REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No.1

Magistrado Ponente: Dr. FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, 29 SEP 2016

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	HERNANDO COLMENARES SALAMANCA
DEMANDADO:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
RADICACION:	15693333300120120011 6-03

==========

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, el 23 de mayo de 2014, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1.- LA DEMANDA. (Fls 3 – 22)

1.1 El señor Hernando Colmenares Salamanca, a través de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio, con el propósito de que se declare la nulidad de las partes pertinentes de las Resoluciones Nos 71794 del 12 de diciembre de 2011 y 11651 del 29 de febrero de 2012 expedidas por esta última y mediante las cuales se declaró que el demandante efectuó conductas que incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, y se modificó el monto de la sanción que fue impuesta, respectivamente.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó que se declare que no existe sanción pecuniaria alguna contra el demandante, y que se ordene su indemnización como consecuencia de los daños y perjuicios que le fueron ocasionados en valor de ($40.000.000,00 M/cte).

De igual manera, solicitó que se diera cumplimiento de la sentencia dentro del término estabiecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.2 Dentro del libelo demandatorio se exponen como sustento de las pretensiones los siguiente **HECHOS RELEVANTES:**

— La Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución No. 33970 del 30 de junio de 2010, decidió abrir investigación de carácter sancionatorio en contra de varios investigados, entre ellos, el demandante, como consecuencia de la queja presentada por el señor Jorge Eliecer Archila el día 01 de abril de 2007, como consecuencia de haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010.

— La entidad demandada centró la investigación administrativa en el paralelismo de precios de la gasolina y el ACPM en el periodo de enero de 2007 a diciembre de 2009 en las Estaciones de Servicio de la ciudad de Duitama.

— La Superintendencia de Industria y Comercio en su proceso de investigación, omitió hacer la comparación de los precios que ordenaba el Ministerio de Minas y Energía, solo se investigó el tema del posible paralelismo de precios, pero sin ahondar en aspectos como que el incremento de los precios se hacía cumpliendo la resolución de precios de los combustibles que expide mensualmente el Ministerio de Minas y Energía y tampoco en la naturaleza de las empresas que permitieran confrontar el modus operandi de la actividad y el destino de sus resultados.

— La Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2010, citó al demandante a rendir declaración, la que fue tomada bajo la gravedad de juramento, siendo grabada por la entidad sancionadora, precisando que dentro de la misma, el declarante manifestó que era sujeto pasivo del proceso investigativo, y que por lo tanto no se le debería compeler bajo la gravedad de juramento, pues de lo contrario se le estaría vulnerando el debido proceso, argumento que fue desestimado por la entidad demandada y aun así, se efectuó la declaración correspondiente.

— La estación de combustibles de gasolina y ACPM Cooflotax, es una estación home base (solo para los de casa o estación privada).

391
570

— La estructura administrativa y funcional de Cooflotax, está centrada en el Consejo de Administración, quien nombra a todos los empleados según los estatutos, entre ellos, el administrador de la Estación de Servicio de Combustibles, y este le rinde cuentas al mismo Consejo de Administración a través de un comité de estación de servicio, creado por el referido Consejo.

— Para la época materia de investigación, el Administrador de la Estación de Servicio era el señor Octavio Bayona Valderrama, a quien el demandante le preguntaba si ya había efectuado el cambio de precios de los combustibles de acuerdo a la resolución publicada por los medios de comunicación del país, quienes siempre están atentos a los incrementos que hace el Gobierno Nacional.

— La distribución de los combustibles en Colombia está regulada por el Ministerio de Minas y Energía, además el único productor y distribuidor a mayoristas de los combustibles Gasolina y ACPM es Ecopetrol, lo cual implica que existe una sola estructura de costos, por lo que se expide mensualmente una resolución con ese fin.

— Al demandante no se le tuvo en cuenta la declaración que este hizo en forma integral, a pesar de haber sido rendida bajo la gravedad del juramento donde este manifestó que no tuvo que ver con acuerdos de precios, utilizando tan solo apartes para incorporarlos de forma acomodada al interés de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar.

— A través de la Resolución No. 71794 del 12 de diciembre de 2011, se declaró que el demandante había ejecutado conductas que incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, imponiéndole una sanción de $160.680.000.000 cuando solo devengaba $2.126.000.000 como Gerente de Cooflotax para el año 2007.

— Contra la anterior resolución, el demandante interpuso recurso de reposición, planteando como pretensión principal la revocatoria de la misma, y como subsidiaria, la ponderación, racionalidad y proporcionalidad de la sanción.

— El recurso de reposición fue resuelto mediante la Resolución No. 11651 del 29 de febrero de 2012, ordenando en su artículo 14 modificar el artículo 21 de la Resolución No. 71794 del 12 de diciembre de 2011, rebajando la sanción a $55.675.620,00.

— La investigación base de la sanción se dio desde el periodo de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2009, parte del periodo donde el

demandante ya no era gerente de Cooflotax, cargo del cual se desvinculó desde el día 03 de mayo de 2009.

1.3 Como **NORMAS VIOLADAS** el demandante invocó y sustentó el **CONCEPTO DE VIOLACIÓN** así:

— El artículo 29 de la C.P., consideró que con la expedición de la Resolución No. 71794 del 12 de diciembre de 2011, a través de la cual se declaró que el demandante había incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, se estaba vulnerando los siguientes principios y derechos fundamentales:

. Violación al principio del juez natural: manifestó que con la investigación efectuada, se vulneró el aparte del artículo 29 Constitucional que señala: *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio."*

Frente a este principio, sostuvo la parte actora que la Superintendencia de Industria y Comercio, refiere que la competencia para el presente asunto se la da los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. Sin embargo, sostuvo que al demandante frente a la competencia se le debe aplicar lo que disponía el numeral 1 del artículo 2 del decreto 2153, en razón a que la fecha de su retiro de Cooflotax se dio el 03 de mayo de 2009, fecha anterior a la expedición de la Ley 1340 de 2009, norma que establece: *"sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades"*, y que efectivamente las competencias las señala el Decreto 2876 de 1984 que en sus artículos 11 y 12 que señalan:

> *Artículo 11. El control y vigilancia en relación con el cumplimiento de las normas sobre control de precios serán ejercidos a nivel nacional por la Superintendencia de Industria y Comercio y a nivel descentralizado por las demás autoridades indicadas en el artículo 12 de este Decreto...*
>
> *Artículo 12. Competencia. Son funcionarios competentes para investigar las contravenciones a las normas sobre control y vigilancia de precios:*
>
> *El Superintendente Primer Delegado a través de la División de Control y Vigilancia de Precios de la Superintendencia de industria y Comercio.*
>
> *Los Alcaldes Municipales, el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, los Alcaldes Menores del Distrito, dentro de su jurisdicción.*

Los inspectores de Policía.

Conforme a lo anterior, concluyó la parte actora que la autoridad competente para investigar el tema de precios de los combustibles en el municipio de Duitama, era el Alcalde municipal, por clara disposición legal.

. Se constriñó bajo la gravedad del juramento al sujeto pasivo de la investigación: Señaló que el artículo 33 de la C.P consagra que nadie podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, y que el artículo 214 de la Ley 1437 de 2011, habla de la exclusión de la prueba obtenida con violación del debido proceso, situación que fue la que ocurrió en la presente investigación, toda vez que en la declaración juramentada que se le hizo al demandante, este manifestó la irregularidad de haberse hecho declarar bajo la gravedad de juramento, sin que dicha manifestación hubiere sido atendida por el ente investigador, manifestando que dicha prohibición solamente ocurría en el proceso penal, pero no en el administrativo, laboral o civil.

