:				N.A			
4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**	X	**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				**Violación del derecho al debido proceso:** • "La Sala considera que si bien la conducta anticompetitiva de paralelismo de precios se había iniciado para enero de 2007, también lo es - como lo sostiene el propio apoderado del señor Rodrigo Valencia Concha- que el periodo investigado comprendió los meses de enero de 2007 a diciembre de 2009, lo que implica que el acuerdo anticompetitivo continuó hasta el año 2009; por ende, la intervención realizada por Rodrigo Valencia Concha en la Asamblea Ordinaria No. 102 de Fendipetróleo Seccional Boyacá - Casanare del 14 de junio de 2008 se analizó de manera conjunta por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, cotejando la misma con las demás pruebas recaudadas antes y después de la intervención de que se trata, para efectos de analizar no solo la conducta anticompetitiva en la que incurrieron Fendipetróleo			

	Nacional, Fendipetróleo Secciona! Boyacá - Casanare y los distribuidores minoristas de combustibles líquidos (estaciones de servicio), sino también para valorar la influencia del demandante, quien ejecutó y toleró las conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia; más aún si se tiene en cuenta que la conducta anticompetitiva objeto de investigación es continuada 7 y se ejecutó en varios momentos."[838] **Sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad:** • La multa máxima impuesta se reconsideró teniendo en cuenta factores propios de quienes cometieron la conducta y del contexto en el que ello ocurrió; que el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, norma transcrita más arriba, prevé como función del Superintendente de Industria y Comercio la de imponer multas de hasta 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que fue atendido por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 71794 de 12 de diciembre de 2011, en la que la multa impuesta fue de $160.680 .000 (300 salarios mínimos legales mensuales vigentes) , esto es, la máxima pero en todo caso dentro de los topes legales que establece la norma. Sin embargo, como se anotó, dicha multa fue modificada mediante

[838] Sentencia. Página 41

	la Resolución No. 11651 de 29 de febrero de 2012, reduciéndola a $86.767.200, oo equivalente a 162 salarios mínimos legales mensuales vigentes , si se tiene en cuenta que para el momento de la imposición de la sanción, esto es, para el año 2011 el salario correspondía a $535.600; es decir, que la Superintendencia de Industria y Comercio redujo el monto de la sanción en más de un 50%. [839] • Se acredita que la entidad demandada consideró los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción en la medida en que valoró elementos como el impacto de la conducta en relación con la magnitud del mercado, los antecedentes de los involucrados y su colaboración con el desarrollo de la investigación, elementos que en criterio de esta Sala de decisión deben ser contemplados al momento de dosificar las multas en esta clase o tipo de casos. [840]
4.4. Pruebas:	• Res. No. 71794 del 12 de diciembre de 2011 (Sancionatoria)
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la aplicación del Núm. 16 del Art. 4 del Decreto 2153 de 1992 al actor.** • "En particular, resulta aceptable considerar que la ejecución de una conducta anticompetitiva comprende dentro de sus modalidades el despliegue de actos encaminados a influir la

[839] Sentencia. Página 47

[840] Sentencia. Página 47

	conducta de terceros, lo que puede tener un mayor o menor peso dependiendo de la posición de jerarquía por parte de quien ejerce dichos actos y del grado de autonomía de quien se encuentra en la condición de sujeto pasivo. En este orden de ideas, si bien los distribuidores minoristas tienen la condición de comerciantes independientes, la censura y el llamado de atención por parte de quien ejerce como presidente nacional del gremio tiene un margen importante para la determinación de la conducta anticompetitiva en la actividad mercantil de los distribuidores minoristas." [841] • Igualmente se advierte que los distribuidores minoristas hacen parte de Fendipetróleo Nacional quienes se vinculan a través de las seccionales y tienen dentro de sus obligaciones !a de someterse a sus estatutos, a las decisiones del Congreso, a la Junta Directiva Nacional, a la Junta Seccional, a los Organismos Directivos y al Comité Ético Disciplinario, las cuales deberá cumplir así no las comparta, en aras de preservar la unidad del gremio, de lo que se observa que los distribuidores minoristas deben someterse tanto a lo reglamentado por el nivel nacional, como por el nivel seccional, siendo obligatorio el cumplimento de las decisiones tomadas por los distintos órganos sociales, pues es

[841] Sentencia. Página 31

	indiferente si comparten las mismas.[842] • Al señor Rodrigo Valencia Concha, sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio en calidad de Presidente Ejecutivo de Fendipetróleo Nacional, a quien de acuerdo con los estatutos le corresponde la dirección, administración y representación legal de la Federación le es aplicable el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, pues si bien carece de voto sobre las decisiones de Fendipetróleo Seccional Boyacá - Casanare, pues esta es autónoma en sus determinaciones, lo cierto es que en su calidad de Presidente Ejecutivo tiene amplias facultades que le permiten hacerse partícipe de las asambleas seccionales en las que también toman parte los distribuidores minoristas; de lo que se desprende, entonces, que su participación en las seccionales le permite ejercer influjo como presidente nacional del gremio sobre los distribuidores minoristas (estaciones de servicio), más aun si se tiene en cuenta que estos deben acatar los estatutos y las decisiones tomadas por los distintos órganos sociales de la Federación.[843] • El señor Rodrigo Valencia Concha recomendó una unificación de precios con respecto a la venta de

[842] Sentencia. Página 29

[843] Sentencia. Página 30

	combustible por parte de los distribuidores minoristas (estaciones de servicio), unificación que consistía en subirlos y debía ser coordinada para mantener un buen margen de comercialización; conducta encaminada a influir en el criterio de los afiliados de Fendipetróleo Nacional (estaciones de servicio), para fijar los precios de los combustibles, lo que desencadenó la conducta anticompetitiva imputada como tal a su representada legalmente, la cual se encuentra reflejada en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 [844] • "En su calidad de Presidente Ejecutivo de Fendipetróleo Nacional, y en consecuencia en su calidad de representante legal, toleró y ejecutó conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia, al influir sobre los agremiados de la Secciona! Boyacá - Casanare en materia de fijación de precios y márgenes de comercialización con una pretensión claramente anticompetitiva pues en su condición de líder gremial abogó por que no se desplegaran conductas empresariales de libre competencia a partir de los precios del producto, aduciendo que la misma debía circunscribirse a otros aspectos de la actividad empresarial como el servicio prestado en las

[844] Sentencia. Página 36

	correspondientes estaciones.” [845] • Se advierte que si bien el demandante trató el tema de los márgenes de comercialización fijados por el Gobierno y se refirió a la igualdad en el precio del ACPM y del combustible corriente, lo hizo de manera muy general, pues, se reitera, enfatizó en la disminución de los precios por parte de varios distribuidores minoristas de combustible, es decir, desvió los asuntos del margen de comercialización y la igualdad en el precio del ACPM y del combustible corriente, con el fin de evaluar el tema relevante de la unificación de precios por parte de los afiliados. [846]
4.6. Pruebas:	• Res. No. 33970 del 30 de junio de 2020 (Apertura) • Res. No. 71794 del 12 de diciembre de 2011 (Sancionatoria) • Estatutos de la Fendipetróleo Nacional • Grabación de la Asamblea General de Fendipetróleo Secciona! Boyacá - Casanare No. 102 de 14 de junio de 2008 (CD, folio 476 c.1.). • Acta de Asamblea Ordinaria No. 102 de 14 de junio de 2008, la cual obra a folios 351 a 367 del cuaderno No. 1. • Informe de gestión expuesto por el Presidente de Fendipetróleo secciona! Boyacá - Casanare, señor Augusto Vargas Sáenz en la Asamblea Ordinaria del 14 de junio de 2008

[845] Sentencia. Página 40

[846] Sentencia. Página. 36 y 37

	• Testimonio de Andrea Fajardo Moreno • Testimonio de Augusto Vargas Sáenz
4.7. Análisis de deferencia:	La sentencia confirma el fallo de segunda instancia que negó las pretensiones de la demanda y en ella no se observan visos de deferencia judicial toda vez que realiza un control judicial adecuado: emprende un análisis crítico de la prueba, de los argumentos de la demanda, de los argumentos de los actos administrativos y de los argumentos del fallo de primera instancia para arribar a la conclusión que finalmente plasmo en la sentencia.

ANEXO 44 "Ficha 86. COLMENARES"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 86. COLMENARES</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Juzgado 1 Administrativo de Duitama</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Ronald Castellar Arrieta</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00116-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="2">23 V 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Hernando Colmenares Salamanca</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Res. 11651 del 29 de febrero de 2012</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas
• Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general
• Art. 48 Núm.. 2 Decreto 2153 de 1992: Influenciar a una empresa para aumento o disminución de precios</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa $160.680.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de las partes pertinentes de la Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Nulidad de las partes pertinentes de la Res. 11651 del 29 de febrero de 2012
• Que se declare que no existe sanción pecuniaria contra el demandante
• Que se pague $40.000.000 por concepto de daños y perjuicios con intereses</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">• Falta de competencia de la SIC para imponer la sanción.</td></tr>
</table>

	La parte actora considera que de acuerdo con el numeral 2 del artículo 12 del Decreto 2876 de 1984, esa competencia le corresponde al alcalde de Duitama. • **Caducidad de la facultad sancionatoria.** El acto administrativo que impone la sanción fue expedido el 29 de febrero de 2012 y allí se establecen supuestos hechos ocurridos desde el primero de enero de 2007 a raíz de la queja presentada por el ciudadano Jorge Eliécer Sánchez Archila con fecha 1° de abril de esa anualidad, por lo que para el actor habían transcurrido más de tres años desde la comisión de la falta y por tanto había operado la caducidad en los términos del Art. 52 del Decreto 2153 y el Art. 38 del CCA • **Violación del principio de congruencia.** Al aquí demandante, se le sanciona por ejecutar las conductas de que trata el artículo 1° incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153de 1992, sin embargo, el acto administrativo adolece del mencionado principio, pues no se sabe a qué conductas se refiere el artículo 1°, ni a cuál decreto pertenece dicho artículo. Agrega que no hay pruebas de que el actor haya ejecutado las conductas que le fueron endilgadas. • **Falsa motivación.** No se tuvo en cuenta por la accionada que los precios los regula el Gobierno Nacional y

	no se deja margen de competencia. No se investigó que particularmente en el caso de la cooperativa COOFLOTAX, para el año 2007 se tenía contrato de distribución con Shell como estación Home Base y por tanto su consumo era solo para los propios vehículos de los asociados. No se tuvo en cuenta las condiciones de las empresas solidarias y se ha pretendido acabarlas- Se ha observado un abuso de poder, pues desde el inicio de la investigación los investigadores mostraron un afán sancionador. • **Desviación del poder.** El actor plantea de manera general que las decisiones acusadas obedecieron a criterios de arbitrariedad, al no existir ningún criterio de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad a la imposición de la multa, enfatizando que el fin perseguido por la demandada era obtener unas jugosas multas y no proteger a los consumidores de gasolina y ACPM en Duitama. • **Violación de la garantía de no autoincriminación.** Dicho cargo tiene que ver con el presunto constreñimiento, el demandante manifiesta que fue obligado a declarar contra sí mismo, bajo juramento, en contravención del artículo 33 de la Constitución Política y de los artículos 214 y 3 numeral 1 do la Ley 1437 de 2011.
3.3.Cargos de fondo:	N.A
3.4.Pruebas técnicas:	N.A

<table>
<tr><th colspan="8">4. FALLO</th></tr>
<tr><td colspan="4">4.1.Decisión</td><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td>Niega:</td><td>X</td><td>Anula:</td><td>X</td><td>Confirma:</td><td></td><td>Revoca:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="8">• Se declarará la nulidad parcial de los actos causados, esto es, en los apartes que se refieren al actor exclusivamente.
• Se niega la indemnización reclamada por cuanto no aparecer demostrados tales perjuicios y la carga de la prueba debía ser satisfecha por la parte actora, en los términos del artículo 167 CGP.</td></tr>
<tr><td colspan="4">4.2. Motivo:</td><td>Formal:</td><td>X</td><td>Fondo:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="4">4.3. Consideraciones formales:</td><td colspan="4">Sobre la falta de competencia:
• “De acuerdo con lo expuesto, es claro que el Decreto 2876 de 1984 no es la norma aplicable para determinar la competencia de la SIC, en materia de investigaciones y sanciones por prácticas que atenten contra la libre competencia en el mercado.” [847]
• “Al respecto, el Despacho advierte que el decreto citado por el demandante se circunscribe estrictamente al control de precios en el mercado y no a las prácticas restrictivas de la competencia, por lo que dicho decreto no es aplicable al presente caso. Debe precisarse que, frente a las prácticas restrictivas de la competencia, la SIC es competente para investigar y sancionar a quienes incurran en las mismas. En el sub examine la sanción objeto de estudio no se impuso por desconocimiento de precios de los combustibles, sino por un presunto acuerdo entre las estaciones de servicio de Duitama, promovido por Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, tendiente a establecer un paralelismo en los precios de la gasolina, conducta</td></tr>
</table>

[847] Sentencia. Página 6

	que materializo la práctica restrictiva de la competencia. En otros términos, si bien los actos administrativos demandados comportan un asunto relacionado con precios de los combustibles para destacarse que el motivo de la sanción no es el desconocimiento de estos, sino la práctica concretada en el citado acuerdo que afecta directamente la competencia en el mercado de los combustibles del municipio de Duitama.” [848] **Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria:** • “Sobre este particular, el Consejo de Estado ha dicho que desde el punto de vista de su ejecución, las conductas pueden ser instantáneas o continuadas, refiriendo al efecto que la conducta continuada es aquella cuya comisión se prolonga en el tiempo y termina cuando cesan los actos que dan lugar a la misma. El anterior planteamiento es fundamental cuando nos encontramos término de caducidad de las acciones administrativas cuando nos encontramos frente a conductas sucesivas o continuadas. Pues bien, la mencionada corporación ha dicho que estos eventos, la fecha que se toma como referente para tal efecto es aquella en que cesa la conducta mas no cuando esta comienza a realizarse.” [849]

[848] Sentencia. Página 5 – 6

[849] Sentencia. Página 6

	• "Bajo ese entendido, debe precisarse que de acuerdo con las tablas comparativas de precios de los combustibles que militan de folios 52 a 53 y 145 a 147 del expediente, la conducta realizada por el demandante fue continuada en tanto el aludido acuerdo de precios promovido por FENDIPETROLEOS Seccional Boyacá y Casanare, que materializó la práctica restrictiva de la libre competencia en el mercado de combustibles en Duitama, se extendió sucesivamente en el tiempo entre el mes de enero del año 2007 y el mes de diciembre del año 2009." [850] • "Si se tuviera como referente para computar el término de caducidad de la facultad sancionatoria el día 4 de mayo de 2009, fecha en que se produjo la desvinculación del demandante como representante legal de Cooflotax (fl. 213), se tiene que entre esa fecha y el día de notificación de la Resolución No. 11651 de 29 de febrero de 2012 -9 de marzo de 2012-, que le impuso la sanción pecuniaria al actor, transcurrió un término de dos años, diez meses y seis días, por lo que, de todas maneras, la entidad demandada se encontraba en término para imponer la correspondiente sanción, razón por la que el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria no prospera." [851]

[850] Sentencia. Página 7

[851] Ibid.

	Sobre la violación del principio de congruencia: • "El Despacho advierte que, si bien no señalo la entidad demandada a que cuerpo normativo pertenecía la disposición contentiva de la conducta en que incurrió el actor, de todas formas, un análisis sistemático de los actos demandados, en sus partes considerativa y resolutiva, permite inferir que la sanción impuesta al demandante es por transgredir el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 ibidem, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Siendo así, no existe la incongruencia censurada por el demandante y, en tal virtud, el presente cargo tampoco está llamado a prosperar." [852] **Sobre la falsa motivación:** • "Ninguna de las razones traídas a colación por el actor dan lugar a la configuración de la causal de nulidad denominada falsa motivación, en la medida que ésta supone la existencia de motivos fácticos o jurídicos, que no corresponde a la realidad y que por tanto fueron supuestos por la autoridad administrativa al momento de adoptar la correspondiente decisión. Las falencias anotadas relevarían al Despacho de entrar a estudiar si existió o no falsa motivación, pues los procesos contencioso administrativos de nulidad y restablecimiento del derecho constituyen un escenario dispositivo, correspondiéndole a la parte demandante exponer

[852] Ibid.

	de manera clara precisa, suficiente y pertinente los argumentos que estructuran la respectiva causal de nulidad esgrimida en la demanda; carga procesal que no puede ser suplida oficiosamente por el juez administrativo.” [853] **Sobre la desviación de poder:** • “Ninguna prueba arrimada al expediente demuestra que con su actuar la SIC, al expedir los actos demandados, persiguió un fin distinto de aquello que orientan el servicio público (Artículo 2° C.N). Particularmente la supuesta arbitrariedad que endilga la parte actora, según la cual la entidad persiguió exclusivamente la imposición de elevadas sanciones pecuniarias se desvirtúa por el hecho que, al resolverse el recurso de reposición, el valor de la multa le fue reducida en más del 60%, al haber pasado de $ 160.680.000 a $ 55.675.620. Sobre el cargo de desviación de poder, solamente se cuenta en el expediente con el dicho de la parte actora que, desde luego, resulta insuficiente para dar por demostrado el vicio referido. Siendo así , el cargo no prospera.” [854] **Sobre la violación de la garantía de no autoincriminación:** “Bajo este entendido, por el despacho es claro que además de los asuntos penales, correccionales y de policía, la Corte Constitucional mediante

[853] Sentencia. Página 8

[854] Sentencia. Página 9

	la sentencia C-258 del 6 de abril de 2011, hace extensiva la aplicación del principio de no autoincriminación a los procesos en los cuales esté presente la actividad sancionatoria del Estado, como es el caso, entre otros, de los procesos mencionados y todos aquellos de carácter sancionatorio como es el caso de los procesos disciplinarios por responsabilidad fiscal, o los que adelanta la SIC que implican la Imposición de sanciones por incursiones en prácticas restrictivas de la libre competencia. [855] • "Atendiendo al carácter sancionatorio del procedimiento seguido contra el actor, en los términos de la sentencia C-258 de 2011, era del caso aplicar la garantía de no autoincriminación. motivo, no era procedente interrogar al demandante bajo la gravedad de juramento, toda vez que no se trataba de un testigo sino de, hasta ese momento, uno de los presuntos responsables. Al haberlo hecho de esta forma la entidad demandada desconoció el principio mencionado y, consecuencialmente, el derecho al debido proceso del actor, máxime cuando la responsabilidad del demandante en la participación de la conducta sancionada se demostró esencialmente a partir de lo "confesado" por este bajo la gravedad de juramento como se aprecia a folio 38 del expediente pagina 33 de la

[855] Sentencia. Página 10

	Resolución 71794 del 12 de diciembre de 2011.” [856] • “Sobre este aspecto, la primera precisión que debe hacer el Despacho es que el interrogatorio no es, en lo absoluto, un medio de prueba, su naturaleza lo identifica simplemente como un instrumento para: i) Obtener la prueba de confesión provocada en el caso del interrogatorio de parte, y ii) Obtener la declaración de un tercero en el caso de la prueba testimonial. Como puede apreciarse entonces, el interrogatorio no es un medio de prueba, sino una técnica para eventualmente obtener alguno de los dos medios de prueba señalados.”[857] • “Queda revelado entonces que el Decreto 2153 de 1992 únicamente autorizó a la SIC para interrogar bajo juramento a los testigos (Terceros), mas no a los investigados para respetar lo establecido en el artículo 33 Constitucional, pues se restringía la aplicación del principio de no autoincriminación a los asuntos penales, correccionales y de policía, criterio que posteriormente fue extendido a otro tipo de asuntos en virtud de la citada sentencia C-258 de 2011. Bajo la anterior perspectiva, resulta indudable que si bien los hechos materia de investigación fueron determinados por la SIC a través de diferentes medios de

[856] Sentencia. Página 10

[857] Sentencia. Página 11

	pruebas concretamente el paralelismo de precios, la responsabilidad del actor se estableció a partir de una prueba ilícita, pues la misma fue obtenida con violación del debido proceso. Ello en la medida que la supuesta "confesión del actor fue obtenida bajo juramento, cuando ello era manifiestamente improcedente. Dicha prueba de confesión, en tal caso, era nula de pleno derecho en los términos del artículo 29 inciso final C.N y, por esa razón, solo procedía excluirla al momento de imponer la sanción, toda vez que con mucha antelación había sido expedida la sentencia C-258 de 2011."[858] • "Al haber sido la confesión obtenida con violación del debido proceso, el principal elemento de juicio para establecer la responsabilidad del investigado, el presente cargo de nulidad está llamado a prosperar." [859]
4.4. Pruebas:	• Copia del expediente administrativo 07 27597. • Certificación de fecha 25 de agosto de 2012 expedida por el Gerente de Cooflotax en la consta que el señor Hernando Colmenares Salamanca laboro en dicha Cooperativa en el cargo de gerente desde el primero de abril del año 2001 al cuatro de mayo de 2009 (fl 213).

[858] Sentencia. Página 12

[859] Ibid.

	• Circulares de Cooflotax No. GGC-041-2002 del 27 de mayo de 2002, GGC-089-2005 del 3 de junio de 2005 y GGC-357-2007 del 5 de noviembre del 2007 • Copia de los estatutos de la Cooperativa de Transportes Flotax Duitama – COOFLOTAX • CD denominado medios magnéticos CP 9, 10 y 11 Fendi petróleos modulo en el folio 304, donde reposa la declaración rendida por Hernando Colmenares Salamanca ante la SIC en la carpeta medios magnéticos CP9 folio 57 • Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
4.5. Consideraciones de fondo:	N.A
4.6. Pruebas:	N.A
4.7. Análisis deferencia:	El Juzgado anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la violación a la garantía de la no autoincriminación ya que la Superintendencia utilizó como única prueba en contra del demandante su declaración en el trámite administrativo. Se lee en el acta de la audiencia de fallo lo siguiente: "Queda revelado entonces que el Decreto 2153 de 1992 únicamente autorizó a la SIC para interrogar bajo juramento a los testigos (Terceros), mas no a los investigados para respetar lo establecido en el artículo 33 Constitucional, pues se restringía la aplicación del principio de no autoincriminación a los asuntos penales, correccionales y de policía, criterio que posteriormente fue extendido a otro tipo de asuntos

	en virtud de la citada sentencia C-258 de 2011. Bajo la anterior perspectiva, resulta indudable que si bien los hechos materia de investigación fueron determinados por la SIC a través de diferentes medios de pruebas concretamente el paralelismo de precios, la responsabilidad del actor se estableció a partir de una prueba ilícita, pues la misma fue obtenida con violación del debido proceso. Ello en la medida que la supuesta "confesión del actor fue obtenida bajo juramento, cuando ello era manifiestamente improcedente. Dicha prueba de confesión, en tal caso, era nula de pleno derecho en los términos del artículo 29 inciso final C.N y, por esa razón, solo procedía excluirla al momento de imponer la sanción, toda vez que con mucha antelación había sido expedida la sentencia C-258 de 2011"[860] En este caso, la nulidad de los actos administrativos de la demanda evidencia un control estricto por parte del juez en lo referente a los asuntos formales como lo es el del principio de la no autoincriminación. Ahora bien, de la revisión de la sentencia, se observa que el demandante esgrimió varios argumentos, entre los que se encuentra el de la falsa motivación porque en su criterio "a) No se tuvo en cuenta por la accionada que los precios los regula el Gobierno Nacional y no se deja margen a la competencia, b) No se investigó lo

[860] Página 12 del acta de la audiencia de fallo.

	desfavorable a los inculpados, particularmente que en caso de la cooperativa COOFLOTAX, para el año 2007 se tenía contrato de distribución con Shell como estación Home Base y por tanto su consumo era sólo para los propios vehículos de los asociados; c) No se tuvo en cuenta las condiciones de las empresas solidarias y se ha pretendido acabarlas, y d) Se ha observado un abuso de poder, pues desde el inicio de la investigación los investigadores mostraron un afán sancionador"[861] Frente al cargo citado, el fallo analizado se pronunció así: "(…) el Despacho evidencia que en el sub examine la SIC hizo un estudio de la conducta competitiva desplegada por el demandante y procedió a imponer la correspondiente sanción basada en los hechos, las pruebas y el marco normativo aplicable al caso concreto. En su investigación la entidad demandada estableció que en el periodo comprendido entre el mes de enero de 2007 y el mes de diciembre de 2009 existió un acuerdo de precios de los combustibles, configurándose una práctica restrictiva del mercado, que genero una manipulación de los márgenes de utilidad por galón de combustible en Duitama y, concretamente, que el señor Hernando Colmenares Salamanca cohonestó con esta prédica, al ejecutar dicho acuerdo en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2007 y el 4 de mayo de 2009, fecha en que se produjo su

[861] Página 7 y 8 del acta de la audiencia de fallo.

	desvinculación del cargo de Gerente de la Cooperativa du Transportadores Flotax Duitama - Cooflotax."[862] Se aprecia de esa consideración que el fallo utiliza como argumento para desatar el cargo lo realizado por la Superintendencia en el proceso sancionatorio. Sin embargo, el fallo no confronta los estudios ni las pruebas ni las conclusiones realizadas por la autoridad de competencia con los alegatos del demandante ni con su propia apreciación de las pruebas. Esa forma de desechar el cargo de la demanda, en criterio del autor es un viso muy importante de deferencia judicial. En efecto, en este tipo de procesos los demandantes no discuten la existencia de lo que plasmó la autoridad en las resoluciones sancionatorias por ser ello un hecho evidente e indiscutible. Lo que se discute es la validez y legalidad de las conclusiones derivadas de sus apreciaciones. En ese orden de ideas, el hecho de que la autoridad haya realizado estudios y haya esgrimido pruebas en nada ayudan a resolver el cargo de nulidad planteado en relación con la falsa motivación. De conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que se espera del juez es que confronte las conclusiones de la Superintendencia con los cargos de la demanda y con su propia apreciación de los hechos y las pruebas y que con fundamento en todo lo anterior adopte una decisión motivada. Si el juez resuelve el caso en el mismo sentido que lo hizo la autoridad de competencia debe explicar por qué

[862] Página 8 del acta de la audiencia de fallo.

	llegó a esa conclusión y por qué validó los argumentos de los actos administrativos sancionatorios en detrimento de los cargos esgrimidos en la demanda. Así mismo deberá proceder si decide anular los actos administrativos. Se reitera, la existencia de argumentos en los actos administrativos sancionatorios no es fundamento suficiente para que los mismos superen el control judicial. Es deber del juez adentrarse en un análisis profundo de la validez y legalidad de la actuación administrativa ejerciendo incluso sus facultades probatorias oficiosas. Finalmente, la sentencia en mención sería confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante fallo del 26 de septiembre de 2016

ANEXO 45 "Ficha 88. GONZALEZ"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 88. GONZÁLEZ</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Juzgado 2 Administrativo de Duitama</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Inés Núñez Cruz</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2013-000076-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>16 IV 15</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Álvaro Javier González Manrique</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Res. 11651 del 29 de febrero de 2012</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas
• Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general
• Art. 48 Núm.. 2 Decreto 2153 de 1992: Influenciar a una empresa para aumento o disminución de precios</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $160.780.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad parcial de la Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Nulidad parcial de la Res. 11651 del 29 de febrero de 2012
• Declarar que el demandante no está obligado a pagar ningún valor
• Devolución de la multa y de los intereses correspondientes
• Pago de daños ocasionados al buen nombre
• Condenar en costas</td></tr>
</table>

3.2. Cargos formales:	• **Violación del derecho al debido proceso y al derecho de defensa:** Se desconoció la garantía de no auto incriminación, pues se le constriño a declarar contra sí mismo, bajo la gravedad de juramento, declaración que, en criterio de la SIC, sustenta probatoriamente la comisión de la falta. Se adelantó una instrucción que no fue pública ni transparente, en la que no se tuvo la oportunidad de pedir ni controvertir pruebas y algunas de ellas no fueron valoradas en debida forma. En las resoluciones acusadas no se menciona la norma que sirve de fundamento para la decisión allí contenida. Existe divergencia entre los hechos acreditados por la SIC durante la investigación administrativa y la realidad jurídica a la que estaba sometido el demandante. Se partió de la presunción que el accionante era culpable, al afirmarse una especie de responsabilidad objetiva. • **Caducidad de la facultad sancionatoria:** El demandante fue investigado y sancionado bajo la Ley 1340 de 2009. Sin embargo, esta Ley no estaba vigente para la fecha de presentación de la queja que dio origen a la investigación. Por lo anterior, la caducidad de la facultad sancionatoria era de 3 años. • **Violación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad:** Al momento de realizar la dosificación de la sanción no se

	tuvo en cuenta la realidad fáctica del sub lite y tampoco se consultaron los estados financieros del actor.
3.3.Cargos de fondo:	• **Violación del derecho a la libertad de asociación**. Se parte de la premisa Indebida calificación fáctica. Divergencia entre los hechos corroborados y la realidad jurídica del demandante.
3.4.Pruebas técnicas:	N.A
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	

(observaciones)

4.2. Motivo:	**Formal:**	**x**	**Fondo:**		
4.3. Consideraciones formales:	**Sobre la normativa aplicable:** • "Para efectos de establecer la normatividad a considerar en el trámite sancionatorio adelantado por la SIC, corresponde determinar si la conducta que dio lugar a la actuación administrativa es de carácter instantánea o continuada. (…) De conformidad con el acervo probatorio allegado a las diligencias, **se advierte que el acuerdo de precios que motivó la investigación adelantada por la SIC, se produjo y conservó** por las distribuidoras de combustibles señaladas en los actos acusados, entre ellas DICOSOL S.A., cuyo representante legal era el aquí actor, **hasta el mes de diciembre de 2009, según dan cuenta los cuadros comparativos de las tablas 6 a 10 y el gráfico número 5 plasmados en la Resolución 71749 de 2011 (fls. 210 a 213 Anexo 1), lo que implica que**				

	la conducta por la que fue sancionado el hoy demandante, constitutiva de una práctica comercial restrictiva de libre competencia, fue permanente y continuada."[863] • "Si bien para el año 2007, momento en que se inició la investigación, estaba vigente el Decreto 2153 de 1992, (…) en el transcurso de la misma fue expedida la Ley 1340 del 24 de julio de 2009, que entró en vigencia el mismo día, época para la que se continuaba desarrollando la conducta por la que fue sancionado el demandante y se extendiera, como ya se ha mencionado, hasta el mes de diciembre de dicha anualidad, por lo que correspondía definir la situación en comento atendiendo a lo normado por la precitada ley."[864] • Sobre el tema, en asunto similar al que ocupa la atención del Juzgado, el H Consejo de Estado al estudiar lo concerniente a la ley aplicable para determinar la caducidad de la facultad sancionatoria consideró: "Se advierte, en conclusión, que desde la última fecha de ejecución de la conducta contraria a las normas de promoción de la competencia, esto es, diciembre de 2009, hasta la fecha de notificación de las Resoluciones núms. 71794 del 12 de diciembre de 2011 y 11651 de

[863] Sentencia. Página 10

[864] Ibid.

	29 de febrero de 2012, es decir, los días 16 de diciembre de 2012 y 13 de marzo de 2013, respectivamente, no había transcurrido el término de cinco (5) años, a que se refiere el artículo 27 antes citado a efectos de que se produjera el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado." [865]" [866] • "Acorde con lo antes expuesto y al haberse aplicado en el trámite impartido por la entidad accionada las disposiciones legales vigentes y procedentes, el cargo formulado no se encuentra llamado". [867] **Sobre el derecho al debido proceso y el derecho de defensa:** • "Pues bien, verificada la investigación adelantada por la SIC y que finalizó con la expedición de la Resolución No. 71794 del 12 de diciembre de 2011,(…)Advierte el Despacho que en la misma se garantizaron los derechos fundamentales al debido proceso, de publicidad y contradicción del actor, toda vez que las decisiones en ella adoptadas fueron notificadas en debida forma, según da cuenta lo registrado en el expediente digitalizado allegado por la entidad accionada, lo que permite afirmar que tuvo la

[865] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre dedos mil catorce (2014). CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. REF: Expediente núm. 2013- 00254-01. Recurso de apelación contra la sentencia de 28 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Actores: ESTACIÓN DE SERVICIO VILLA DE RÍO LTDA. Y OTROS.

[866] Sentencia. Página 11

[867] Ibid.

	oportunidad de controvertirlas mediante la interposición de los recursos correspondientes" [868] • "En lo que respecta al trámite probatorio impartido, del contenido de los actos cuya nulidad se depreca, se advierte que, en estos fueron discriminados y considerados los distintos medios de prueba recaudados para adoptar la decisión en comento, sin que se haya acreditado en el trámite de las presentes diligencias, que se hubiere incurrido en omisión o indebida práctica o valoración de alguno de ellos"[869] • "Tal como lo expresara el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la providencia ya mencionada que, bien puede el citado a interrogatorio de parte guardar silencio frente a lo que él considere que lo auto incrimina, sin que pueda ser tenido dicho silencio como indicio en su contra, lo que desvirtúa los reparos formulados por el hoy actor frente al recaudo de dicho medio de prueba." [870] • Igualmente, el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de fecha 24 de marzo de 2014, proferida en el Radicado No. 150001 2333 000 2013 00254 00, en relación con el tema señaló que: "En conclusión, las disposiciones en materia de prácticas restrictivas

[868] Sentencia. Página 11

[869] Sentencia. Página 12

[870] Ibid.

	tienen como función principal la protección de la libre competencia económica en su dimensión objetiva, como interés general, donde los términos "por objeto" o "como efecto" más que permitir identificar el componente subjetivo que motivó a las partes a coordinar sus precios; permiten analizar la manera como el acuerdo incide sobre el buen funcionamiento del mercado y el interés de los consumidores. Se advierte por tanto, que no es sólo la configuración de la conducta lo que indefectiblemente conlleva la imposición de una sanción, sino la consecuencia causada en detrimento de la actividad que regula la labor comercial..." [871] • "Así las cosas el Despacho observa que. fue con fundamento en las pruebas decretadas, allegadas y valoradas en el proceso objeto de la presente demanda, que la SIC estableció que el acuerdo celebrado entre las estaciones de servicio de Duitama, ente ellas La Avenida, propiedad de DICOSOL S.A., representada para la época de los hechos por el señor GONZALEZ MANRIQUE, afecto el desarrollo normal del mercado, por lo que se configuró una práctica comercial restrictiva, de la que tuvo conocimiento y participó el antes mencionado, lo que desvirtúa los argumentos por él planteados." [872]

[871] Sentencia. Página 13

[872] Ibid.

	Sobre la falsa motivación: • "En lo que se refiere a la falsa motivación de los actos cuya nulidad se depreca observa el Juzgado que, contrario a lo señalado por la parte demandante, la SIC relacionó en debida forma las disposiciones vulneradas al igual que las normas fundamento de las decisiones y sanciones impuestas, sin que dentro del trámite se hubiera acreditado por el demandante la configuración de una fuerza mayor o caso fortuito que hubiese conllevado a los distribuidores a ejecutar políticas contrarias a la libre competencia o que el hecho nunca existió, que se dio una autorización del gobierno o alguna de las conductas que por ley se exceptúan por no ser restrictivas de la libre competencia."[873] **Sobre la dosificación de la sanción:** • "Sobre este punto el Juzgado no comparte los señalamientos efectuados, pues si se verifica el contenido de la Resolución 11651 del 29 de febrero de 2012, a través de la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la sanción impuesta, se aprecia que la entidad demandada expone y sustenta las razones que fundamenta la imposición de la sanción cuestionada, analizando las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos. Tan es

[873] Ibid.

	así que al establecerse que no fueron tenidos en cuenta en su debida oportunidad elementos para su graduación, modifica la decisión inicialmente adoptada explicando la metodología a seguir y los factores de dosificación que finalmente determinaron reducir el monto de la sanción."[874] • Adicionalmente, el Consejo de Estado en la providencia antes citada al analizar un cargo similar al que es objeto de estudio indicó que: "... en cuanta respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma."[875].
4.4. Pruebas:	• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011 • Cuadros comparativos de las tablas 6 a 10 y el gráfico número 5, plasmados en la Resolución No 71749 de 2011 (fls. 210 a 213 Anexo 1) • Res. 11651 del 29 de febrero de 2012
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre el derecho de asociación:** • "Sobre los derechos de asociación y libertad de empresa y su sujeción a límites compatibles con la Carta, ha considerado la H. Corte Constitucional:" Cuando el derecho de asociación gira en torno a proyectos económicos y

[874] Sentencia. Página 13, 14

[875] Sentencia. Página 14

	se ejerce con propósitos lucrativos, su reconocimiento se enmarca en el derecho de libertad de empresa, esto es, en el artículo 333 de la Constitución Política. Esta norma superior consagra el derecho al libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común(…)De lo expuesto se infiere que la libertad económica no es un derecho absoluto pues es el mismo constituyente el que permite que el legislador le imponga límites para realizar fines constitucionalmente valiosos. Por ello es legítimo que el legislador promulgue normas que limiten el ejercicio de esa libertad pero debe hacerlo siempre de manera compatible con el sistema de valores, principios y derechos consagrado en la Carta pues no se trata de anular el ejercicio de ese derecho sino de reconocerlo y promoverlo sin desconocer el equilibrio que debe existir entre su reconocimiento -y la realización de otros fines constitucionales igualmente valiosos." C-792-02"[876] • Por ende y tal como lo considerara la SIC, la comisión de una conducta anticompetitiva como la que motivo la imposición de la sanción aquí cuestionada no puede encontrar justificación alguna en el derecho de asociación ni mucho menos en la libre competencia, como

[876] Sentencia. Página 15

	quiera que dicha infracción afecta los intereses de la colectividad reflejados en el correcto funcionamiento de los mercados.” [877]
4.6. Pruebas:	**N.A (**no analiza pruebas)
4.7. Análisis deferencia:	El fallo niega las pretensiones de la demanda y en él se evidencian visos de deferencia judicial en los siguientes términos. Uno de los cargos de la demanda consistió en el cuestionamiento que el demandante realiza a la valoración probatoria realizada en los actos administrativos demandados. Así lo resume el fallo en comento: “Igualmente, refiere que los actos administrativos demandados están falsamente motivados por cuanto se presentan divergencias entre los hechos corroborado y acreditados por la accionada y la realidad jurídica a la que estaba sometido el señor GONZALEZ MANRIQUE efectuándose una indebida calificación fáctica. “Finalmente sostiene que, no se dio la adecuación típica de la conducta endilgada por el quejoso, ni de oficio se logro demostrar que el comportamiento del hoy demandante, haya encajado en alguno de los supuestos de infracción establecidos por el Decreto 2153 de 1992.”[878] Sin embargo, al resolver estas acusaciones, la sentencia no realizó ningún análisis crítico de la valoración

[877] Sentencia. Página 15

[878] Página 3 de la sentencia.

	probatoria realizada por la autoridad en los actos demandados, simplemente se limitó a señalar en dos párrafos lo siguiente: "Ahora, en lo que respecta al trámite probatorio impartido, del contenido de los actos cuya nulidad se depreca se advierte que, en estos fueron discriminados y considerados los distintos medios de prueba recaudados para adoptar la decisión en comento, sin que se haya acreditado en el trámite de las presentes diligencias, que se hubiera incurrido en omisión o indebida práctica o valoración de alguno de ellos. "Nótese que, en la actuación administrativa en la que se decretaron las pruebas de la investigación adelantada por la SIC. se realizó pronunciamiento respecto de todas y cada una de las solicitadas por las partes y decretadas de oficio y se señalaron las razones por las que se negaba la práctica de algunas de ellas sin que obre en el plenario prueba alguna que demuestra que, contra las decisiones se hubieran ejercido los recursos de ley, a peras que las decisiones fueron debidamente notificadas"[879]. Es evidente que la sentencia adhiere a la postura de la administración sin siquiera explicar el análisis crítico que realizó en relación frente a los argumentos de la demanda y al acto administrativo demandado. en este orden de ideas, el control judicial se limitó a refrendar el obvio contenido de

[879] Página 10 de la sentencia.

	los actos demandados sin motivación alguna. Esta providencia no fue apelada por el demandante, razón por la cual quedó en firme.

ANEXO 46 "Ficha 89. FENDIPETROLEO"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 89. FENDIPETRÓLEO</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Fredy Ibarra Martínez</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00374-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="2">31 VII 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo Seccional Boyacá y Casanare</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Res. 11651 del 29 de febrero de 2012</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general
• Art. 48 Núm.. 2 Decreto 2153 de 1992: Influenciar a una empresa para aumento o disminución de precios</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $1.071.200.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de la Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Nulidad de la Res. 11651 del 29 de febrero de 2012
• Que se revoquen los actos administrativos demandados
• Pago de $714.856.000 por daño emergente.
• Pago de $674.856 por lucro cesante
• Condena en costas</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">• Ausencia de gradualidad, proporcionalidad y dosimetría de la sanción de multa.</td></tr>
</table>

	La SIC no tuvo en cuenta la reincidencia, el grado de participación, ni el impacto de las actuaciones en el mercado y los consumidores. • **Violación del principio de legalidad.** La SIC impuso una sanción con base en conductas que no están prohibidas en la ley como las relacionadas con las discusiones que se dan al interior de las asociaciones gremiales. En el presente nunca se suscribieron acuerdos sobre fijación de precios de la gasolina. • **Inconducencia e impertinencia de las pruebas.** La SIC sancionó con base en una carta del Presidente de Fendipetróleo Nacional dirigida a Terpel. Dicha carta sin embargo se envió con posterioridad a la ocurrencia de los hechos por los cuales finalmente fueron sancionados. El presidente de la seccional realizó una intervención en la asamblea del 14 de junio de 2008 de cuya intervención la entidad toma frases sin analizar su integralidad para tergiversar lo expresado. Sin embargo, está en nada obliga a la aquí demandante porque solo se discutieron temas de importancia para el sector. Que la SIC extrae apartes de las Actas de la Junta Directiva de Fendipetróleo Nacional y saca de contexto frases de miembros independientes que no forman la voluntad de la seccional. • **Doble imputación de pena por los mismos hechos.**

	La SIC sancionó a Fendipetróleo Nacional y a la Seccional con base en el art. 48 del Decreto 2153, pero a su vez al presidente de dicha federación con fundamento en el art. 4 del decreto referido configurándose una doble sanción al mismo sujeto. En caso de existir dolo o culpa grave por parte del representante legal, no podía imputársele responsabilidad al órgano gremial. No puede juzgarse de manera idéntica una expresión verbal o discurso de una persona natural individualmente considerada en el desarrollo del orden del día de una reunión gremial • **Desviación de poder.** La SIC valoró erróneamente las pruebas atribuyéndole un mayor valor probatorio a unos medios de prueba fijando su propia tarifa legal. No comprobó de manera objetiva que se incumplieran las normas de protección de la competencia.
3.3.Cargos de fondo:	• **Inexistencia de antijuridicidad de la conducta.** La conducta del demandante no puede tomarse como causa de la conducta de las estaciones de servicio. La existencia de un paralelismo no implica una práctica colusoria. Los precios de las estaciones de servicio se determinan con los mecanismos de fijación del Ministerio de Minas y Energía bajo el régimen de libertad regulada razón por la que los precios entre estaciones resultan ser muy similares basados en su estructura de

	costos y en su poca maniobrabilidad, por cuanto existe un precio máximo establecido y unos escasos márgenes de comercialización y distribución minorista. El demandante nunca ha rechazado a agentes del mercado que se nieguen a seguir los lineamientos planteados en relación con el precio de combustible. En ningún momento existió paralelismo en los precios de la gasolina ni práctica comercial en desmedro del consumidor final. • **El aquí demandante nunca influyó en las voluntades de los agentes del mercado**. El demandante nunca se ha desviado de las funciones de agremiación para el mejoramiento del sector por lo que no ha existido limitación a la libre competencia. Buscar que algunos agentes del mercado de combustibles apliquen los precios fijados por el gobierno y mantengan la calidad del producto no deviene en el ejercicio de una influencia sobre las estaciones de servicios. Aconsejar mantener una utilidad que le permita subsistir a través de un razonable margen de comercialización y distribución minorista no se sale de la órbita de su gestión ni transgrede el interés social ni mucho menos el del mercado. • **Vulneración del derecho de asociación.** La SIC intervino en las reuniones privadas a nivel gremial creadas para discutir

	temas generales del producto como la calidad y los precios (no a nivel competitivo) y los sancionó argumentando que no pueden discutir ninguno de los temas para los cuales fueron creadas. Se valoró de manera errónea algunas intervenciones al interior de las reuniones del demandante que nada tenían que ver con los precios de gasolina corriente y ACPM. La asociación únicamente publicita los valores. La uniformidad de los precios de gasolina no obedece a una práctica paralela o concertada, sino a los factores mismos del mercado como la uniformidad de costos operativos y los precio del Ministerio de Minas. No es verdad que haya un alto margen de ganancia entre los agentes derivada del acuerdo, pues el mismo nunca existió.
3.4.Pruebas técnicas:	N.A

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				**Sobre la ausencia de gradualidad, proporcionalidad y dosimetría de la sanción de multa.** • "De conformidad con esa preceptiva se tiene que la sanción de multa impuesta a Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare en cuantía de $1.071.200.0002 corresponde el máximo monto permitido por la ley, suma esta que se determinó teniendo en cuenta el impacto negativo que tuvo la conducta ejercida por la parte actora en tanto que incidió			

	de manera indirecta en la formación de precios de los combustibles gasolina corriente y ACPM en el municipio de Duitama, circunstancia que quebrantó de manera ostensible las normas que regulan la libertad de competencia lo que pone de presente que la suma establecida por la SIC no sobrepasó el tope máximo determinado por la ley.” [880] • “Se tuvo en cuenta que las conductas sancionadas no traspasaron el ámbito local (Duitama) ni amenazó la libre y transparente competencia de precios en el mercado nacional, aunado al hecho de que los temas relacionados con la unificación de los márgenes de los distribuidores minoristas de combustibles llevados a cabos por la parte actora precisamente se dieron al interior de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, esto es, que no fueron propiciados por Fendipetróleo Nacional. La SIC al momento de resolver el recurso de reposición presentado en contra del acto administrativo inicial analizó y ponderó debidamente los criterios de dosificación antes referidos de manera que disminuyó considerablemente el monto de aquella”[881] **Sobre la doble imputación:** • “La sanción de multa impuesta al ex presidente de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare fue en su

[880] Sentencia. Página 33

[881] Ibid.

	condición de persona natural por el hecho de haber autorizado, ejecutado o tolerado el comportamiento que generó la concreción de actos contrarios a la libertad de competencia, tal como lo dispone el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 19923, en tanto que la multa impuesta a Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare tuvo como fundamento la actuación que afectó la libre formación de precios de combustibles pero teniendo en cuenta la personalidad jurídica de esta, condiciones estas que no se contraponen tal como expresamente lo establece la ley, ya que evidentemente se trata de dos personas perfectamente distintas, una, el representante legal de la referida agremiación como persona natural y, otra, la persona jurídica Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, cada una de las cuales tiene sus propios deberes, derechos y responsabilidades sin lugar a que se subsuman o confundan todos en los de una sola de tales personas."[882] **Sobre la desviación de poder:** • "Es a la parte que alega la desviación de poder a la que le corresponde probar de manera idónea, clara, fehaciente y determinante la existencia de móviles distintos de la administración, aportando las pruebas que lleven a la certeza de que los motivos que tuvo la autoridad administrativa para

[882] Sentencia. Página 34

	expedir el acto tuvieron un fin distinto al bien jurídico tutelado por la ley y del establecido legalmente a la autoridad a quien le fue atribuida la respectiva competencia.[883] • En ese contexto, como en el asunto objeto de decisión la parte actora no logró demostrar la alegada configuración de la causal de nulidad consistente en desviación de poder, por cuanto no acreditó en modo alguno que la SIC con la expedición de los actos demandados tuviera una finalidad distinta de la señalada en la normatividad que regula la materia y que le atribuye la competencia ejercida, advierte la Sala que no existe razón jurídica o fáctica alguna que permita declarar la nulidad del acto administrativo acusado en virtud del presente cargo. “ [884]
4.4. Pruebas:	• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011 • Res. 11651 del 29 de febrero de 2012 • Circulares remitidas por Fendipetróleo a las diferentes estaciones de servicio de Duitama.
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la inexistencia de antijuridicidad; el demandante nunca influyó en las voluntades de los agentes del mercado**. • “Según esas preceptivas el acuerdo que tenga por objeto o tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios es considerado como una práctica contraria a la libre competencia lo mismo que la influencia que

[883] Sentencia. Página 35

[884] Ibid.

	se ejerza en una empresa para que aumente los precios de sus productos o para que desista de bajarlos, en la medida en que limita las condiciones de un determinado mercado por cuanto los consumidores no tienen un margen de libertad en escogencia de los productos ya que los agentes que participan en aquel fijan las políticas de precios impidiendo o restringiendo la posibilidad de decidir libremente."[885] • "**En los actos administrativos demandados aparecen relacionadas** varias declaraciones de administradores de estaciones de servicio de la ciudad de Duitama y del Director Ejecutivo de Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare durante los años 1996 a 2007, lo mismo que la transcripción de grabaciones magnetofónicas y de correos electrónicos, de cuya lectura se concluye que en aquellos claramente se inducían a las EDS a realizar un alza en el precio de la gasolina corriente motor y del ACPM con el fin de que "no se deterioraran los márgenes" según los parámetros suministrados por el gobierno nacional a través del Ministerio de Minas y Energía y de la CREG." [886] • "En efecto, se comprobó durante la actuación administrativa que a través de unos documentos denominados

[885] Sentencia. Página 26

[886] Sentencia. Página 26

	"circulares informativas" emitidos por Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare se sugería la aplicación de unos determinados precios para la venta de gasolina corriente motor y ACPM a unas estaciones de servicio en distintas zonas del departamento de Boyacá."[887] • "Contrario a lo alegado por la parte actora, las discusiones y manifestaciones que se dieron en las asambleas y juntas directivas llevados a cabo por Fendipetróleo Nacional y que fueron consignadas en los actos acusados cuyo contenido, al igual que el de los documentos antes referidos, no fueron desvirtuados ni tachados por Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, no solamente estaban relacionadas con temas de importancia para el sector sino que también tenían como propósito directo o indirecto ejercer influencia en la formación de los precios de la gasolina corriente y ACPM en Duitama y otros municipios de Boyacá y Casanare, circunstancia esta que generó acuerdos y concertaciones conscientes y voluntarias entre distintas estaciones de servicio para implementar una política de precios de dichos combustibles y de esta manera restringir la libre competencia."[888] • "En ese contexto, se concluye que las instrucciones y

[887] Sentencia. Página 26

[888] Sentencia. Página 30

	sugerencias impartidas por Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare a sus afiliados y a los representantes legales de algunas estaciones de servicio del municipio de Duitama generaron una concertación o acuerdo entre estos acerca de la política de no disminución del precio de los combustibles gasolina corriente motor y ACPM sino, por el contrario, de aumento de aquel por encima del establecido por la autoridad competente en la materia lo que de suyo implicó una limitación a las condiciones del mercado, pues se comprobó una diferencia entre $114 y $209 respecto del precio sugerido por el Ministerio de Minas y Energía **(ver gráfica no. 7 señala en la resolución no. 71794 de 12 de diciembre de 2012**, fi. 108 vIto. cdno. ppal.).[889] • Está acreditado que Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare con la conducta desplegada y la información suministrada en distintas circulares y con las manifestaciones efectuadas por directivos de aquella sí influenció a varias estaciones de servicio en Duitama para que incrementaran los precios de la gasolina corriente y de ACPM quienes concertaron voluntariamente y de forma consciente una política de precios, al punto que fue fijado un precio paralelo en distintas EDS lo que constituye una

[889] Sentencia. Página 28

	práctica anticompetitiva que afecta la libre competencia, conducta esta que se encuentra expresamente prohibida por la Ley 155 de 1959 y por el Decreto 2153 de 1992, normas estas aplicables para el momento de la ocurrencia de los hechos. [890] **Sobre el derecho de asociación:** • "La SIC no restringió ni mucho menos impidió el derecho de asociación de la parte actora, pues, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que aquel no es absoluto y encuentra límites en la prevalencia del interés general sobre el particular (libre competencia de los mercados), además de los límites y restricciones expresamente consagrados en el numeral 1 del artículo 95 constitucional, conforme el cual es deber superior de toda persona (natural o jurídica) respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, y, en segundo término, es claro que varias de las discusiones y manifestaciones que se dieron en el marco de asambleas ordinarias y de juntas directivas tuvieron como finalidad influenciar a los distribuidores de combustibles gasolina corriente y ACPM en el municipio de Duitama para que se establecieran acuerdos o concertaciones respecto del precio final de venta del producto, conducta esta que, como quedó suficientemente explicado, vulnera lo establecido en el artículo 1 de la

[890] Sentencia. Página 30

	Ley 155 de 1959 y en los artículos 47 y 48 del Decreto 2152 de 1992, razón por la cual la SIC en cumplimiento de las funciones legalmente asignadas por la ley debía adelantar las respectivas investigaciones frente a la ejecución de tales conductas y adoptar las medidas a que hubiere lugar, sin que con ello se impida el ejercicio de la libertad de asociación como equivocadamente lo sostuvo la parte actora.[891]
4.6. Pruebas:	• Actas de reuniones de asamblea y juntas directivas de Fendipetróleo • Acta No. 102 del 14 de junio de 2008 • Circulares remitidas por Fendipetróleo a las diferentes estaciones de servicio de Duitama. • Gráficas y citas de la Res. Sancionatoria No. 71794 del 12 de diciembre de 2012. • Testimonio del señor Rodrigo Valencia Concha.
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella no se observan visos de deferencia judicial toda vez que realiza un control judicial adecuado: emprende un análisis crítico de la prueba, de los argumentos de la demanda y de los argumentos de los actos administrativos para arribar a la conclusión que finalmente plasmo en la sentencia. Este fallo fue confirmado por el Consejo de estado mediante sentencia del 16 de julio de 2015.

[891] Sentencia Página 31

ANEXO 47 "Ficha 90. FENDIPETROLEO"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 90. FENDIPETRÓLEO</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Consejo de Estado</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>María García González</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2012-00374-01</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>16 VII 15</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Segunda</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo Seccional Boyacá y Casanare</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Res. 11651 del 29 de febrero de 2012</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general
• Art. 48 Núm.. 2 Decreto 2153 de 1992: Influenciar a una empresa para aumento o disminución de precios</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $1.071.200.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de la Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011
• Nulidad de la Res. 11651 del 29 de febrero de 2012
• Que se le exonere de cualquier pago que tenga relación con los actos acusados
• Pago de $714.856.000 por daño emergente.
• Pago de $674.856 por lucro cesante
• Condena en costas</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">• Ausencia de gradualidad, proporcionalidad y dosimetría de la sanción de multa.</td></tr>
</table>

	La SIC no tuvo en cuenta la reincidencia, el grado de participación, ni el impacto de las actuaciones en el mercado y los consumidores. • **Violación del principio de legalidad.** La SIC impuso una sanción con base en conductas que no están prohibidas en la ley como las relacionadas con las discusiones que se dan al interior de las asociaciones gremiales. En el presente nunca se suscribieron acuerdos sobre fijación de precios de la gasolina. • **Inconducencia e impertinencia de las pruebas.** La SIC sancionó con base en una carta del Presidente de Fendipetróleo Nacional dirigida a Terpel. Dicha carta sin embargo se envió con posterioridad a la ocurrencia de los hechos por los cuales finalmente fueron sancionados. El presidente de la seccional realizó una intervención en la asamblea del 14 de junio de 2008 de cuya intervención la entidad toma frases sin analizar su integralidad para tergiversar lo expresado. Sin embargo, está en nada obliga a la aquí demandante porque solo se discutieron temas de importancia para el sector. Que la SIC extrae apartes de las Actas de la Junta Directiva de Fendipetróleo Nacional y saca de contexto frases de miembros independientes que no forman la voluntad de la seccional. • **Doble imputación de pena por los mismos hechos.**

	La SIC sancionó a Fendipetróleo Nacional y a la Seccional con base en el art. 48 del Decreto 2153, pero a su vez al presidente de dicha federación con fundamento en el art. 4 del decreto referido configurándose una doble sanción al mismo sujeto. En caso de existir dolo o culpa grave por parte del representante legal, no podía imputársele responsabilidad al órgano gremial. No puede juzgarse de manera idéntica una expresión verbal o discurso de una persona natural individualmente considerada en el desarrollo del orden del día de una reunión gremial • **Desviación de poder.** La SIC valoró erróneamente las pruebas atribuyéndole un mayor valor probatorio a unos medios de prueba fijando su propia tarifa legal. No comprobó de manera objetiva que se incumplieran las normas de protección de la competencia.
3.3.Cargos de fondo:	• **Inexistencia de antijuridicidad de la conducta.** La conducta del demandante no puede tomarse como causa de la conducta de las estaciones de servicio. La existencia de un paralelismo no implica una práctica colusoria. Los precios de las estaciones de servicio se determinan con los mecanismos de fijación del Ministerio de Minas y Energía bajo el régimen de libertad regulada razón por la que los precios entre estaciones resultan ser muy similares basados en su estructura de

	costos y en su poca maniobrabilidad, por cuanto existe un precio máximo establecido y unos escasos márgenes de comercialización y distribución minorista. El demandante nunca ha rechazado a agentes del mercado que se nieguen a seguir los lineamientos planteados en relación con el precio de combustible. En ningún momento existió paralelismo en los precios de la gasolina ni práctica comercial en desmedro del consumidor final. Que el estudio ITANSUCA ordenado y contratado por el Ministerio de Minas y Energía evidencia y trae como resultado que de ninguna manera en la realidad hay existencia de un alto margen de ganancia para los comercializadores o distribuidores minoristas (estaciones de servicios). • **El aquí demandante nunca influyó en las voluntades de los agentes del mercado**. El demandante nunca se ha desviado de las funciones de agremiación para el mejoramiento del sector por lo que no ha existido limitación a la libre competencia. Buscar que algunos agentes del mercado de combustibles apliquen los precios fijados por el gobierno y mantengan la calidad del producto no deviene en el ejercicio de una influencia sobre las estaciones de servicios. Aconsejar mantener una utilidad que le permita subsistir a través de un razonable margen de

	comercialización y distribución minorista no se sale de la órbita de su gestión ni transgrede el interés social ni mucho menos el del mercado. • **Vulneración del derecho de asociación.** La SIC intervino en las reuniones privadas a nivel gremial creadas para discutir temas generales del producto como la calidad y los precios (no a nivel competitivo) y los sancionó argumentando que no pueden discutir ninguno de los temas para los cuales fueron creadas. Se valoró de manera errónea algunas intervenciones al interior de las reuniones del demandante que nada tenían que ver con los precios de gasolina corriente y ACPM. La asociación únicamente publicita los valores. La uniformidad de los precios de gasolina no obedece a una práctica paralela o concertada, sino a los factores mismos del mercado como la uniformidad de costos operativos y los precio del Ministerio de Minas. No es verdad que haya un alto margen de ganancia entre los agentes derivada del acuerdo, pues el mismo nunca existió.
3.4.Pruebas técnicas:	N.A
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							

4.2. Motivo:	**Formal:**	X	**Fondo:** X
4.3. Consideraciones formales:	**Sobre la Inconducencia e impertinencia de las pruebas.** • "El 11 de febrero de 2010 la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una visita de inspección en la sede de		

	Fendipetróleo Seccional Boyacá y Casanare, y obtuvo copia de las listas de precios sugeridos por ésta desde diciembre de 2007 hasta diciembre de 2009, con lo cual la entidad demostró que la conducta fue continuada en el tiempo."[892] • "La Resolución acusada núm. 71794 de 12 de diciembre de 2011, también se refiere a la influencia ejercida por la actora sobre otros distribuidores que fijaban un margen inferior de precios, para que desistieran de hacerlo y así buscar unanimidad en todos los competidores – estaciones de servicio del Departamento; pero además hacen referencia a competidores que no siguen sus lineamientos y mantenían niveles de precios más bajos; para demostrarlo la entidad transcribió extractos de diferentes reuniones de la Junta Directiva de la Seccional" [893] • **"Del acervo probatorio recaudado por la entidad demandada**, la Sala establece, sin lugar a dudas, que en efecto, existe responsabilidad de FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACÁ Y CASANARE, por ejercer influencia durante los años 2007 a 2009 para la determinación de los precios de gasolina corriente y ACPM por parte de algunas estaciones de servicio ubicadas en el Municipio de Duitama, que

[892] Sentencia. Página 61

[893] Sentencia Página 75

	incurrieron en un acuerdo anticompetitivo en la modalidad de práctica conscientemente paralela.” [894] **Sobre la Ausencia de gradualidad, proporcionalidad y dosimetría de la sanción.** • Sobre la sanción finalmente impuesta por la entidad demandada, la Sala encuentra que las pruebas sí demostraron fehacientemente la conducta continuada de la actora durante tres años, no solo de tratar de ejercer influencia sobre los precios de los combustibles en el Municipio de Duitama, sino de haberlo logrado. Tan así es que algunas estaciones de servicio fueron sancionadas; que, además, conocía la prohibición y pretendió ocultar que la Asociación tuviera que ver en el asunto, amén de que, como ya se dijo, trató de influir también en estaciones de servicios no agremiadas. Por ello, no es de recibo alegar la buena fe en busca de una rebaja del monto de la sanción impuesta.” [895] **Sobre el principio general del derecho que proscribe la doble imputación.** • “Estima la Sala que está claro que FENDIPETRÓLEO SECCIONAL BOYACA Y CASANARE y su representante legal, son dos sujetos diferentes, es decir, no son la misma persona ni se confunden para efectos de la investigación administrativa, conforme quedó

[894] Sentencia Página 75

[895] Sentencia Página 79

	evidenciado en los actos que se demandan. Cada uno tiene sus propios deberes, derechos y responsabilidades. En este proceso lo que se analiza es la conducta de la corporación gremial, que como quedó probado, incurrió en prácticas anticompetitivas, y no es del caso analizar la conducta del representante legal, que como persona natural fue vinculado al proceso administrativo y sancionado a través de las mismas Resoluciones que aquí se cuestionan." [896]
4.4. Pruebas:	• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011 • Res. 11651 del 29 de febrero de 2012 • Pruebas relacionadas y analizadas de manera literal en el acápite (i) del Núm. 6.4.3 de la Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011 (sancionatoria) • Comunicación enviada por la señora María Eugenia Castro, representante legal de COMBUSTIBLES LA PLAYA LTDA.
4.5. Consideraciones de fondo:	**Sobre la Indebida y falsa apreciación de los hechos e interpretación errónea de los mismos.** • "Como ya se observó en párrafos precedentes, sí hubo acuerdo de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial contenido en la mencionada sentencia de 13 de noviembre

[896] Sentencia Página 80

	de 2014, en la cual se comprobó la existencia de dicha conducta.” [897] • “Se evidenció una voluntad exterior que permitió colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada, esto es, quedó plenamente demostrada la ocurrencia de un acuerdo entre los actores, en virtud del cual, se fijó el precio del galón de gasolina en una sincronización y coincidencia notable”[898] • “En efecto, **dicha voluntad exterior que encaja en el concepto de paralelismo, se refleja en las tablas incluidas en las Resoluciones acusadas**, en las cuales se observa que, durante el período comprendido entre enero de 2007 y junio de 2009, el precio tanto de la gasolina corriente como del ACPM, en las diferentes estaciones de servicio de Duitama sancionadas por los mismos actos acusados en este proceso, varió en una sincronización y coincidencia notable, pese a que sus condiciones no eran homogéneas; en aspectos tales como el tipo de estación, tamaño, costos de la actividad como el transporte, ubicación, inversiones en infraestructura,

[897] Sentencia Página 81. Sentencia de 13 de noviembre de 2014 (Expediente núm. 2013-00254-01, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), por medio de la cual se confirmó la sentencia de 28 de marzo de 2014, que denegó las pretensiones de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión núm. 5.

[898] Sentencia Página 55 Cita de la sentencia de 13 de noviembre de 2014 (Expediente núm. 2013-00254-01).

	mantenimiento, cuantía de ventas, se comprobó que existen diferencias entre ellas, que son variables que afectan el precio final de venta al público, de lo cual se dedujo que la conducta reprochada no era racional, lo que hacía imposible que su comportamiento fuera inconsciente; en otras palabras, se generó, por parte de las estaciones de servicio sancionadas, una uniformidad en los precios que no estaba justificada ni autorizada." [899] • **"Del material probatorio acopiado por la Superintendencia de Industria y Comercio, se puede inferir que está demostrado que efectivamente la actora trató de influenciar,** con el objeto de intervenir en la formación de los precios al público de la gasolina corriente y el ACPM, y lo hizo sobre varias estaciones de servicio del Municipio de Duitama, a través de las circulares, que según testimonios, se distribuían mes a mes, por medio de las cuales se sugería el precio y se alentaba para no reducirlo, lo cual se realizó de manera continuada en el tiempo y también se utilizó el correo electrónico. Además, existen grabaciones magnetofónicas que así lo corroboran; no se advierte, que tuvieran una función meramente informativa, como lo aduce la actora."[900]

[899] Sentencia Página 56

[900] Sentencia Página 75

	• "A lo anterior se suma el hecho de que se tenía conocimiento acerca de las prohibiciones legales relacionadas con los monopolios, y se sabía de una sanción anterior que por los mismos hechos fue impuesta a otra Seccional, por lo cual, además se propuso hacer la sugerencia de precios sin que se dijera que fue Fendipetróleo; de manera que pese a conocer las consecuencias de su actuación no hubo intención de modificarla, sino más bien de cambiar la estrategia para que la Asociación no se viera involucrada. Y como ya se observó, Fendipetróleo a través de sus Directivas trató de influenciar a otros distribuidores nuevos y no agremiados para que desistieran de fijar un margen inferior." [901] • "Para la Sala si bien es cierto que existe una protección de rango constitucional al derecho de crear asociaciones profesionales, lo cual si bien es un derecho fundamental, ello no es absoluto, en tanto no puede ser utilizado para fines contrarios a la Ley, por lo que cualquier actuación irregular acarrea responsabilidades."[902] **Sobre el derecho de asociación:** • "Como bien lo explicó el a quo, el derecho de asociación encuentra sus límites en la prevalencia del interés general sobre el particular, además de los límites expresamente

[901] Sentencia Página 75

[902] Sentencia Página 77

	consagrados en el numeral 1 del artículo 95 constitucional, conforme el cual es deber superior de toda persona (natural o jurídica) respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.” [903]
4.6. Pruebas:	• Res. 71794 del 12 de diciembre de 2011 • Res. 11651 del 29 de febrero de 2012 • Circulares informativas de la Seccional por medio del cual se sugería el precio de la gasolina corriente y el ACPM • Testimonio directora jurídica de Fendipetróleo rendida dentro del proceso administrativo • Declaración de Orlando Becerra Barrea, Administrador de la estación de servicios rendida dentro del proceso administrativo • Expediente administrativo
4.7. Observaciones generales:	La sentencia confirma el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de julio de 2014 mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. En el fallo en comento ella no se observan visos de deferencia judicial toda vez que realiza un control judicial adecuado: emprende un análisis crítico de la prueba, de los argumentos de la demanda, de los argumentos de los actos administrativos y de los argumentos del fallo de primera instancia para arribar a la conclusión que finalmente plasmo en la sentencia.

[903] Sentencia Página 78

ANEXO 48 "Ficha 91. IVESUR"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 91. IVESUR</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Juzgado Tercero Administrativo Oral de Ibagué</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A.</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Edith Alarcón Bernal</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2013-00047-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>26 I 16</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento)</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">• Ivesur Colombia – Tolima S.A.
• Jorge Alberto Duque</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 13483 del 9 de marzo de 2012.
• Res. 25294 del 26 de abril de 2012.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Para la P. jurídica: Acuerdos que tengan como objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios -Decreto 2153 de 1992 art. 47 núm. 1.
o Ivesur se dedica a la revisión técnico mecánica y de gases de vehículos en Ibagué.
o La sociedad fue sancionada junto con las otras investigadas por haber realizado un acuerdo de precios en el mercado de la revisión técnico mecánica y de gases de vehículos.
• Para la P. natural: Autorizar, ejecutar y tolerar las conductas por las que se sancionó la P. jurídica – Ley 1340 de 2009 art. 26.
o Esta persona figuró como representante legal de Ivesur en la época en que esta última incurrió en las conductas anticompetitivas sancionadas.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa a P. jurídica de COP$ 30.035.100.
• Multa a P. natural de COP$ 4.505.265.</td></tr>
</table>

3. DEMANDA	
3.1. Pretensiones:	• Nulidad Res. 13483 de 2012. • Nulidad Res. 25294 de 2012. • Reconocimiento de perjuicios materiales • Indemnización del daño moral que se le ocasionó Sr. Jorge Alberto Duque a raíz de la imposición de las sanciones. • Condena en costas a la demandada.
3.2. Cargos formales:	• Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC: o Para la época de los hechos la norma aplicable para el cómputo del término de caducidad era el C.C.A. en sus arts. 38 y 62, de modo que la SIC contaba con un término de 3 años para imponer sanciones. o Según la investigación de la SIC, las conductas sancionadas ocurrieron en 3 momentos específicos: una reunión en un hotel el 20-02-09; una publicación en un diario el 5-03-09 y unos correos electrónicos remitidos por la p. natural demandante con última fecha de envío el 2-03-09. o Teniendo en cuenta que el último acto enjuiciado ocurrió el 05-03-09, la SIC tenía hasta el 05-03-12 para proferir sanciones, lo cual solamente ocurrió hasta el 9 de ese mes y año. o La SIC sancionó a los demandantes cuando ya había operado la caducidad de la facultad sancionatoria.