. Caducidad de la acción sancionatoria: Manifestó la parte actora que de conformidad con el artículo 38 del C.C.A., la facultad sancionatoria de las autoridades caduca al cabo de los tres años de ocurrido el hecho, y que en ese sentido, atendiendo a que el acto administrativo que impuso la sanción fue expedido el 29 de febrero de 2012, en el que se establece que los supuestos hechos se dieron el 1 de enero de 2007, deja entrever que de la fecha de los hechos a la de la expedición de la resolución que impuso la sanción, transcurrió un término mayor al señalado en la norma.

. Inadecuada aplicación de la supuesta norma violada: Sostuvo que tomando literalmente el resuelve que sanciona al demandante dentro de la Resolución No. 71794 del 12 de diciembre de 2011, en el artículo vigésimo señala: *"Declarar que HERNANDO COLMENARES SALAMANCA con cedula de ciudadanía No. 7.214.535 de Duitama, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de la cooperativa de transportadores Flootax Duitama -COOFLOTAX-, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992."*

Conforme a lo anterior, argumentó que el acto administrativo adolece del principio de congruencia, como quiera que en el resuelve no se sabe a qué conductas se refiere el artículo primero, si es del Decreto 2153 o de cual.

En segundo lugar, señaló que no hay una sola prueba en la investigación que demuestre que el demandante haya ejecutado o tolerado conductas violatorias de las normas o que su conducta sea culposa, que por el

contrario, solo por el hecho de ser representante legal de COOFLOTAX se le impone una sanción.

— Desviación de poder: Frente a esta causal, manifestó la parte actora que dentro de la resolución No. 71794 de 2011, se muestra un claro desvío de poder, pues sin ningún criterio de ponderación, razonabilidad y proporcionalidad se impone una multa por valor de $160.680.000, sin hacer un analisis de la persistencia de la conducta, el impacto de la supuesta conducta en el mercado o el grado de participación, lo que ocurrió igualmente cuando fue resuelto el recurso de reposición, pues sin ningún criterio la entidad demandada fue colocando multas y que en dicha ocasión se rebajaron, con lo cual se evidencia que el fin que persiguió la Superintendencia de Industria y Comercio, no fue otro que el de obtener unas fuertes multas para dicha entidad. Así mismo, sostuvo que dentro del proceso no se ha demostrado daño alguno a persona o sociedad que haga tan fuerte dicha sanción.

— Falsa motivación: Señaló que la entidad demandada no tuvo en cuenta que los precios de los combustibles, quien los regula es el propio Gobierno Nacional, sin que se deje margen a la competencia, espacio dentro del cual se movió el demandante.

Así mismo, arguyó que desde el inicio de la investigación se observó un claro abuso del poder, por cuanto se evidenciaba el afán de los funcionarios investigadores de sancionar a los sujetos pasivos de la acción, sancionado por hechos ocurridos en periodos en los cuales el demandante ya no actuaba como gerente de Cooflotax.

I.2.- DECISIÓN EN PRIMERA INSTANCIA. (Fls 443-450 C.2ª Instancia)

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, mediante sentencia dictada en audiencia inicial de fecha 23 de mayo de 2014, accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

Luego de haber analizado uno por uno los cargos formulados por la parte actora, esto es, lo relacionado con: *i)* la falta de competencia, *ii)* Caducidad de la facultad sancionatoria, *iii)* violación del principio de congruencia, *iv)* Falsa motivación, *v)* Desviación de poder, encontró que ninguno de ellos tenía vocación de prosperar. Sin embargo, en lo que respecta al cargo denominado violación a la garantía de no autoincriminación, el *A quo* encontró que este a diferencia de los demás, tenía vocación de prosperar, con fundamento en los siguientes argumentos:

Para resolver el presente cargo, el juez de primera instancia tomó como base el concepto emitido por la agente del Ministerio Público, quien señaló que el cargo debía prosperar atendiendo a que la Corte Constitucional a través de la sentencia C-258 de 2011, anterior a la expedición de los actos acusados, había cambiado el criterio contenido en la sentencia C-559 de 2009, razón por la cual se debía entender que la garantía de no autoincriminación no solo resultaba aplicable en los ámbitos penal, correccional y de policía, sino también en aquellos procesos de carácter sancionatorio.

A partir del anterior concepto emitido por el Ministerio Público, y para efectos de resolver el cargo en mención, el *A quo* se refirió en primer lugar al tratamiento dado por la Corte Constitucional a la garantía de no autoincriminación con el propósito de establecer si la SIC estaba obligada a dar aplicación a lo señalado en la sentencia C-258 de 2011, y seguidamente tratar el tema de los alcances del artículo 2 numeral 12 del Decreto 2153 de 1992, norma que autoriza a la SIC para practicar interrogatorios bajo juramento, con el propósito de determinar si fue correcta la interpretación que la entidad demandada le dio al mencionado artículo.

En lo que respecta al primer punto, sostuvo el juez de primera instancia que la Corte Constitucional en sentencia C-559 de 2009, que es citada por el apoderado de la parte demandada, indicaba que la garantía de no autoincriminación sólo aplica para asuntos penales, correccionales y de policía, pero que posteriormente en la sentencia C-258 de 2011, dicha Corporación amplió el alcance de dicha garantía a todos los procesos en los que estuviere presente la potestad sancionatoria del Estado.

Así las cosas, conforme a la sentencia C-258 de 2011, señaló que si el acto definitivo (Resolución 71794) fue expedido el 12 de diciembre de 2011, y la mencionada providencia fue proferida con anterioridad (06 de abril de 2011), y a través de la misma, la Corte Constitucional extendió el campo de aplicación de la garantía de no autoincriminación más allá de los ámbitos penal, correccional y de policía, le correspondía a la SIC acoger dicho pronunciamiento como lo había manifestado el Ministerio Público, lo anterior teniendo en cuenta que el proceso administrativo seguido por la SIC al demandante era de carácter sancionatorio.

Conforme a lo expuesto. sostuvo el juez de primera instancia que no era procedente interrogar al demandante bajo la gravedad de juramento, toda vez que no se trataba de testigo sino de hasta dicho momento, uno de los presuntos responsables, y que en ese sentido, al haberlo hecho de dicha manera, la entidad demandada había desconocido el principio ya mencionado, y con ello, 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 éste bajo la gravedad de juramento.

Ahora bien, en cuanto al segundo punto manifestó que para la entidad demandada, la facultad de interrogar al infractor bajo la gravedad de juramento emana del numeral 12 artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, y que a partir de la lectura de la mencionada norma, el apoderado de la SIC se remite al artículo 208 del CPC, norma que establece las reglas para el interrogatorio de parte, siendo una de ellas que se le tome el juramento de rigor al interrogado para que no falte a la verdad.

Frente a dichos argumentos, señaló el *A quo* que la norma es clara al autorizar a la SIC para interrogar bajo juramento y con las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el CPC, pero se debe preguntar a qué clase de pruebas se refiere dicha disposición, ante lo cual sostiene que la respuesta está dada dentro del mismo artículo, esto es, la prueba de testimonios también llamada declaración de terceros, por lo que no se podía entender que dicha facultada fuera extensible a las versiones que rindan los investigados.

Para el caso en estudio, señaló que la posición del actor al interior de la investigación administrativa, nunca fue la de un tercero, sino de investigado, que por el contrario, si hubiere tenido la calidad de tercero en lugar de investigado, no habría objeción alguna para que se le tomara el juramento de rigor de manera previa a su declaración, como quiera que el numeral 12 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, autorizó dicho procedimiento con las formalidades previstas en el CPC, únicamente para la prueba testimonial o declaración de terceros.