	• Las conductas sancionadas no generaron efectos: o El supuesto acuerdo de precios que se publicó en un Diario de Tolima no tuvo vocación de prosperidad tal como lo demuestra la facturación de Ivesur que fue allegada con el expediente administrativo.
3.3.Cargos de fondo:	• Para el caso concreto existieron circunstancias especiales que debían ser consideradas por la SIC para emitir la sanción: o La estructuración de un Centro de Diagnostico Automotor CDA requiere de una enorme inversión lo cual debió ser considerado por la SIC. o La demanda que recibe de un CDA es limitada al espacio geográfico en donde esta se encuentre. o Estas circunstancias hacen que los costos de los CDA en un mismo territorio sean similares sino idénticos. o El ente gremial que agrupa los CDA donde se encuentra Ivesur ha fijado una serie de pautas de organización uniformes que fueron pensadas para una mejor estructuración del negocio. o El acuerdo anticompetitivo sancionado no se materializó.
3.4.Pruebas técnicas:	En la sentencia no se determinan las pruebas técnicas que apoyaron los argumentos de la demanda.
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	

(observaciones)				
4.2. Motivo:	**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:	• Frente al momento en que debe iniciar el cómputo del término de caducidad: ○ "(…) el despacho debe empezar por indicar que **en el texto de la Resolución No. 13483 de 2012 se consigna entre otros**, dentro del acápite denominado "Conclusiones del Despacho frente a las conductas investigadas", que de acuerdo con lo probado en el proceso administrativo sancionatorio, **se identificaron tres momentos determinantes en la conformación de los actos violatorios del derecho constitucional a la libre competencia económica** y los actos endilgados a Ivesur Colombia-- Tolima S.A. no son otros que los correspondientes a la tercera etapa, que se desarrolló entre el mes de diciembre de 2008 y se consolida en febrero y marzo de 2009"[904] (énfasis fuera del original). ○ "(…) para el despacho no cabe duda de que por parte de Ivesur existió solo la voluntad de participar del acuerdo plasmado en el aviso de prensa precitado sino que, contrario a lo manifestado por la apoderada de dicha parte en el texto del libelo incoatorio, el mismo no fungió como una inocua expresión de conformidad puesto que fue			

[904] Página 13.

	aplicado con toda severidad por espacio de 6 meses**.** ○ **“**Dicha continuidad de la acción descarta de plano que la conducta ejercida por la aquí demandante pueda ser considerada de ejecución instantánea, pues la misma no se realizó o agotó en un preciso instante sino que se produjo sus efectos a lo largo de 6 meses y cesó solamente en el momento en que IVESUR decidió romper el ya mentado acuerdo, y proponer, en septiembre de 2009, unas nuevas tarifas, sustancialmente inferiores a las que hasta esa fecha ofrecía. ○ “En el caso del señor Jorge Alberto Duque Villegas, en su calidad de gerente de Ivesur, _de acuerdo con lo probado en .el expediente, el mismo fue participante activo del acuerdo de precios publicado en el mes de marzo de 2009, y por tanto, siendo del todo consiente ,de su participación en él, se sostuvo en dicha conducta hasta el mes de agosto de 2009. Así lo prueban los correos electrónicos que envió a las personas que administraban en ese momento el CDA én la ciudad de Ibagué. Además, en los mismos se observa, tal y como lo advirtió la Superintendencia Delegada en la Resolución sancionatoria cuya nulidad .se pretende por ésta vía, que la oferta tarifaria de Ivesur, que llegó a incluir descuentos hasta del 50%, tenía por finalidad presionar un acuerdo de precios para establecer en ésta capital los precios aplicados a nivel nacional.

	○ La caducidad entonces no podría contabilizarse desde día 05 de marzo de 2009 como lo pretende la apoderada de la parte demandante, sino desde el 31 de agosto de 2009; fecha en la que como se advirtió, la demandada rompe el acuerdo al que llegó con los demás CDA'S sancionados por dicha conducta"[905]. • Frente a la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC en el caso concreto: ○ "(…) teniendo en cuenta que el 24 de julio de 2009 entró a regir la Ley 1340 (…) **[n] o es aplicable el artículo 38 del derogado Código Contencioso Administrativo y nunca fue puesto de presente así por parte de la Superintendencia demandada, pues la misma se limitó a indicar que en el caso** de la empresa Autogases de Colombia SA, su conducta violatoria de la ley se desarrolló hasta finales del año 2008 pues no participó de posteriores acuerdos, luego en su caso es evidente que la norma llamada a dirimir el asunto en lo que atañe a término de caducidad si resulta ser la norma precitada (Folio 52, texto de la Resolución No.. 25294 de (26 de abril de 2012). "Por tanto, contabilizada la caducidad a partir del 31 de agosto de 2009 - fecha en la

[905] Página 15.

	que como se advirtió, la demandada rompe el acuerdo al que llegó con los demás CDA'S sancionados por dicha conducta y se realiza el último acto objeto de sanción- resulta imperioso concluir que para el 16 de marzo de 2012, fecha en la cual se notificó el apoderado de la demandante de la Resolución No. 13483 del 09 de marzo de 2012, folio 48 vuelto, el término de cinco años de que trata el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 no había fenecido"[906] (énfasis y letra entre corchetes fuera del original).
4.4. Pruebas:	• Res. 13483 de 2012 • Correos electrónicos remitidos durante los años 2008 a 2009 en donde Jorge Alberto Duque le informa al administrador de Ivesur las tarifas a cobrar por sus servicios. • Comunicación dirigida por Ivesur a Velotax en 2009 en donde se muestran las tarifas de servicios prestados. • Cuadro de servicios prestados por Ivesur de enero a febrero de 2009. • Aviso de prensa publicado en el Diario Tolima 7 días del 5 de marzo de 2009 en donde se mostraban tarifas por revisiones técnico mecánica y de gases de vehículos.
4.5. Consideraciones de fondo:	• Frente a la configuración de la conducta por la que se sancionó a Ivesur: o "En las explicaciones rendidas con ocasión de la investigación administrativa adelantada, el

[906] Página 16.

	apoderado de la hoy demandante expresa que Ivesur mantuvo las tarifas fijadas en el aviso de prensa, hasta el mes de agosto de 2009, toda vez que en septiembre del mismo año bajó sus tarifas en un 35%, en el periodo octubre a diciembre del 2009 en un 40%, y de febrero a abril de 2010 las bajó incluso en un 50%, folios 120 a 132 del Cuaderno 2 del C.D contentivo del expediente administrativo. ○ "Siendo ello así, para el despacho no cabe duda de que por parte de Ivesur existió solo la voluntad de participar del acuerdo plasmado en el aviso de prensa precitado sino que, contrario a lo manifestado por la apoderada de dicha parte en el texto del libelo incoatorio, el mismo no fungió como una inocua expresión de conformidad puesto que fue aplicado con toda severidad por espacio de 6 meses"[907]. • Frente a las circunstancias especiales que debió considerarla SIC al momento de proferir la sanción: ○ "(…) el despacho debe indicar que ninguna ellas [en relación con los argumentos de la demanda en este punto] se torna en un elemento que tenga la virtud de exonerar a la demandada de su responsabilidad en el falseamiento de las condiciones del mercado que se presentaron

[907] Página 15

	por el contubernio entre todos los CDA'S involucrados en la investigación de la Superintendencia de Industria y Comercio. "El precio del mercado es el resultado de la acción libre de la oferta y la demanda y los mecanismos de ajuste hacen que de manera espontánea dicho precio se tienda a ubicar en el umbral de la rentabilidad. El estudio realizado por el Ministerio de Transporte indica que los precios en un escenario de equilibrio a largo plazo, son significativamente menores a los actualmente ofrecidos por los participantes del mercado, pero 'a los que no puede llegarse. de existir variables como las que nos ocupa, es decir, de intervención de terceros que propenden por un mayor beneficio económico"[908]. o "De tal suerte que para el despacho no son factores atenuantes los alegados por la parte demandante por cuanto si bien las situaciones, entre, los diferentes Centros de Diagnóstico Automotor pueden ser similares, nunca lo serán al punto de ser idénticas e inamovibles pues como está visto, a ello solamente se puede llegar cuando los actores del mercado buscan un mayor lucro que el que naturalmente les corresponde luego de consultar las condiciones reales del mercado.

[908] PÁGINA 17.

	"Como atenuante individual se alega en lo- sustantivo, la ausencia de materialización del presunto acuerdo de precios del que formó parte Ivesur. "En este punto el despacho se remite al análisis probatorio efectuado en el acápite relativo a la caducidad de la facultad sancionatoria, en el que encontró probado que el acuerdo no sólo se efectuó sino que tuvo efectos concretos en la realidad del mercado por espacio, por lo menos de seis meses, contados desde' el mes de marzo del año 2009 hasta el mes de agosto del mismo año"[909].
4.6. Pruebas:	• Comunicación dirigida por Ivesur a Velotax en 2009 en donde se muestran las tarifas de servicios prestados. • Correo electrónico remitido en el año 2008 por Jorge Alberto Duque al administrador de Ivesur. • Cuadro de servicios prestados por Ivesur de enero a febrero de 2009. • Aviso de prensa publicado en el Diario Tolima 7 días del 5 de marzo de 2009 en donde se mostraban tarifas por revisiones técnico mecánicas y de gases de vehículos.
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se avizora un único viso de deferencia judicial pues al resolver el cargo de la demanda sobre indebida aplicación de la Ley 1340 de 2009[910], se releva de explicar las razones por las que considera que si debe aplicar la mencionada ley al afirmar que:

[909] PÁGINA 18.
[910] Página 2 de la sentencia.

	"No es aplicable el artículo 38 del derogado Código Contencioso Administrativo y nunca fue puesto de presente así por parte de la Superintendencia demandada, pues la misma se limitó a indicar que en el caso de la empresa Autogases de Colombia S.A., su conducta violatoria de la ley se desarrolló hasta finales del año 2008 pues no participó de posteriores acuerdos, luego en su caso es evidente que la norma llamada a dirimir el asunto en lo que atañe a término de caducidad, si resulta ser la norma precitada (Folio 52, texto de la Resolución No. 25294 del 26 de abril de 2012)[911] Se echa de menos el análisis del juez en relación con la aplicación de la norma a una situación acaecida bajo la vigencia de dos normas diferentes, análisis donde en virtud de normas constitucionales aplicables a los asuntos administrativos hubiese podido aparecer la discusión sobre el principio de favorabilidad, entre otros. Esta sentencia no fue apelada por los demandantes, razón por la cual quedó en firme.

[911] Página 14 de la sentencia.

ANEXO 49 "Ficha 92. BOHORQUEZ"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 92. BOHORQUEZ</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Claudia Elizabeth Lozzi</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2013-00609-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="2">16 X 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">María Mercedes Bohórquez</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 40901 del 28 de junio de 2012.
• Res. 53979 del 14 de septiembre de 2012.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Núm. 9 art. 47 Decreto 2153 de 1993: Acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

El presunto acuerdo se presentó dentro del Proceso licitatorio No. 001 de 2011 del INPEC para la prestación de servicios de alimentos por el sistema de reclusión.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de COP$ 1.200.082.188.
• Publicación de la sanción impuesta en un diario de amplia circulación.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">Primera Serie de pretensiones principales:

• Nulidad de la Resolución 40901 de 2012.

• Nulidad de la Resolución 53979 de 2012.

• Se declare que la demandante no está obligada a pagar la multa</td></tr>
</table>

	impuesta por la SIC en las resoluciones demandadas. • Que se ordene a la SIC a que cese de manera inmediata los efectos de las resoluciones demandadas. • Que se condene a la SIC a pagar los perjuicios que le ha causado a la demandante en razón de la multa demandada por cuanto se ha visto afectada en su buen nombre, su actividad comercial, y su vida familiar. • Que se condene a la SIC a pagar los perjuicios derivados del daño moral que las sanciones demandada le produjeron a la demandante. **Segunda Serie de pretensiones principales:** • Que en caso de que no prosperen las pretensiones de la primera serie, se revise el valor de multa por el que fue sancionada la demandante en las resoluciones demandadas. Lo anterior teniendo en cuenta su condición de persona natural. • Que se condene a la SIC a pagar los perjuicios que le ha causado a la demandante en razón de la multa demandada por cuanto se ha visto afectada en su buen nombre, su actividad comercial, y su vida familiar. • Que se condene a la SIC a pagar los perjuicios derivados del daño moral que las sanciones demandada le produjeron a la demandante. • Que se condene a la SIC al pago de costas y de agencias en derecho.

	• Que se condene a la SIC al pago de los intereses moratorios sobre las sumas por las que haya sido condenado, los cuales se causaran desde el momento de ejecutoria de la respectiva sentencia hasta el pago efectivo de tales sumas. **Subsidiarias** • Que se dispongan las medidas necesarias para reestablecer el buen nombre y su derecho a la libertad de empresa, los cuales fueron vulnerados a raíz de la investigación adelantada por la SIC, y en cuya virtud se emitieron noticias en diferentes medios de comunicación en los que se nombró de manera negativa a la demandante. • Que se le ordene a la SIC para que declare que para todos los efectos legales la demandante no ha incurrido en practicas restrictivas de la competencia ni en actos de colusión dentro del proceso licitatorio LP 001 de 2001 iniciado por el INCEP.
3.2. Cargos formales:	• Violación al principio de legalidad por la imparcialidad del Delegado para la competencia de la SIC: o El Sr. Pablo Márquez actuó como Delegado de la protección de la competencia de la SIC en la investigación administrativa de la que se derivaron las sanciones impuestas, a pesar de que se encontraba incurso en el motivo de recusación del art. 150 CPC aplicable por remisión del art. 30 CCA.

	○ En efecto, el Sr. Márquez tenía un fuerte lazo de amistad con el Sr. Héctor José García Santiago quien a su vez fungió como apoderado de PROALIMENTOS LIBER. Esta sociedad fue quien interpuso la queja que derivó en la investigación administrativa de la que resultaron las resoluciones aquí demandadas. ○ Los Sr. Márquez y García son miembros fundadores del Centro de Estudios del Derecho de la tecnología de la Información – CENT, adscrito al Departamento de Derecho Económico d la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, y en razón a esa amistad académica han escrito conjuntamente obras literarias, como por ejemplo "estudios jurídicos sobre el comercio electrónico" ○ Muchas de las conclusiones a las que llegó la SIC en la investigación administrativa surgieron de los testimonios practicados durante la misma y allí se encuentran las declaraciones del Sr. García. • Violación del Principio de igualdad: ○ En contra de la sociedad PROALIMENTOS FIBER también se interpusieron dos quejas ante la SIC para que investigará las conductas anticompetitivas en las que esta

	sociedad estaba incurriendo dentro del mismo proceso licitatorio 001 de 2001. Sin embargo, después de transcurrido un año de la interposición de dichas quejas, la SIC no ha iniciado ninguna investigación al respecto. Lo anterior contrasta con la queja que PROALIMENTOS FIBER interpuso en contra de la aquí demandante, pues en menos dos meses de haberse impetrado la SIC ya había iniciado la respetiva investigación. • Violación al debido proceso y al principio de presunción de inocencia: o La SIC analizó las pruebas recaudadas en la investigación administrativa, partiendo de la mala fe de la aquí demandante olvidando que su deber era el de desvirtuar la presunción de buena fe que pesaba sobre ella, y por eso tenía la carga de la prueba en ese aspecto. o En la Actuación Administrativa la SIC tomó la declaración de la demandante y para ello le hizo hacer el respectivo juramento. Sin embargo, por la naturaleza de los cargos que le fueron imputados y las normas en que se fundamentan, el ente de control debió librar a la allí investigada del deber del juramento. • Nulidad por manifiesta contradicción con la ley:

	○ Al momento de la cuantificación de la sanción a la aquí demandante, la SIC desconoció lo señalado en la Ley 1340 de 2009, para efectos de establecer la dosificación de la sanción, ya que la citada Ley establece en los artículos 25 y 26 una clara diferencia entre el monto que se debe aplicar por concepto de multas a las personas naturales, que difieren del monto cuando se trata de personas jurídicas, y en este sentido, la entidad demandada al expedir la resolución sancionatoria, no observó que para efectos de la dosificación de la sanción impuesta a la demandante, debía seguir los parámetros señalados en la legislación para las personas naturales, sin embargo le impuso la sanción bajo los supuestos de una persona jurídica. ○ Para la sanción la SIC tampoco consideró los criterios de cuantificación del art. 26 ibid. ○ Así, la SIC omitió que la demandante lleva más de 15 años prestando sus servicios al INPEC y nunca ha sido investigada ni cuestionada por conductas contrarias a la libre competencia, desvirtuando así la persistencia o reiteración de la conducta prohibida. Ahora, en relación con el impacto de la conducta sobre el mercado, los ítems que fueron objeto de denuncia e investigación corresponden a los centros de reclusión en donde no hay una mayor cantidad de presos, a

	diferencia de los otros centros que no fueron adjudicados a su favor. o Además, en el curso de la investigación en sede administrativa, la demandante guardó respeto en todas sus actuaciones ante el ente investigador, atendiendo sin dilación a cada una de las oportunidades procesales que se le brindaron para controvertir los argumentos presentados por la SIC.
3.3.Cargos de fondo:	• Nulidad por falsa e indebida motivación: o "(…) la entidad demandada en sede administrativa sostuvo que en los ítems investigados se presentó como tendencia que dos de los investigados presentaran una oferta en el mismo precio, y el tercero la presentara con un valor diferente pero por debajo del presupuesto oficial estimado; sin embargo este argumento debe ser desestimado por cuanto dentro de la licitación se presentaron tantas variables aritméticas y tantos criterios que incidían en la media aritmética, que no resultaba fácil para los investigados determinar con exactitud el resultado a obtener para cada ítem, máxime cuando en el proceso licitatorio se incluyeron otros aspectos que permitieron el ingreso de nuevos oferentes, impidiendo así poder calcular quienes iban a presentarse para un determinado ítem, por lo que

	por el amplio conocimiento que se tenía del mercado, era más grande la posibilidad de presentar propuestas con los mismos valores, dado que las variables de precios y condiciones del mercado son ofrecidas por los mismos proveedores en los diferentes sitios en los cuales se ofertan, ya que mediante el diseño para calcular los costos y utilidades financieras del proyecto, la información con las que se cuenta puede ser la misma para varios proponentes, máxime si los proponentes ya han participado en licitaciones anteriores y vienen prestando los mismos servicios, dando como resultado valores iguales o muy similares para determinado servicio"[912]. o La SIC concluyó que en el proceso licitatorio 001 de 2001 la demandante estaba participando en una colusión con el Sr. Calixto de Jesús Vega (otro de los proponentes), y para ello se basó en que la demandante tenía en su perfil de *Facebook* a contactos como los hijos del Sr. Calixto y a su contadora. Además, para reforzar la anterior inferencia la SIC citó un correo que la referida contadora le envío a la aquí demandante. o Presentar como prueba relevante un correo electrónico que no tiene relación directa con el asunto de la investigación en sede

[912] Página 42.

	administrativa, no corrobora la práctica de alguna conducta contraria a la Ley, ya que lo único que puede inferirse es que ambos investigados tenían el mismo intermediario de seguros". o Además, la SIC tomó como hecho circunstancial el que la demandante y los otros dos investigados hayan acudido al mismo intermediario de seguros para tomar algunas de las pólizas que amparaban el proceso licitatorio, y al cual acudieron otros de los proponentes que participaban en el mismo proceso licitatorio; esto demuestra que la sanción demandada se basó en coincidencias, y en pruebas que resultaron vagas, equívocas y contradictorias. o La SIC nunca probó el supuesto acuerdo colusorio ni mucho menos la nocividad de la conducta sancionada. o Para la imposición de la sanción la SIC consideró que las coincidencias presentadas por los proponentes investigados respecto del pliego licitatorio 001 de 2011 era otra prueba de la existencia de acuerdo colusorio. Sin embargo, dicha conducta no puede ser considerada contraria a la libre competencia, por cuanto dicha situación no era un indicio concreto de que los proponentes hubiesen compartido información de sus propuestas como consecuencia de un acuerdo colusorio,

	situación que se debe probar con pruebas directas. o El análisis de la SIC para imponer las sanciones aquí demandadas se basó únicamente en las ofertas económicas presentadas en el proceso de licitación 001 de 2001, dejando de lado los otros factores de evaluación que también eran importantes. Es decir que la oferta en tal licitación no se definía solamente por la parte económica. Entonces el hecho de que determinadas ofertas hubieran incluido cierto precio no significaba que el mismo obedecía a una conducta colusoria sino al juego de la competencia y de los demás factores que consideraron los oferentes los cuales debían ser usados de manera idónea para incrementar las posibilidades de que tal oferta resultara siendo elegida. o La SIC tampoco tuvo en cuenta que la forma en cómo se diseñó el proceso licitatorio desincentivaba cualquier intento de colusión. o La SIC también fundó las sanciones aquí demandadas en el hecho de que los investigados contaban con la misma contadora, lo cual no es cierto puesto que en la investigación administrativa la demandante demostró no tiene ninguna relación con dicha contadora.

	○ Para la imposición de la sanción demandada, la SIC también se basó en el hecho de que la demandada y los otros investigados solamente visitaron los mismos centros carcelarios durante el trámite de selección del proceso licitatorio. La anterior conclusión de la SIC es errada ya que no se percató de que las visitas a centros carcelarios durante el proceso licitatorio eran facultativa y los centros a los que la demandante acudió fueron aquellos en donde ya había prestado sus servicios; entonces, por motivos de economía y eficiencia fue a esos centros a los que ella acudió.
3.4.Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**	X	**Confirma:**		**Revoca:**	

La sentencia niega todos los cargos que sustentaban la nulidad a excepción del relativo a la cuantificación de la multa impuesta a la demandante ya que el Tribunal concluyó que la SIC sancionó a la demandante con los limites legales de la Ley 1340 de 2009 para personas jurídicas, cuanto la actora aparece como una persona natural. Por lo tanto se le ordenó a la SIC a que graduara nuevamente la sanción impuesta a la demandante con base en los criterios y límites legales.

4.2. Motivo:	**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:	• Frente a la violación al principio de legalidad por la imparcialidad del Delegado para la competencia de la SIC: ○ "(…) las causales de recusación pueden alegarse 'en cualquier tiempo', debe interpretarse armónicamente con el inciso 1o del artículo 151 del C.P.C., el cual establece que 'podrá formularse la recusación en			

	cualquier momento del proceso, de la ejecución de la sentencia, de la complementación de la condena en concreto o de la actuación para practicar pruebas o medidas cautelares anticipadas'. Es decir, que la recusación debe formularse en cualquier tiempo dentro de la actuación en sede administrativa. ○ "En el caso concreto, del análisis del acervo probatorio no se advierte que la demandante haya propuesto en sede administrativa la causal de recusación que formula en el presente trámite judicial, lo cual permite inferir que la parte actora cuestiona la idoneidad del Superintendente delegado de la entidad demandada estando vencida la oportunidad que tenía para ello, proponiendo a su vez una pretensión que nunca fue discutida en el proceso ante la administración" [913]. ○ "(…) sería violatorio al debido proceso que le asiste a la entidad demandada, analizar de fondo una situación de hecho que debió alegarse en sede administrativa, como lo es el cuestionamiento del Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor de la SIC bajo la causal 9a del artículo 150 del C.P.C., lo que impide al juez en sede contenciosa administrativa revivir el término o la

[913] Página 31.

	oportunidad que tenía la parte actora para discutir la idoneidad del funcionario público, pues se desconocería el trámite dispuesto por el legislador para tal fin, en tratándose del incidente de recusación; caso contrario sería que oportunamente la demandante hubiere ejercido el referido mecanismo ante la administración, y posteriormente ante la negativa de la entidad pública de acogerlo, presentara nuevos argumentos que soporten su pretensión en la demanda ante la jurisdicción, lo cual si habilitaría al análisis por parte del Juez referente a verificar la calidad del funcionario cuestionado". • Frente a la violación del Principio de igualdad: o "(…) se encuentra copia de la Resolución No. 59846 de 2013 'por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar' y la Resolución No. 857 del 17 de enero de 2014 'por la cual se resuelve un recurso de reposición', ambas proferidas por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la SIC, y referidas a la denuncia hecha por el señor Calixto de Jesús Vega Navarro en contra de la empresa PROALIMENTOS LIBER S.A.S. y Unión Temporal Unidos por Colombia.

	"En estos actos administrativos, la SIC luego de efectuar un detallado estudio acerca de la participación de estas empresas en la LP-001-2011 y en la selección abreviada S.A.-030-2011, concluyó que no existía elemento de juicio para adelantar una investigación administrativa por la presunta infracción de las normas en materia de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia económica y en particular por la infracción contemplada en el numeral 9o del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1o de la Ley 155 de 1999, y en razón de lo cual se procedió al archivo de la investigación" "Se advierte además que tanto en la Resolución 59486 de 2013, como en la contestación de la demanda en el presente medio de control, la SIC efectuó un análisis comparativo de los trámites administrativos con radicados No. 11-26754, el cual terminó en la sanción administrativa contenida en los actos administrativos cuestionados, y la No. 12-63403, contentiva del trámite archivado14, diferenciando ambos procesos en cuanto a su comparación probatoria en los indicios de i) observaciones al proyecto de pliego de condiciones, ii) las pólizas de garantía de seriedad de las ofertas, iii) el reparto geográfico, iv) el análisis económico, estadístico y

	probabilístico, y y) el equipo de trabajo"[914]. o "Así las cosas, es claro que persisten diferencias en las decisiones que adoptó la SIC para archivar la investigación en contra de la empresa PROALIMENTOS LIBER S.A.S. y la Unión Temporal Unidos por Colombia, y la que decidió dar apertura a la investigación en el caso de la demandante, dada la diversidad de los medios probatorios y de los supuestos fácticos contenidos en los procesos en sede administrativa en ambos casos, por lo que no hay lugar a establecer una vulneración al principio de igualdad, y por tanto en este aspecto el cargo tampoco prospera"[915]. • Frente a la violación al debido proceso y al principio de presunción de inocencia: o "(…) [luego de hacer el recuento de los principales actos que se adelantaron en la investigación administrativa] para la expedición de los actos acusados, se garantizó el derecho al debido proceso, ya que existió un libre acceso a la actuación administrativa, de igual forma la decisión fue motivada, y se habilitaron las vías para la impugnación, dando oportunidad a la investigada de acceder a la investigación y a los medios

[914] Página 34.

[915] Página 36.

	adecuados para la preparación de su defensa, los derechos a la asistencia de un abogado; a la igualdad ante la ley procesal; la buena fe; y a la lealtad de todas las demás personas que intervinieron frente a un proceso público, sin que se haya desvirtuado la independencia e imparcialidad del fallador, quien decidió con base en las pruebas aportadas en la actuación (…)"[916] (texto entre corchetes fuera del original). o "(…) el interrogatorio bajo juramento en el proceso administrativo sancionador que tienen por objeto el juzgamiento de conductas restrictivas a la libre competencia, en virtud del artículo 1o del Decreto 4886 de 2011, del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 267 del C.C.A., se rige por las normas del Código de Procedimiento Civil, y en este sentido es claro que el hecho de que la SIC hubiere llevado a cabo estos interrogatorios bajo la gravedad de juramento, no implicó que se estuviera vulnerando la garantía de no autoincriminación que le asiste al investigado en este tipo de procesos, dado que este trámite no tiene por objeto coartar al interrogado a aceptar la comisión de un delito; de hecho, al efectuar el análisis del audio contentivo del testimonio rendido por la demandante30, no se observa

[916] Página 39.

	que se le haya hecho una pregunta que buscara su autoincriminación en la comisión de un delito o se le haya coartado para que diera una declaración en este sentido. "En razón de lo anterior, la Sala no observa la vulneración al debido proceso alegada por la parte actora, ni tampoco se advierte la trasgresión a los principios de carga de la prueba ni a la presunción de inocencia, vistas las garantías procesales analizadas con antelación, que se dieron durante el proceso y al análisis probatorio que se llevó a cabo por parte de la SIC como fundamento de los actos administrativos sancionatorios, el cual se analizará junto al estudio del segundo cargo de la demanda. "Por estos motivos, este cargo no prospera"[917]. • Nulidad por manifiesta contradicción con la ley: o "En la parte considerativa de la Resolución No. 40901 de 28 de junio de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio sustentó la sanción impuesta al demandante en el artículo 15, numeral 4, del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que en su tenor literal refiere que se le otorga a la SIC la facultad de

[917] Página 41

	imponer sanciones a las **<u>Personas Jurídicas</u>**"[918]. o "No obstante, la demandante fue vinculada a la investigación administrativa que dio origen a la sanción como persona natural, tal y como se advierte de los antecedentes expuestos por la entidad en la Resolución No. 40901 de 28 de junio de 201237, conforme a la cual fue identificada con la cédula de ciudadanía No. 21.558.992 y con el número de identificación tributaria, Nit. No. 21.558.992-3; éste último que, tratándose de personas naturales, está compuesto por el número del documento de identidad y coincide en el presente caso. o "Conforme a lo anterior la Superintendencia de Industria y Comercio, al imponer la sanción al demandante por infracción al régimen de competencia, debió aplicar el monto establecido por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por tratarse de una persona natural que ejerce actividades mercantiles y de comercio en los términos del artículo 10o del Código de Comercio38; pues como se adujo anteriormente, la sancionada no es una persona jurídica conformada bajo el amparo del artículo 633 del Código Civil39, y por ello la sanción máxima no podía exceder de 2.000 SMLMV que para el año 2012 correspondían a la suma de **<u>11.133.400.000</u>**;

[918] Página 74.

	empero, la sanción atacada se impuso por el valor de **$1.200.082.188**, esto es, excediendo el tope máximo permitido. o "Lo anterior denota una infracción directa entre el artículo cuarto de la parte resolutiva de la Resolución No. 40901 de 28 de junio de 2012, confirmada en todas sus partes por la Resolución No. 53979 de 14 de septiembre de 2012 y el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992, norma aplicable para establecer el monto de las sanciones a personas naturales. o "Considerando lo anterior, la Sala declarará la nulidad parcial de los actos demandados en lo relacionado con el monto de la sanción impuesta a la demandante"[919].
4.4. Pruebas:	• Resolución 59846 de 2013 por la cual se archivó la averiguación preliminar a PROALIMENTOS LIBER. • Resolución 857 de 2014 por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la decisión de archivo anterior. • Petición de PROALIMENTOS LIBER de que se investigaran las posibles conductas de colusión que se estaban perpetrando en el proceso licitatorio 001 de 2001. • Resolución 34536 de 2011 en virtud de la cual la SIC abre una investigación administrativa.

[919] Página 72 y 73.

	• Oficio remitido por la SIC en el 2011 en el que le solicita información a la Procuraduría y a la Contraloría sobre el asunto investigado dentro del trámite del que se derivaron las resoluciones demandadas. • Documentos que registraron la práctica de la audiencia de conciliación del art. 33 de la Ley 640 de 2001 la cual se adelantó el 27 de julio de 2011. • Resolución 56557 de 2011 en donde la SIC abre a etapa de pruebas en la investigación administrativa. • Documentos que registraron la citación y práctica de la audiencia del art. 52 del Decreto 2153 de 1992. • Informe motivado presentado por la Delegatura de la competencia durante la investigación administrativa de la que se derivaron las resoluciones demandadas. • Observaciones de la demandante al anterior informe motivado. • Resolución sancionatoria 40901 de 2012. • Recurso de reposición interpuesto por la demandante en contra de la anterior resolución. • Resolución confirmatoria 53979 de 2012.
4.5. Consideraciones de fondo:	• Nulidad por falsa e indebida motivación: o "(…) la mención que hace la demandante en el sentido de que otros proponentes hicieron observaciones en similar sentido al de los investigados, no constituye prueba que desvirtúe el señalamiento del ente de control demandado, según el cual

	las observaciones no sólo coinciden en la temática del asunto sino en la idéntica redacción del texto de cada observación, lo cual se advierte al revisar el contenido del expediente administrativo en donde se aprecia que los investigados Calixto de Jesús Vega Navarro y María Mercedes Bohórquez Bohórquez hicieron idénticas observaciones al pliego de condiciones respecto del objeto del contrato"[920]. ○ "Así para la Sala resulta claro que este punto sobre la observación al pliego de la licitación pública trasciende más allá de la simple coincidencia entre los argumentos jurídicos que sean presentados por los proponentes, en el marco de las observaciones a los pliegos de condiciones de un proceso de selección contractual estatal; en este caso los textos de las observaciones a los pliegos de condiciones son idénticos, diferenciándose sólo en algunas palabras o en que alguno de los proponentes sancionados incluyó unos párrafos adicionales, advirtiendo que este patrón sólo se presenta entre estas tres personas sancionadas por la SIC (…)"[921]. ○ "(…) la Superintendencia demandada estableció que los investigados, pese a tener conocimiento de los Ítems en los que venían siendo contratistas, visitaron los centros carcelarios

[920] Página 57.

[921] Página 61 y 62.

	que ya conocían y omitieron la visita de los que no conocían pero respecto de los cuales, en todo caso, manifestaron sus intenciones de ser adjudicatarios. "También se estableció que en los ítems no conocidos por los investigados se presentaron ofertas económicas menores al presupuesto oficial, mientras que en los ítems respecto de los cuales venían siendo contratistas presentaron una oferta superior […] "la Sala observa que la parte demandante no desvirtuó los hallazgos de la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a la estrategia utilizada por los investigados, sin que sea suficiente el argumento expuesto por la parte actora en relación a que por motivos de beneficio resultaba más conveniente visitar los centros carcelarios en los cuales ya habían prestado sus servicios, sin que se logre desvirtuar la constante presentada entre los investigados de realizar una oferta menor en los ítems de los centros carcelarios que no visitaron y una oferta mayor en los visitados los cuales efectivamente le fueron adjudicados, y en razón de ello frente a este aspecto el cargo no está llamado a prosperar. ○ "(…) con relación a las coincidencias encontradas por la SIC respecto de la expedición de las pólizas de seriedad de la oferta que se presentaron frente a los tres sancionados por la

	entidad demandada, (…) la parte demandada estableció que todos los sancionados expidieron las pólizas de seriedad de sus ofertas a través del mismo intermediario de seguros, con la misma compañía, en la misma fecha y en la misma sucursal, aspecto que no cuestiona el demandante. ○ "Pero la SIC igual determinó la conformación de dos grupos de correos electrónicos para la expedición de pólizas los cuales fueron identificados según el asunto de cada uno de ellos como "Cárceles" y "Estrategia Cárceles", situación a partir de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio infirió que entre el segundo grupo de pólizas de cada investigado y los ítems no adjudicados existe una relación que no es producto de la coincidencia, en tanto que los investigados dividieron sus propuestas en dos grupos, el primero de ellos denominado "Cárceles" para los ítems que serían adjudicados con alta probabilidad, y el segundo "Estrategia Cárceles" para las ofertas que cada investigado presentaría sin ánimo de ser adjudicatario. "Al analizar el cuadro anterior [Cuadro elaborado por la SIC en la resolución sancionatoria] sobre la clasificación de las ofertas de los proponentes investigados cabe colegir que la parte demandante no desvirtuó las aseveraciones de la entidad demandada respecto de los grupos de pólizas expedidos, los ítems adjudicados y no

	adjudicados y los ítems con propuesta alta y baja, por lo que se considera que si bien la existencia de dos grupos de pólizas no es concluyente para sostener una conducta colusoria, si constituye un importante elemento probatorio que demuestra la forma en que operó la presentación de las propuestas y de allí su ánimo de incidir en la adjudicación entre estos grupos y los ítems adjudicados y no adjudicados. "Los anteriores hallazgos y los demás referidos a las relaciones comerciales y sociales de los investigados que se relacionan en los actos administrativos acusados y que obran en los medios electrónicos de carácter reservado a los cuales tuvo acceso la Sala, dan cuenta del equipo de trabajo por ellos conformado para ser adjudicatarios de los ítems de su interés. "Todo lo anterior se concreta en las coincidencias que se observan en los valores de las ofertas presentadas por los sancionados en los ítems investigados, en los cuales dos de ellos presentaron una oferta económica baja idéntica, mientras que el tercer investigado presentó una oferta más alta, aspecto que fue sintetizado por la Superintendencia de Industria y Comercio "(…) resulta claro para la Sala que la estrategia colusoria consistió en la presentación de una propuesta baja e idéntica por

	parte de dos de los investigados, mientras que el tercer investigado presentaba una propuesta más alta, la cual obtuvo los fines deseados por los concordantes en el acuerdo colusorio, esto es, la adjudicación de los ítems de su interés"[922] [texto entre corchetes fuera del original].
4.6. Pruebas:	• Observaciones realizadas al pliego de condiciones de la licitación 001 de 2001 por la demandante y por el otro oferente Calixto de Jesús Vega. • Resolución sancionatoria 40901 de 2012. • Correos electrónicos dirigidos por los proponentes de la licitación 001 investigados por la SIC a la compañía de seguros.
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se evidencian algunos visos de deferencia judicial. Por ejemplo, al resolver uno de los cargos de la demanda referido a la valoración de una circunstancia que llevó a cabo la autoridad[923], el fallo afirmó lo siguiente: "En este sentido, la Sala observa que la parte demandante no desvirtuó los hallazgos de la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a la estrategia utilizada por los investigados, sin que sea suficiente el argumento expuesto por la parte actora en relación a que por motivos de beneficio resultaba más conveniente visitar los centros carcelarios en los cuales ya habían prestado sus servicios, sin que se logré desvirtuar la constante

[922] Página 64 y 65.

[923] El cargo se resume en las Página 45 y 61 de la Sentencia

	presentada en los investigados de realizar una oferta menor en los ítems de los centros carcelarios que no visitaron y una oferta mayor en los visitados los cuales fueron efectivamente adjudicados y en razón de ello frente a este aspecto el cargo no está llamado a prosperar."[924] La consideración transcrita evidencia que la sentencia no analizó de manera crítica el argumento de la resolución demandada. Simplemente acudió a su presunción de legalidad para "preferirlo" sin señalar por qué razones el argumento de la demanda no lograba desvirtuarlo. Es pertinente recordar que la presunción de legalidad de los actos administrativos no puede servir como argumento para desvirtuar una acusación en el marco del control judicial. La acusación debe resolverse con argumentos resultantes de análisis críticos que debe llevar a cabo el juzgador. Con los cargos de la demanda, la presunción de legalidad se pone en entredicho y será el juez que decida de manera motivada si la misma resulta incólume o no. En relación con esta sentencia, es pertinente advertir que pese a que el Tribunal anuló parcialmente el acto administrativo en lo referente al monto de la sanción impuesta a la demandante, para efectos de la presente investigación se clasificó en el grupo de los fallos que no anulan los actos administrativos demandados toda vez que la sanción no fue anulada. Esta sentencia fue apelada por la demandante y actualmente se encuentra en trámite la segunda instancia.

[924] Página 62 de la sentencia.

ANEXO 50 "Ficha 94. MAYA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 94. MAYA</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1.Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Claudia Elizabeth Lozzi</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2013-01861-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>8 X 15</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Jairo Maya Salazar</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 40901 del 28 de junio de 2012.
• Res. 53979 del 14 de septiembre de 2012.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Núm. 9 art. 47 Decreto 2153 de 1993: Acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

El presunto acuerdo se presentó dentro del Proceso licitatorio No. 001 de 2011 del INPEC para la prestación de servicios de alimentos por el sistema de reclusión.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de COP$ 1.756.839.544.
• Publicación de la sanción impuesta en un diario de amplia circulación.</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de los arts. 1, 3, 5, 7 y 8 de la Resolución 40901 de 2012.
• Nulidad de la Resolución 53979 de 2012.
• A título de restablecimiento que se le ordene a la SIC a que repare los derechos del demandante al buen nombre y de libertad de empresa que fueron vulnerados con la responsabilidad y las multas que la</td></tr>
</table>

	SIC le impuso en las resoluciones demandadas. Además, a raíz de las sanciones impuestas el demandante ha sido objeto de señalamientos en diversos medios de comunicación. • Que para la reparación atrás mencionada se le ordene a la SIC a que declare a través de medios de comunicación que el demandante no incurrió en prácticas restrictivas de la competencia en el proceso licitatorio 001 de 2001. • De igual forma, que se condene a la SIC a que declara a entes de control y vigilancia como la Fiscalía que el demandante no incurrió en prácticas restrictivas de la competencia en el proceso licitatorio 001 de 2001. • Que se condene a la SIC al pago de COP$ 400.000 a favor del demandante como indemnización por los daños morales ocasionados a raíz de las sanciones impuestas en las resoluciones demandadas. • Que se condene a la SIC al pago de los perjuicios materiales consistentes en el valor de la multa impuesta en las resoluciones demandadas y que además se restablezca el derecho del demandante consistente en la habilitación para contratar con el Estado. • Que se condene a la SIC al pago de costas y de agencias en derecho.
3.2. Cargos formales:	• Nulidad por falsa motivación al momento de cuantificar el monto de la sanción impuesta al demandante: o Para la imposición de la multa impuesta al demandante, la SIC

	dejó de valorar todos los criterios de cuantificación de la pena. Así, la demandada debió tener en cuenta el patrimonio del infractor, la indeterminación del grado de participación en el presunto acuerdo colusorio; su conducta procesal, su cuota de mercado, para tasar la multa. o La SIC también desconoció el art. 26 de la Ley 134 de 2009 al momento de tasar la multa impuesta al demandante, puesto que la misma se tasó con base en el art. 25 ibid. que no era aplicable al asunto pues esta solo corresponde a los casos de multas a personas jurídicas.
3.3.Cargos de fondo:	• Violación directa de la Constitución y la Ley: o Las Resoluciones demandadas vulneran los arts. 15, 25, 29 y 333 CN, arts. 3 y 35 del CCA., en tanto que en la respectiva investigación administrativa como al momento mismo de proferir los actos demandados la SIC no tuvo en cuenta ninguna de las anteriores normas. o La SIC no analizó las reglas de la sana critica al momento de valorar el acervo probatorio de la investigación administrativa. En dicho trámite tampoco se desvirtuó la presunción de inocencia que pesaba sobre el demandante.

	• Nulidad por falsa e indebida motivación de los actos administrativos demandados: o La SIC impuso las sanciones demandadas con base en un análisis sesgado de las pruebas obrantes en el expediente. Además, las conclusiones que expuso la SIC en las resoluciones demandadas se basaron en indicios que no eran concluyentes y que no permitían indicar la existencia del acuerdo colusorio que se sancionó. o La SIC no probó la existencia de un acuerdo que tuviera como objeto o como efecto restringir la competencia en el Proceso de Licitación No. LP-001-2011 lo cual viola el derecho al debido proceso y presunción de inocencia del demandante. En efecto, las sanciones demandadas partieron de una presunción de mala fe del demandante. La SIC dejó de valorar las pruebas que favorecían a los allí investigados, y las cuales rompían los indicios que la SIC usó para sustentar las sanciones impuestas. o Pese a que la SIC tenía la carga de probar la culpabilidad de los investigados en los trámites de los que se derivaron las resoluciones demandadas, la entidad demandada baso sus conclusiones en meras coincidencias más no en pruebas directas. Todas estas coincidencias tenían sustento

	en el comportamiento racional de los investigados durante el proceso licitatorio 001 de 2001, y no en la existencia de un acuerdo colusorio como erradamente lo concluyó la SIC. o La SIC se equivocó al valorar como un elemento de la presunta colusión el hecho de que los tres proponentes investigados hubieran presentado propuestas estratégicas en los recintos carcelarios en los que ya prestaban sus servicios, pues esto no demuestra que hubiera existido un acuerdo previo sobre las zonas geográficas que serían objeto de repartición. La SIC omitió valorar las pruebas que evidenciaban que las zonas en las que fueron presentadas las propuestas estratégicas por parte de los investigados correspondían a los establecimientos carcelarios en los que ya prestaban sus servicios de provisión de raciones alimentarias a los internos. o La SIC no tuvo en cuenta que el pliego de condiciones de la licitación 001 de 2001 fue modificado para hacer menos posible la configuración de un acuerdo colusorio en el trámite. o En la investigación administrativa la SIC también concluye de forma errónea que el acuerdo colusorio sancionado se evidenció en el hecho de que los investigados pretendieron presentar en la licitación 001 de

	2001 propuestas complementarias y precios bajos para así garantizar que los contratos objeto de licitación fueran adjudicados a terceros determinados. En efecto, para la anterior errada conclusión la SIC dejo de revisar todas las variables que confluían al momento de configurar las propuestas económicas de la respectiva licitación. Si se hubieran tenido en consideración todos esos elementos se hubiera podido constatar que los participantes de la pluricitada licitación no tenían la capacidad de restringir el libre acceso de agentes a los ítems de la licitación. o La coincidencia en las observaciones que los investigados por la SIC hicieron del pliego de condiciones de la licitación 001 de 2001 no es un indicio de la existencia de una colusión. Esta es una mera coincidencia de la que no se podía colegir la existencia de prácticas restrictivas de la competencia. o Si la SIC hubiera analizado el comportamiento de los investigados desde la racionalidad económica y el funcionamiento de este mercado en particular, no hubiera podido concluir la existencia de un acuerdo anticompetitivo. o Las relaciones comerciales entre los investigados por la SIC no permitían deducir - como erróneamente lo hizo la

	demandada- que estas se justificaban en la existencia de una colusión. o La sanción impuesta en las resoluciones demandadas también se basó en la existencia de una serie de correos electrónicos enviados por algunos de los investigados al mismo intermediario de seguros. Si bien dichos correos sí fueron clasificados en dos grupos diferentes, tal clasificación no demuestra la existencia de un acuerdo colusorio. El hacer una clasificación de correos electrónicos en dos grupos diferentes no es una conducta tipificada como contraria a la libre competencia. La referida clasificación obedecía a que los investigados se encontraban a la espera de que el INPEC pudiera expedir una adenda al proceso licitatorio, situación que ha ocurrido en otros procesos, que modificaran las condiciones o los requisitos del proceso de contratación, y la cual pudiera tener como resultado la presentación o no de algunos centros penitenciarios y carcelarios que no se encontraban dentro de un orden prioritario para los investigados. o Adicionalmente la SIC, dedujo la existencia de la colusión sancionada a partir del hecho de que en la licitación 001 de 2001 los investigados prefirieron ofertar para aquellos centros carcelarios en los que ya habían trabajado.

	Tal situación obedecía a la racionalidad lógica de mercado, puesto que es más fácil y rentable para un agente de mercado seguir trabajando en las mismas plazas en las que ya ha laborado e invertido capital y ha recogido experiencia. o La SIC también fundó la sanción de las resoluciones demandadas en el hecho de que el demandante tenía la misma contadora con el Sr. Calixto de Jesús Vega. Es decir que la SIC partió de una presunción de mala fe de una contadora.
3.4.Pruebas técnicas:	• Dictamen pericial solicitado por la parte demandante para la cuantificación de perjuicios causados al demandante.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**	X	**Confirma:**		**Revoca:**	

La sentencia niega todos los cargos que sustentaban la nulidad a excepción del relativo a la cuantificación de la multa impuesta a la demandante ya que el Tribunal concluyó que la SIC sancionó al demandante con base en los límites legales de la Ley 1340 de 2009 para personas jurídicas, cuanto el actor aparece como una persona natural. Por lo tanto se le ordenó a la SIC a que graduara nuevamente la sanción impuesta a la demandante con base en los criterios y límites legales.

4.2.Motivo:	**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3.Consideraciones formales:	• Frente al cargo de nulidad por falsa motivación al momento de cuantificar el monto de la sanción impuesta al demandante: o “En la parte considerativa de la Resolución No. 40901 de 28 de junio de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio sustentó la sanción impuesta al demandante en el artículo 15, numeral 4, del			

	Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que en su tenor literal refiere que se le otorga a la SIC la facultad de imponer sanciones a las **Personas Jurídicas** (…) […] "Conforme a lo anterior la Superintendencia de Industria y Comercio, al imponer la sanción al demandante por infracción al régimen de competencia, debió aplicar el monto establecido por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por tratarse de una persona natural que ejerce actividades mercantiles y de comercio en los términos del artículo 10° del Código de Comercio [27]; pues como se adujo anteriormente, el sancionado no es una persona jurídica conformada bajo el amparo del artículo 633 del Código Civil [28], ni una sociedad constituida en los términos de los artículos 98 y 110 del Código de Comercio, y por ello la sanción máxima no podía exceder de 2.000 SMLMV que para el año 2012 correspondían a la suma de $1.133.400.000; empero, la sanción atacada se impuso por el valor de $1.200.082.188 (sic), esto es, excediendo el tope máximo permitido. "Lo anterior denota una infracción directa por parte del artículo tercero de la parte resolutiva de la Resolución No. 40901 de 28 de junio de 2012,

	confirmada en todas sus partes por la Resolución No. 53979 de 14 de septiembre de 2012, frente al artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992, norma aplicable para establecer el monto de las sanciones a personas naturales. "Considerando lo anterior, la Sala declarará la nulidad parcial de los actos demandados en lo relacionado con el monto de la sanción impuesta al demandante"[925].
4.4.Pruebas:	• Resolución sancionatoria 40901 de 2012.
4.5.Consideraciones de fondo:	• Frente a los cargos de violación directa de la Constitución y la Ley y por falda e indebida motivación de los actos demandados: ○ "(…)[luego de hacer el recuento de los principales actos que se adelantaron en la investigación administrativa] para la expedición de los actos acusados, se garantizó el derecho al debido proceso, ya que existió un libre acceso a la actuación administrativa, de igual forma la decisión fue motivada, y se habilitaron las vías para la impugnación, dando oportunidad al investigado de acceder a la investigación y a los medios adecuados para la preparación de su defensa, los derechos a la asistencia de un abogado; a la igualdad ante la ley procesal; la buena fe; y a la lealtad de todas las demás personas que

[925] Página 55 a 57.

	intervinieron frente a un proceso público, sin que se haya desvirtuado la independencia e imparcialidad del fallador, quien decidió con base en las pruebas aportadas en la actuación"[926] (texto entre corchetes fuera del original). ○ "Al revisar el contenido del expediente administrativo en donde se aprecia que los investigados Calixto de Jesús Vega Navarro y María Mercedes Bohórquez Bohórquez hicieron idénticas observaciones al pliego de condiciones respecto del objeto del contrato (…). Nótese que el texto en ambas observaciones hechas por estos dos proponentes es el mismo, diferenciándose sólo en que el señor Vega Navarro utiliza las palabras "kcalorías día", mientras que la señora María Mercedes Bohórquez Bohórquez al mismo término se refiere con la expresión "k. cal/día". "Este patrón se repite en varias de las observaciones hechas por la parte demandante en comparación con las elaboradas por el señor Vega Navarro y con la señora María Mercedes Bohórquez Bohórquez, en los que los textos son igualmente idénticos"[927]. "(…) resulta claro que este punto sobre la observación al pliego de la licitación pública, trasciende

[926] Página 42.

[927] Página 43 y 44.

	más allá de la simple coincidencia entre los argumentos jurídicos que sean presentados por los proponentes, en el marco de las observaciones a los pliegos de condiciones de un proceso de selección contractual estatal; en este caso los textos de las observaciones a los pliegos de condiciones son idénticos, diferenciándose sólo en algunas palabras o en que alguno de los proponentes sancionados incluyó unos párrafos adicionales, advirtiendo que este patrón sólo se presenta entre estas tres personas sancionadas por la SIC (…)"[928]. ○ "(…) la Superintendencia demandada estableció que los investigados, pese a tener conocimiento de los ítems en los que venían siendo contratistas, visitaron los centros carcelarios que ya conocían y omitieron la visita de los que no conocían, pero respecto de los cuales, en todo caso, manifestaron sus intenciones de ser adjudicatarios. También estableció que en los ítems no conocidos por los investigados se presentaron ofertas económicas menores al presupuesto oficial, mientras que en los ítems respecto de los cuales venían siendo contratistas presentaron una oferta superior. […] "En este sentido la Sala observa que la parte demandante no desvirtuó la constante presentada entre los investigados de realizar

[928] Página 48

	una oferta menor en los ítems de los centros carcelarios que no visitaron y una oferta mayor en los visitados los cuales efectivamente le fueron adjudicados (…)"[929]. ○ "(…) con relación a las coincidencias encontradas por la SIC respecto de la expedición de las pólizas de seriedad de la oferta que se presentaron frente a los tres sancionados, (…) la parte demandada estableció que todos los sancionados expidieron las pólizas de seriedad de sus ofertas a través del mismo intermediario de seguros, con la misma compañía, en la misma fecha y en la misma sucursal, aspecto que no cuestiona el demandante. "Pero la SIC igual determinó la conformación de dos grupos de correos electrónicos para la expedición de pólizas los cuales fueron identificados según el asunto de cada uno de ellos como "Cárceles" y "Estrategia Cárceles", situación a partir de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio infirió que entre el segundo grupo de pólizas de cada investigado y los ítems no adjudicados existe una relación que no es producto de la coincidencia o el azar, en tanto que los investigados dividieron sus propuestas en dos grupos, el primero de ellos denominado "Cárceles" para los ítems que serían adjudicados con alta probabilidad, y el segundo "Estrategia Cárceles" para las

[929] Página 49.

	ofertas que cada investigado presentaría sin ánimo de ser adjudicatario. "Al analizar el cuadro anterior [Cuadro elaborado por la SIC en la resolución sancionatoria] cabe colegir que la parte demandante no desvirtuó las aseveraciones de la entidad demandada respecto de los grupos de pólizas expedidos, los ítems adjudicados y no adjudicados y los ítems con propuesta alta y baja, por lo que se considera que si bien la existencia de dos grupos de pólizas no es concluyente para sostener una conducta colusoria, si constituye un importante elemento probatorio que demuestra la forma en que operó la presentación de las propuestas y de allí su ánimo de incidir en la adjudicación entre estos grupos y los ítems adjudicados y no adjudicados. "Los anteriores hallazgos y los demás referidos a las relaciones comerciales y sociales de los investigados que se relacionan en los actos administrativos acusados y que obran en los medios electrónicos de carácter reservado a los cuales tuvo acceso la Sala, dan cuenta del equipo de trabajo por ellos conformado para ser adjudicatarios de los ítems de su interés. "Todo lo anterior se concreta en las coincidencias que se observan en los valores de las ofertas presentadas por los sancionados en los ítems investigados, en los cuales dos

	de ellos presentaron una oferta económica baja idéntica, mientras que el tercer investigado presentó una oferta más alta, aspecto que fue sintetizado por la Superintendencia de Industria y Comercio (…) "(…) resulta claro para la Sala que la estrategia colusoria consistió en la presentación de una propuesta baja e idéntica por parte de dos de los investigados, mientras que el tercer investigado presentaba una propuesta más alta, la cual obtuvo los fines deseados por los concordantes en el acuerdo colusorio, esto es, la adjudicación de los ítems de su interés"[930] (cuadro entre corchetes fuera del original).
4.6.Pruebas:	• Petición de PROALIMENTOS LIBER de que se investigaran las posibles conductas de colusión que se estaban perpetrando en el proceso licitatorio 001 de 2001. • Resolución 34536 de 2011 en virtud de la cual la SIC abre una investigación administrativa. • Oficio remitido por la SIC en el 2011 en el que le solicita información a la Procuraduría y a la Contraloría sobre el asunto investigado dentro del trámite del que se derivaron las resoluciones demandadas. • Documentos que registraron la práctica de la audiencia de conciliación del art. 33 de la Ley 640 de 2001 la cual se adelantó el 27 de julio de 2011.

[930] Página 49 a 51.

	• Resolución 56557 de 2011 en donde la SIC abre a etapa de pruebas en la investigación administrativa. • Documentos que registraron la citación y práctica de la audiencia del art. 52 del Decreto 2153 de 1992. • Informe motivado presentado por la Delegatura de la competencia durante la investigación administrativa de la que se derivaron las resoluciones demandadas. • Observaciones de la demandante al anterior informe motivado. • Resolución sancionatoria 40901 de 2012. • Recurso de reposición interpuesto por la demandante en contra de la anterior resolución. • Resolución confirmatoria 53979 de 2012.
4.7.Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se evidencian algunos visos de deferencia judicial. Por ejemplo, al resolver uno de los cargos de la demanda referido a la valoración de una circunstancia que llevó a cabo la autoridad[931] en relación con la presentación de propuestas altas y bajas, el fallo afirmó lo siguiente: "En este sentido, la Sala observa que la parte demandante no desvirtuó la constante presentada

[931] El cargo se resume en las Página 21 y 22 de la Sentencia así:

"También se configura como falsa motivación las consideraciones expuestas por la SIC, según las cuales para hacer efectivo el acuerdo en la licitación se presentaron propuestas complementarias, en efecto se presenta en las resoluciones un análisis errado según el cual las dos propuestas más bajas presentadas por dos de los investigados garantizaban en cada caso la adjudicación para el tercero de ellos, de uno de los ítems, por cuanto de las pruebas que obran en el expediente y el análisis presentado en el recurso de reposición se desprende que dichas variables pueden cambiar alterando los resultados de la SIC, por cuanto dicha entidad no tuvo en cuenta la incertidumbre en cuanto a las posibles participantes y su incapacidad de restringir el acceso de agentes de mercado en los diferentes ítems.

	entre los investigados de realizar una oferta menor en los ítems de los centros carcelarios que no visitaron y una oferta mayor en los visitados los cuales fueron efectivamente adjudicados, aspecto que se analizará más adelante."[932] […] "Del análisis de la información, resulta claro para la sala que la estrategia colusoria consistió en la presentación de una propuesta baja e idéntica por parte de dos de los investigados, mientras que el tercer investigado presentaba una propuesta más alta, la cual obtuvo los fines deseados por los concordantes en el acuerdo colusorio, esto es, la adjudicación de los ítems de su interés."[933] Las consideraciones transcritas evidencian que la sentencia no analizó de manera crítica el argumento de la resolución demandada. Simplemente acudió a su transcripción y luego a la presunción de legalidad para "preferirlo" sin señalar por qué razones el argumento de la demanda no lograba desvirtuarlo. Es pertinente recordar que la presunción de legalidad de los actos administrativos no puede servir como argumento para desvirtuar una acusación en el marco del control judicial. La acusación debe resolverse con argumentos resultantes de análisis críticos que debe llevar a cabo el juzgador. Con los cargos de la demanda, la presunción de legalidad se pone en entredicho y será el juez que

[932] Página 48 de la sentencia.

[933] Página 51 de la sentencia.

	decida de manera motivada si la misma resulta incólume o no. En relación con esta sentencia, es pertinente advertir que pese a que el Tribunal anuló parcialmente el acto administrativo en lo referente al monto de la sanción impuesta a la demandante, para efectos de la presente investigación se clasificó en el grupo de los fallos que no anulan los actos administrativos demandados toda vez que la sanción no fue anulada. Esta sentencia fue apelada por ambas partes y actualmente se encuentra en trámite la segunda instancia.

ANEXO 51 "Ficha 96. FEDEGAN"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 96. Fedegan</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Fredy Ibarra Martínez</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2013-00414</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>22 I 15</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">• Federación Colombiana de Ganaderos – Fedegán.
• José Félix Lafaurie Riviera.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 40912 del 28 de junio de 2012.
• Res. 53309 del 4 de septiembre de 2012.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• A la persona jurídica:

o Art. 1 de la Ley 155 de 1959 Prohibición general.
o Núms. 2 y 6 art. 50 Decreto 2153 de 1992: Abuso de posición dominante para: i) aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; ii) obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

• A la persona natural:

o Núm. 16 art. 4 Decreto 2153 de 1992: ejecutó las conductas por las que fue sancionada la persona jurídica atrás referidas.</td></tr>
</table>

	Las conductas anticompetitivas sancionadas se dieron a raíz de la decisión de Fedegán de no comprar una vacuna anti aftosa con cepa importada, es decir se decidió no comprar vacunas con antígenos importados. Para la SIC esa última decisión resultó ser injustificada y llevó a una condición discriminatoria frente a la empresa extranjera Laverlam S.A. que vendía las vacunas anti aftosa. La posición de dominio de Fedegán se justificó en el hecho de que esta federación era la única que podía venderle la vacuna a los ganaderos a través de las organizaciones ganaderas.
2.3.Sanción:	• A la persona jurídica: o Multa de COP$ 300.000.000. o Publicación de la sanción en un medio de amplia circulación nacional. • A la persona natural: o Multa COP$ 30.000.000.
3. DEMANDA	
3.1. Pretensiones:	• Nulidad de las Res. 40912 y 53309 de 2012. • Devolución del dinero pagado a los demandantes por concepto de la multa impuesta por la SIC más los intereses comerciales causados desde el momento del pago de los demandantes hasta el momento en que la SIC de cumplimiento a la orden de devolución del dinero.
3.2. Cargos formales:	• Violación del debido proceso por ausencia en la formulación del cargo que dio origen a la sanción de multa: o La resolución que inició la investigación administrativa no fue expedida por la conducta

	que dio origen a la sanción de multa demandada, es decir, por la exigencia de Fedegán a partir del primer ciclo del año de 2010 de no comprar vacunas con antígeno importado sino, por hechos diferentes. o En efecto, en la resolución de apertura se describieron las conductas que iban a ser objeto de investigación y en las que no se contempló la relativa a una supuesta obstrucción en el mercado por la decisión de la sociedad demandante de no comprar vacuna con antígeno importado. Fue precisamente por esta última conducta que se sancionó el supuesto abuso de la posición dominante. o Así pues, en la investigación administrativa la parte demandante ejerció su derecho de contradicción y defensa solamente en contra de los cargos que efectivamente se expusieron en el pliego de cargos. Es decir que los aquí demandantes no se pudieron defender ni aportar pruebas que desvirtuaran la conducta por la que finalmente fueron sancionados.
3.3.Cargos de fondo:	• Violación del debido proceso por la falta de práctica de pruebas para determinar que las vacunas eran sustitutas de las producidas por los laboratorios nacionales: o Dentro de la actuación administrativa la SIC no practicó las pruebas necesarias para determinar si las vacunas

	de los laboratorios Vecol SA (de la que finlamente se compraron las vacunas), Laverlam SA y Limor SA (sociedades supuestamente discriminadas) eran sustitutas, si eran productos equivalentes o no. o La demandada basó la equivalencia de los productos en el hecho de que ambos estaban aprobados por el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), que certifica mínimos, pero no realizó ninguna prueba que estableciera si son sustitutos o no. o En el presente caso la SIC no podía imponer la sanción que se plasmó en las resoluciones demandadas puesto que no se daban los presupuestos mínimos del art. 50 del Decreto 2153 de 1992, esto es que existiera una empresa con posición de dominio y que se estuviera haciendo una aplicación de condiciones discriminatorias. o La decisión de Fedegán de no comprar vacunas con antígeno importado se debió a un razonamiento soportado en minimizar cualquier riesgo en la aplicación de esta vacuna. Además, con esta decisión no se impusieron condiciones discriminatorias, ya que la medida fue impuesta a todos los laboratorios en general. Incluso, estos laboratorios podrían importar por ellos

	mismos el antígeno importado si así lo querían. • Inexistencia de infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 1 de la Ley 155 de 1959: o Para empezar el hecho por el que finalmente fue sancionado Fedegán ocurrió en el primer ciclo de 2010 es decir, con posterioridad a la apertura de la investigación. o Ahora la decisión de no traer vacunas con antígeno importado no puede considerarse como una conducta anticompetitiva ya que tal decisión obedeció a minimizar el riesgo de que con la importación del antígeno se trajeran otras cepas aftosas diferentes a las existentes en el país. o La decisión sancionatoria de la SIC se basó en que el requisito de compra de vacunas sin antígeno importado no era objetivo y generaba una práctica contraria a la libre competencia. La anterior conclusión no es correcta ya que para determinar si tal requisito conllevaba a una práctica comercial restrictiva se requería de un estudio técnico que demostrara que las vacunas con antígeno importado eran equivalente o sustitutas. • Falsa motivación: o La sanción impuesta en las resoluciones demandadas se

	fundó en motivos inexistentes ya que la exigencia de Fedegán de no comprar vacunas con antígenos importados no pretendía excluir a Laverlam S.A. del mercado. o Para una conducta anticompetitiva por abuso de posición dominante se requiere demostrar la misma genera un perjuicio para la competencia y este se presenta si los efectos de la práctica se traducen en un perjuicio a los consumidores. o La SIC no hizo un análisis económico que diera cuenta de dichos perjuicios. o El razonamiento de la SIC para sancionar a Fedegán no es lógico puesto que si el mismo se aceptara entonces se llegaría a la conclusión que la decisión reprochada de Fedegán va a llevar a crear un monopolio en favor del laboratorio que ofrece la vacuna anti aftosa sin antígeno importado. Esto generaría un perjuicio para Fedegán ya que ante este hipotético monopolio el laboratorio podría imponer condiciones impositivas y menos favorables para con Fedegán.
3.4.Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	x	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				• Frente al cargo de violación del derecho al debido proceso por			

	ausencia de formulación del cargo que dio origen a la sanción de multa impuesta: o "(…) se tiene que conforme a lo señalado en los actos acusados la vacuna contra la fiebre aftosa elaborada por los tres laboratorios cumplen con las mismas condiciones de bioseguridad y superaron todos los controles y pruebas técnicas para ser comercializadas; por lo tanto, no era procedente que se realizaran nuevas pruebas técnicas para determinar si la vacuna producida por Laverlam SA era sustituta o no de las producidas con antígenos nacionales, pues ya se habían elaborado los estudios pertinentes que determinaron que las vacunas son equivalentes. El hecho de que no se hubiere indicado en forma clara, puntual y expresa que las vacunas de Laverlam SA eran sustitutas de las producidas por Vecol SA con el antígeno colombiano no invalida ni le resta valor probatorio a los estudios técnicos que así lo determinaron en la debida oportunidad"[934].
4.4. Pruebas:	• Resolución sancionatoria 40912 de 2012. • Resolución confirmatoria 43309 de 2012.
4.5. Consideraciones de fondo:	• Frente al cargo de violación del derecho al debido proceso por falta de práctica de pruebas que determinaran el carácter sustituible de la vacuna contra la fiebre aftosa

[934] Página 29 y 30.

	○ "(…) dentro del Programa para la Erradicación de la Fiebre Aftosa que adelantó el Gobierno Nacional existen dos mercados relevantes del producto: i) el mercado de producción de vacuna anti-aftosa, donde los laboratorios producen y ofrecen la vacuna y FEDEGAN la demanda y, ii) el mercado de comercialización de la vacuna a los ganaderos, entendido como la distribución y aplicación de la misma donde FEDEGAN y las Organizaciones de Ganaderos ofrecen la vacuna y su aplicación, y los ganaderos la demandan. En ese sentido, en el mercado de producción de vacuna anti-aftosa el único comprador es FEDEGAN que es la entidad que se encarga de distribuir la vacuna a las Organizaciones Ganaderas Gremiales (OGG) para que estas las expendan a los ganaderos, lo que pone en evidencia que FEDEGAN fue el único demandante del producto entre los años 2007 a 2010 y por lo tanto tenía la posibilidad de determinar la cantidad de vacuna que se debía comprar y las zonas geográficas en donde se debía distribuir, situaciones que generan una barrera a la entrada del mercado de producción de la vacuna anti-aftosa debido a la estructura del Programa para la Erradicación de la Fiebre Aftosa que hacen que la entrada a este mercado genere dificultad para un nuevo competidor, y que por tanto aquella agremiación ostente una

	posición dominante en el mercado"[935]. o "El hecho de que FEDEGAN tuviera la condición de agente con posición de dominio en el mercado de la compra de la vacuna contra la fiebre aftosa conllevó a que abusara de dicha posición con conductas discriminatorias frente a dos de los tres laboratorios que producen la vacuna en Colombia, esto es, Limor SA y Laverlam SA. […] "Conforme al informe antes citado [informe del ICA en donde refiere los laboratorios autorizados en el país para la producción de la vacuna anti aftosa] y con base en algunas pruebas testimoniales recaudadas en el curso de la actuación administrativa se concluyó que los tres laboratorios Vecol SA, Limor SA y Laverlam SA estaban autorizados para la producción de la vacuna contra la fiebre aftosa, con la única diferencia que el laboratorio Laverlam SA importaba el antígeno de Argentina, sin que ello implicara que no cumpliera con todos los requisitos técnicos y de calidad exigidos por la normatividad nacional e internacional que regula la materia[936] (texto entre corchetes fuera del original).

[935] Página 24.

[936] Página 24 y 25.

	○ "(…) como quedó demostrado en la investigación administrativa, corroborado por la parte actora en el escrito de la demanda, FEDEGÁN decidió unilateralmente, con fundamento en la posición dominante que detenta en el mercado, comprar la vacuna contra la fiebre aftosa únicamente al laboratorio Vecol SA pues, en el caso de Laverlam SA este laboratorio no cumplía con la exigencia de que el antígeno fuera producido en Colombia, conducta que resulta abiertamente discriminatoria en la medida en que ni siquiera brindó la oportunidad al citado laboratorio de que presentara una oferta de venta de la vacuna debido a que no contaba con el antígeno producido en Colombia, cuando es lo cierto que la autoridad competente había autorizado la importación del antígeno requerido para la formulación de la vacuna dado que dicho componente solo representaba un riesgo insignificante para los bovinos que, no afectaba en modo alguno la seguridad, calidad y efectividad de la vacuna" […] "La afirmación de la parte actora consistente en que FEDEGÁN prefirió comprar la vacuna al laboratorio Vecol SA debido a que el antígeno producido en Colombia es más seguro para los bovinos no tiene ningún sustento real ni válido, pues, como quedó demostrado

	en el procedimiento administrativo, fue la propia autoridad en la materia quien concedió la respectiva autorización para la importación del antígeno dado que dicha materia prima cumplía con las condiciones técnicas y de bioseguridad, sumado a que eran homólogas a las producidas en Colombia"[937]. o "(…) se tiene que carece de soporte jurídico la argumentación expuesta por el apoderado de la parte actora en el escrito de la demanda en el sentido de sostener que se vulneró el debido proceso porque en la resolución que inició la investigación administrativa no se enrostró la conducta por la que finalmente fue sancionada, toda vez que cada una de las conductas por las cuales fue objeto de sanción fueron expuestas y sustentadas en la resolución no. 58800 de 5 de noviembre de 2009 y posteriormente en el informe motivado rendido por la Delegatura de la Promoción de la Competencia (…). […] "(…) es importante advertir que el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y

[937] Página 25 y 26.

	practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente en la queja formulada por Laverlam SA, como el relacionado con la no compra de la vacuna producida por dicho laboratorio por contener una cepa importada y no producida en el territorio nacional (…)"[938]. • Inexistencia de infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 1 de la Ley 155 de 1959: o "(…) Laverlam SA quedó en situación de desventaja frente a Vecol SA y Limor SA por el hecho de que estos laboratorios producen la vacuna con antígeno colombiano sin que FEDEGÁN demostrara con pruebas válidas, las razones y los fundamentos objetivos para imponer tal condición técnica para la compra de la vacuna, circunstancia esta que constituye una clara conducta discriminatoria porque los tres laboratorios realizan operaciones equivalentes y deberían participar en ese específico mercado bajo las mismas condiciones de igualdad"[939]. o "(…) se encuentra que la SIC determinó en el caso concreto con distintos medios probatorios que la parte actora incurrió en prácticas que

[938] Página 28-29.