Conforme a lo expuesto, sostuvo el juez de primera instancia que si bien los hechos materia de investigación fueron determinados por la SIC a través de diferentes medios de prueba, concretamente el paralelismo de precios, la responsabilidad del actor se estableció a partir de una prueba ilícita, como quiera que la misma fue obtenida con violación del debido proceso, teniendo en cuenta que la confesión del actor fue obtenida bajo juramento, cuando ello resultaba improcedente, razón por la cual, al haber sido obtenida la confesión con violación del debido proceso, y teniendo en cuenta que según criterio del juez de primera instancia, ésta constituye el principal elemento que tuvo en cuenta la entidad demandada para establecer la responsabilidad del investigado, procedió a declarar la nulidad parcial de los actos acusados.

I.3.- EL RECURSO DE APELACIÓN. (Fls 472-489 C.2ª Instancia)

El apoderado de la parte demandada estando dentro del término establecido por el artículo 244 de la Ley 1437 de 2011, interpuso y

744
573

sustentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia exponiendo los siguientes argumentos:

Inexistencia de contravención al principio constitucional de no autoincriminación

Señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de sus facultades legales como ente investigador, y conforme a lo señalado en el Código de Procedimiento Civil, convocó al accionante a rendir declaración de parte en el marco de la actuación administrativa No. 07-27597, y que dicho llamamiento se efectuó en el ejercicio de las facultades otorgadas en el Decreto 2153 de 1992, y que atendiendo a su condición de investigado, lo sometió a las ritualidades previstas para la declaración de parte, señaladas en los artículos 208 y 209 del C.P.C.

De igual manera, sostuvo que atendiendo a que el accionante no era un simple tercero al interior de la actuación administrativa, sino que se trataba de una persona natural vinculada a la investigación, por la presunta contravención a lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, la prueba a decretar y practicar, no podía ser la declaración de tercero sino la declaración de parte.

Así mismo, señaló que la postura acogida por el *A quo* resulta ser arbitraria, y que de ser acogida llevaría al absurdo de considerar que la SIC no puede decretar ni practicar declaraciones de parte a ninguno de los investigados, haciendo con ello nugatoria la potestad administrativa y sancionatoria de dicha entidad, en lo que se refiere a investigaciones por infracciones al régimen jurídico de libre competencia.

Arguyó que no es cierto que las formalidades previstas en el CPC para la declaración de parte, sea contraria a la Carta Política, que por el contrario, es conocido que el criterio de la Corte Constitucional, según el cual el principio de no autoincriminación no está limitado a los asuntos policivos, correccionales y de policía, data de 1994, es decir, que antecede a la expedición de la sentencia C-559 de 2009, siendo esta última, un desarrollo de la postura de la Corte sobre dicho principio, pero esta vez, a la luz de las normas del CPC.

Señaló que ante la negativa del accionante de someterse a las formalidades del artículo 208 del CPC, era prudente que los funcionarios responsables, llamaran al orden al investigado, para que diera respuesta oportuna y precisa a las preguntas formuladas por la entidad, sin que por ello se hubiere incurrido en falta alguna o sin que con ello se hubiese hecho caso omiso de las formalidades exigidas en el CPC para la práctica de declaraciones de parte y sin que con su declaración se hubiese auto incriminado, como quiera que existen otras pruebas, como grabaciones, actas y certificados de existencia y representación que

daban fe de la responsabilidad del accionante en la conducta anticompetitiva y que por sí mismos, le permitieron a la SIC proferir sanción administrativa, diluyéndose con ello, la alegación de violación al principio de no autoincriminación.

Seguidamente, manifestó que la facultad para decretar y practicar este tipo de pruebas, se hace con fundamento en el numeral 12 del artículo 1 del Decreto 2153 de 1992, norma que habilita a la SIC para recibir declaraciones de parte y de terceros, ya que las acepciones "interrogar" y "testigo", se deben interpretar en un sentido amplio, ya que cualquier interpretación restrictiva que se haga de las mismas, como las efectuadas por el juez de primera instancia, no solo deviene en una injustificada limitación de las potestades administrativas de la SIC, sino que además, deriva en una afectación a los derechos constitucionales de defensa y contradicción de los sujetos vigilados e investigados, en la medida en que la demandada estaría impedida para su decreto y/o práctica a petición de parte.

Así mismo, manifestó que ya sea que la prueba a practicar sea la declaración de parte o de tercero, estas se deben someter a las formalidades y ritualidades que para ello ha previsto el ordenamiento jurídico, dentro de las cuales se encuentra la de tomarle juramento al interrogado, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 208 del CPC, norma que ya ha sido objeto de estudio de constitucionalidad. Lo anterior si se tiene en cuenta que el alcance del principio de no autoincriminación a todas las esferas procesales, fue acogida con antelación y no con posterioridad a la fecha en que se expidió la sentencia C-559 de 2009, bajo la cual ha actuado la SIC.

Conforme a lo expuesto, concluyó que la SIC estaba habilitada por la ley para practicar pruebas testimoniales y declaraciones de parte, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 2153 de 1992, sometiéndose a las formalidades que para cada una de ellas trae el CPC.

El fallo del 23 de mayo de 2014, se fundamentó en el desconocimiento de otras pruebas de la responsabilidad del accionante en la conducta anticompetitiva, diferentes a su declaración.

Sostuvo el apoderado de la parte demandada, que el fallo de primera instancia desconoció que las pruebas que sustentaron la sanción administrativa impuesta a COOFLOTAX, igualmente sustentaron la sanción de su representante legal, teniendo en cuenta que Cooflotax desplegó conductas y se adhirió al acuerdo de fijación de precios, por conducto del accionante y durante el periodo de tiempo que hizo las veces de representante legal de la misma.

7685
574

Conforme a lo anterior, señaló que existe pruebas de que la responsabilidad derivadas de las actuaciones de las personas jurídicas, recae de forma directa sobre el representante legal, quien es el subalterno de la persona jurídica, con capacidad para vincularlo en el tráfico jurídico y adoptar diversas decisiones frente a sus actividades cotidianas.

Así, manifestó que no existe duda de que el accionante era el representante legal de COOFLOTAX desde mucho antes de la fecha inicial del periodo investigado, año 2002, y que fue bajo su administración que la Cooperativa se adhirió al acuerdo de fijación indirecta de precios.

El fallo del 23 de mayo de 2014, debe ser revocado al haber sido expedido mediante desconocimiento del precedente jurisprudencial

Manifestó que contrario a las consideraciones del *A quo,* la SIC no ha hecho caso omiso del principio de no autoincriminación, sino que por el contrario, su proceder encuentra fundamento en las normas procesales civiles vigentes, y en los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional.

De igual manera, señaló que resulta un desacierto lo concluido por el juez de primera instancia al sustentar la prosperidad del cargo con base en lo contenido en la sentencia C-258 de 2011 de la Corte Constitucional, en el entendido de que el principio de no autoincriminación se aplica actualmente indistintamente a todos los regímenes jurídicos y procedimientos, en la medida que el artículo 33 constitucional, no lo restringió según su tenor literal al ámbito correccional, penal o policivo.

No obstante lo anterior, argumentó que el *A quo* pasó por alto que la postura a la que hace referencia, data del año 1994, atendiendo a que mediante sentencia C-024 de ese mismo año, la Corte Constitucional había señalado que el artículo 33 de la Constitución se refiere a que nadie sin excepción alguna, podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad c primero civil.