[939] Página 32.

	limitaron la libre competencia en el mercado para el laboratorio Laverlam SA y que afectaron el buen funcionamiento de aquel con las conductas discriminatorias y de obstrucción antes analizadas. "De esta manera, no le asiste razón al demandante cuando argumenta que con las conductas desplegadas y que dieron origen a la sanción de multa impuesta en los actos cuya nulidad se depreca con la demanda no se infringió la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por cuanto de los elementos probatorios aportados al proceso administrativo se concluyó que dichas conductas constituyeron prácticas restrictivas a libre competencia"[940]. • Frente al cargo de falsa motivación: o "(…) la sanción de multa impuesta a la parte actora tuvo como fundamento la demostración de las conductas constitutivas de abuso de posición dominante en el mercado y la realización de prácticas contra la libre competencia, (…) de tal suerte que los hechos y argumentos consignados en la decisión adoptada por la SIC corresponden a la comprobación de tales conductas durante el proceso administrativo que culminó con la imposición de la

[940] Página 35.

	sanción de multa a la parte actora, lo que pone de manifiesto que no se configura en este asunto la causal de nulidad por falsedad en los motivos. "(…) se debe advertir que en este caso no era necesario que se presentara un perjuicio económico a los consumidores derivados de las conductas que limitaron la competencia de Laverlam SA por cuanto la erradicación de la fiebre aftosa es una política pública (…). "No obstante lo anterior, la normatividad que regula la materia no estableció como requisito para que existan prácticas anticompetitivas o que limiten la libertad de la competencia que de ellas se desprenda o se derive necesariamente un perjuicio económico para los consumidores, pues basta con que se configure la conducta descrita en la norma para que sea objeto de reproche por parte de la autoridad administrativa competente"[941].
4.6. Pruebas:	• Escrito No. 1810-2010 del ICA. • Resolución 56800 de 2009 en virtud de la cual se dio apertura a la investigación administrativa que derivó en las resoluciones demandadas. • Resolución sancionatoria 40912 de 2012.
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se observa un viso

[941] Página 37.

	de deferencia judicial en extremo delicado por cuanto evidencia una carencia fundamental en relación con el control judicial. Uno de los cargos esgrimidos por la demanda consistió, según el resumen del mismo fallo, en que: "(…) el hecho por el cual fue sancionada la parte actora ocurrió con posterioridad a la apertura de la investigación y a la oportunidad procesal para solicitar y aportar pruebas, lo que implica que no existe correspondencia entre los hechos objeto de la apertura de la investigación y el hecho que originó la sanción de multa de que tratan los actos acusados."[942] […] "Tanto FEDEGAN como el representante legal de esta, con base en la resolución de apertura de la investigación solicitaron y aportaron las pruebas que pretendían hacer valer dentro de la investigación dirigidas a demostrar que las conductas que dieron origen a aquella, dentro de las cuales no se encontraba la referida decisión de FEDEGAN de no comprar vacuna con antígeno importado, no eran ciertas y por lo tanto no implicaban la violación de las normas citadas como supuestamente infringidas."[943] Del cargo transcrito es pertinente resaltar que la queja fundamental consiste en la imposibilidad que

[942] Página 4 de la sentencia.

[943] Página 5 y 6 de la sentencia.

	manifestaron los demandantes de solicitar pruebas y contradecir los hechos por los que finalmente los demandaron, lo cual consideran violatorio del debido proceso. Frente a este reproche, la sentencia señala lo siguiente: "Sobre este aspecto, es importante advertir que el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual, cuales eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente en la queja planteada por Laverlam SA, como el relacionado con la no compra de la vacuna producida por dicho laboratorio por contener una cepa importada y no producida en el territorio nacional, aspecto este que no fue desvirtuado ni tachado por la parte actora en el proceso administrativo ni en esta instancia judicial, sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas discriminatorias, de obstrucción y de abuso de posición dominante en el mercado que generaban prácticas comerciales restrictivas." Como se puede apreciar del aparte transcrito y de la lectura integral del fallo, el Tribunal evade analizar la cuestión relativa a la imposibilidad del demandante de controvertir y presentar

	pruebas en relación con los “hechos adicionales” que surgieron en el transcurso de la investigación. En otras palabras, la sentencia no abordó un cargo que solicitaba el control judicial con fundamento en el debido proceso al considerar el demandante que no puedo ejercer su derecho de contradicción y defensa en relación con los “hechos adicionales” que surgieron en el transcurso de la investigación. Más allá de las consideraciones sobre el alcance del derecho al debido proceso y el acierto o no del juzgador al resolver el cargo, que no son el objeto del presente trabajo, lo que no puede permitirse en el marco del control judicial es que un aspecto tan sensible como el relativo al debido proceso se quede sin el análisis requerido en virtud del control judicial de los actos de la administración. La sentencia fue apelada por los demandantes por lo que actualmente se está llevando a cabo la segunda instancia.

ANEXO 52 "Ficha 98. TELMEX"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 98. Telmex</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1.Juez:</td><td colspan="5">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Primera – Subsección B</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Carlos Enrique Moreno Rubio</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2013-01812-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">12 III 15</td></tr>
<tr><td>1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Telmex Colombia S.A. (en adelante "Telmex")</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 53296 del 3 septiembre de 2012
• Res. 75599 del 30 de noviembre de 2012.</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5">Es por el incumplimiento de ordenes en un proceso de integración entre Telmex y operador de televisión de Barranquilla.</td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">• Telmex: $10.767.300.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1.Pretensiones:</td><td colspan="5">Principales:

• Que se declare la nulidad de la Res. 53296 del 3 de septiembre de 2012 y Res. 75599 del 30 de noviembre de 2012. Excepto el artículo 3º, toda vez que Telmex cumplió con los condicionamientos impuestos por la CNTV a través de la Res. 1071 de 2008.
• A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la SIC reintegrar a Telmex la totalidad del valor pagado a título de multa en desarrollo de la Res. 75599 de 2012, la suma de $10.767.300.000.
• Como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene a la SIC que pague los valores pagados por Telmex a sus usuarios en cumplimiento de la devolución ordenada en el artículo segundo de la res. 53296 de 2012, esto es: $79.171.691.
• Como consecuencia de la declaración de nulidad, se declare que no hay lugar a pagar ningún tipo de suma adicional a los usuarios.
• Se condene a la SIC al pago de intereses sobre las anteriores condenas.

Subsidiarias:

• Que se declare la nulidad de la Res. 53296 del 3 de septiembre de 2012 y Res. 75599 del 30 de noviembre de 2012, en lo relativo a la indemnización ordenada y la multa impuesta por la SIC, así como las órdenes accesorias.
• Como consecuencia de la declaración de nulidad y teniendo en cuenta el valor de la sanción que ha debido imponerse a título de sanción, de</td></tr>
</table>

	conformidad con los criterios que para el efecto adopte el tribunal, ordenar a la SIC el reintegro del mayor valor pagado por Telmex. • Como consecuencia de la declaración de nulidad y teniendo en lo pagado por Telmex a los usuarios , ordenar a la SIC el reintegro del mayor valor pagado por Telmex. • Como consecuencia de la declaración de nulidad se ordene que no hay lugar al pago de sumas adicionales a los usuarios. • Se condene a la SIC al pago de intereses por las sumas de condena.
3.2. Cargos formales:	**Tercero: nulidad parcial de los actos administrativos demandados por incompetencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para ordenar la indemnización a terceros**
3.3.Cargos de fondo:	**Primero: Nulidad total por falsa motivación de los actos administrativos demandados** • **Falsa motivación de los actos administrativos cuya nulidad se pretende, al asumir la SIC que Telmex incumplió con el condicionamiento impuesto a través de la resolución no 1071 de 2008** • **En caso de que se considere que sí hubo incumplimiento por parte de Telmex, la sanción impuesta por la SIC a Telmex no fue correctamente dosificada** **Segundo: nulidad de los actos administrativos por violación de normas superiores**
3.4.Pruebas técnicas:	Dictamen sobre las cláusulas de permanencia efectivamente cobradas. La SIC no ejerció contradicción en el momento oportuno.

4. FALLO									
4.1.Decisión									
Niega:		**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	**X**		
Revoca parcialmente, no anula los actos administrativos, sólo el monto de la sanción.									
4.2.Motivo:		**Formal:**			**X**	**Fondo:**	**X**		

4.3.Consideraciones formales:	**Tercero: nulidad parcial de los actos administrativos demandados por incompetencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para ordenar la indemnización a terceros** "Así las cosas, queda claro que la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada entre otras cosas, para impartir las órdenes que resulten necesarias para garantizar el cumplimiento de las normas que rigen la competencia dentro de las cuales se incluyen las dirigidas a hacer cesar la afectación de las mismas, por lo que no encuentra la Sala que con la orden de reembolsar el dinero cobrado indebidamente a los usuarios por concepto de cláusulas de permanencia que no podía pactar se esté usurpando funciones jurisdiccionales, toda vez que, como se dejó dicho dentro de las funciones

	administrativas de dicha entidad se deja abierta la posibilidad de que la misma adopte ´las demás medidas que considere necesarias´"[944] **La SIC no tuvo en cuenta los criterios establecidos en el art. 25 de la ley 1340 de 2009 a la hora de dosificar la sanción impuesta** **"**En tales condiciones, si bajo el entendido de que se había efectuado diez mil novecientas dieciséis (10.916) cobros por concepto de cláusulas de permanencia mínima a nivel nacional se impuso una sanción equivalente a diecinueve mil (19.000) salarios mínimo legales vigentes, haciendo la proporción respectiva se encuentra que si sólo se efectuaron siete mil ochocientos dos cobros (7.802) la sanción debe corresponder a trece mil quinientos setenta y nueve (13.579(salarios mínimos mensuales legales tenidos en cuenta para el pago de la sanción. Por lo tanto, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones subsidiarias de la demanda"[945]
4.4.Pruebas:	• Dictamen sobre las cláusulas de permanencia efectivamente cobradas. La SIC no ejerció contradicción en el momento oportuno.
4.5.Consideraciones de fondo:	**Primero: Nulidad total por falsa motivación de los actos administrativos demandados** "Adicionalmente a lo anterior, conviene destacar que otros de los condicionamientos incluidos en la resolución 1071 de 2008 sí tenían un límite geográfico, de lo que se deduce que al no tener ningún límite regional la cláusula en estudio debía aplicarse ésta a nivel nacional"[946] **Segundo: nulidad de los actos administrativos por violación de normas superiores** "En este mismo sentido, no encuentra la Sala que en el caso concreto se haya desconocido la presunción de inocencia o vulnerado el debido proceso, toda vez que luego de revisados los antecedentes administrativos de los actos demandados que obra en un disco compacto al expediente, se encontró que la Superintendencia de Industria y Comercio adelantó el trámite cuestionado conforme a la ley, agotó todas las etapas de este tipo de procedimientos sancionatorio con observancia de todas las garantías constitucionales y legales"[947]
4.6.Pruebas:	• Resolución 1071 – condicionamiento a la integración

[944] Ibid. Página 41.
[945] Ibid. Página 48.

[946] Ibid. Página 34.

[947] Ibid. Página 39-40.

4.7.Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella no se advierten visos de deferencia como quiera que el fallo analiza críticamente los actos demandados, los argumentos de la demanda y de los diferentes participantes en el proceso para luego arribar a la conclusión plasmada en la parte resolutiva. Se aclara que la sentencia declaró la nulidad parcial de los actos administrativos dando curso a las pretensiones subsidiarias de la demanda en lo que respecta al monto de la sanción. Finalmente, el fallo fue apelado por ambas partes, por lo que a la fecha se encuentra en curso la segunda instancia.

ANEXO 53 "Ficha 100. CORREA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 100. Correa</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Dayan Alberto Blanco Leguizamo</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2013-131-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>18 XII 15</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Ana Marcela Correa Gutiérrez de Piñeres</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 53991 del 14 de septiembre de 2012, mediante la cual se sancionó a la demandante.
• Res. 8917 del 4 de marzo de 2013 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionatoria.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 Ley 155 de 1959: Prohibición General.
• Art. 47 Núm. 9 Decreto 2153 de 1992: Acuerdo que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: Colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">$60.000.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad parcial de la Res. 53991 del 14 de septiembre de 2012, mediante la cual se sancionó a la demandante.
• Que se declare la nulidad de la Res. No. 8917 del 04 de marzo de 2013</td></tr>
</table>

	mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionatoria. • Que a título de restablecimiento del derecho se reintegre a la demandante los valores pagados por concepto de multa, junto con los respectivos intereses causados. • Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la SIC realizar una publicación en un diario de amplia circulación nacional en el que se indique que la demandante no infringió el régimen de libre competencia.
3.2. Cargos formales:	En este caso, el Ministerio del Interior convocó a un proceso de selección abreviado para la selección de un contratista. Al cierre del proceso se presentaron 3 propuestas por parte de las UT Seguridad Carcelaria, Cárceles 2008 y Protección Integral Carcelaria. No obstante, el Ministerio en su informe de evaluación rechazó las propuestas de s estas últimas dos pues había algunos miembros de dichas uniones que hacían parte tanto de la UT Cárceles 2008, como de la Protección Integral Carcelaria. En consecuencia, se adjudicó el contrato a la UT Seguridad Carcelaria. Con ocasión de lo anterior, la SIC investigó lo ocurrido en el proceso de selección luego de lo cual consideró que en dicha selección había tenido lugar una colusión por parte de los oferentes en los términos del Art. 47 Núm. 9 Decreto 2153 de 1992, razón por la cual se sancionó a las empresas involucradas, incluida la demandante en calidad de representante legal de Meltec Comunicaciones S.A. En virtud de lo anterior, formuló los siguientes cargos:

	• Violación de normas jurídicas superiores Los actos demandados son irregulares porque se expidieron con extralimitación de funciones, desconociendo el derecho de audiencia y de defensa, y violando los derechos de la demandante al buen nombre, a la honra y al trabajo. • Falta de competencia Adujo que la SIC carecía de competencia para sancionar a la demandante por haber operado la caducidad pues las comunicaciones entre los miembros de la Unión Temporal para presuntamente llevar a cabo la conducta investigada, tuvieron lugar el veinte (20) de octubre de 2008, mientras que la Resolución sancionatoria fue proferida el 14 de septiembre de 2012, es decir, luego de los 3 años con que contaba la entidad para sancionar a la demandante.
3.3.Cargos de fondo:	• Violación del derecho de audiencia y de defensa La demandante fue sancionada por el solo hecho de ser representante legal de una de las compañías que hacían parte de la Unión Temporal -Meltec Comunicaciones S.A-, sin que realmente hubiera pruebas directas en su participación en la conducta típica de colusión. Tampoco se probó en la actuación administrativa que efectivamente hubiera un acuerdo entre las investigadas que versara sobre la distribución de la adjudicación de los contratos, la distribución de los concursos o la fijación de términos de las propuestas y que solo en cuanto se

	probara en la actuación una de esas conductas, podría haber lugar a la sanción. De igual forma, alegó que las conductas que se le endilgaron tales como colaborar, facilitar o tolerar no hacían parte del tipo sancionador correspondiente, toda vez que este se refiere a "acordar". En todo caso, en gracia de discusión lo cierto es que no toleró ningún acuerdo pues desconocía por completo el acuerdo promovido por el señor Aaron Rabinovich, representante legal de Interseg S.A. • Desviación de poder La demandante fue sancionada por una conducta que fue ejecutada por el representante legal de Interseg S.A, -empresa que hacía parte de la Unión Temporal- que según la SIC a su vez era representante legal de la Unión Temporal. No obstante, lo cierto es que la cláusula 19 del documento mediante el cual se creó la UT indica claramente que el representante de esta sería el señor Andrés Botero Arbeláez, quien luego renunció y fue reemplazado por Luis Eduardo Montoya Medina. Sin embargo, la SIC señaló que el representante legal de la Unión Temporal era Aaron Rabinovich y que según esta al haber promovido este un acuerdo anticompetitivo, concluía que todos los representantes legales de las empresas que hacen parte de la UT habían tolerado el presunto acuerdo.

	• Falsa Motivación El régimen de protección a la competencia no contempla una conducta como la de "tolerar", razón por la cual la demandada incurrió en un error de hecho y de derecho.
3.4.Pruebas técnicas:	No se hace mención expresa a pruebas técnicas aportadas en la demanda.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**	X	**Confirma:**		**Revoca:**	

- Al haber prosperado el cargo de falta de competencia por caducidad, el Despacho se abstuvo de analizar los demás cargos de nulidad formulados.
- Por lo anterior, negó las demás pretensiones de la demanda.
- En consecuencia, se declaró la nulidad de la Resolución 53991 del 14 de septiembre de 2012 y Resolución 8917 del 4 de marzo de 2013 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionatoria.

4.2. Motivo:	**Formal:** X		**Fondo:**	
4.3. Consideraciones formales:	Las pruebas analizadas permiten inferir que la demandante conoció el acuerdo y las actuaciones en orden a infirmar la Resolución 3691 de 11 de diciembre de 2011, de revocatoria del acto de adjudicación, por lo menos el 11 de diciembre de 2008, y el 26 de mayo cuando se firmó el contrato. No obstante, la resolución sancionatoria fue proferida tres años después de dichas fechas, esto es el 14 de septiembre de 2012, siendo notificada el 29 de septiembre de ese mismo año, razón por la cual, es claro que la potestad sancionatoria de la SIC estaba caducada. Por lo anterior, declaró la nulidad de las decisiones demandas y se abstuvo de pronunciarse sobre los demás cargos de nulidad[948].			

[948] Página 28.

4.4. Pruebas:	• Resolución 53991 del 14 de septiembre de 2012 y su respectiva notificación. • Resolución 8917 del 4 de marzo de 2013. • Resolución 3691 del 11 de diciembre de 2008 • Acta de Constitución de la Unión Temporal Seguridad Carcelaria • Copia del Contrato No. 76 suscrito entre la Nación-Ministerio del Interior y la Unión Temporal Seguridad Carcelaria
4.5. Consideraciones de fondo:	Habiendo prosperado el cargo de caducidad, se abstuvo de emitir consideraciones de fondo.
4.6. Pruebas:	
4.7. Análisis deferencia:	El Juzgado anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la caducidad de la acción sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio: "Para la última época había transcurrido el término de 3 años con el que contaba la administración para imponer la sanción y en el *sub lite* operó la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, por lo que la entidad demandada actuó sin competencia por el factor temporal lo que impone su anulación."[949] En consecuencia, luego de encontrar un error de naturaleza "formal", el Juzgado se abstuvo de estudiar los demás cargos de la demanda: "En cuanto los actos demandados adolecen de incompetencia y deben declararse nulos el Juzgado se halla

[949] Página 26 de la sentencia.

	revelado de estudiar los demás cargos y debe adelantar el estudio de las pretensiones de restablecimiento del derecho."[950] En este caso, la anulación de los actos administrativos de la demanda desvirtúa parcialmente la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto en lo referente a los cargos formales de la demanda. Sin embargo, en el fallo analizado el juez no abordó los fundamentos técnicos de los actos administrativos demandados, por lo cual no se puede analizar si en materia técnica el control judicial es deferente o no lo es. En lo referente a la actividad probatoria, en este caso la demanda se resolvió fundamentalmente con la comparación de lo señalado en el pliego de cargos y en la resolución sancionatoria. Este fallo fue confirmado en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 10 de septiembre de 2020.

[950] Página 26 de la sentencia.

ANEXO 54 "Ficha 102. EAAB"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 102. EAAB</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera, Subsección B</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Oscar Armando Dimaté Cárdenas</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2013-0849-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>15 V 14</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 53992 del 13 de septiembre de 2012, mediante la cual se sancionó a la demandante.
• Res. 67650 del 06 de noviembre de 2012, mediante la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución sancionatoria.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 1 Ley 155 de 1959: Prohibición general.
• Art. 50 Núm. 4° Decreto 2153 de 1992: Abuso de posición dominante por vender a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">$310.668.781</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad de la Res. 53992 del 13 de septiembre de 2012.
• Que se declare la nulidad de la Res. 67650 del 06 de noviembre de 2012.
• Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la SIC a devolver a la demandante la suma de $310.668.781, correspondiente a</td></tr>
</table>

	la sanción pagada por la demandante. • Que se ordene a la SIC a pagar intereses de mora sobre dicho monto desde la fecha de pago hasta la fecha de expedición de la sentencia.
3.2. Cargos formales:	En este caso, se acreditó que la EAAB S.A E.S.P tiene posición de dominio en el mercado de distribución de agua en bloque en Bogotá y varios municipios aledaños por ser quien tiene acceso a las principales fuentes de agua potable en dicha zona. Mediante Acuerdo No. 08 de 2008, La EAAB decidió aplicar una metodología de cobro de la tarifa de agua en bloque diferente a aquellos comercializadores que participaban en los mercados en los que la EAAB también era comercializadora de agua, particularmente a las empresas EMAR S.A E.S.P y COOPJARDIN LTDA E.S.P. Por lo tanto, la SIC inició una investigación que culminó con la imposición de una sanción en cabeza de la demandante, toda vez que la autoridad de competencia consideró que dicho acuerdo pretendía reducir la competencia en el mercado de distribución y comercialización. Por lo anterior presentó demanda de nulidad bajo los siguientes cargos. • Falta de competencia para sancionar a una empresa de servicios públicos por infracción en las normas en que se encuentra sujeta; la SIC usurpó competencias de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

	El objeto de la sanción impuesta no es más que la aplicación indebida de una tarifa a EMAR S.A E.S.P y COOPJARDIN LTDA E.S.P a las cuales les suministraba agua en bloque. Sin embargo, la entidad competente para sancionar a las empresas de servicios públicos domiciliarios por infracción del régimen de tarifas es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de conformidad con el artículo 79 de la Ley 142 de 1994. Por lo tanto, la SIC carecía de competencia para proferir las resoluciones demandadas. • Falsa motivación por error de hecho como consecuencia de la indebida dosificación de la sanción. La SIC consideró que la venta de agua en bloque no era un servicio público domiciliario. Sin embargo, al momento de imponer la sanción incurrió en un error puesto que al dosificarla decidió motivar el monto de la misma en el hecho de que la venta de agua en bloque es un servicio público esencial. De otro lado, la SIC reconoció que la EAAB evitó el traslado del incremento de las tarifas a las empresas de agua en bloque. Sin embargo, lo hechos objeto de sanción nunca se configuraron por cuanto EMAR S.A E.S.P y COOPJARDIN LTDA E.S.P en ningún momento realizaron pago alguno, con base en la tarifa contenida en el Acuerdo 8 de 2008. Teniendo en cuenta que dichas empresas nunca pagaron una tarifa diferenciada no se explica como la SIC realizó la dosificación de la sanción.

3.3.Cargos de fondo:	• Falsa motivación por error de derecho en la apreciación y calificación de los motivos por los cuales la EAAB expidió el Acuerdo 08 de 2008. La adopción del Acuerdo 08 de 2008 en ningún momento buscó eliminar la competencia, sino que buscaba una prestación eficiente del servicio público de acueducto a los usuarios de la EAAB E.S.P, evitando un crecimiento de la tarifa y buscando lograr una mayor inversión en red. Así mismo, se pretendía unificar el costo medio de inversión de cada uno de los municipios en aras de dar cumplimiento efectivo a la normatividad a la cual estaba sujeta la EAAB. El costo medio de inversión es un costo indivisible para todos los suscriptores dentro de un mismo municipio en el que se incorporan tanto el valor de los activos actuales como de las inversiones futuras. De igual forma, lo que buscaba el Acuerdo en cuestión era materializar el subsidio cruzado (mecanismo en virtud del cual ciertos grupos poblacionales subsidian a otros para que estos puedan tener acceso al servicio de agua) el cual no existía en municipios en los que la empresa también prestaba el servicio, pues los otros prestadores como EMAR S.A E.S.P y COOPJARDIN LTDA E.S.P no incluyen en su tarifa el costo medio de inversión que permita dicho subsidio y por lo tanto el costo debía ser asumido de manera uniforme por todos los usuarios de la EAAB. No obstante, la SIC sin fundamento alguno concluyó equivocadamente que la tarifa incluida en el Acuerdo 8 de

	2008 era caprichosa y perseguía la eliminación de la competencia, cuando lo que en realidad se buscaba un régimen tarifario más solidario para lo cual era necesario la inclusión de los usuarios de las empresas de agua en bloque. Además de todo lo anterior, es importante tener en cuenta que la tarifa de agua en bloque no estaba regulada por la CRA y si bien la Resolución CRA 421 de 2007 es de carácter particular, la EAAB cobró la tarifa aplicándola de manera general. Por lo tanto, si la SIC hubiera analizado la definición del costo de inversión y del costo cruzado, se habría percatado que ese sistema tarifario solo se podía aplicar a aquellos proveedores que prestaban el servicio público en los mismos municipios que la empresa lo hacía, pues en los demás ya se aplicaba previamente el referido subsidio. • Falsa motivación: error de derecho en la apreciación del mercado relevante La SIC determinó la posición dominante partiendo de la modalidad de contrato de suministro de agua potable, mas no del bien o producto que define el mercado, es decir, del agua potable, que es el elemento determinante para establecer la posición dominante. Es el producto (el agua potable) y no la modalidad la que define el mercado. Tan es así que son dos los aspectos que definen el mercado relevante, el primero, es el mercado geográfico que analiza el comportamiento del producto en determinado lugar, ya sea local, regional, o nacional y si este puede ser

	sustituible en dicho lugar, y el segundo, desde el punto de vista del producto, se analiza el comportamiento la disponibilidad y la sustituibilidad del producto como tal, es decir, si es posible encontrar productos que se identifiquen con el mismo uso, precio y características. Por lo tanto, los actos demandados están falsamente motivados pues la SIC considera que el servicio de agua en bloque como un servicio público esencial. Esto en la medida en que fundamenta las resoluciones en cuestión afirmado que el abuso de la posición dominante en el suministro de agua en bloque es de E.S.Pecial importancia por tratarse de un servicio público domiciliario esencial que debe presentarse de manera continua, desconociendo que el mercado relevante se presenta tan solo rE.S.Pecto del suministro de agua potable. • Falsa motivación por error de derecho en la apreciación de la sustituibilidad del producto Al considerar la SIC que el mercado debe definirse desde la modalidad por medio de la cual se suministra el agua potable, desconoce la sustituibilidad del agua potable como producto y a partir de ese error construye un abuso de posición dominante que se le imputa a la EAAB. De otro lado, empresas como EMAR S.A E.S.P tienen acceso a las fuentes hídricas que se encuentran situadas en el territorio nacional y ha hecho uso de estas de manera directa, entonces no cabe duda que existe sustituibilidad,

	luego es claro que la EAAB no ostenta posición de dominio en el mercado. • Falsa motivación: la supuesta conducta anticompetitiva nunca se materializó, no obstante se impuso sanción por aquella En este caso, las resoluciones demandadas incurrieron en falsa motivación por cuanto la SIC sancionó a la EAAB por una supuesta conducta anticompetitiva que nunca se materializó. Al rE.S.Pecto, adujo que el Acuerdo 08 de 2008 nunca se aplicó efectivamente y que la demandante nunca recibió precio distinto a aquel que habitualmente recibía de cualquier comprador de agua en bloque. Dentro de la actuación administrativa obran pruebas que demuestran lo anterior, tales como la declaración de los representantes legales de EMAR y COOPJARDIN en el sentido de que nunca se aplicó la tarifa prevista en el Acuerdo en cuestión al igual que el desistimiento de la queja presentada por parte de EMAR.
3.4.Pruebas técnicas:	

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:** X		**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				• Falta de competencia para sancionar a una empresa de servicios públicos por infracción en las normas en que se encuentra sujeta; la SIC usurpó competencias de la Superintendencia de Servicio Públicos Domiciliarios La investigación administrativa inició en atención a la falta de justificación de			

	la implementación de la tarifa de venta de agua en bloque por parte de la EAAB S.A E.S.P a las EMPRESAS EMAR S.A E.S.P y COOPJARDIN LTDA, con lo cual se configuró una práctica restrictivas de la competencia. Así las cosas, el Tribunal indicó que la autoridad competente para velar por el cumplimiento de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas es la SIC. En consecuencia, sin perjuicio de que la EAAB E.S.P sea una entidad vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en todo lo que tenga que ver con las prácticas comerciales restrictivas, la inspección, vigilancia y control está en cabeza de la SIC[951].
4.4. Pruebas:	
4.5. Consideraciones de fondo:	• Falsa motivación por error de derecho en la apreciación y calificación de los motivos de la EAAB E.S.P en la expedición del Acuerdo 08 de 2008 De acuerdo con todas las pruebas obrantes en el proceso, el Tribunal concluyó que las tarifas para el suministro de agua en bloque no están reguladas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, sin embargo la dicha entidad señala que las mismas pueden ser calculadas mediante la aplicación de la metodología establecida en la Resolución CRA 287 de 2004, es decir, que esta puede ser aplicada tanto a los usuarios del servicio domiciliario de acueducto como a las empresas comercializadoras del agua en bloque.

[951] Página 40.

	No obstante, luego de analizar el documento de justificación de la tarifa de la EAAB, este no explica porque se aplica la misma solo a las empresas comercializadoras EMAS S.A E.S.P y a COOPJARDIN LTDA E.S.P que prestan el servicio de acueducto en los mismos municipios en los cuales EAAB S.A E.S.P presta el mismo servicio, y no a los demás compradores del agua en bloque, máxime si lo que pretendía la EAAB S.A E.S.P era desarrollar un régimen tarifario más solidario[952]. De otro lado, para el Tribunal no era clara la aplicación de la metodología de subsidios cruzados aplicable a los contratos de servicios públicos domiciliarios, toda vez que en el presente asunto las empresas compradoras del agua en bloque celebran contratos de suministro con la EAAB E.S.P y estos contratos no gozan de los atributos propios de un servicio público domiciliario. En este sentido, el Tribunal consideró que no es posible regular la relación entre empresa y usuario (comprador de agua en bloque) a través de la modalidad del contrato de servicios públicos, y en esa medida aplicar el régimen de los servicios públicos domiciliarios a tal relación comercial, razón por la cual estas empresas compradoras de agua en bloque no reciben subsidios ni subsidian o realizan contribuciones de acuerdo con el esquema de subsidios que establece la ley de acuerdo a la estratificación económica. De otro lado, en virtud de los contratos y convenios celebrados entre la EAAB

[952] Página. 54

	y las empresas comercializadoras se tiene que la voluntad de las partes determina y regula esas relaciones contractuales y convencionales, lo cual de conformidad con lo expuesto no ocurrió en el presente asunto, por cuanto la demandante de manera unilateral calculó y aplicó las tarifas de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 08 de 2008. Por lo tanto, el Tribunal no aceptó lo dicho por la EAAB E.S.P al manifestar que la SIC incurrió en falsa motivación por error en derecho al interpretar el Acuerdo 08 de 2008, por cuanto con la expedición de este si se evidencia que se trató de limitar la competencia[953]. • Falsa motivación por error de derecho en la apreciación del mercado relevante La SIC consideró que para la graduación de la sanción administrativa se aplica lo dispuesto en los numerales 15 y 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 que para el caso concreto permite la imposición de la multa hasta por el equivalente al 150% de la utilidad derivada de la conducta del infractor y 2000 SMMLV por ejecutar, colaborar, facilitar, autorizar o tolerar conductas violatorias al régimen de libre competencia. En ese orden, concluyó la Sala que la SIC sustentó la imposición de la sanción teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción y la conducta anticompetitiva por abuso de la posición dominante. Por lo tanto tasó el monto teniendo en cuenta las ventas en agua en bloque de la EAAB para el año 2010 fueron de $20.712.585.439, y de ese monto, $737.539.820

[953] Páginas 56 y 57.

	corrE.S.Ponde a las ventas de EMAR y COOPJARDIN las cuales representan el 3% de las ventas de agua en bloque. Así las cosas, determinó que la sanción a imponer corrE.S.Ponde a la suma de $310.668.871 que equivale al 1.5% de las ventas totales de agua en bloque para el año 2010 lo cual corresponde a un 27.4% de la multa máxima aplicable de conformidad con los parámetros fijados en los numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992. Ahora bien, respecto a lo dicho por el demandante en torno a que la presunta infracción nunca se cometió teniendo en cuenta que EMAR y COOPJARDIN nunca pagaron la tarifa establecida en el Acuerdo 08, el Tribunal consideró que de todos modos la EAAB alcanzó a comunicar a las empresas EMAS y COOPJARDIN el cambio de tarifa con fundamento en los lineamientos establecidos en el Acuerdo 08. De 2008 enviando las facturas de las vigencias de mayo y julio de 2009[954].
4.6. Pruebas:	• Resolución CRA 287 de 2004 • Resolución CRA 421 de 2007 • Acuerdo 08 de 2008 • Comunicación enviada por EMAR a la EAAB el 07 de septiembre de 2009 • Contrato 1-99-9000-261-98 entre EAAB y EMAR • Contrato 1-99-9100-316-1999 y COOPJARDIN • Queja formulada el 29 de septiembre de 2009 por parte del Gerente de EMAR ante la Comisión de Regulación de Agua Potable

[954] Página. 69-72.

	• Comunicación 3040001-2009-1146 ddel 2 de julio de 2009 remitida por la EAAB a la Gerente de EMAR • Comunicación 3040001-2009-1337 del 30 de julio de 2009 de la EAAB a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. • Comunicación 3040001-2009-1434 del 19 de agosto de 2009 de la EAAB a EMAR • Queja de 21 de junio de 2010 de COOPJARDIN dirigida a la SIC • Resolución 1295 de 11 de marzo de 2011 • RE.S.Puesta a oficio OADC No. 14-00119 remitida por la Comisión de Regulaci´no de Agua y Saneamiento Básico. • RE.S.Puesta a oficio OADC No. 14-00120 remitida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella no se advierten visos de deferencia como quiera que el fallo analiza críticamente los actos demandados, los argumentos de la demanda y de los diferentes participantes en el proceso para luego arribar a la conclusión plasmada en la parte resolutiva. El fallo fue apelado por ambas partes, por lo que a la fecha se encuentra en curso la segunda instancia.

ANEXO 55 "Ficha 104. EBSA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 104. EBSA</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Boyacá</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Sala de Decisión 2</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Luis Ernesto Arciniegas</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2013-00759-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>27 VIII 15</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">• Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. – EBSA.
• Roosevelt Mesa Martínez.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 3694 del 5 de febrero de 2013.
• Res. 12237 del 21 de marzo de 2013.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• A la persona jurídica:
o Núm. 6 art. 50 Decreto 2153 de 1992: Uso abusivo de la posición de dominio para obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.
• A la persona natural:
o Núm. 16 art. 4 Decreto 2153 de 1992: la persona sancionada toleró, ejecutó, autorizó y colaboró con las conductas por las que se sancionó a la persona jurídica.

El abuso de posición de dominio sancionada por la SIC se derivó de: i) que esta empresa tenía una posición de dominio en los mercados de la generación y comercialización de energía y ii) del cobro por parte de la EBSA del servicio de homologación de información de los medidores de</td></tr>
</table>

	energía calibrados en laboratorios diferentes a los de la EBSA. Según la SIC, con este cobro la EBSA tenía la finalidad de generar una ventaja anticompetitiva en el mercado de la calibración de medidores de energía en donde tenía una participación minoritaria.
2.3.Sanción:	• A la persona jurídica: o Multa de COP$ 4.754.745.000. o Deber de publicar la sanción impuesta en un diario de amplia circulación nacional. • A la persona natural: o Multa de COP$ 47.160.000.
3. DEMANDA	
3.1. Pretensiones:	• Nulidad de las Resoluciones 3694 y 12237 de 2012. • Devolución de la multa pagada por cada uno de los demandantes más su actualización e intereses causados a la máxima tasa permitida por ley. • Se le ordene a la SIC a que publique en un diario de amplia circulación y en su página web la declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas. • Que se indemnice al Sr. Roosevelt Martínez los perjuicios causados a raíz del crédito que tuvo que solicitar para poder cancelar la multa impuesta. • En el evento en que no prosperen las pretensiones de nulidad en contra de las resoluciones demandadas, que se declare la nulidad parcial de las mismas para que se reduzca el monto sancionatorio que la SIC impuso los demandantes.
3.2. Cargos formales:	• Violación del debido proceso (art. 29 CN) y del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal (art. 228 CN):

	○ En la investigación administrativa la SIC se negó injustificadamente a aceptar las pruebas presentadas por los aquí demandantes, las cuales acreditaban que la participación de la EBSA en el mercado de comercialización de energía era inferior al porcentaje mínimo requerido por el artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994 para que exista posición dominante. ○ Con las pruebas negadas injustificadamente por la SIC también se evidenciaba la existencia de los contratos de suministro de equipos medidores celebrados por la EBSA para la reposición de medidores usados que presentan no conformidades dentro del programa de control de pérdidas. Estos documentos daban cuenta que tales medidores requerían ser calibrados previa su entrega, con lo cual quedaba claro que la EBSA no estaba buscando ventaja alguna en el mercado de calibración de medidores. • Violación del art. 29 CN – violación del principio de confianza legitima: ○ La SIC sancionó a los demandantes a pesar de haber autorizado la conciliación celebrada por la EBSA con algunos importadores y/o distribuidores de equipos de calibración respecto del cobro de la remuneración por dicho servicio con lo cual violó la

	confianza legítima depositada por la EBSA y el señor Roosevelt Mesa Martínez. • Violación del art. 6 CN y los arts. 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 y el art. 36 del Decreto 1 de 1984: o La SIC cuantificó las multas impuestas a los demandantes con base en criterios que no están previstos en la ley. Además, el monto de multas impuestas no es proporcional con las conductas endilgadas. • Falsa motivación: o La sustentación de este cargo no fue reseñada en la sentencia objeto de análisis. Sin embargo, en las consideraciones del Tribunal sí se hace un estudio del mismo.
3.3.Cargos de fondo:	• Aplicación indebida de los artículos 14.13 de la Ley 142 de 1994 y 50, numeral 6, del Decreto 2153 de 1992: o La SIC incurrió en una interpretación errónea de la doctrina contenida en el Documento 095 de 2005 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG-, que llevó a la SIC a concluir que el mercado geográfico relevante del servicio de comercialización de energía eléctrica está limitado al área de influencia de la EBSA, cuando en realidad es nacional, razón por la cual la EBSA no tiene posición dominante.

	• Por aplicación indebida el artículo 50, numeral 6 del Decreto 2153 de 1992: o La SIC omitió el hecho de que los posibles efectos de la conducta endilgada a la EBSA no impedían ni obstruían el acceso de sus competidores al mercado relevante de calibración de equipos de medición. • Por falta de aplicación de los artículos 7.6 y 7.5.1 de la Resolución No. 070 de 1998 de la CREG. o La SIC omitió que el art. 7.6. ibid. permite a los comercializadores de energía eléctrica prestar el servicio de revisión de los equipos. También se pasó por alto lo estipulado en el art. 7.5.1 ibid. al asimilar el servicio de homologación al procedimiento de registro, para sostener injustificadamente que la remuneración del registro mediante la tarifa de comercialización pagada por los usuarios impide el cobro de la homologación a los importadores y/o distribuidores de equipos. • Por falta de aplicación los arts. 333 y 334 CN y los artículos 3 núm. 3.3, art. 32 y 94 de la Ley 142 de 1994: o La SIC restringió injustificadamente la facultad de la EBSA S.A. de convenir libremente con los

	distribuidores de los equipos de medida el cobro de servicio de homologación. • Por aplicación indebida el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992: o La SIC sancionó a la EBSA sin haber demostrado el efecto del impedimento u obstrucción al acceso de mercados que la norma referida define como constitutivo del abuso de posición dominante.
3.4.Pruebas técnicas:	• Testimonio de Diego Felipe García: Director de Intercambios de Energía Mayorista de XM S.A. E.S.P.: o Declaración sobre las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica en el país, y las características económicas de cada una de ellas, como los casos de monopolio natural en la distribución de energía y los eventos en que en donde dentro de la actividad de comercialización de energía puede formarse una posición de dominio. • Testimonio de Jairo Alberto Gautibonza, Gerente Comercial de la EBSA: o Condiciones de la oferta, de la demanda y de la competencia en los mercados de distribución y de comercialización de energía eléctrica. o Explicación de los procedimientos de

	homologación y de registro de medidores de energía y la diferenciación entre estos dos. • Testimonio de Juan Ricardo Montalvo, representante legal de VATIA S.A. E.S.P. o Condiciones del mercado de comercialización de energía en el país y el hecho de que la competencia en dicho mercado se desarrolla a nivel nacional.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:		**Anula:**	X	**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							
4.2. Motivo:				**Formal:**	X	**Fondo:**	X
4.3. Consideraciones formales:				• Frente al cargo relativo a la indebida cuantificación de las multas impuestas: o "De acuerdo a todo lo indicado considera la Sala que las sanciones pecuniarias impuestas a la EBSA S.A. EPS y al señor ROOSEVELT MESA MARTÍNEZ fueron desproporcionadas, pues para la adecuación razonable de los hechos y la sanción aplicable, la Superintendencia de Industria y Comercio debió en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción y la			

	colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados. Por el contrario la SIC procedió a imponer las multas sin atención a estos criterios, obrando a partir de suposiciones carentes de fundamentos fácticos, razón por la cual se concluye que la sanción pecuniaria desconoce el principio de proporcionalidad"[955]. • Falsa motivación: o "(…) considera la Sala que los actos administrativos demandados (…), están incursos en la causal de nulidad de falsa motivación por las siguientes razones: o Por error al determinar que la EBSA S.A. E.S.P. tiene posición de dominio en el mercado de comercialización de energía eléctrica. o Por error de derecho en la apreciación y calificación de los motivos de la EBSA para imponer el cobro del servicio de homologación. o Por error al determinar que el servicio de homologación tiene el mismo objeto que el procedimiento de registro. o Por error de derecho al determinar que el cobro del servicio de homologación viola las disposiciones sobre

[955] Página 65.

	protección a la competencia y constituye abuso de la posición dominante. o Por error al determinar que el mercado de calibración de medidores de energía eléctrica es conexo al mercado en el que tiene posición de dominio la EBSA S.A. E.S.P. o Por error de hecho como consecuencia de la indebida dosificación de la sanción"[956]. • Frente a la vulneración de la confianza legitima por haberse permitido la conciliación sobre una conducta que de todas formas termino siendo sancionada: o "(…) en el sub exámine fue la misma Superintendencia de Industria y Comercio, entidad ante quien se adelantó la diligencia de conciliación, la que aprobó el acuerdo al que llegaron las partes sobre el cobro por el servicio de homologación, hecho por el cual la SIC sancionó posteriormente a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. o "Deja ver lo anterior que en efecto la Superintendencia de Industria y Comercio al aprobar el acuerdo y posteriormente sancionar por el mismo hecho a la EBSA S.A. E.S.P., no está actuando con respeto por el acto propio, más cuando generó en la entidad demandante expectativas de que el cobro por dicha actividad era legal, pues el permitir con su actuar que se redujeran las tarifas por ese

[956] Página 66.

	servicio y el no tildar la conducta de anticompetitiva creó confianza en esa entidad para seguir percibiendo por el servicio prestado. ○ "(…)el hecho de que 'Para el momento en el que se llevó a cabo la audiencia de conciliación la Delegatura no tenía claridad sobre si las conductas que se investigaban en esa actuación administrativa eran o no contrarias a las normas de protección de la competencia', no es excusa, pues quien más que dicha entidad, la que debe conocer de las conductas anticompetitivas y no permitir que sobre éstas se concilié tal como sucedió"[957].
4.4. Pruebas:	• Resolución 3694 de 2013. • Resolución12237 de 2013. • Testimonio de Jairo Guatibonza.
4.5. Consideraciones de fondo:	• Frente al abuso de la posición de dominio por la que fue sancionada la EBSA: ○ "(…) aquí no queda duda a la Sala que las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica en el mercado mayorista, se refieren a mercados totalmente diferentes"[958]. ○ "Puede concluir la Sala de lo dicho por los testigos que, el mercado de distribución de energía en Colombia es un monopolio natural, porque en virtud a que está ubicado en zonas geográficas que hacen

[957] Página 73 y 74.

[958] Página 41.

	que la prestación del servicio sea más eficiente más económico, por monopolio natural se presentaría posición dominante de la empresa que realiza esta actividad. Por el contrario, en el mercado de comercialización de energía, que se desarrolla a nivel nacional, se presentaría posición dominante cuando una empresa atiende esta actividad en un porcentaje igual o más del 25% de la demanda"[959]. o "(…) no es de recibo lo consignado por la Superintendencia de Industria y Comercio en su Resolución No. 3694 de 2013, de que la EBSA tiene posición dominante en el mercado de comercialización, cuando dicha empresa tiene menos del 2% de demanda a nivel nacional en esta actividad, hecho este que se acredita con la documental obrante a folios 157 a 159 del cuaderno 1 y además con el testimonio rendido por el señor DIEGO FELIPE GARCÍA GÓMEZ (…)"[960]. o **"**Pero eso mismo no sucede con el mercado de distribución, pues al ser esta actividad como ya se indicó un monopolio natural en virtud a que es ubicado en zonas geográficas, dirá la Sala que la EBSA por tener demanda del 100% en el departamento de Boyacá, hay por motivo del monopolio

[959] Página 45.

[960] Página 47.

	natural, un tema de posición dominante de la empresa, al estar ubicada en la zona donde presta sus servicios"[961]. o "(…) el hecho que materializó el abuso de su posición de dominante fue el cobro por la homologación de la información de los medidores, impuesto a través de la expedición del Acto de Gerencia No. 092 de noviembre de 2010, hecho por el cual la SIC determinó que la EBSA S.A. ESP incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992"[962]. o "Lo dicho por la Superintendencia de Industria y Comercio [esto es que los servicios de homologación y registro de medidores de energía son prácticamente lo mismo] obliga a la Sala a establecer si en efecto las actividades de homologación y registro son idénticas, o si por el contario tal como lo aduce la entidad demandante éstas se refieren a dos actividades totalmente disímiles"[963] (texto entre corchetes fuera del original). o "(…) no queda duda a la Sala que el procedimiento de registro solo está encaminado a recepcionar e ingresar unos

[961] Página 48.

[962] Página 52.

[963] Página 54.

	datos del medidor de energía al sistema, y dado el momento en el que se realiza éste, es decir cuando el usuario solicita la conexión del servicio de energía eléctrica26, es claro tal como lo indicó el testigo que en ese momento no se necesita ni siquiera llevar el equipo de medición, pues lo que se hace allí es verificar por parte de servicio al cliente las características técnicas del equipo medidor que se certifican. "Por el contrario la homologación no se refiere a registrar únicamente las características del equipo medidor, este servicio es prestado por el laboratorio de calibración de medidores de la EBSA para verificar el estado del equipo frente a la base de datos conformada por esta empresa, como resultado de su laboratorio de calibración, verificar además que el medidor este calibrado, la vigencia de la calibración, que las marcas del mismo estén homologadas ante CIDET y que el medidor no haya sido hurtado, remanufacturado o adulterado"[964]. o **"**De acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente da cuenta la Sala que el servicio de homologación lo ha venido prestando la EBSA S.A. ESP desde el mes de abril de 2004, servicio por el cual dicha empresa no cobró sino hasta el

[964] Página 59.

	mes de noviembre de 2010. Entonces aquí surge una inquietud a la Sala ¿es lógico que la empresa hubiera establecido el servicio de homologación, que de acuerdo a la SIC es similar al procedimiento de registro? La respuesta a esa pregunta es negativa, pues si vemos que uno de los objetivos de una empresa cualquiera es la de reducir gastos, no es razonable, primero pensar que ésta preste dos servicios que conlleven a un mismo fin, y segundo que al ser la homologación un servicio de la empresa, sea ésta la que deba asumirlos. "Y es que fue ese hecho, el cobro, como medida que tomó la EBSA S.A. ESP para recuperar los costos que dicho servicio demandaba, la causa para impetrar la queja ante la SIC y la consecuente sanción impuesta por dicha entidad, pues antes de que esto ocurriera nadie dijo nada sobre el servicio; solo cuando dicha entidad inició a cobrar a los importadores y distribuidores de equipos medidores, fue que éstos empezaron a encontrar reparos, presumiendo que la actividad tenía el mismo objeto que el procedimiento de registro, lo cual no tiene cabida, pues considera la Sala que la homologación debe generar en cabeza de la empresa que presta ese servicio el derecho a recibir el pago como contraprestación para recuperar el costo que éste implica.

	"Teniendo en cuenta que la EBSA S.A. ESP tiene posición de dominio en el mercado de distribución de energía eléctrica en el departamento de Boyacá, lo cual no está prohibido, (…) dirá la Sala que quien desarrolla esa actividad nada tiene que ver con el usuario final, pues tal como ya se indicó, los distribuidores son los agentes que desarrollan la actividad del transporte de la energía en los sistemas de distribución, y los comercializadores, por el contrario, son aquellos agentes que básicamente prestan un servicio de intermediación, entre los usuarios finales de energía y los agentes que generan, transmiten y distribuyen electricidad. Debido a la separación de mercados entre usuarios regulados y no regulados, las empresas comercializadoras pueden comercializar energía con destino al mercado regulado; pueden comercializar energía en el mercado no regulado; o pueden optar por ofrecer el servicio de intermediación en ambos mercados. "También dirá la Sala que el cobro del servicio de homologación no lleva a considerar riesgos sustanciales para la competencia en el mercado de calibración de medidores, pues la empresa demandante ni está obstruyendo ni impidiendo a terceros el acceso a los

	mercados o a los canales de comercialización (…)"[965]. o "Con base en lo expuesto, la Sala concluye que el cobro de la homologación de información de los medidores de energía calibrados en laboratorios diferentes a los de la EBSA, no constituyen de igual manera un abuso de la posición dominante, pues al ser este servicio competencia del mercado de comercialización, en el cual no tiene posición dominante la empresa demandante, por lógica no se puede hablar de abuso si ésta no se tiene"[966]. • Frente al abuso de la posición de dominio de la EBSA en el mercado conexo de homologación de medidores que originó la sanción demandada: o **"**Para configurar un abuso de posición de dominio en un mercado conexo, sólo es necesario demostrar que se tiene posición dominante en un mercado (primer mercado), y que dicha posición fue utilizada de forma ilegítima para afectar un segundo mercado. En efecto, lo que se sanciona en estos casos es que un agente utilice su posición de dominio en un mercado para fortalecer su posición en otro, en el que no tiene poder o dominancia (…).

[965] Página 60 y 61.

[966] Página 62.

	"Al tener la Empresa de Energía de Boyacá posición dominante en el mercado de distribución y no en el mercado de comercialización, dirá la Sala que no se puede configurar un abuso de posición de dominio en el mercado de calibración de medidores (por cobrar el servicio de homologación de medidores de energía), pues para que se presente esta figura la empresa debe tener posición dominante en el mercado principal, que es el de comercialización, que al igual debe tener relación directa con el mercado minorista, mercado en el cual como ya se indicó la Empresa de Energía de Boyacá S.A. ESP no tiene posición de dominio"[967].
4.6. Pruebas:	• Certificado de existencia y representación legal de la EBSA. • Documental de la EBSA donde ilustran los porcentajes de ingresos de sus actividades. • Testimonio de Diego Felipe García. • Testimonio de Jairo Guatibonza. • Resolución 3694 de 2013. • Acto de gerencia 092 del 12 de noviembre de 2010 por medio de la cual la EBSA fija los precios para algunos de los servicios que presta. • Respuesta dada por la CREG al oficio remitido por el Tribunal en razón a la documental decretada en el proceso a petición de la SIC. • Testimonio de Juan Ricardo Montalvo. • Concepto No. 70 emitido por la CREG el 28 de mayo de 1998.

[967] Página 62 y 63.

4.7. Análisis deferencia:	El Tribunal anuló los actos administrativos demandados por encontrar que (i) la Superintendencia incurrió en falsa motivación al concluir que el demandante tenía posición de dominio en el mercado de comercialización de energía y que había abusado de la mismas cuando ello no fue así; (ii) que la autoridad administrativa incurrió en violación al debido proceso del demandante la quebrantar los principios de confianza legitima y buena fe por haber aprobado la conciliación de un hecho que posteriormente sancionó; (iii) que la Superintendencia vulneró el principio de proporcionalidad de la sanción al no analizar la gravedad de la falta, sus efectos, la capacidad económica del investigado, entre otros: "Con base en lo expuesto, la Sala concluye que el cobro de la homologación de la información de los medidores de energía calibrados en laboratorios diferentes a los de la EBSA, no constituyen de igual manera un abuso de la posición dominante, pues al ser este servicio competencia del mercado de comercialización, en el cual no tiene posición de dominante la empresa demandante, por lógica no se puede hablar de abuso si ésta no se tiene"[968] […] "De acuerdo a lo indicado considera la Sala que las sanciones pecuniarias impuestas a la EBSA S.A. E.S.P. y al señor ROOSELVELT MESA

[968] Página 61 de la sentencia.

	MARTINEZ, fueron desproporcionadas (…). Por el contrario, la SIC procedió a imponer las multas sin atención a estos criterios obrando a partir de suposiciones carentes de fundamentos fácticos, razón por la cual se concluye que la sanción pecuniaria desconoce el principio de proporcionalidad."[969] […] "(…) en efecto, los hechos que tuvo en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio fueron apreciados en una dimensión equivocada porque de acuerdo con el material probatorio, de modo que la realidad no concuerda con el escenario fáctico que dicha entidad supuso que existía la tomar la decisión, circunstancia que afecta de nulidad los actos administrativos demandados.[970] […] "(…) en efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio al aprobar el acuerdo y posteriormente sancionar por el mismo hecho a la EBSA S.A. E.S.P., no está actuando con respeto por el acto propio, más cuando generó en la entidad demandante expectativas de que el cobro por dicha actividad era legal, pues al permitir con su actuar que se redujeran las tarifas por ese servicio y el no tildar la conducta de anticompetitiva, creó confianza

[969] Página 64 de la sentencia.

[970] Página 66 de la sentencia.

	en esa entidad para seguir percibiendo por el servicio prestado"[971] En este caso, la revocatoria de los actos administrativos de la demanda desvirtúa la existencia de deferencia judicial y evidencia un control estricto por parte del juez, quien analizó los argumentos sostenidos por el demandante en los cuales ponía en entredicho las conclusiones de la autoridad administrativa y, luego de emprender la labor de valorar por sí mismo las pruebas que valoró la Superintendencia en el procedimiento administrativo sancionatorio, concluyó que la valoración de la entidad fue errada. Se debe señalar que en el presente caso estaban en discusión tanto asuntos técnicos relativos al régimen de competencia como asuntos formales relativos al debido proceso, y en criterio del autor la manera como se llevó a cabo el control judicial fue impecable en la medida en que el juez no se limitó a repetir los fundamentos de los actos demandados sino que los confrontó con los argumentos del demandante y a raíz de eso emprendió su propio análisis haciendo uso incluso de la facultad de solicitar pruebas de oficio[972] para entender de mejor manera los asuntos técnicos para finalmente proponer una conclusión que se encuentra ampliamente justificada en el fallo: "Por otro lado, se hace necesario para la Sala en definir en primera

[971] Página 73 de la sentencia.

[972] En la Página 37 de la sentencia se relata la prueba de oficio decretada por el Tribunal para efectos de solicitar a la CREG respuestas de carácter técnico.

	medida, en qué actividad, si en distribución o comercialización tiene posición de dominio la EBSA S.A.E.S.P., por cuanto lo dicho por la Superintendencia de Industria y Comercio difiere de lo aludido por la parte demandante"[973] […] "Lo dicho por la Superintendencia de Industria y Comercio obliga a la Sala a establecer si en efecto las actividades de homologación y registro son idénticas o si por el contrario tal como aduce la entidad demandada, estas se refieren a dos actividades totalmente disimiles"[974] Finalmente, con independencia del análisis sobre el acierto de las consideraciones del fallo, lo cierto es que el control judicial se realizó como lo ha señalado la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, ya que el Juzgador lejos de adoptar el análisis probatorio del acto administrativo demandado, procedió a confrontar, en igualdad de condiciones, los cargos de la demanda con lo argumentado por la administración y determinó los aspectos que debía resolver de manera fundada en su valoración de las pruebas obrantes en el expediente. Esta sentencia fue apelada y actualmente se encuentra en trámite la segunda instancia.

[973] Página 40 y 41 de la sentencia.

[974] Página 52 de la sentencia.

ANEXO 56 "Ficha 106. ROA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 106. ROA</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>(ej. Primera)</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Luis Manuel Lasso</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2013-2739-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>7 V 15</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6. Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">• Molinos Florhuila S.A. (Florhuila)
• Molinos Roa S.A. (Roa)
• Alienergy S.A. (Alienergy)
• Hernando Rodríguez Rodríguez.
• Jairo Antonio Echavarría Bustamante.</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 3703 del 5 de febrero de 2013.
• Res. 20874 del 23 de abril de 2013.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• A las P. jurídicas:
o Art. 4 de la Ley 155 de 1959 modificado por el art. 9 de la Ley 1340 de 2009: deber previo de informar una operación de integración.
• A las P. naturales:
o Núm. 16 art. 4 Decreto 2153 de 1992: las personas sancionadas autorizaron, ejecutaron y toleraron la conducta por las que se impusieron sanciones a las p. jurídicas.

La infracción ocurrió a raíz de la compra del 52% de acciones de Alienergy por parte de Roa y Florhuila, situación que fue considerada por la SIC como una integración y que no fue informada de manera previa a su realización.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• A las P. jurídicas:
o Molinos Florhuila S.A.: Multa de COP$ 43.000.000.</td></tr>
</table>

	○ Molinos ROA: Multa de COP$ 146.000.000. ○ Alienergy S.A.: Multa de COP$ 281.000.000. ○ A todas las P. jurídicas: Deber de publicar la sanción impuesta en un diario de amplia circulación nacional. • A las P. naturales: ○ Multas a cada uno de los demandantes de COP$ 15.000.000.
3. DEMANDA	
3.1. Pretensiones:	• Nulidad de los arts. 1, 2, 3, 4, y 6 de la Res. 3702 de 2013. • Nulidad art. 1 de la Res. 20874 de 2013. • A título de restablecimiento se exonere a los demandantes de cualquier responsabilidad por la supuesta infracción de la Ley 1340 de 2009. • A título de reparación del daño se ordene a la SIC a que pague los perjuicios del daño emergente que se hayan causado y los intereses moratorios a la máxima tasa legal, a partir de la providencia que resuelva el proceso. • Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
3.2. Cargos formales:	
3.3.Cargos de fondo:	• Indebida aplicación del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y vulneración de los principios de legalidad y de tipicidad: ○ Dentro del análisis que la SIC realizó del art. 9 de la Ley 1340 de 2009 no se encuentran los conceptos de “activos, capital humano, capacidad financiera”, todos los cuales fueron usados

	por la demandada y fueron determinantes para concluir que la operación de compra de Alienergy entraba dentro de los supuestos del deber de informar una integración empresarial. • Falsa motivación: o Para la fecha en que Florhuila y Roa compraron las acciones de Alienergy -e incluso con anterioridad- esta última sociedad no hacía parte de ningún negocio relacionado con la comercialización o transformación de arroz, ni de cascarilla, actividades que desarrollaban las sociedades compradoras. Así, Alienergy no participaba en la misma actividad económica ni en la misma cadena de valor de Molinos Roa S.A. Y Molinos Florhuila S.A. por lo que no estaba en la obligación de informar una operación de integración. o Alienergy solamente inició negocios relacionados on la cascarilla de arroz cuatro meses después de la integración sancionada. o De las mismas pruebas que expuso la SIC al momento de emitir las sanciones demandadas se extrae que Alienergy no perteneció a la misma cadena de valor de Florhuila y de Roa y tampoco elaboro las mismas actividades que esta: (i) si bien la sociedad BIO+SA S.A. cedió algunos

	de sus negocios a Alienergy, ninguno de estos tenía relación con la cascarilla de arroz; (ii) la SIC omitió revisar todo el informe de gestió de Alienergy en donde se evidencia que con anterioridad a la compraventa de acciones esta sociedad no tenía actividad alguna que se relacionara con la cascarilla de arroz; (iii) la SIC no revisó el testimonio rendido por el representante legal de BIO+SA S.A. en donde reseñó que esta sociedad siguió existiendo luego de haberle cedido a Alienergy algunos de sus negocios y que dentro de esa cesión no se encontraba las operaciones relacionadas con la cascarilla de arroz. o Aunado a lo anterior, de los documentos que registran los negocios que BIO+SA S.A. cedió a Alienergy, se evidencia que los mismos versan solo sobre servicios de consultoría que no implican que Alienergy esté en la misma cadena de valor de Florhuila y Roa. • Violación de los artículos 174, 175 y 187 del CPC o El término de biomasas no se refiere necesariamente a la cascarilla de arroz, lo que significa que cualquier negocio relacionado con la utilización de biomasas no está relacionado con tal producto, por lo tanto, la Superintendencia de Industria y Comercio efectuó una

<table>
<tr><td colspan="4"></td><td colspan="4">inadecuada valoración probatoria.</td></tr>
<tr><td colspan="4">3.4.Pruebas técnicas:</td><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td colspan="8">4. FALLO</td></tr>
<tr><td colspan="4">4.1.Decisión</td><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td>Niega:</td><td>X</td><td>Anula:</td><td></td><td>Confirma:</td><td></td><td>Revoca:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="8">(observaciones)</td></tr>
<tr><td colspan="4">4.2. Motivo:</td><td>Formal:</td><td></td><td>Fondo:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="4">4.3. Consideraciones formales:</td><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td colspan="4">4.4. Pruebas:</td><td colspan="4"></td></tr>
<tr><td colspan="4">4.5. Consideraciones de fondo:</td><td colspan="4">• Indebida aplicación del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y vulneración de los principios de legalidad y de tipicidad:

o “(…) se cuestiona por la parte demandante en tanto se argumenta que el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, no prevé los criterios de ‘... activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras’ para efectos del a análisis de integraciones; sin embargo, estima la Sala que conforme a todo lo expuesto, si bien la norma no establece en su contenido los criterios evaluados por la demandada con respecto a los agentes económicos, ello no implica que no debieran evaluarse dichos aspectos con el propósito de verificar el supuesto subjetivo consistente en si las empresas demandantes pertenecían a una misma cadena de valor, pues como ya se explicó la norma que regula el tema prevé conceptos que deben ser desarrollados por la Superintendencia de industria y Comercio, como son los de</td></tr>
</table>

	‘cadena de valor’ e ‘integración empresarial’, que desarrolla la entidad demandada a través de guías y resoluciones, que brindan mayor claridad sobre el particular” […] “Por consiguiente, estima la Sala que la entidad demandada no vulneró los principios de legalidad y tipicidad, como lo pretende hacer ver la parte demandante; sino que, por el contrario, suministró al interesado una motivación con mayores fundamentos y contribuyó, de esa mantera, a fijar de manera más precisa las reglas aplicables a este tipo de asuntos”[975]. • Falsa motivación: o “(…) pasa la Sala a verificar si efectivamente Alienergy S.A., pertenecía a la misma cadena de valor de Molinos Roa y Molino Florhuila S.A., esto es, si participaba en el aprovechamiento industrial de las biomasas provenientes de la cascarilla de arroz, tanto para el momento de la operación de integración -22 de diciembre de 2009-, como con anterioridad a la misma, para lo cual es necesario analizar las pruebas tenidas en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de tomar la decisión que aquí se

[975] Página 26 y 27.

	cuestiona, así como otras allegadas al proceso"[976]. "(i) Página Web Oficial Alienergy S.A., Sección "EMPRESA – QUIENES SOMOS". […] "Del anuncio publicitario [publicado en la página web de Alienergy] se observa que Alienergy S.A. señaló de manera general que había heredado la experiencia y propiedad de todos los proyectos realizados por la sociedad BIO+A S.A., afirmación que fue tenida en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio para tomar su decisión"[977] (texto entre corchetes fuera del original). "Revisado el contenido de las actas Nos. 3 y 4 de la Junta Directiva de Alienergy S.A.; así como del documento del que se evidencia la celebración del contrato de cesión de negocio jurídico con las sociedades BIO+A S.A. y BRINSA S.A., se desvirtúa la afirmación de la parte demandante en el sentido de que tales contratos, por ser de consultoría, no tienen incidencia en la cadena de valor.

[976] Página 37 y 38.

[977] Página 38 y 39.

	"Por el contrario, estima esta Sala que, justamente, la utilización de formas para el recaudo de experiencia y conocimiento (know how) en relación con la consultoría para el proceso de biomasas, una de las cuales es la cascarilla de arroz, permiten constatar que Alienergy S.A. se encontraba desde el 26 de marzo de 2009 integrando la cadena de valor del arroz medida en que se trató de servicios (consultoría) que sin duda contribuirán a dicha cadena con el aporte propio de esa clase de estudios en materia de aspectos como la disminución de costos, la introducción de tecnologías, etc. "La circunstancia de que no estuviese en esas fechas haciendo parte del proceso de aprovechamiento del cereal tantas veces mencionado desde el punto de vista material, no significa que se encontrara al margen de la cadena de valor pues, de hecho, estaba brindando un aporte fundamental en la estructuración del proceso industrial a partir del aporte de conocimiento, experiencia y proyección para el mejoramiento del proceso productivo"[978]. "Del anuncio publicitario [publicado en la página web de Alienergy] se deriva con claridad que Alienergy S A, por lo menos desde el año

[978] Página 42.

	2008, había realizado pruebas de tecnología de quemado de combustibles con la finalidad de sustituir carbón por biomasa para la producción de ladrillo, biomasa que corresponde a la cascarilla de arroz como se observa del flujograma plasmado en dicho anuncio; por lo tanto dicho anuncio publicitario muestra que Alienergy S.A. desarrollaba tecnología para el aprovechamiento de la cascarilla de arroz y este componente es, sin duda, uno de los integrantes, sino el fundamental, de la cadena de valor en estos nuevos desarrollos agroindustriales"[979] (énfasis fuera del original). "Además, según se advierte en el certificado transcrito, Alienergy S.A. desde su constitución -16 de enero de 2009-, se planteó como un agente en el aprovechamiento de biomasas, concretamente de la cascarilla de arroz, como se aprecia en su objeto social, argumento que corrobora lo analizado por la Superintendencia de Industria y Comercio"[980]. […] "Dentro del expediente también obra una relación de ventas de cascarilla de arroz entre los años 2008 y junio de 2011, de Molinos Florhuila

[979] Página 43 y 44.

[980] Página 46.

	S.A. y de Molinos Roa S.A., según la cual para el 15 de enero de 2010, dichas sociedades vendieron cascarilla de arroz a Alienergy S.A.[17], lo que desvirtúa lo manifestado por la parte demandante en el sentido de que tan sólo cuatro meses después de la operación de integración -22 de diciembre de 2009-, esto es, el 6 de abril de 2010, Alienergy S.A. habría iniciado los negocios relacionados con la adquisición de cascarilla de arroz. "En este mismo sentido, cabe señalar que, si la tesis de la demandante es que para la fecha de integración, 22 de diciembre de 2009, Alienergy S.A. no desarrollaba actividades materiales de transformación de la cascarilla de arroz; tal planteamiento ya ha sido desvirtuado por dos razones, que ahora se encadenan: "(i) la primera, que como ya se expresó, el desarrollo tecnológico de Alienergy S.A. en materia de aprovechamiento de la cascarilla de arroz, documentado desde el 2008, lo convirtió, de suyo, en integrante de la cadena del arroz desde las dos fechas ya reseñadas, el 26 de marzo de 2009 y el 24 de abril del mismo año, cuando se autorizó al representante legal, por parte de la junta directiva de la empresa, para la suscripción de los contratos de consultoría mencionados; y (ii) la segunda, si el 15 de enero de 2010 se

	realizó el contrato de suministro de cascarilla proveniente de las sociedades Molinos Florhuila S.A., Molinos Roa S.A. a ALIENERGY S.A., es razonable suponer que le precedió un montaje sofisticado desde el punto de vista de la tecnología requerida y del aparataje industrial, que se tuvo que concebir e iniciar con bastante antelación a la fecha de venta de la cascarilla: 15 de enero de 2010; lo contrario, supondría que en el lapso excesivamente breve, el comprendido entre el 22 de diciembre de 2009 y el 15 de enero de 2010, Alienergy S.A. se hubiera decidido por un proceso industrial complejo, situación que no corresponde a la forma como se conduce esta clase de asuntos"[981]. "(ii) Informe de gestión de Alienergy S.A. correspondiente al año 2009 "Se menciona, además, que Alienergy S.A. comenzará la comercialización de cascarilla de arroz, para obtener el control del 100% del mercado de éste subproducto, lo que ratifica la intención de participar en el mercado de la cascarilla de arroz; y no sólo en el de las consultorías sobre biomasas lo cual, de suyo, como se dijo arriba, es suficiente para poner en evidencia su participación en la

[981] Página 47.

	cadena de valor de que se trata"[982]. "(iii) El testimonio del representante legal de la sociedad BIO+A S.A. y las compraventas de arroz efectuadas entre Molinos Roa S.A. y Florhuila S.A. y la sociedad BIO+A S.A […] "De la declaración anterior [haciendo referencia al representante legal de BIO+SA S.A.] se observa que la actividad principal de BIO+SA S.A. es la compra de biomasas, dentro de las que se encuentra la cascarilla de arroz, la cual fue adquirida en junio de 2010, lo que se corrobora con los documentos que obran en el expediente, como facturas; no obstante la Sala desestima el argumento de la parte actora según el cual como la sociedad BIO+S.A. continuó comprando hasta el 2010 cascarilla de arroz, Alienergy S.A. no heredó tal proyecto de dicha sociedad, toda vez que Alienergy S.A. desarrolló la actividad mencionada no por haberla heredado de BIO+A S.A., sino porque la desarrolló en forma autónoma, pues así se lo permitía su objeto social, desde el momento de constitución de la sociedad –16 de enero de 2009-. "Además, no obra prueba alguna que demuestre lo

[982] Página 49.

	contrario, esto es, que Alienergy S.A. no desarrollaba negocios propios con la cascarilla de arroz, sino todo lo contrario, incluso desde el año 2008, como ya ha quedado suficientemente documentado"[983] (texto entre corchetes fuera del orignal). • Violación de los artículos 174, 175 y 187 del CPC o "Advierte la Sala, del contenido del acto acusado-Resolución No. 3703 de 5 de febrero de 2013-, que la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentó en un informe motivado que rindió la Delegatura de dicha entidad, en el que recomendó sancionar a los investigados por considerar que con su actuación vulneraron el deber legal previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. "Contrario a lo argumentado, se observa que la Superintendencia de Industria y Comercio hizo una valoración probatoria en conjuntó de varias pruebas, de las que dedujo que, efectivamente, la biomasa a la que se hacía referencia en el caso en concreto era a la cascarilla de arroz; esto se puede confirmar con las pruebas aquí analizadas en las que, concretamente, se aludió a tal producto; en efecto,

[983] Página 51.

	así se aprecia en el Acta No. 5 de 9 de diciembre de 2009 y en el anuncio publicitario en la página web de Alienergy S.A., sección "Proyectos - proyectos actuales - sustitución de combustible por cascarilla de arroz en ladrilleras y tabacaleras en las zonas de Huila y Meta", pruebas que ya fueron analizadas en el capítulo previo"[984].
4.6. Pruebas:	• Resolución 3703 de 2013. • Página Web Oficial Alienergy S.A., Sección "EMPRESA – QUIENES SOMOS". • Circular Única Jurídica de la SIC Título VII "protección de la competencia" • Documento de ayuda elaborado por la SIC con título "Guía de análisis de integraciones empresariales" disponible en la página web de dicha entidad. • Acta 3 del 26 de mayo de 2009 de la Junta Directiva de Alienergy. • Acta 4del 4 de abril de 2009 de la Junta Directiva de Alienergy. • Documento sobre la cesión del negocio que había celebrado BIO+SA S.A. con BRINSA S.A. • Certificado de existencia y representación legal de Alienergy. • Relación de ventas de cascarilla de arroz de Florhuila y Roa a Alienergy para los años 2008 a 2011. • Testimonio del representante legal de la sociedad BIO+A S.A. realizado durante la investigación administrativa de la SIC

[984] Página 52.