Conforme a lo expuesto, sostuvo que desde el año 2002, como consecuencia de la ya mencionada sentencia, se llegó a la conclusión de que la previsión del artículo 33 Constitucional no excluye el interrogatorio de parte como medio para conformar la convicción del juez en los procesos civiles o laborales, y que prueba de ello es que en sentencia T-513 de 2011, providencia posterior a la sentencia C-258 de 2011 sobre la cual se edificó el fallo de primera instancia, dicha

Corporación consideró: *... la sentencia C-559 de 2009, en la que se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, abordó las condiciones de práctica del interrogatorio o de la declaración de parte e infirió su compatibilidad con el principio de no autoincriminación...".*

Así las cosas, señaló que no es cierto que la Corte Constitucional hubiese cambiado su posición jurisprudencial frente a este principio con la expedición de la sentencia C-258 de 2011, como quiera que se trata de desarrollos jurisprudenciales que datan del año 1994, al igual que para la misma Corte Constitucional, fue la sentencia C-559 de 2009, la que zanjó la discusión sobre la compatibilidad o no del interrogatorio de parte con el principio de no autoincriminación, tesis jurisprudencial que fue ratificada en sede de tutela, en fecha posterior a la de la expedición de la providencia traída al proceso por la Procuraduría General de la Nación.

Conforme a lo expuesto, concluyó que la sentencia de primera instancia debía ser revocada, ya que fue expedida mediante vía de hecho, al haber fundado en el desconocimiento de pruebas, antecedentes jurisprudenciales frente al principio de no autoincriminación y mediante interpretaciones excesivas y restrictivas de la ley. Igualmente, señaló que dicho fallo se sustentó en el desconocimiento de lo señalado en la sentencia C-559 de 2009, y en concreto en la exequibilidad del artículo 208 del CPC.

I.4 ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Parte demandada. Guardó silencio dentro del término establecido para presentar sus respectivos alegatos de conclusión.

Parte demandante. (Fls 562-566 C.2ª Instancia) Sostuvo que si bien el juez de primera instancia se pronunció sobre seis cargos que se pusieron a su consideración, omitió pronunciarse sobre el tema de la responsabilidad objetiva, como quiera que no se probó los supuestos actos en los que los gerentes de las estaciones de servicio se pusieron de acuerdo para establecer los precios de los combustibles.

Ahora bien, en cuanto al tema principal relacionado con la violación a la garantía constitucional de la no autoincriminación, coadyuvó la decisión del *A quo,* señalando que no se entiende como el juzgador del proceso sancionatorio administrativo, desconoció que el debido proceso se aplica tanto a lo penal como a la parte administrativa, razón por la cual solicita que se confirme la decisión de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática de la discusión, la sala abordará, en su orden *i.* lo que se debate en segunda instancia y la formulación del problema jurídico; *ii.* La relación de los hechos probados, y, finalmente, *iii.* El estudio y la solución del caso en concreto.

II.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y PROBLEMA JURÍDICO.

En síntesis, el A-quo accedió a las súplicas de la demanda, por considerar que dentro del proceso sancionatorio iniciado por la SIC en contra del demandante, le correspondía a la primera acoger el pronunciamiento señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-258 del 06 de abril del 2011, dentro de la cual se estableció que la garantía de no autoincriminación se aplica no solo a los procesos penales o policivos, sino también en todos los procesos en los cuales se encuentre presente la actividad sancionatoria del Estado, por lo que no era procedente interrogar al demandante bajo la gravedad del juramento, y que al haberlo hecho, la entidad demandada desconoció el mencionado principio, y consecuencialmente el derecho al debido proceso del actor, máxime cuando la responsabilidad del demandante se demostró esencialmente a partir de lo confesado bajo juramento por este último.

La entidad demandada refutó el fallo de primer grado argumentando que convocó al hoy accionante a rendir declaración de parte, en ejercicio de las facultades otorgadas a la SIC en el numeral 12 del artículo 1 del Decreto 2153 de 1992, y sometido en su calidad de investigado a las formalidades previstas para la declaración de parte, en los artículos 208 y 209 del CPC, por lo que acoger la posición del *A quo* llevaría a pensar que la entidad no puede decretar ni practicar declaraciones de parte a ninguno de los investigados, haciendo con ello, nugatoria su potestad sancionatoria.

De igual manera, sostuvo que el fallo de primera instancia es contrario a los contenidos mismos de la sentencia C-258 de 2011, en la medida que en dicha sentencia se dejó sentado que ante la existencia de otras pruebas, el principio de no autoincriminación se traslada a otro plano, por lo que al haberse declarado la responsabilidad del demandante con otras pruebas tanto documentales como de audios, se debió haber negado las pretensiones de la demanda.

Finalmente, señaló que la sentencia apelada desconoce el precedente jurisprudencial, como quiera que no es cierto que la Corte Constitucional hubiere cambiado su posición sobre el principio de la no autoincriminación con la expedición de la sentencia C-258 de 2011, sino que fue a través de la providencia C-559 de 2009, a través de la cual zanjó la discusión sobre la compatibilidad del interrogatorio de parte con el principio constitucional de no autoincriminación.

De acuerdo con lo anterior, le corresponde a la Sala establecer en primer lugar, si la garantía constitucional de no autoincriminación debió ser observada por la SIC al momento de practicar la declaración de parte del actor, o si por el contrario, la entidad demandada se encontraba facultada legalmente para interrogar a este último bajo la gravedad de juramento dentro de un proceso de carácter sancionatorio. De igual manera, se debe determinar si la sanción administrativa aplicada al demandante, se fundamentó únicamente en la confesión del actor que fue obtenida bajo la gravedad de juramento, o si por el contrario, esta se sustentó en pruebas distintas.

II.2.- LOS HECHOS PROBADOS.

En el expediente se encuentran probados los siguientes hechos:

2.1. Mediante Resolución No. 33970 del 30 de junio de 2010, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó abrir investigación para determinar si varias empresas, entre ellas, COOFLOTAX, contravinieron lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo, se ordenó abrir investigación en contra de varias personas, entre ellas, el actor, al haber incurrido en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009 y por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010. (Fl. 23)

2.2. La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 71794 del 12 de diciembre de 2011, declaró responsable a varias personas, entre ellas, al actor en calidad de representante legal de la Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama –COOFLOTAX, por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009 y por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, imponiéndole una sanción consistente en multa de $160.680.000. (Fls. 23-88 Cdno pruebas dte)

2.3. Mediante escrito del 23 de diciembre de 2011, varios de los sancionados, entre ellos, el demandante, interpusieron recurso de

reposición en contra de la Resolución No. 71794 del 12 de diciembre de 2011. (Fls. 162-172)

2.4. Mediante Resolución No. 11651 del 29 de febrero de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 71794 de 2011, disminuyendo la sanción pecuniaria impuesta al actor a $55.675.620. (Fls. 89-161 Cdno pruebas dte)

2.4. Se aporta al expediente copia de las Circulares Nos. GGC-041-2002, GGC-089-2005, GGC-357-2007, por medio de las cuales el Gerente de COOFLOTAX previene al administrador y al personal de la estación de servicio que se encuentra prohibida la venta de combustible a particulares, recordándoles que este es para uso exclusivo de los vehículos que se encuentran vinculados a COOFLOTAX. (Fls. 193-195)

2.5. Copia de bonos por descuentos, atendiendo a la fidelidad de los asociados en la compra del combustible dentro de la estación de servicio. (Fls. 199-208 Cdo principal)

2.6. Certificación No. 260 del 25 de agosto de 2012, en la que se hace constar que el señor Octavio Bayona Valderrama laboró en la Cooperativa COOFLOTAX en el cargo de administrador de la estación de servicio con contratos fijos inferiores a un año, desde el 01 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2007, del 01 de febrero de 2008 al 31 de enero de 2009, del 01 de abril de 2009 al 13 de agosto de 2009. (Fl.209 Cdo principal)

2.7. Certificación No. 262 del 25 de agosto de 2012, que consta que el señor Javier Orlando Torres Vásquez laboró en la Cooperativa en el cargo de administrador de la estación de servicio, desde el día 01 de enero de 2008 hasta el 31 de enero de 2008. (Fl.210 Cdo principal)

2.8. Certificación No. 261 de fecha 25 de agosto de 2012, a través de la cual se hace constar que el señor Miguel Andrés Parra Huertas laboró en la Cooperativa de COOFLOTAX en el cargo de administrador de la estación de servicio, desde el 01 de febrero de 2009 hasta el 31 de marzo de 2009. (Fl. 211 Cdo principal)

2.9. Certificación No. 263 de fecha 25 de agosto de 2012, a través de la cual se hace constar que el señor Hernando Colmenares Salamanca laboró en la Cooperativa de COOFLOTAX en el cargo de Gerente de la mencionada cooperativa, desde el 01 de abril de 2001 al 04 de mayo de 2009 vinculado mediante contrato a término fijo. (Fl. 213 Cdno principal)

2.10. Copia de los Estatutos de la Cooperativa de Transportadores Flotax Duitama -COOFLOTAX- (Fls. 216-239 Cdno principal)

2.11. Copia magnetica del expediente administrativo No. 07-27597. (Fl. 304)

2.12. CD -MEDIOS MAGNETICOS 9, 10 Y 11 Fendipetroleos, donde reposa la declaración rendida por Hernando Colmenares Salamanca ante la SIC en la carpeta medios magnéticos CP9 folio 57 track 116.