	• Compraventas de arroz efectuadas entre Molinos Roa S.A. y Florhuila S.A. y la sociedad BIO+A S.A. • Informe Motivado de la actuación administrativa de la que se derivaron las Resoluciones demandadas.
4.7. Análisis deferencia:	El fallo niega las pretensiones de la demanda y en él se observa un viso de deferencia claro y otro que puede ser discutible. En relación con la responsabilidad de las personas naturales demandantes, la demanda esgrime argumentos tendientes a desvirtuar su responsabilidad[985], sin embargo el fallo no se pronuncia al respecto. En segundo lugar y pese a que en criterio del autor, salvo por lo señalado en el párrafo anterior, el fallo realiza un control judicial adecuado al emprender un análisis crítico de las pruebas, de los argumentos de la demanda y de los argumentos de los actos administrativos para arribar a la conclusión que finalmente plasmo en la sentencia, se observa que el demandante en el alegato de conclusión planteó algunas irregularidades adicionales que en su criterio afectaban los actos administrativos demandados. Sin embargo, el Tribunal señaló lo siguiente: "Los nuevos argumentos expuestos por la parte demandante en a esta etapa de alegatos de conclusión no pueden ser analizados en esta fase del proceso, pues hacerlo vulneraría el derecho de defensa de la parte demandada, tal como ha

[985] Página 10 de la sentencia.

	sido precisado por el H. Consejo de Estado:"[986] En criterio del Autor, la tensión entre el principio de justicia rogada y la función del juez como garante de los derechos fundamentales de las personas debe resolverse a favor de lo segundo, más aún en el marco de un proceso cuyo fin es controlar los actos de poder de la administración sobre los ciudadanos. En ese orden de idas y de acuerdo a lo señalado en capítulos precedentes, es deber del juez de lo contencioso administrativo declarar las excepciones que encuentre probadas aun cuando las mismas no hayan sido alegadas en la demanda, razón por la cual la decisión de la sentencia en comento de abstenerse de estudiar el tema de la caducidad por no haber sido planteado en la demanda sino solo hasta el alegato de conclusión, afecta el adecuado control judicial que hasta ese momento estaba realizando el fallo. La sentencia fue apelada por los demandantes por lo que actualmente se está llevando a cabo la segunda instancia.

[986] Página 11 de la sentencia.

ANEXO 57 "Ficha 108. HERNANDEZ"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 108. Hernandez</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td>1.1. Juez:</td><td colspan="5">Tribunal Administrativo de Cundinamarca</td></tr>
<tr><td>1.2.Sección:</td><td>Sección Primera – Subsección A</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="3">Claudia Elizabeth Lozzi Moreno</td></tr>
<tr><td>1.4.No. del proceso:</td><td>2014-00680-00</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="3">23 IV 15</td></tr>
<tr><td>1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="3">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td>1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td colspan="2"></td></tr>
<tr><td colspan="6">Héctor Alberto Hernández Hernández</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td>2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="5">• Res. 53914 del 9 de septiembre de 2013
• Res. No. 00066698 del 18 de noviembre de 2013</td></tr>
<tr><td>2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="5"></td></tr>
<tr><td>2.3.Sanción:</td><td colspan="5">•</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td>3.1.Pretensiones:</td><td colspan="5">• Declarar la nulidad de las Res. 53914 y 00066698 de 2013.
• Consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se declare:
o No hay lugar a sanción en contra de Héctor Alberto Hernández Hernández
o Eliminación de los registros de la sanción como antecedente
o La SIC debe publicar el sentido del fallo
o SIC debe devolver las sumas de dinero pagadas.
o La SIC debe abstenerse de adelantar el cobro de la multa y suspender cualquier acción que hubiere iniciado para ello.

Subsidiaria a la segunda:

o Que la multa impuesta a Héctor Alberto Hernández Hernández debe ser reducida a su justa medida o proporción.
o Que se determine el monto de la reducción.
o Que la SIC devuelva el dinero pagado en exceso.
o Que la SIC debe abstenerse de adelantar el cobro de la multa y suspender las acciones iniciadas para tal efecto.</td></tr>
<tr><td>3.2. Cargos formales:</td><td colspan="5">Los actos acusados infringen las normas en que debía fundarse

Indebida aplicación del criterio de dosimetría sancionatoria en los actos administrativos cuestionados</td></tr>
<tr><td>3.3.Cargos de fondo:</td><td colspan="5">Falta de sustento probatorio en los actos administrativos demandados</td></tr>
</table>

	Vulneración al derecho fundamental al debido proceso en el proceso sancionatoria en sede administrativa- violación al derecho fundamental a la intimidad							
3.4.Pruebas técnicas:								
4. FALLO								
4.1.Decisión								
Niega:	**X**	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**		
Accede a pretensiones subsidiarias. La SIC debe realizar una nueva graduación de la sanción de conformidad con lo previsto en el art. 26 de la ley 1340 de 2009.								
4.2. Motivo:		**Formal:**				**Fondo:**		
4.3. Consideraciones formales:	**Indebida aplicación del criterio de dosimetría sancionatoria en los actos administrativos cuestionados** **"**Conforme a lo anterior la Superintendencia de Industria y Comercio, al imponer la sanción al demandante por infracción al régimen de competencia, debió aplicar el monto establecido por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por tratarse de una persona natural que ejerce actividades mercantiles y de comercio en los términos del artículo 10º del Código de Comercio; pues como se adujo anteriormente, el sancionado no es una persona jurídica conformada bajo el amparo del artículo 633 del Código Civil, y el artículo 98 del Código de Comercio, y de hecho, en el proceso de selección abreviada por subasta inversa electrónica No. 08 de 2011 participó como persona natural"[987] "Considerando lo anterior, para la Sala este Argumento es suficiente para que se declare la nulidad parcial de los actos demandados en lo relacionado con el monto de la sanción impuesta a la demandante, siendo entonces innecesario establecer el estudio concerniente a la justificación para el criterio del monto de la multa, y del concepto de la prueba de la utilidad derivada de la conducta colusoria para efectos de tasar la sanción que efectivamente le fue impuesta en los actos administrativos demandados y que no podía ser estimada para imponer la medida sancionatoria"[988]							
4.4. Pruebas:	• Res. 53914 del 9 de septiembre de 2013 • Res. No. 00066698 del 18 de noviembre de 2013							
4.5. Consideraciones de fondo:	**Vulneración al derecho fundamental al debido proceso en el proceso sancionatoria en sede administrativa- violación al derecho fundamental a la intimidad** "Tal acervo probatorio es suficiente para constatar que el correo electrónico ´sanrafael73@hotmail.com´, no corresponde a un correo personal del señor Hernández Hernández que no tenga relación con sus negocios, y por el contrario, claramente se identifica con su correo comercial, puesto que el mismo es un medio de contacto del Depósito San Rafael Hernández y fue con el mismo por el cual el actor participó en el proceso de selección promovido por IDIPRON"[989]							

[987] Página 72.

[988] Ibid. Página 74.

[989] Ibid. Página 42.

	Falta de sustento probatorio en los actos administrativos demandados "En este sentido, el hecho de que en el caso concreto el demandante conociera la oferta y los lances que haría el señor Ramírez Gómez con antelación al desarrollo de la subaste, le representaba una ventaja competitiva con relación a los otros dos proponentes, puesto que no sólo tenía el conocimiento de su propis propuesta y los lances que efectuaría, sino que también tenía conocimiento de los lances de su competidos, incluso hasta llegar al monto mínimo a ofertar"[990]
4.6. Pruebas:	• Res. 53914 del 9 de septiembre de 2013 • Res. No. 00066698 del 18 de noviembre de 2013
4.7. Análisis deferencia:	La sentencia niega las pretensiones de la demanda relativas a anular la sanción y en ella no se advierten visos de deferencia como quiera que el fallo analiza críticamente los actos demandados, los argumentos de la demanda y de los diferentes participantes en el proceso para luego arribar a la conclusión plasmada en la parte resolutiva. La sentencia anula parcialmente el monto de la sanción impuesta por lo que ordena a la autoridad graduar de nuevo la sanción aplicando la norma correspondiente y lo la que aplicó originalmente. Finalmente, el fallo fue apelado por la parte demandante, por lo que a la fecha se encuentra en curso la segunda instancia.

[990] Ibid. Página 62.

ANEXO 58 "Ficha 110. CONCESIÓN"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 110. Concesión</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Jesús Guillermo Guerrero González</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2015-0040-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>12 IV 16</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td>X</td><td>P. Natural:</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="6">Concesión Aeropuerto Sandra y Providencia S.A "CASYP" En Liquidación</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 76724 del 16 de diciembre de 2014
• Res. 8896 del 2 de marzo de 2015</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">$6.160.000.000</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad de la Res. 76724 del 16 de diciembre de 2014.
• Que se declare la nulidad de la Res. 8896 del 2 de marzo de 2015.
• Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la SIC a devolver a la demandante la suma de $6.160.000.000, correspondiente a la sanción pagada por la demandante.</td></tr>
<tr><td colspan="2">3.2. Cargos formales:</td><td colspan="4">• Falta de competencia de la SIC

En la sentencia se indica que la demandante formuló como cargo de nulidad la presunta falta de competencia de la SIC para expedir los actos demandados. Sin embargo, no se expone en detalle el desarrollo de dicho cargo.</td></tr>
</table>

	• Violación del derecho de audiencia y de defensa Según el accionante, existió una incongruencia entre la conducta imputada a CASYP y la conducta objeto de sanción por parte de la SIC. Esto en la medida debido a que en la imputación de cargos se aseguró que CASYP violó el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, porque el fee de acceso a la pista pactado a partir de mediados de 2011 era muy superior al fee que históricamente se venía cobrando por este concepto. Sin embargo, la SIC sancionó a CASYP porque el fee de acceso a pista pactado a partir de mediados de 2011 era muy superior al fee inicialmente proyecto por CASYP en los modelos financieros que sirvieron de base para el proceso de contratación. Con todo, la SIC sancionó a CASYP pese a nunca mencionarse en la apertura de la investigación porque motivo el procedimiento de subasta informal utilizado para fijar la tarifa mencionada no fue transparente. Por lo tanto, adujo la demandante que se violó su derecho de audiencia y contradicción por notificar a CASYP que lo investigaría por una conducta determinada cuando finalmente lo sancionó por otras sin permitirse pronunciarse o solicitar pruebas al respecto.
3.3.Cargos de fondo:	• Violación de la Ley Respecto a este cargo, el demandante alegó que las resoluciones demandadas contienen una pena confiscatoria que vulnera el artículo 34 de la Constitución Política.

	• Violación al principio de igualdad Consideró que se había vulnerado el principio de igualdad pues la SIC se abstuvo de imputar cargos a la AEROCIVIL a pesar de que dicha entidad tenía funciones de vigilancia y control respecto del contrato de concesión y recibió sin cuestionamiento el dinero proveniente del fee de acceso a la pista.
3.4.Pruebas técnicas:	No se indica expresamente si el demandante aportó pruebas técnicas.
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	
(observaciones)							

4.2. Motivo:	**Formal:** X		**Fondo:** X
4.3. Consideraciones formales:	• Falta de competencia A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la SIC es la autoridad única de protección de la competencia en Colombia, salvo en los casos expresamente exceptuados por la misma ley. De conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1° del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3° del mismo Decreto y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, la SIC está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas respectivas, así como sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparte en desarrollo de sus funciones[991].		

[991] Página. 11-12.

	• Violación del derecho de audiencia y defensa Según el Tribunal debe tenerse en cuenta la posibilidad que tiene el funcionario investigador de recaudar y analizar pruebas posteriores a la apertura de la investigación lo que busca es esclarecer las circunstancias de hecho y de derecho necesarias para determinar si la conducta es contraria a la ley. La violación al derecho de defensa se presenta cuando no se ha dado al investigado la oportunidad para alegar, plantear sus argumentos frente a los hechos que se le imputan y/o para solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer con el fin de controvertir y desvirtuar los cargos formulados. No obstante, nada de esto ocurrió en la investigación administrativa adelantada por la SIC. De igual forma, consideró que CASYP no logró justificar la equidad del valor del fee con relación a los costos que implicaban permitir al proveedor de combustible acceder a la rampa del aeropuerto[992]. • Violación de la Ley En consonancia con lo manifestado por la SIC, el Tribunal consideró que los ingresos percibidos por CASYP por el fee de acceso a pista de $1.200 no tenían como destino único el cumplimiento de las obligaciones de concesión. Fue el propio CASYP quien ofreció reducir el fee de acceso a pisto de $1.200 pesos a $480 pesos, lo cual muestra que esos $480 pesos eran los

[992] Página. 12-14.

	necesarios para cumplir las obligaciones del contrato y remunerar la concesión[993]. Lo anterior muestra, tal como adujo la SIC que una sanción basada en la diferencia entre $480 pesos por galón cobrado y $1.200 pesos no hubiese sido de ninguna manera confiscatoria. Mucho menos lo puede ser una sanción que, como la impuesta en la Resolución Sanción bajo estudio tuvo como base la diferencia existencia entre la oferta de $900 pesos que ya había aceptado CASYP a TERPEL (lo que sugiere que también era suficiente para cubrir las inversiones y remunerar la concesión) y los $1.200 pesos efectivamente cobrados, más un incremento en la sanción de carácter disuasorio, ya que la sanción no puede ser simplemente retributiva. Dichas conductas muestran que la multa fue proporcionada y fundamentada probatoriamente y en nada se ve en ella una sanción confiscatoria, a pesar de que sea alta frente al patrimonio de la concesión. Por lo tanto, el Tribunal consideró que el monto fijado como multa no era excesivo[994].
4.4. Pruebas:	
4.5. Consideraciones de fondo:	• Violación al principio de igualdad Si bien es cierto que según el Contrato de Concesión la Aerocivil tenía la obligación de ejercer vigilancia y control respecto de dicho contrato, ello no es justificación para que CASYP actuara en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155

[993] Página. 14-16.

[994] Página. 14 y 15.

	de 1959, en cuanto implementó una práctica, procedimiento o sistema tendiente a la fijación de un precio inequitativo para el cargo no regulado de fee de acceso a pista para proveedores de combustible en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés. De otro lado, en concordancia con lo dicho por la SIC, no existe en derecho administrativo sancionatorio la figura del tercero obligatorio, sin perjuicio de que de todos modos la entidad publicó en su página web un aviso para que las personas que acreditaran un interés directo se hicieran parte en el procedimiento administrativo. Por su parte, la Aerocivil fue citada por la SIC para que se hiciera parte dentro del trámite administrativo como tercero interesado, sin embargo mediante comunicación radicada el 22 de mayo de 2012 la Aerocivil manifestó no tener ningún interés en la investigación, motivo por el cual la SIC decidió no vincularla a dicho trámite[995].
4.6. Pruebas:	• Res. 76724 del 16 de diciembre de 2014 • Res. 8896 del 2 de marzo de 2015 • Contrato de concesión 700000-OK • Resolución 28835 de 2 de mayo de 2012 • Comunicación No. 11-963694 del 22 de mayo de 2012
4.7. Análisis deferencia	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y en ella se identifica un viso de deferencia judicial. Uno de los cargos de la demanda consistió en la violación del derecho de contradicción y defensa porque en criterio del demandante la autoridad lo

[995] Página. 15-16.

	condeno con fundamento en hechos y pruebas que no anunció en la apertura de la investigación al sancionarlo "porque supuestamente el procedimiento de subasta informal utilizado para fijar la tarifa mencionada no fue transparente."[996] Sin embargo, al resolver el cargo, la sentencia no aborda el cargo, sino que se limita a afirmar que la autoridad puede "recaudar y analizar pruebas posteriores a la apertura de la investigación lo que se busca es esclarecer las circunstancias de hecho y de derecho necesarias para determinar si la conducta es contraria a la ley."[997] Para luego concluir lo siguiente: "En este caso, las oportunidades se garantizaron y no fueron vulnerados sus derechos, ya que las actuaciones acusadas han mantenido desde el inicio del proceso sancionatorio hasta la culminación de este las garantías de audiencia y contradicción, así como el respeto al desarrollo probatorio requerido por la parte demandante a punto que los recursos en sede administrativa se han cumplido y también reconsiderado el monto inicialmente impuesto a la sanción objeto de reproche en sede judicial."[998] Como es fácilmente perceptible, el fallo en comento no aborda el análisis del cargo según el cual al demandante se le sancionó por un hecho que no tuvo la

[996] Página 10 de la sentencia.

[997] Ibid.

[998] Página 11 de la sentencia.

	oportunidad de contradecir. Ese aspecto quedó sin control judicial ya que no hay una manifestación expresa al respecto. Para despachar el cargo, la sentencia afirma la existencia de un procedimiento sancionatorio pero no analiza de manera crítica si el cargo elevado por el demandante se presentó o, por el contrario, no tiene asidero.

ANEXO 59 "Ficha 126. MIRA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: 126. MIRA</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1.Juez:</td><td colspan="4">Juzgado 6 Administrativo de Cali</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>N.A</td><td colspan="2">1.3.M.P.:</td><td>Walter Zuluaga Mejía</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2016-0177-00</td><td colspan="2">1.5.Fecha:</td><td>15 V 20</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td colspan="2">1.7.Medio de control:</td><td>Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">Clemente Carlos Mira Velásquez</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. No. 80847 del 07 de octubre de 2015
• Res. No. 103652 de 30 de diciembre de 2015</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Núm. 16 Art. 4 Decreto 2153 de 1992: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas anticompetitivas
• Art. 1 Ley 155 de 1959: prohibición general
• Núm. 10 Art. 47 Decreto 2153 de 1992: Acuerdo. Impedir el acceso de terceros al mercado</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">• Multa de $91.497.700</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Nulidad de la Res. No. 80847 del 07 de octubre de 2015
• Nulidad de la Res. No. 103652 de 30 de diciembre de 2015
• Devolución de la multa
• Ordenar que se dé por terminada la actuación administrativa dentro de la cual se concedió ala accionante el acuerdo de pagos
• Ordene a la SIC Publicar la declaratoria de nulidad en el diario El Tiempo.
• Ordene a la SIC convocar una rueda de prensar para informar sobre la declaratoria de nulidad</td></tr>
</table>

	• Condene en costas
3.2. Cargos formales:	• **Falta de competencia. Caducidad** Para la fecha de expedición de la resolución sancionatoria ya había operado la caducidad respecto a la competencia de la SIC para sancionar al actor. Ya sea bajo lo dispuesto en el art. 38 del CCA (3 años) o en el art. 27 de la ley 1340 de 2009 (5 años). Contando el término desde la ocurrencia del último hecho que vincula al actor, esto es, desde el 28 de junio de 2010 cuando el demandante participó en la Junta Directiva de CIAMSA, pasaron más de 5 años hasta la notificación de la resolución sancionatoria. • **Violación del principio de congruencia** Debe existir congruencia entre los cargos imputados inicialmente y los que sirven de fundamento a la sanción. La resolución de apertura fue vaga y abstracta y posteriormente se introdujeron modificaciones sustanciales a las imputaciones, hechos y pruebas inicialmente endilgados. En la resolución por medio de la cual se vinculó al aquí demandante a la investigación se le endilgó ser el remitente y/o destinatario de varios correos electrónicos, sin especificar cuáles, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y sin indicar el verbo rector de la conducta endilgada. • **Violación del derecho de defensa y contradicción** La SIC omitió relacionar en la resolución de apertura las pruebas que pretendía usar en

	contra del demandante. Por otro lado, la SIC no garantizó el acceso a la totalidad de la información recaudada durante la etapa de averiguación preliminar, pues existían obstáculos para el acceso al expediente y en consecuencia para el ejercicio de defensa y contradicción. Al demandante le fue entregada una copia digital de 200 GB, esta contenía archivos con extensiones .ost y .pst que supone la adquisición de un software con el cual no contaba. • **Violación al principio de imparcialidad.** El Superintendente Delegado prejuzgó al emitir su opinión de fondo ante el Comité AAA del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, sin haber terminado la instrucción e investigación a su cargo. La SIC público en su página web y entregó a los medios de comunicación actos administrativos que no estaban en firme y contenían información pública y reservada, lo que incidió en la decisión y generó un ambiente de condena. • **Expedición irregular de los actos administrativos.** El Consejo Asesor de que trata el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, sesionó sin el quorum exigido y su opinión no tuvo motivación, sino que correspondió a una recomendación de manera escueta, sin justificación alguna. Adicionalmente, el Informe Motivado fue modificado por el

	Delegado cuando ya se habían presentado las observaciones por parte de los investigados.
3.3.Cargos de fondo:	• **Falsa motivación:** i)La SIC contextualizó el supuesto acuerdo anticompetitivo de los investigados aduciendo la existencia de un único mercado del azúcar o un "mercado del azúcar en general", sin definir con fundamentos el mercado relevante. Se destaca que los mercados de Bolivia y de Costa Rica son diferentes; ii) no se demostró la participación del demandante y la importancia de esta en el acuerdo de restricción, por lo que se le impuso una responsabilidad objetiva por su calidad de presidente de CIAMSA; iii) No hubo una conducta continuada sino hechos aislados e inconexos respecto de los cuales operó la caducidad; iv) No hubo una adecuada dosificación de la sanción al haberse tenido en cuenta su patrimonio e ingresos. La SIC debió tasar la multa de acuerdo con el salario mínimo para la época de los hechos y no de la sanción. La supuesta obstrucción de importación de azúcar desde Bolivia no existió porque CIAMSA se abstuvo de comprar los excedentes y no se probó la participación de los ingenios de ese país en el acuerdo. Por tanto el señor Mira no facilitó, ejecuto ni toleró el supuesto acuerdo El demandante no participó en la supuesta conducta de obstrucción de importación de

	azúcar fairtrade desde Costa Rica. El demandante no está vinculado con el correo del 20 de mayo de 2011 citado como prueba, así mismo indica que los testimonios de los señores Juan José Arango y Sol Beatriz Arango no mencionan en ninguna parte al demandante ni a la empresa que representa.
3.4.Pruebas técnicas:	• Andrés Campos Osorio. De profesión Economista. Objeto de la declaración: Declare sobre los hechos materia del proceso y de la intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio en el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior como invitado del Ministerio de Comercio Industria y Turismo en sesión del 24 de junio de 2014.

4. FALLO							
4.1.Decisión							
Niega:	X	**Anula:**	X	**Confirma:**		**Revoca:**	

- Declara la nulidad parcial de la Res. No. 80847 del 07 de octubre de 2015 y la Res. No. 103652 de 30 de diciembre de 2015, únicamente en lo relacionado con el señor Clemente Carlos Mira.
- Ordena a la SIC efectuar la devolución de la multa incluyendo capital e intereses
- Condena en Costas a la SIC
- Niega las demás pretensiones de la demanda.
    - No accede a la terminación de la actuación administrativa que concedió al demandante el acuerdo de pago porque ello corresponde a un trámite administrativo que está ligado con la devolución del dinero dispuesto en el párrafo anterior.
    - No accede a la publicación de la sentencia en medio de comunicación. Pues no se acreditó de manera suficiente el daño cuya reparación busca a través de las publicaciones en medios de comunicación

4.2.Motivo:	**Formal:**	X	**Fondo:**		
4.3.Consideraciones formales:	**Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria:** • "En lo que respecta al caso concreto del demandante, la				

	norma aplicable para la caducidad es la Ley 1340 de 2009 por haberse demostrado la existencia de conducta continuada por lo menos hasta el 7 de octubre de 2010, como lo ha expuesto el Despacho en varios apartes de esta providencia, por ende, tal como se indica expresamente en el artículo 27 de dicha ley, el punto de partida para contabilizar es el último acto; en este caso la Superintendencia inició la indagación preliminar (2010) y el último evento del que hay evidencia directa de participación del señor Mira Velásquez es del mismo año, fecha para la cual se encontraba vigente la norma aludida." [999] • "La entidad accionada fundamentó en los actos acusados como último evento demostrado de la existencia de la conducta, el episodio de la importación de azúcar fair trade desde Costa Rica; en efecto, reiterando lo dicho anteriormente en esta providencia judicial, los correos arrimados al expediente y descritos en la Resolución 80742 del 7 de octubre de 2015 se refieren a las negociaciones sostenidas entre la empresa Nacional de Chocolates y LAICA, en los que se pone en evidencia que debía existir una autorización de ASOCAÑA para proceder al envío del cargamento desde Costa Rica, luego en el acto se afirma que esta autorización también debía provenir de CIAMSA, para ello

[999] Sentencia. Página 59

	relaciona expresamente el correo del 20 de mayo de 2011 remitido por Nacional de Chocolates al demandante Mira Velásquez. Tal como ya se indicó, en este suceso del azúcar de Costa Rica no se arrimó prueba que acreditara la participación del demandante en ninguna acción que tuviera como propósito impedir el ingreso al país del azúcar procedente de ese país." [1000] • "Al lograrse establecer que el demandante no actuó dentro de la conducta continuada más allá del 7 de octubre de 2010, teniendo en cuenta que el acto sancionatorio de primera instancia que interrumpe el término de caducidad fue notificada el 20 de octubre de 2015, la entidad sólo podía investigarlo por hechos en los que él como persona natural estuviese involucrado desde el 20 de octubre de 2010" [1001] • "En este punto se advierte que la entidad accionada, de manera equivocada en criterio del Despacho, abordó el estudio de la caducidad en forma homogénea y general frente a todos los investigados, especialmente frente al demandante, sin considerar el hecho de haber sido vinculado a la investigación como persona natural, deduciendo la entidad que esta persona tuvo participación durante todo el periodo (2006-2011) por su

[1000] Ibid.

[1001] Sentencia. Página 60

	condición de presidente de CIAMSA y dada su calidad debió estar involucrado en las acciones de la organización que presidía.” [1002] • No podía la entidad abstraerse del deber de analizar el fenómeno de la caducidad en forma concreta e individual, aún en el escenario de conducta continuada en donde interactúan varios actores del comportamiento prohibido, puesto que el principio de responsabilidad subjetiva convoca a considerar los actos relevantes de cada sujeto involucrado atendiendo al transcurso del tiempo, sin que las acciones de uno o algunos de ellos, llevadas a cabo en tiempos diferentes y con prescindencia de la participación de todos, puedan hacerse extensivas a los demás con sus consecuentes efectos; debe en todo caso existir pruebas que vinculen a determinado sujeto de investigación, con los hechos ocurridos durante todo el periodo de tiempo en que se considera fue desarrollada la conducta continuada, especialmente si esta puede ser ejecutada sin la necesidad de que todos los involucrados participen, como en este caso.”[1003] **Sobre el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y del debido proceso:**

[1002] Ibid.

[1003] Sentencia. Página 60

	• "La Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia expidió la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, disponiendo la vinculación a la investigación de diferentes personas que fungieron como gerentes y representantes legales de diferentes ingenios azucareros y de organizaciones como CIAMSA (…)Debe destacarse que este acto administrativo adicionó la Resolución 5347 del 13 de febrero de 2012, es decir que la apertura de investigación con formulación de cargos al demandante debe entenderse integrada con este acto, por ende, las consideraciones efectuadas en él también se extendían a las personas naturales vinculadas" [1004] • "Esta imputación de cargos coincide plenamente con lo consignado en los actos sancionatorios, basta la lectura de estos actos acusados para advertir que existe identidad tanto en el comportamiento endilgado (colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y tolerado) como en la infracción objeto de tal actuación (estrategia anticompetitiva para obstruir las importaciones de azúcar a Colombia)." [1005] • "Ahora bien, dado que estos dos actos administrativos son de mero trámite, la entidad no estaba obligada a describir

[1004] Sentencia. Página 45

[1005] Ibid.

	todas y cada una de las pruebas recaudadas hasta ese momento, pues ni el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, relativo al procedimiento, ni tampoco el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) aplicable, y menos aún en la Ley 1340 de 2009, establecen dicha obligación; era suficiente enunciar un marco fáctico claro y concreto de la presunta actuación constitutiva de sanción, la norma presuntamente infringida y la identificación de la persona a quien se le atribuye, brindando la oportunidad de solicitar o aportar pruebas y pronunciarse sobre los cargos, como aspectos necesarios para motivar la apertura de una investigación formal, los que fueron plenamente garantizados por la Superintendencia en este caso."[1006] • "En lo que respecta a la mención de algunas pruebas (correos electrónicos y actas de junta directiva) en el acto sancionatorio que no habían sido previamente citadas en la resolución de apertura y pliego de cargos, el Despacho es del criterio que tal circunstancia no tiene la entidad suficiente para anular los actos acusados, por cuanto se garantizó al investigado conocer de la existencia de la investigación, de las pruebas recopiladas en la etapa preliminar, las cuales siempre estuvieron a su disposición, incluso en la

[1006] Sentencia. Página 46

	resolución 5347 se describieron las pruebas trasladadas de la averiguación previa, entre las que se advierten las diferentes visitas administrativas a CIAMSA y ASOCAÑA en dos oportunidades, DICSA y los diferentes ingenios investigados, así como los testimonios recepcionados hasta este momento y los requerimientos de información efectuados con sus respuestas; es decir, la entidad brindó la oportunidad de conocer todos y cada uno de los elementos probatorios recopilados en aquellas diligencias administrativas." [1007] • "Para el Despacho es claro que la Superintendencia realizó una serie de actuaciones que le brindaron a los investigados, incluido el demandante, la posibilidad de conocer el contenido de los archivos digitales custodiados y protegidos para evitar su alteración, que no podían aperturarse como la mayoría de documentos digitales; permitió siempre el acceso al expediente por parte de los abogados y sus dependientes, los técnicos de la entidad atendieron las inquietudes surgidas por esta clase de inconvenientes, los procedimientos para acceder a la información codificada o guardada en extensiones OST. y PST. eran relativamente sencillos y no requerían de

[1007] Ibid.

	conocimientos especialísimos"[1008] • "En lo que respecta a la presunta falta de imparcialidad del Superintendente Delegado (..) el Despacho considera que estas actuaciones no inciden en la validez de los actos demandados; el informe motivado es apenas un acto de trámite que no resulta de obligatoria observancia para el Superintendente de Industria y Comercio, quien ostenta la facultad para decidir si impone o no sanción; el hecho de hacerlo público no incide en el análisis y valoración de las pruebas allegadas, ni en la decisión que adoptó la autoridad competente en los actos demandados, pues aunque el Delegado tenga una opinión y emita una recomendación frente al caso investigado, sus interpretaciones y valoraciones no condicionan la decisión administrativa, tanto así que el Superintendente podría apartarse de las recomendaciones emitidas en el concepto motivado, de ahí que los actos definitivos poseen una identidad propia, independiente del informe motivado y son expedidos por un funcionario diferente; en este contexto no se advierte afectación a la imparcialidad; además, no se acreditaron circunstancias en las que el Delegado hubiese incidido de manera directa o indirecta en el recaudo y práctica de las pruebas en contra de los intereses de los

[1008] Sentencia. Página 47

	investigados, pretermitido alguna oportunidad para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, u obstaculizado sin fundamento legal la participación de los investigados en el trámite de la investigación.” [1009] **Sobre la expedición irregular de los actos administrativos** • “El Despacho concluye que la intervención del Consejo Asesor no fue determinante en la formación de los actos sancionatorios, puesto que la posición adoptada por este cuerpo colegiado podía ser acogida o no por el Superintendente, al tener una finalidad meramente consultiva, además no obligatoria en un proceso como este relativo a la conducta descrita en el artículo 47 numeral 10 (acuerdos contrarios a la libre competencia). Debe destacarse que la opinión de este cuerpo consultivo auxiliar no tiene prevista una formalidad específica en las normas pertinentes, no se indica expresamente cómo debe actuar, cuál es su quorum decisorio, ni tampoco que deban motivar expresamente la opinión, o que esta deba estar consignada en los actos sancionatorios; luego entonces no existe un marco jurídico concreto que permita contrastarse con la situación fáctica y concluir violación a las formalidades del procedimiento

[1009] Sentencia Página 47

	que precedió a los actos sancionatorios."[1010]
4.4.Pruebas:	• Res. No. 80847 del 07 de octubre de 2015 • Res. No. 103652 de 30 de diciembre de 2015 • Res. No. 5347 del 13 de febrero de 2012 • Res. No. 15294 del 8 de abril de 2013 • Testimonio técnico rendido por el ingeniero Bayron José Prieto Castellanos[1011] solicitado por la demandada en su condición de ingeniero de sistemas. • Testimonio técnico de Juan Pablo Herrera Saavedra Economista[1012] asesor del Superintendente de Industria y Comercio. Sobre la definición del mercado. • Correo electrónico del 2 de septiembre de 2008 enviado por el Gerente General del Ingenio Riopaila Castilla • Correo electrónico del 26 de diciembre enviado por el Gerente de DICSA • Oficio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que aporta CD que contiene el audio de la reunión con participación de delegados de la SIC para resolver solicitud de salvaguarda de ASOCAÑA en

[1010] Sentencia. Página 54

[1011] Tenía bajo su responsabilidad el recaudo probatorio de los elementos digitales que se recaudaban durante las visitas administrativas que adelantaba la entidad. Sentencia. Página 32

[1012] Economista con Maestría en Ciencias Económicas con énfasis en teoría y política económica de la Universidad Nacional de Colombia. Declaró acerca de (i) la metodología utilizada para determinar el mercado relevante en casos de abusos de posición de dominio o de concentraciones o integraciones empresariales y, especialmente, la metodología para determinar el mercado relevante afectado en casos de acuerdos o carteles anticompetitivos y (ii) desde el punto de vista económico, sobre todos los aspectos relacionados con la definición del mercado relevante y el producto afectado en el presente caso.

	sesión extraordinaria del 24 de junio de 2014 • Testimonio de Andrés Campos Osorio. De profesión Economista
4.5.Consideraciones de fondo:	**Sobre la falsa motivación:** • "En la Resolución 5347 de 2012 adicionada por la Resolución 15294 de 2013 que dispuso la apertura de la investigación y pliego de cargos a las personas jurídicas y personas naturales, entre ellas al demandante, se indicó claramente en el numeral 7º que el mercado relacionado con los hechos objeto de investigación la "agroindustria azucarera colombiana", conformada por los mercados de "i) el de la caña de azúcar y, ii) el de azúcar como producto final e insumo industrial", describiendo el escenario conceptual que serviría de marco para la investigación y la evaluación de las conductas de los investigados en la presunta restricción de la libre competencia; para el Despacho desde un principio la Superintendencia hizo alusión clara que las presuntas conductas violatorias del régimen de libre competencia estaban referidas al mercado del azúcar en general. En ese contexto, el mercado relevante estuvo definido por el producto u objeto, en este caso el azúcar sin distinción de especies o clasificaciones, respecto del cual se estaban realizando presuntamente, hasta ese momento, una serie de acciones tendientes a afectar la libre competencia con restricciones u

	obstáculos en su importación a Colombia" [1013] • "Los aspectos coincidentes expuestos junto con las demás pruebas referidas en los actos sancionatorios, le permiten al Despacho rechazar el cargo de falsa motivación, por cuanto sí existió una conducta continuada constituida por la restricción de importación de azúcar a Colombia, específicamente en lo que respecta a la responsabilidad del demandante, desde Bolivia y El Salvador para los años 2008-2010" [1014] • "En lo que respecta a la acusación de haberse sancionado al demandante por responsabilidad objetiva, contrario a lo afirmado, en el expediente existen diferentes pruebas tenidas en cuenta por la Superintendencia como sustento de la sanción al señor Clemente Carlos Mira." [1015] • "No hubo aplicación de responsabilidad objetiva, por el contrario, hubo análisis independiente de la conducta del demandante y su relación con el acuerdo anticompetitivo efectuado por las personas jurídicas vinculadas a la investigación, estudio que fue más allá de la calidad del demandante como Presidente de CIAMSA, razón suficiente para descartar una falsa motivación

[1013] Sentencia. Página 48

[1014] Sentencia. Página 51

[1015] Sentencia. Página 49

	de los actos acusados por estos reparos de la parte actora."[1016] • "A diferencia de lo ocurrido con los casos de Bolivia y El Salvador, en el episodio de importación de azúcar fairtrade desde Costa Rica, en los actos administrativos acusados no se relacionan pruebas que comprometan la responsabilidad del demandante Mira Velásquez como persona natural; los correos arrimados al expediente y descritos en la Resolución 80742 del 7 de octubre de 2015 se refieren a las negociaciones sostenidas entre la empresa Nacional de Chocolates y LAICA, en los que se pone en evidencia que debía existir una autorización de ASOCAÑA para proceder al envío del cargamento desde Costa Rica, luego en el acto se afirma que esta autorización también debía provenir de CIAMSA, para ello relaciona expresamente el correo del 20 de mayo de 2011 remitido por Nacional de Chocolates al demandante Mira Velásquez, pero no hay evidencia que en efecto esta persona intervino en las actuaciones previas y concomitantes que impidieran por un periodo de tiempo la importación del producto ya referido, pues las evidencias allegadas comprometieron directamente a ASOCAÑA y su representante pero no al aquí demandante."[1017]

[1016] Sentencia. Página 50

[1017] Sentencia. Página 51

	• Debe recordarse que, tratándose de la responsabilidad de la persona natural, tal como lo reconoce la entidad demandada en el acto acusado "la comisión de una práctica violatoria del régimen general de protección de la competencia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva. Tiene que existir un hecho que lo vincule específicamente a la infracción, sea por acción o por omisión", lo cual implica que debe acreditarse su intervención como sujeto individualmente considerado.[1018] • "Se queja también el demandante que la práctica anticompetitiva no existió en el caso de Bolivia por cuanto nunca se concretó la compra de los excedentes de azúcar y además ello no era posible sin la participación del gremio de ese país, pero tal reproche no tiene asidero, porque en los actos sancionatorios se hizo claridad suficiente que aquellas actuaciones de los investigados comprometen su responsabilidad en cuanto tenían por objeto la restricción de importación por parte de personas u organizaciones distintas; en este sentido, no era necesario para encontrar demostrada la conducta prohibida en la norma (Artículo 47 numeral 10 Decreto 2153/02), que se hubiera concretado la compra del

[1018] Sentencia. Página 52

	excedente de azúcar, y mucho menos que se requiriera de la anuencia de los ingenios azucareros de Bolivia, bastaba con poner en marcha la estrategia para impedir la importación en este caso, para entender que se había afectado el interés jurídico tutelado por el legislador, que no es otro que la libre competencia." [1019] • "En cuanto a las pruebas sobre la responsabilidad individual del demandante existieron evidencias de su participación en actos concretos, tendientes a obstruir la importación de azúcar a Colombia procedente de Bolivia y El Salvador por parte de terceros ajenos a la industria azucarera del país como ya explicó, todo esto ocurrido entre el año 2008 y con evidencia de participación del demandante hasta el 7 de octubre de 2010" [1020]
4.6.Pruebas:	• Declaración de Sol Beatriz Arango expresidente de la Nacional de Chocolates • Declaración de Juan José Arango negociador de materias primas del Grupo Nutresa • Correo electrónico del 7 de octubre remitido por el demandante a diferentes ingenios • Correo electrónico del señor Carlos Mira al señor Luis Fernando Londoño del 20 de mayo de 2011, relacionado con la importación de azúcar de Costa Rica para la Nacional de Chocolates.

[1019] Sentencia. Página 50

[1020] Sentencia. Página 57

	• Correo electrónico del Gerente de DICSA del 26 de diciembre de 2008
4.7.Análisis deferencia:	El Juzgado anuló los actos administrativos demandados por encontrar probada la caducidad de la facultad sancionatoria de la superintendencia en relación con el demandante: "De acuerdo con los argumentos expuestos y el citado precedente jurisprudencial, en el caso concreto se presentó caducidad, por cuanto el último acto demostrado en el que participó el demandante Mira Velásquez en la ejecución de actos que tenían por objeto obstruir la importación de azúcar al país por parte de personas externas al gremio azucarero colombiano, fue del 7 de octubre de 2010, en consecuencia, la entidad tenía hasta el 7 de octubre de 2015 para notificar el acto sancionatorio de primera instancia en cuanto al demandante, lo que solamente ocurrió el 20 de octubre de ese año."[1021] En este caso, la revocatoria de los actos administrativos de la demanda evidencia un control estricto por parte del juez en lo referente a los asuntos formales como lo es el de la caducidad de la potestad sancionatoria Ahora bien, de la revisión de la sentencia, se observa que el demandante esgrimió varios argumentos, entre los que se encuentra el de la falsa motivación y la inexistencia de conductas continuadas,

[1021] Página 61 y 62 de la sentencia.

	los cuales fueron resumidos por el propio fallo así: "Manifiesta la parte demandante en este cargo que la i) entidad contextualizó el supuesto acuerdo anticompetitivo de los investigados aduciendo la existencia de un único mercado del azúcar o un "mercado del azúcar en general", sin definir sustentadamente el mercado relevante; **en su criterio los mercados de Bolivia y de Costa Rica son diferentes**; ii) no se demostró su participación y la importancia de esta en el acuerdo de restricción, por lo que considera se le impuso una responsabilidad objetiva por su calidad de presidente de CIAMSA; iii) **No hubo una conducta continuada sino hechos aislados e inconexos** respecto de los cuales operó la caducidad; iv) la supuesta obstrucción de importación de azúcar desde Bolivia no existió porque CIAMSA se abstuvo de comprar los excedentes y no se probó la participación de los ingenios de ese país en el acuerdo; v) no participó en la supuesta conducta de obstrucción de importación de azúcar fairtrade desde Costa Rica y; vi) No hubo una adecuada dosificación de la sanción al haberse tenido en cuenta su patrimonio e ingresos."[1022] El principal asunto técnico que envuelve el cargo de falsa motivación esgrimido por el demandante es el relativo a la definición del mercado relevante y a la existencia de conductas continuadas. En relación con lo

[1022] Página 48 de la sentencia.

	anterior, el fallo en comento se pronunció así: "**En la Resolución 5347 de 2012** adicionada por la Resolución 15294 de 2013 que dispuso la apertura de la investigación y pliego de cargos a las personas jurídicas y personas naturales, entre ellas al demandante, **se indicó claramente** en el numeral 7º que el mercado relacionado con los hechos objeto de investigación la "agroindustria azucarera colombiana", conformada por los mercados de "i) el de la caña de azúcar y, ii) el de azúcar como producto final e insumo industrial", describiendo el escenario conceptual que serviría de marco para la investigación y la evaluación de las conductas de los investigados en la presunta restricción de la libre competencia; **para el Despacho desde un principio la Superintendencia hizo alusión clara que las presuntas conductas violatorias del régimen de libre competencia estaban referidas al mercado del azúcar en general**. "**En ese contexto, el mercado relevante estuvo definido por el producto u objeto, en este caso el azúcar sin distinción de especies o clasificaciones, respecto del cual se estaban realizando presuntamente**, hasta ese momento, una serie de acciones tendientes a afectar la libre competencia con restricciones u obstáculos en su importación a Colombia."[1023]

[1023] Ibidem.

	[…] "Cabe resaltar que en cuanto a la modalidad del azúcar de Costa Rica, si bien es cierto no era de aquellas que se produjera en Colombia, hecho que en principio haría pensar que toda acción para la restricción de su importación no afectaría el mercado relevante desde el punto de vista de la libre competencia, **en los actos sancionatorios acusados se expusieron argumentos** en el sentido de que las pruebas referidas al incidente con esa clase de azúcar, ponían en evidencia el objeto del acuerdo anticompetitivo de realizar restricciones y obstáculos a la importación de azúcar en general, a través de la estrategia de conocer la intención de cualquier persona u organización que pretendiera importar ese producto al país, que en este caso fue informada por la Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar de Costa Rica -LAICA-, para luego establecer una suerte de visto bueno o autorización, en este caso de ASOCAÑA, para que se pudiera concretar la importación; **para el Despacho la motivación de los actos entorno a este episodio es adecuada, al haber tomado lo ocurrido con ese país como prueba del desarrollo del objeto de la estrategia anticompetitiva**, más no como demostración del efecto de la conducta por la cual finalmente se sancionó (obstruir importaciones de azúcar), lo que resulta coherente con el análisis integral de las

	pruebas arrimadas a la investigación."[1024] Este es un ejemplo muy evidente de la existencia de una deferencia judicial en los términos expuestos en este capítulo. El asunto técnico relevante que planteó el demandante fue la equivocación de los actos administrativos demandados al definir el mercado relevante ya que en su concepto los mercados de Bolivia y Costa Rica no eran el mismo mercado. Sin embargo, lejos de realizar un control judicial al respecto, la sentencia se dedica a parafrasear los argumentos esgrimidos en los actos administrativos para concluir que en los mismos se había definido el mercado relevante, como si el cuestionamiento fuera la inexistencia de pronunciamiento por parte de la administración sobre ese punto. Es evidente que el fallador no confrontó los argumentos del demandante con los del acto administrativo en un plano de igualdad, ni mucho menos abordo el estudio del mercado relevante en el caso concreto ni definió si los mercados de Bolivia y Costa Rica eran el mismo mercado ni la incidencia de esa definición en las supuestas conductas anticompetitivas, para arribar a una conclusión propia. En criterio del autor, la sentencia se abstiene de resolver el cargo técnico planteado por el demandante afiliándose a la postura del acto administrativo demandado sin llevar a cabo el control judicial que se le solicitó.

[1024] Página 49 de la sentencia

	En el mismo sentido, lo señalado por el fallo en cuanto al argumento de inexistencia de conductas continuadas también es diciente al respecto: "En lo que respecta al argumento de ausencia de conducta continuada, **los actos demandados fueron prolijos en describir las pruebas de las que se evidencia la existencia de un acuerdo para impedir el ingreso de azúcar al país proveniente de Bolivia y El Salvador, periodo 2008-2010**; se menciona este periodo y estos dos países por cuanto son los eventos respecto de los cuales considera el Despacho existieron pruebas directas de la participación del demandante, precisión necesaria frente a la controversia tratada en el presente proceso."[1025] El fallo en comento no se ocupa nunca por definir que se considera una conducta continuada ni mucho menos detalla las pruebas que le sirven de fundamento para afirmar que existió un acuerdo en el periodo 2008 y 2009. Como se vio atrás, el argumento de los demandantes consistió en afirmar que no existían una conducta continuada sino unos hechos aislados e inconexos. No obstante, el fallo desechó el cargo esquivando la confrontación del acto administrativo con los argumentos de la demanda y afirmando que en los actos administrativos había pruebas de un acuerdo en un periodo. La demanda no cuestionó que en el acto administrativo se describieran pruebas, se cuestionó que no se configura una conducta continuada. Para resolver ese asunto el juez debió definir que entiende por

[1025] Página 50 de la sentencia

	conducta continuada y definir si en el caso concreto se presentaban esos elementos. No obstante, omitió hacerlo y adhirió a la posición de la administración sin fundamento alguno. Debe reiterarse que en este tipo de procesos los demandantes no discuten la existencia de lo que plasmó la autoridad en las resoluciones sancionatorias por ser ello un hecho evidente e indiscutible. Lo que se discute es la validez y legalidad de las conclusiones derivadas de sus apreciaciones. De conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que se espera del juez es que confronte las conclusiones de la Superintendencia con los cargos de la demanda y con su propia apreciación de los hechos y las pruebas y que con fundamento en todo lo anterior adopte una decisión motivada. Si el juez resuelve el caso en el mismo sentido que lo hizo la autoridad de competencia debe explicar por qué llegó a esa conclusión y por qué validó los argumentos de los actos administrativos sancionatorios en detrimento de los cargos esgrimidos en la demanda. Así mismo deberá proceder si decide anular los actos administrativos. La existencia de argumentos en los actos administrativos sancionatorios no es fundamento suficiente para que los mismos superen el control judicial. Es deber del juez adentrarse en un análisis profundo de la validez y legalidad de la actuación administrativa ejerciendo incluso sus facultades probatorias oficiosas.

	Esta sentencia fue apelada y actualmente se encuentra en trámite la segunda instancia.

ANEXO 60 "Ficha 142. M CORREA"

<table>
<tr><th colspan="6">ID: María del Pilar Correa Lenis</th></tr>
<tr><th colspan="6">1. INFORMACIÓN GENERAL</th></tr>
<tr><td colspan="2">1.1. Juez:</td><td colspan="4">Juzgado Primero Administrativo Oral de Bogotá</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.2.Sección:</td><td>Primera</td><td>1.3.M.P.:</td><td colspan="2">Luz Myriam Espejo Rodríguez</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.4.No. del proceso:</td><td>2017-166</td><td>1.5.Fecha:</td><td colspan="2">18 XII 20</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.6.Instancia:</td><td>Primera</td><td>1.7.Medio de control:</td><td colspan="2">Nulidad y restablecimiento</td></tr>
<tr><td colspan="2">1.8.Demandantes</td><td>P. Jurídica.</td><td></td><td>P. Natural:</td><td>X</td></tr>
<tr><td colspan="6">María del Pilar Correa Lenis</td></tr>
<tr><th colspan="6">2. IDENTIFICACIÓN DEL ASUNTO</th></tr>
<tr><td colspan="2">2.1.Actos administrativos demandados:</td><td colspan="4">• Res. 43218 de 28 de junio de 2016.
• Res. 86817 de 16 de diciembre de 2016.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.2.Actos contrarios a la libre competencia:</td><td colspan="4">• Art. 4 Núm. 16 Decreto 2153 de 1992: Colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.</td></tr>
<tr><td colspan="2">2.3.Sanción:</td><td colspan="4">$117.898.805</td></tr>
<tr><th colspan="6">3. DEMANDA</th></tr>
<tr><td colspan="2">3.1. Pretensiones:</td><td colspan="4">• Que se declare la nulidad de la Resolución 43218 de 28 de junio de 2016.
• Que se declare la nulidad de la Resolución 86817 del 16 de diciembre de 2016.
• Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la SIC a reintegrar a la demandante la suma de $117.898.805 pagada a título de multa, debidamente actualizada, junto con los respectivos intereses moratorios causados.
• Que a título se restablecimiento del derecho se condene a la SIC a pagar la suma de 100 SMMLV por la afectación a bienes jurídicos como el buen nombre y la buena reputación de María del Pilar Correa Lenis generados por los actos administrativos demandados.</td></tr>
</table>

	• Que a título se restablecimiento del derecho se ordene a la SIC a como medida no patrimonial tendiente a reparar la afectación al buen nombre y la buena reputación de María del Pilar Correa Lenis, rectifique la información suministrada a los medios de comunicación de difusión nacional y regional en relación con María del Pilar Correa Lenis.
3.2. Cargos formales:	• Violación al debido proceso: Falta de competencia de la SIC Las conductas investigadas entre los años 2001 y 2012 habrían tenido efectos no solo en el mercado colombiano, sino también en el ecuatoriano, razón por la cual la entidad competente para conocer de la investigación era la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones pues de conformidad con la Decisión 608 de 2005 de la CAN, esta entidad es quien debe conocer de las conductas contrarias a la libre competencia que tengan efectos regionales en varios paises miembros de la CAN. • Caducidad de la potestad sancionatoria La caducidad respecto de María del Pilar Correa debe analizarse en función de las pruebas que presuntamente comprometen su responsabilidad. Teniendo en cuenta lo anterior, la última prueba que eventualmente podría configurar la responsabilidad administrativa de María del Pilar Correa data del año 2009. Por lo anterior, el término de caducidad de la potestad sancionatoria de la SIC se habría cumplido en el año 2014, esto es, 2 años antes de haberse expedido la

	Resolución Sancionatoria por parte de la SIC. De igual forma, se presentó una violación al principio de non reformatio in pejus pues en la Resolución Sancionatoria se sancionó a María del Pilar Correa por presuntamente colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos contrarios a la libre competencia, sin que se hubiera hecho mención alguna al verbo rector tolerar. No obstante, en la Resolución Confirmatoria se indicó que la demandante habría incurrido en el verbo rector tolerar por haber recibido correos electrónicos en donde se hacía referencia al presunto acuerdo de precios, y no haber realizado alguna acción tendiente a impedirlo. • Violación al principio de legalidad y favorabilidad El término de caducidad aplicable en el presente caso era el de tres (03) años consagrado en el Decreto 01 de 1984, y no el de cinco (05) años contemplado en la Ley 1340 de 2009 pues aquel era el que término preexistente al momento de la comisión de la conducta. En virtud del principio de favorabilidad el único escenario en el que podría haberse aplicado el término de cinco (05) años contemplado en la Ley 1340 de 2009 es si esta hubiese contemplado un término menos gravoso para María del Pilar Correa. Sin embargo, ello no fue así pues con esta ley el término de caducidad se vio ampliado. • Violación al debido proceso: indebida aplicación del CGP En la investigación administrativa, la SIC practicó todos los interrogatorios de parte y testimonios con fundamento

	en el CPC que para ese entonces ya estaba derogado, y no de conformidad con el CGP que era la norma vigente. Por lo anterior, las pruebas recaudadas son nulas de modo que al carecer de sustento probatorio, la Resolución Sancionatoria y Confirmatoria deben ser anuladas igualmente. • Violación al debido proceso: incumplimiento del deber de inmediación de la prueba Se vulneró el deber de inmediación de la prueba toda vez que ni el Superintendente de Industria y Comercio que fue quien expidió la Resolución Sancionatoria, ni el Superintendente Delegado que realizó el informe motivado practicaron, presenciaron o intervinieron de modo alguno en la práctica de las pruebas con base en las cuales se sancionó a María del Pilar Correa. • Violación al debido proceso: La Superintendencia de Industria y Comercio no observó el proceso administrativo contemplado en el Decreto 2153 de 1992 La SIC recaudó la mayoría de pruebas antes de que se iniciara la etapa de averiguación preliminar que es cuando podía efectivamente recopilar y practicar pruebas. Por lo anterior, para el momento en que se realizó la visita en la que se recaudaron y practicaron dichos medios de convicción, no se había determinado el objeto de la misma con lo cual era imposible determinar la conducencia, pertinencia y utilidad de estas así como garantizar el derecho de no autoincriminación de las personas investigadas.

	• Violación al debido proceso: La Superintendencia de Industria y Comercio vulneró la presunción de María del Pilar Correa El Superintendente de Industria y Comercio vulneró la presunción de inocencia de María del Pilar Correa pues una vez se abrió pliego de cargos en contra de las investigadas, este ofreció múltiples declaraciones en medios de comunicación en donde afirmó que se había presentado un acuerdo de fijación de precios en el mercado de pañales desechables para bebé que había afectado a los consumidores a nivel nacional. Con lo anterior, no solo vulneró la presunción de inocencia al haber afirmado que efectivamente las investigadas habían cometido una infracción al régimen de libre competencia sin siquiera haber culminado la investigación, sino que también incumplió el deber de imparcialidad al haber conocido del caso antes de avocar conocimiento formal del mismo. • Violación al derecho de contradicción y defensa: La Superintendencia ocultó pruebas a mi poderdante En el programa de beneficios por colaboración al cual se acogió Kimberly y Familia se recaudaron múltiples medios de convicción que luego fueron trasladados a la investigación administrativa. No obstante, solo se trasladaron las piezas que la SIC discrecionalmente consideró que eran relevantes para dicho proceso

	y no todas las pruebas que allí se recaudaron.
3.3.Cargos de fondo:	• Falta de tipicidad: Tecnoquímicas no incurrió en los actos que se le imputan por no participar en el mercado de pañales desechables para bebés en Colombia Tecnoquímicas no podía haber incurrido en acuerdo de fijación de precios pues no era agente del mercado de pañales desechables para bebé. Tecnoquímicas era un mero distribuidor de los pañales fabricados y comercializados por Tecnosur, que era quien si participaba en el mercado, fijaba los precios de los productos y establecía las condiciones de comercialización, entre otros. Por lo tanto, María del Pilar Correa estaba vinculada a Tecnosur, y no a Tecnoquimicas. Además, según el análisis económico del mercado no se advierte que la presencia de un acuerdo de precios pues el comportamiento de este correspondió al de un mercado competitivo.
3.4.Pruebas técnicas:	Testimonio de Tatiana Díaz Melo.
4. FALLO	
4.1.Decisión	

Niega:	X	**Anula:**		**Confirma:**		**Revoca:**	

4.2. Motivo:	**Formal: X**	**Fondo:**	**X**
4.3. Consideraciones formales:	• Violación al debido proceso: Falta de competencia de la SIC El Despacho simplemente sostuvo que no había pruebas que permitieran concluir que las conductas investigadas por la SIC entre 2001 y 2012 hubieran tenido lugar en otros países miembros		

	de la Comunidad Andina de Naciones. Por el contrario, consideró que las pruebas obrantes en el expediente daban cuenta que la conducta únicamente tuvo efectos en el mercado colombiano, sin siquiera mencionar a partir de que medios de convicción había llegado a dicha conclusión. • Caducidad de la potestad sancionatoria de la SIC La sentencia adujo que en este caso no había operado la caducidad respecto de María del Pilar Correa toda vez que las conductas investigadas por la SIC habían tenido lugar desde el año 2001 y se extendieron hasta 2012. Por lo tanto, el Despacho contó el término de caducidad de la demandante sin tener en consideración la prueba de la última conducta que comprometía su responsabilidad personal, sino que contó dicho término de manera homogénea en relación con las conductas que comprometían la responsabilidad de otras investigadas, esto es desde 2012. En relación con la violación al principio de non reformatio in pejus la sentencia sostuvo que no se había presentado vulneración alguna a dicho principio, pues los cargos formulados en la Resolución de Apertura de Investigación eran los mismos por los cuales resultó sancionada la demandante. • Violación al principio de legalidad y favorabilidad En relación con este punto, la sentencia sostuvo que si bien el Decreto 01 de 1984 establecía un término de caducidad de tres (03) años, lo cierto es

	que la Ley 1340 de 2009 era la aplicable al caso pues además de ser norma especial para asuntos relacionados con infracciones al régimen de libre competencia, era la norma vigente al momento de iniciarse la investigación administrativa. • Violación al debido proceso por indebida aplicación del CGP La sentencia consideró que efectivamente el CPC estaba derogado para el momento en el cual se practicaron los interrogatorios de parte y las pruebas testimoniales conforme a dicha normatividad. No obstante, sostuvo que solamente los defectos de mayor entidad son susceptibles de afectar la legalidad de un acto administrativo. En este caso, consideró que haber aplicado el CPC en lugar del CGP en la investigación administrativa no configuró violación alguna al debido proceso, pues las diferencias entre ambas codificaciones no eran de tal magnitud que llevaran a pensar que de haberse aplicado el CGP habría cambiado el curso de la investigación pues ambas normas no presentan cambios sustanciales en materia de práctica de pruebas. Además, pese a ello se garantizó el derecho de defensa y contradicción de María del Pilar Correa pues tuvo oportunidad para presentar las pruebas que sustentaron su defensa. • Violación al debido proceso: Incumplimiento del deber legal de inmediación de la prueba En relación con este cargo, la sentencia apelada sostuvo que no podía

	pronunciarse, pues dicho asunto no había sido objeto de reclamación en sede administrativa al momento de interponerse el recurso de reposición ante la SIC. • Violación al debido proceso: la SIC no observó el procedimiento administrativo contemplado en el Decreto 2153 de 1992 En relación con la visita adelantada por la SIC antes de abrirse la etapa de averiguación preliminar, la sentencia consideró que no puede entenderse que esta corresponda a una etapa independiente de la actuación administrativa, pues la misma se encuentra enmarcada en el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la SIC. Además, para garantizar la contradicción de los elementos probatorios recaudados en esa oportunidad, estos fueron puestos en conocimiento de los investigados en el curso de la investigación administrativa. De igual forma, sostuvo que en los casos de fijación de precios es de gran complejidad encontrar la prueba del acuerdo expreso entre los participantes de un mercado para restringir la libre competencia, pues al ser una conducta reprochada por nuestro ordenamiento jurídico, con la imposición de altas multas en caso de comprobarse, es lógico que los involucrados en estas se abstengan de dejar evidencias de dichos pactos. Por lo tanto, consideró comprensible el despliegue realizado por la Delegada para la Protección de la Competencia, previo a la formulación del pliego de cargos de las conductas objeto de investigación.

	• Violación a la presunción de inocencia En relación con este cargo, la sentencia sostiene que no es posible pronunciarse sobre la presunta vulneración a la presunción de inocencia con ocasión de las declaraciones concedidas por el Superintendente de Industria y Comercio en medios de comunicación, pues ello no fue sometido a consideración de la SIC al momento de interponer el recurso de reposición en sede administrativa. De igual forma, sostuvo que no se había presentado vulneración alguna a la presunción de inocencia pues la Resolución Sancionatoria había sido expedida con fundamento en el abundante material probatorio que daba cuenta de la participación de la demandante en las conductas investigadas. • Violación al derecho de contradicción y defensa: La Superintendencia ocultó pruebas a mi poderdante En relación con este asunto, la sentencia adujo que el cargo no estaba llamado a prosperar pues del parágrafo segundo del artículo 15 de la Ley 1340 de 2009 permite establecer la reserva del acuerdo de beneficios por colaboración. Además, los elementos probatorios que sirvieron de sustento para la demostración de la conducta endilgada a María del Pilar Correa, fueron incorporados a esta investigación administrativa e hicieron parte del material probatorio del que

	se le brindó acceso a la demandante, con el fin de que pudiera ejercer su derecho de defensa, con relación a su contenido
4.4. Pruebas:	• Correo electrónico del 11 de agosto de 2011, con asunto: Precios Pequeñín Julio y Agosto, remitido por Juan Pablo Grech Vivas (Gerente de Mercadeo de Winny de Tecnoquímicas) dirigido a Maria Del Pilar Correa Lenis (Gerente de Mercadeo de Tecnoquímicas) • Correo electrónico del 27/01/2009, de Andrea Madriñán, para Ernesto Trujillo, asunto: Análisis de precios de pañales. • Correo electrónico del 05/04/2011, de Vanessa Hatty, para Diana Zapata y Ana Gaviria, asunto: Eventos Tipo C Clientes, en el que comentó *"Adjunto el listado de los eventos Tipo C para que nos enmarquemos todos (…)*".
4.5. Consideraciones de fondo:	• Falta de tipicidad La sentencia simple y llanamente sostuvo que luego de revisar cada una de las pruebas recaudadas por la SIC en la investigación administrativa Tecnoquímicas sí participó de las distintas actividades para concretar el acuerdo de precios y las prácticas restrictivas de la competencia del mercado de pañales desechables, las cuales se mantuvieron en el tiempo por más de una década.
4.6. Pruebas:	No hace mención a ninguna prueba en particular, sino que la sentencia indica en forma general que las pruebas recaudadas por la SIC permiten concluir que la conducta por la cual María del Pilar Correa fue investigada, efectivamente ocurrió por más de una

	década en el mercado de pañales desechables.
4.7. Análisis deferencia	La sentencia niega las pretensiones de la demanda y presenta varios visos de deferencia judicial. En relación con el cargo sobre la caducidad de la potestad sancionatoria de la administración en virtud de la aplicación del principio de favorabilidad[1026](las conductas investigadas tuvieron vigencia dentro de un periodo de tiempo en el que rigieron dos normas sobre caducidad), el fallo en comento, pese a señalar que dicho principio era plenamente aplicable a las actuaciones administrativas[1027], no realizó ningún análisis sobre si el mismo era aplicable al caso. Simplemente afirmó que debía aplicarse la norma vigente al momento de iniciarse la investigación: "Frente a lo cual, este Despacho no considera que se haya vulnerado el principio de favorabilidad, pues se advierte que la demandada aplicó la norma especial que estaba vigente en el año 2014, momento en el que se inició la investigación administrativa, razón por la cual, era válido aplicar el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, tal como lo hizo la SIC en el presente caso."[1028]

[1026] Resumido en la Página 7 de la sentencia.

[1027] Página 12 de la sentencia:

> "Ahora bien, en lo que respecta al **derecho al debido proceso resalta el Despacho Constitucionalidad que éste aparece institucionalizado en el Bloque de y en el artículo 29 de la Carta Política como mandato de que toda actuación, judicial o administrativa se ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso**; **la aplicación del principio de favorabilidad** (…)"

[1028] Página 20 de la sentencia.

	¿por qué no aplica el principio de legalidad? ¿por qué se aplica la ley vigente al momento de iniciarse la investigación y no la ley vigente al momento en que se cometieron las conductas investigadas? ese análisis propuesto en virtud de la demanda no fue llevado a cabo por la sentencia debiéndolo hacer en virtud de un adecuado control judicial. En relación con el cargo de la demanda que atacaba la falta de inmediación de la prueba por parte de la autoridad[1029], la sentencia afirma lo siguiente: "Frente a este punto, tal y como se encuentra planteado por desconocimiento del principio de inmediación, no puede ser objeto de pronunciamiento judicial, en vista de que, al interponer el recurso de reposición contra el acto sancionatorio expedido por el Superintendente de Industria y Comercio, no se incluyó este aspecto puntual y en esa medida, no se cumple con el requisito de agotar la reclamación administrativa para provocar la decisión previa por parte de la administración."[1030] Esto constituye un viso de deferencia porque de conformidad con la ley aplicable, frente a las sanciones interpuestas por el Superintendente de Industria y Comercio solo es procedente el recurso de reposición, el cual no es obligatorio para efectos de acudir a la jurisdicción para efectos del control judicial. No obstante, el Juez se abstuvo de llevar a cabo el control

[1029] Resumido en la Página 6 de la sentencia.

[1030] Página 24 de la sentencia.

	judicial en relación con el cargo mencionado. Igual ocurre en relación con el cargo sobre la violación del deber de imparcialidad[1031]: "La parte actora alega en su defensa, que el Superintendente de Industria y Comercio incurrió en infracción del deber de imparcialidad y debió declararse impedido como consecuencia de haber dado declaraciones en los medios de comunicación, antes de emitir la sanción por las conductas investigadas, al respecto debe precisarse como se indicó en el vicio de nulidad previamente estudiado, que, este argumento, no fue expuesto a la SIC en el trámite administrativo sancionatorio y como consecuencia de ello, los cuestionamientos por la presunta falta de imparcialidad, no pueden ser objeto en esta etapa de pronunciamiento judicial, por cuanto no se permitió a la Entidad conocer estos señalamientos y pronunciarse sobre los mismos en la oportunidad que correspondía."[1032] Finalmente, en los cargos relativos a cuestionar la valoración de los actos demandados[1033] por falsa motivación, se evidencia que lejos de acometer un análisis crítico del acto demandado y de los argumentos de la demanda, la sentencia simplemente se dedica a validar el acto de la administración sin

[1031] Resumido en la Página 6 de la sentencia.

[1032] Página 26 de la sentencia.

[1033] Resumidos en la Página 6 de la sentencia.

	motivar su decisión, la cual se fundamenta en negaciones indefinidas como las siguientes: "(…) se advierte que la SIC soportada en suficiente material probatorio que reposa en el expediente administrativo (documentales, testimoniales, análisis del mercado) llegó a la conclusión de que la investigada, CORREA LENIS estuvo involucrada en el acuerdo restrictivo de la competencia que protagonizaron las empresas que dominan el mercado nacional de pañalesdesechables y en consecuencia, **para este estrado judicial si resulta evidente que se desvirtuó por dicha entidad la presunción de inocencia de la demandante y en cambio, ella no logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija el acto administrativo acusado**."[1034] […] "Al respecto, conforme a lo evidenciado en los actos administrativos acusados de nulidad, este Despacho no logra advertir respaldo alguno en los argumentos de la parte actora, contrario a ello, se observa gran material probatorio recaudado en torno a la investigación administrativa, cabe resaltar que la sanción impuesta a la demandante no se soportó exclusivamente en el análisis del mercado realizado por la SIC, sino que, de forma principal por las declaraciones dadas por los delatores, los correos electrónicos

[1034] Página 28 de la sentencia.

	allegados a la investigación y demás medios de prueba incorporados en el trámite sancionatorios.[1035] […] "Además de lo anterior, se tiene que en dichos actos la SIC analizó igualmente tanto los argumentos expuestos por la defensa de la parte actora y las pruebas que en su oportunidad allegó, sin embargo, no podía únicamente valorar y darle prelación a las pruebas aportadas por su defensa ante el cúmulo de evidencias en su contra, que imposibilitaba que con éstas se contrarrestara lo probado con aquellas otras. Por lo anteriormente analizado, este Despacho no encuentra que en el presente caso se hubiese configurado ninguno de los cuatro eventos descritos por la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, que logren derrumbar el principio de legalidad que cobija los actos administrativos aquí demandados, razón por la cual, este vicio de nulidad tampoco prospera."[1036] Este es un claro ejemplo de deferencia judicial en el que el encargado de realizar el control judicial reduce su labor a la mínima expresión pues se (i) abstiene de realizar un análisis crítico de los actos demandados; le da plena credibilidad a la valoración probatoria de los mismos sin motivar las razones de ese proceder; (iii) no explica por qué

[1035] Página 33 y 34 de la sentencia.

[1036] Página 34 de la sentencia.

	los argumentos de la demanda no tienen vocación de prosperidad ni por qué la crítica a la valoración probatoria propuesta tampoco tiene asidero; e (iv) invoca la presunción de legalidad para efectos de justificar la decisión y, en últimas, el eximirse de realizar el control judicial. Esta sentencia fue apelada por el demandante y actualmente se encuentra en curso la segunda instancia.

ANEXO 61 “Link sentencias”

https://martinezneira-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/jsolorza_dlapipermb_com/Eh80p2JllSZFhR1QupFCfd0BK7MeJNJfqgELwmIzSoWnig?e=zWh6rv