IX.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

La Sala confirmará la sentencia apelada, tal como a continuación se pasa a exponer, para ello, se analizará los tres cargos que fueron formulados por el apoderado de la entidad demandada dentro del recurso de apelación, así:

Inexistencia de contravencion al principio constitucional de no autoincriminación.

Frente a este cargo, el apoderado de la SIC manifestó que convocó al hoy accionante a rendir declaración de parte, en ejercicio de las facultades otorgadas a la SIC en el numeral 12 del artículo 1 del Decreto 2153 de 1992, y sometido en su calidad de investigado a las formalidades previstas para la declaración de parte, en los artículos 208 y 209 del CPC, por lo que acoger la posición del *A quo* llevaría a pensar que la entidad no puede decretar ni practicar declaraciones de parte a ninguno de los investigados, haciendo con ello, nugatoria la potestad administrativa y sancionatoria de la entidad demandada.

Pues bien, para resolver el cargo en mención, se debe señalar en primer lugar que la Constitución Política de Colombia en su artículo 33, consagra la garantía de no autoincriminación, al señalar que: *"nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil."*

Frente a dicha garantía constitucional, se debe recordar que en un principio la Corte Constitucional, había señalado que la misma sólo podía ser aplicada a los asuntos penales, correccionales y de policía, así por ejemplo, se puede hacer referencia a la sentencia C-426 de 1997, en la que dicha Corporación analizó el campo de aplicación del artículo 33 de la C.P, es decir, si el mismo estaba circunscrito a los asuntos penales, correccionales o de policía, o si por el contrario, su aplicación resultaba ilimitada.

Para resolver dicho interrogante, la Corte recordó que el contenido del artículo en estudio no era nuevo, sino que por el contrario, este se había plasmado en algunas Constituciones del siglo pasado, pero con la limitación a los asuntos de tipo penal, por lo que no se entendía que de la noche a la mañana y sin exponer razón alguna, el Constituyente de 1991 hubiere decidido darle una aplicación general a dicha garantía.

En aquella oportunidad, la Corte Constitucional también se basó en la sentencia 129 del 17 de octubre de 1991 de la Corte Suprema de Justicia en la que dicha Corporación señaló: *"En efecto, un análisis de los antecedentes que determinaron la adopción del artículo 33, y hasta donde es posible reconstruirlos con la ayuda de las actas de las sesiones y ponencias publicadas hasta ahora en la Gaceta Constitucional, no indican que fue voluntad expresa e inequívoca de los constituyentes de 1991 dejar abierta la posibilidad de aplicar la prohibición plasmada a toda clase de procesos..."*.

Así las cosas, la Corte Constitucional en la sentencia analizada, terminó acogiendo la tesis restrictiva en materia de aplicación de la garantía de no autoincriminación pregonada por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de indicar que dicha garantía consagrada en el artículo 33 de la C.P., únicamente debía ser aplicada en los asuntos penales, correccionales y de policía.

Posteriormente, un año después la corte Constitucional se volvió a referir al tema relacionado con el campo de aplicación de la garantía de no autoincriminación, momento para el cual volvió a hacer referencia a la sentencia C-426 de 1997. En aquella oportunidad, sostuvo:

> *"La discusión sobre el alcance de la garantía que consagra el artículo 33 de la Constitución Política, fue dirimida por esta Corporación a través de la sentencia C-246 de 1997, en la que se concluyó que su contenido "...solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía". El alcance del principio consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, se determina analizando las ponencias y las actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ejercicio que permite concluir, sin lugar a equivoco, no solo que el Constituyente no tuvo la intención de extender el ámbito de aplicación de dicha garantía a asuntos que no fueran criminales, correccionales o de policía, sino que expresamente lo concibió como un principio rector del derecho penal y como un componente especifico del derecho de defensa del sindicado..."*[1].

Sin embargo, la posición que hasta el momento había sido pregonada por la Corte Constitucional, varió con la sentencia C-422 de 2002, en la que dicha Corporación, señaló:

---

[1] Sentencia C-622/98.

> *"Ahora bien, debe la Corte llamar la atención acerca de que no obstante que en las decisiones que, entre otras muchas, se han relacionado surge como criterio orientador de la proyección y alcance del artículo 33 de la Constitución el relativo a la naturaleza de las actuaciones para señalar que la protección a la no autoincriminación "solo debe ser aplicada en los asuntos criminales, correccionales y de policía" es lo cierto que tal principio en los términos textuales mismos de la regla Constitucional reviste una amplitud mayor pues esta no restringe la vigencia del principio a determinados asuntos, y por ello bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas".*

Posteriormente, en sentencia C-559 de 2009, la cual valga decir es el fundamento persistente del recurrente para afirmar que la práctica de la declaración de parte que le fue hecha al actor bajo las formalidades del CPC, no vulnera la garantía de no autoincriminación, la Corte en dicha providencia al estudiar la constitucionalidad parcial del artículo 208 del CPC, sostuvo que el aparte del mencionado artículo, consistente en *"Si el interrogado se negare a contestar o diere respuestas evasivas o inconducentes, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia"*, no vulnera el principio de la no autoincriminación. Al respecto, dicha Corporación sostuvo:

> *"El artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, en el inciso demandado, determina que si el interrogado se negare a contestar o diere respuestas evasivas o inconducentes, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente, con prevención sobre los efectos de su renuencia.*
>
> *Según los actores, se vulnera el principio de la no autoincriminación, pero tal afirmación no se deduce de su texto, pues lo que prevé es que el interrogado responda de manera clara y directa, informándole sobre las consecuencias de su desacato. Pero en nada se le desconoce el derecho de no autoincriminación."*

Luego de la providencia antes mencionada, la Corte Constitucional profirió la sentencia C- 258 de 2011, en la que al estudiar una demanda de inconstitucionalidad en contra del numeral 1, literal K) y contra el numeral 2, literales a), b), c) del artículo 40 de la Ley 1015 de 2006 *"por medio del cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional"*, aclaró y ratificó que si bien la posición inicial de la Corporación era la de entender que la garantía de no autoincriminación solamente era aplicable a los asuntos penales, correccionales y de policía, posteriormente, enfatizó que su aplicación no se restringía a determinados asuntos, por lo que la misma revestía una mayor amplitud.

No obstante la nueva posición, la Corte Constitucional aprovechó el momento para aclarar que su alcance dependería del ámbito en el que deba aplicarse, pues en tratándose de procesos civiles y laborales, la

garantía prevista en el artículo 33 Constitucional, no excluye el interrogatorio de parte como medio para formar la convicción del juez, pero que en tratándose de procesos en los cuales tiene plena expresión el *ius puniendi* del Estado, el principio de la no autoincriminacion tiene plena aplicación en todos los procesos judiciales o administrativos. Al respecto, dicha Corporación, señaló:

> *"Sobre el ámbito de aplicación de esta garantía, la jurisprudencia de la Corte, inicialmente, había señalado que su contenido "solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía, al tiempo que hacia énfasis en que la misma no se contraponía al deber que tiene los asociados de colaborar con la administración de justicia.*
>
> *Más adelante, en la sentencia C-422 de 2002, la Corte puntualizó que tal principio, en los términos textuales de la regla Constitucional, reviste una amplitud mayor, pues esta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos, y por ello bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas.*
>
> *El anterior criterio debe, sin embargo, matizarse, porque como se verá al analizar el contenido de la garantía, la misma puede tener distinto alcance según el ámbito en la que deba aplicarse, y en, su sentido más amplio, se orienta a proteger a las personas frente a la actividad sancionatoria del Estado. De esta manera, por ejemplo, la previsión del artículo 33 de la Constitución no excluye el interrogatorio de parte como medio para formar la convicción del juez en los procesos civiles o laborales ni altera figuras como la confesión ficta o ciertas presunciones legales previstas dentro de esos procesos...*
>
> *Al margen de esas consideraciones, lo claro es que, en la medida en que el derecho disciplinario es una expresión del ius puniendi del Estado, la garantía del artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas.*

Conforme a lo anterior, si bien en un principio la Corte Constitucional mantuvo la tesis restrictiva de la aplicación de la garantía de no autoincriminación a los asuntos penales, correccionales y de policía, tal postura fue modificada a partir del año 2002 a través de la sentencia C-422, y fue con la sentencia C-255 de 2012 con la que la Corte por fin puntualizó que tal garantía no se restringía a determinados asuntos, sino que por el contrario, la misma reviste una amplitud mayor, y que su alcance debe ser analizado según el ámbito en el que deba aplicarse, no así en los procesos en los que se aplique el *ius puniendi* del Estado, en los cuales ésta tiene plena aplicación.

Así por ejemplo, se puede hablar de los procesos sancionatorios de pérdida de la investidura, en los cuales atendiendo a su carácter

sancionatorio, los mismos se encuentran gobernados por la garantía de no autoincriminación. Al respecto, el H. Consejo de Estado, señaló:

> *"El carácter sancionatorio que tiene el proceso de pérdida de investidura se deriva del ejercicio del ius puniendi del Estado, por lo que la actuación correcta está gobernada por las reglas del derecho de defensa y del respeto de las garantías constitucionales, específicamente por la prohibición de la autoincriminación que se encuentra consagrada en el texto del artículo 33 de la Constitución Política*
> *(...)*
>
> *Respecto de la aplicación del principio de la no autoincriminación, la Corte Constitucional en sentencia C-426 de 1997, señaló que esta garantía solo podía ser "en los asuntos criminales, correccionales y de policía", e hizo referencia a las palabras de José María Samper quien afirmaba que "en otras Constituciones de la República había figurado esta disposición, y era necesario mantenerla o restablecerla, dado que es abiertamente inmoral que la ley obligue a alguna persona, contra natura, a declarar, en asunto de que pueda resultar pena (criminal, correccional o de policía), contra el mismo o contra sus parientes más cercanos". Sin embargo, posteriormente la misma Corporación sostuvo que la norma constitucional tenía una mayor amplitud y que era exigible en todos los ámbitos de la actuación de las personas..."*[2].

Ahora bien, se debe mencionar que a nivel internacional la garantía de no autoincriminación se encuentra difundida en el derecho comparado y ha sido incorporada a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como se advierte del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, relacionado con las garantías judiciales, que señala:

> *"Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*
>
> *2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*
>
> *(...)*
>
> *g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable".*

---

[2] Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 06 de octubre de 2015. Radicación No. 11001-03-15-000-2014-01602-00 Consejero ponente: Roberto Augusto Serrano Valdez.

300
579

Pues bien, hecho el anterior análisis jurisprudencial se debe señalar en primer lugar, que del material probatorio aportado al expediente, se advierte que dentro del proceso de tipo sancionatorio No. 07-27597 adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio en contra del demandante como consecuencia de la presunta infracción a las normas sobre promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas a la misma, el investigado, quien en la actualidad tiene la calidad de demandante, fue convocado por el ente de control a rendir interrogatorio de parte bajo la gravedad de juramento el día 25 de enero de 2011, en la que previo a dar inicio a dicha diligencia, se le tomó el juramento de no faltar a la verdad, y se le advirtió sobre la responsabilidad de quien jura en falso, conforme a lo señalado en los artículos 442 del C.P en concordancia con el 266 y 269 del C.P.P. visto a folio 304 (CD denominado "medios magnéticos 9-10-11-FINDEPETROLEO" carpeta medios magnéticos CP9 folio 57 track 116).

Conforme a lo anterior, se debe señalar que atendiendo al carácter sancionatorio del proceso administrativo que fue iniciado por la SIC en contra del demandante, y teniendo en cuenta la postura adoptada por la Corte Constitucional a partir del año 2002 referente a la aplicación extensiva de la garantía de no autoincriminación a todos los ámbitos de la actuación de las personas, en especial de los procesos de tipo sancionatorios, en los que aparece una clara expresión del *ius puniendi* del Estado, para la Sala resulta claro que le estaba prohibido a la SIC practicar interrogatorio al investigado, hoy demandante, bajo la gravedad del juramento.

En efecto, atendiendo a la postura adoptada por la Corte Constitucional a partir del año 2002 y que fue puntualizada en sentencia C-258 de 2011, en el entendido de que el campo de aplicación de la garantía de no autoincriminación no se restringe a los procesos de tipo penal, correccional o policivo, sino que por el contrario, abarca todos los ámbitos de aplicación de las personas, en especial en los procesos en los que se encuentre presente el poder sancionador del Estado, la Superintendencia de Industria y Comercio estaba en la obligación de aplicar dicha garantía constitucional dentro del proceso de tipo sancionatorio que adelantó en contra del actor, lo que implicaba la prohibición de haber recepcionado el mencionado interrogatorio con la formalidad del juramento.

Si bien, del interrogatorio de parte adelantado por la SIC en contra del investigado, que valga reiterar hoy actúa como parte actora, la primera obtuvo del último su confesión, la misma no fue libre, sino que se produjo como consecuencia de una actuación coercitiva, vulnerándole de esta manera su principio constitucional a la no autoincriminación.

Ahora bien, en cuanto al argumento dado por el apoderado de la entidad demandada, consistente en la facultad otorgada a la SIC por el numeral 12 del artículo 1 del decreto 2153 de 1992 para interrogar a cualquier persona, se debe precisar que de una interpretación cuidadosa a la norma en mención, se concluye que esta autoriza a la SIC para que pueda interrogar bajo juramento a cualquier persona entendida como terceros, más no a quien se encuentra vinculado en calidad de investigado al proceso de tipo sancionatorio. Al respecto señala la norma lo siguiente:

> *"Artículo 2. FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*
>
> *(...)*
>
> *12. Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones..."*

Para interpretar la norma, se debe entender que mientras el testimonio es la declaración que realiza un tercero dentro del proceso sin implicación alguna para él, la declaración de parte busca la confesión, en ese sentido, se debe entender que el testigo no confiesa.

En ese sentido lo ha entendido la doctrina, que al respecto ha señalado: *"Siendo el testimonio la declaración que realiza un tercero en el proceso, varias son las distinciones que deben realizarse respecto de los demás tipos de disposición: a) El interrogatorio busca la confesión, mientras que el testimonio busca esclarecer hechos. El testigo no confiesa"*[3].

Conforme a lo anterior, no resulta acertado la manifestado por el recurrente cuando afirma que al acoger la posición del *A quo,* se llegaría a la idea de considerar que la SIC no puede decretar ni practicar declaraciones de parte a ninguno de los investigados, pues como se acaba de señalar, la facultad que le ha sido conferida por la ley, hace regencia a la posibilidad de interrogar bajo juramento a los terceros, mas no así a quien es parte y en este caso investigado, pues ello implicaría la vulneración de la garantía constitucional a la no autoincriminación, más aun en tratándose de procesos que como el de estudio, lleva implícito el poder sancionatorio del Estado.

De igual manera, no es de recibo la afirmación consistente en que el criterio de la Corte Constitucional según el cual el principio de no autoincriminación no se encuentra limitado a los asuntos penales,

---

[3] Nisimblat Nattan, (2014), Derecho Probatorio, Ediciones Doctrina y Ley Bogotá D.C.-Colombia.Pag. 272.

correccionales y de policía, data del año 1994, es decir, que antecede a la sentencia C-559 de 2009, siendo esta última el desarrollo de la postura de la Corte sobre dicho principio, como quiera que tal como se mencionó líneas atrás, dentro de la sentencia aludida la Corte tan solo se ocupó de estudiar la constitucionalidad de un aparte del artículo 208 del C.P.C, en el que se determina que si el interrogado se negare a contestar o diera respuestas evasivas, el juez podrá amonestarlo.

En efecto, en aquella oportunidad la Corte estuvo que dicho aparte no vulneraba la garantía de no autoincriminación contenida en el artículo 33 Constitucional, como quiera que dicho aparte solo buscaba que el interrogado respondiera de manera clara y directa las preguntas que se le formularan, es decir, que el estudio no se centró en la coerción para aceptar hechos que de por si implicaban la declaratoria de responsabilidad, encontrando que dicho texto en nada desconocía dicha garantía, en otras palabras, no se trataba de un aparte cuyo contenido obligara al interrogado a declarar en contra de sí mismo, su cónyuge o compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

De igual manera, si bien dentro de la aludida sentencia se señaló que no resultaba contrario a la garantía contenida en el artículo 33 de la Constitución Política, el hecho de interrogar bajo la gravedad de juramento, dicha afirmación estaba dirigida a los procesos de carácter civil, más no en los que se encuentra presente el *ius puniendi* del Estado. Al respecto, dicha Corporación sostuvo:

> *"Ciertamente, si las partes tienen, conforme a la Constitución Política, el deber de colaborar con la administración de justicia (art.95-7), no es contrario a la Carta que en **un proceso de carácter civil** se conteste bajo juramento el interrogatorio formulado con el fin de establecer unos hechos determinados...".*

Conforme a lo anterior, no es cierto como lo afirma el recurrente que el fallo de primera instancia haya desconocido lo señalado en la sentencia C-559 de 2009, en la que se estudió la constitucionalidad de los artículos 202, 203 y 208 del Código de procedimiento Civil, pues como ya se vio, en dicha providencia la Corte tan solo se dedicó a analizar la constitucionalidad de un aparte del artículo 208 de la mencionada codificación civil, y si bien se señaló que el interrogatorio bajo la gravedad de juramento no desconoce el principio señalado en el artículo 33 constitucional, se debe advertir que dicha afirmación se hizo en relación con los procesos civiles, mas no para los de tipo sancionatorio.

Así las cosas, el cargo formulado por el apoderado de la SIC contra el fallo apelado no prospera.

El fallo del 23 de mayo de 2014, se fundamentó en el desconocimiento de otras pruebas de la responsabilidad del accionante en la conducta anticompetitiva, diferentes a su declaración.

En relación con este cargo, señala la parte demandada que el fallo de primera instancia, desconoció que las pruebas que sustentaron la sanción administrativa impuesta a COOFLOTAX, igualmente sustentaron la de su representante legal, por cuanto dicha cooperativa desplegó conductas y se adhirió al acuerdo de fijación de precios, por conducto del demandante y durante el periodo que este se desempeñó como su representante legal.

De igual manera, sostiene que existe prueba de que la responsabilidad jurídica derivada de las actuaciones de las personas jurídicas, recae de forma directa en el representante legal, quien actúa en condición de subalterno de la primera. Así, sostiene que dentro del expediente existe copia del certificado de existencia y representación de COOFLOTAX, en el que se determina que el demandante era la persona designada estatutariamente para ejercer funciones gerenciales, y velar por el cumplimiento de las resoluciones que fijan el precio de los combustibles.

Básicamente, sobre la responsabilidad del demandante en el acuerdo de precios, sostuvo que esta se había determinado a partir de que este último en calidad de representante legal de COOFLOTAX, tuvo conocimiento de las conductas investigadas, y a pesar de ello no realizó actividad alguna para evitarlas o corregirlas.

Pues bien, para resolver el cargo en mención se debe señalar en primer lugar que de conformidad con el artículo 29 Constitucional, el debido proceso debe observarse en todas las actuaciones, y en ese sentido, la jurisprudencia ha entendido que una forma debida del proceso es la proscripción de la responsabilidad objetiva al señalar la norma que "*Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*".

Así por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-145 de 1993, sostuvo en relación con el proceso de carácter sancionatorio administrativo:

> *"En materia sancionatoria de la administración, la estimación de los hechos y la interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, y proscripción de la responsabilidad objetiva-nulla poena sine culpa..."*.

Sin embargo, debe precisarse que la restricción a aplicar una responsabilidad de tipo objetivo, llevaría a la situación de que ese análisis de comportamiento no permita solucionar la responsabilidad de las personas jurídicas, la que en la mayoría de las veces constituye el sujeto que es objeto de sanciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto el examen de la culpabilidad conlleva un examen de la voluntad en la acción u omisión del investigado, voluntad que se encuentra ausente en todas las personas jurídicas, en virtud de la ficción que se deriva de su existencia y personalidad.

No obstante lo anterior, debe reconocerse que existen formas de responsabilidad objetiva que si se encuentran proscritas en el derecho administrativo de carácter sancionatorio, y son las que conducen a concluir que la esencia de la responsabilidad objetiva, esto es, la simple acción u omisión, ya no bastaría para hacer responsable a quien es investigado, si por ejemplo, se tiene la responsabilidad objetiva en virtud de la cual se castiga con fundamento en la teoría del derecho sancionatorio de autor, que no sería cosa distinta a determinar que se sancione a las personas por razón de su cargo u oficio sin más consideraciones, como sería el caso de sancionar al representante legal de una compañía por el solo hecho de serlo, sin atender situaciones tales como las funciones específicas o la confrontación entre la época de los hechos con la época en que ejerció el cargo.

Así las cosas, para el caso en estudio, se tiene que el apoderado de la SIC alega que el fallo de primera instancia desconoció que las pruebas que sustentaron la sanción administrativa a COOFLOTAX, igualmente sustentaron la sanción de su representante legal que hoy actúa como demandante, por el hecho de que este último era su representante legal para la época de los hechos investigados (2007-2009), posición que tal como se acaba de señalar líneas atrás, conduce a sostener que se está indilgando responsabilidad a quien hoy actúa como demandante, por el solo hecho del cargo que ejercía como representante legal de la Cooperativa COOFLOTAX, sin haber atendido a situaciones como el tipo de administración, las funciones de la Asamblea General y del Consejo de Administración, entre otras. En efecto, el apoderado de la entidad demandada dentro del recurso de apelación señaló:

> *"Su señoría, no hay asomo de duda frente a que el accionante era el Representante Legal de COOFLOTAX desde mucho antes de la fecha inicial del periodo investigado, año 2008, y que fue bajo su administración que la Cooperativa acogió el acuerdo de fijación indirecta de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela orquestada y auspiciada por ENDIPETROLEO.*

Conforme a lo anterior, se advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio le indilgó responsabilidad al demandante por presuntamente haber incurrido en las conductas señaladas en el numeral 16 del artículo 4

del Decreto 2153 de 1992, como consecuencia del cargo que este ejercía como representante legal de la Cooperativa COOFLOTAX, esto es, indilgando una responsabilidad de carácter objetivo que como ya se vio, se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, en gracia de discusión, aceptando lo señalado por el apoderado de la SIC, se debe determinar que la responsabilidad del accionante derivada a partir de su cargo como representante legal de la Cooperativa COOTAX, se estableció a partir de la confesión hecha por el demandante, la que valga decir, se trató de una prueba ilegal, conforme a lo expuesto en el primer cargo.

En efecto, de un estudio a la Resolución No. 71794 del 12 de diciembre de 2011 a través de la cual se sancionó al demandante, se establece que en el Capítulo denominado *"RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES LEGALES"*, en lo que respecta al demandante (Fl. 71 anverso), se estableció:

> *"**(viii) Hernando Colmenares Salamanca, representante legal COOPERATIVA DE Transportadores Flotax Duitama – COOFLOTAX** (Propietaria de estación **de servicio Cooflotax)***
>
> *En razón de su cargo, el señor Colmenares tuvo conocimiento de las conductas investigadas y no realizó actividad alguna para evitarlas y/o corregirlas. Frente al ejercicio de su cargo, el investigado indicó:*
>
> *Pregunta 3. Se ha desempeñado usted como representante legal de COOFLOTAX*
> *Respondió: Si señora.*
>
> *Pregunta 4. Puede indicarle al Despacho durante cuánto tiempo se desempeñó como tal*
> *Respondió: Desde abril de 2002 hasta el 4 de mayo de 2008.*

Conforme a lo anterior, se puede concluir que la calidad de representante legal de COOFLOTAX, condición a partir de la cual la SIC le indilgó responsabilidad al demandante, se derivó de la declaración de parte rendida por este último bajo la gravedad de juramento, prueba que resultó ilegal conforme a los argumentos ya esgrimidos, y que resulta ser el único medio probatorio aducido en contra del actor.

Todo lo anterior permite concluir, tal como lo sostuvo el *A quo*, que la responsabilidad del demandante como consecuencia de su presunta participación en las conductas a que hace referencia el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, se demostró a partir de lo confesado por este bajo la gravedad de juramento, tal como se advierte a folio 71 del expediente dentro del capítulo relacionado con el estudio de la responsabilidad de los representantes legales de las estaciones de servicio de la ciudad de Duitama, es decir, que su condición de representante legal

se obtuvo a partir de una prueba ilegal, razón por la cual este cargo tampoco prospera.

El fallo de primera instancia se expidió con desconocimiento del precedente jurisprudencial.

En cuanto a este cargo, sostiene el apoderado de la SIC que no es cierto que con la sentencia C-258 de 2011, sobre la cual se edifica el fallo de primera instancia, la Corte Constitucional haya cambiado su posición frente al principio de no autoincriminación, atendiendo a que la misma Corte Constitucional en sentencia T-513 de 2011, es decir, posterior a la primera providencia, consideró que: "*... la sentencia C-559 de 2009, en la que se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, abordó las condiciones de práctica del interrogatorio o de la declaración de parte e infirió su compatibilidad con el principio de no autoincriminación...*"

Así mismo sostiene, que para la Corte Constitucional, es la sentencia C-559 de 2009, la que zanjó la discusión sobre la compatibilidad o no del interrogatorio de parte, con el principio constitucional de no autoincriminación, tesis que fue ratificada en sede de tutela, en fecha posterior a la expedición de la sentencia C-258 de 2011.

Frente a este cargo, se debe señalar que de un estudio a la sentencia T-513 de 2011 que es mencionada por el recurrente, se advierte que dicha Corporación mencionó en efecto, un aparte de la sentencia C-559 de 2011, pero no para tratar el tema de la garantía constitucional de no autoincriminación como lo pretende hacer ver el recurrente, sino para hacer referencia a la confesión ficta, tema que también fue tratado en la sentencia C-559 de 2009.

Ahora bien, al analizar la sentencia C-559 de 2009 se advierte que contrario a lo manifestado por el recurrente, la Corte en dicha providencia tan solo se ocupó de hacer el estudio de constitucionalidad de un aparte y no de la totalidad del artículo 208 del CPC, el aparte en mención señala: "*Si el interrogado se negare a contestar o diere respuestas evasivas o inconducentes, el juez lo amonestará para que responda o para que lo haga explícitamente con prevención sobre los efectos de su renuencia.*"

En aquella oportunidad, la Corte sostuvo que dicho aparte no vulneraba el principio de no autoincriminación, como quiera que lo único que prevé es que el interrogado conteste de manera clara y directa, sin que ello desconozca el mencionado principio.

Ahora bien, ciertamente la sentencia C-559 de 2011 concluyó tal como lo afirma el apoderado de la SIC, que por el hecho de que se conteste el interrogatorio bajo la gravedad de juramento, ello no conduce al

desconocimiento del principio de la no autoincriminación, pero debe precisarse que en aquella oportunidad la Corte Constitucional hizo referencia a dichos aspecto en materia civil mas no sancionatoria. En efecto, en aquella oportunidad señaló:

> *"Ciertamente, si las partes tienen, conforme a la Constitución Política, el deber de colaborar con la administración de justicia (art.95-7), no es contrario a la Carta que* ***en un proceso de carácter civil*** *se conteste bajo juramento el interrogatorio formulado con el fin de establecer unos hechos determinados, que trasciendan sobre las pretensiones o las excepciones que en el proceso se debaten, razón por la cual no puede prosperar la pretensión de que se declare la inexequibilidad del aparte de la norma acusada, como quiera que no se trata de la corcion para aceptar un delito, sino de hechos que por su propia índole estructuran las pretensiones o las excepciones en* ***un proceso de carácter civil...****".*

Así las cosas, queda claro que si bien en un principio la Corte Constitucional mantuvo la tesis restrictiva de la aplicación de la garantía de no autoincriminación a los asuntos penales, correccionales y de policía tal como se evidencia del análisis jurisprudencial hecho líneas atrás, tal postura fue modificada a partir del año 2002 a través de la sentencia C-422 del mismo año. Posteriormente con la sentencia C-599 de 2009, se admitió que en los procesos de carácter civil el interrogatorio de parte bajo la gravedad de juramento no vulnera el principio de no autoincriminación, pero fue con la sentencia C-258 de 2011 con la que la Corte por fin puntualizó que tal garantía no se restringía a determinados asuntos, sino que por el contrario, la misma reviste una amplitud mayor, y que su alcance debe ser analizado según el ámbito en el que deba aplicarse, pero que en los procesos en los que se advierta el *ius puniendi* del Estado, dicha garantía tiene plena aplicación, razón por la cual este cargo tampoco prospera.

De las costas y agencias en derecho

El artículo 171 del derogado Decreto 01 de 1984 regulaba las costas procesales para la jurisdicción contencioso administrativa consagrando un régimen subjetivo en tal tema, el cual implicaba que el fallador sólo podía imponerlas cuando advertía un uso temerario de los mecanismos procesales.

Dicho régimen subjetivo, que atendía a la temeridad o mala fe, fue derogado por la Ley 1437 de 2011. El artículo 188 del CPACA, dispone que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".*

El numeral primero del artículo 365 del C.G.P., dispone un régimen objetivo de condena en costas en los siguientes términos: *"Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto."*

Por la expresa remisión a la legislación civil las agencias en derecho están contempladas dentro de las costas procesales y deben ser fijadas en la sentencia, tal como lo señalan el numeral segundo del artículo 365 y 366 del C.G.P.

Teniendo en cuenta que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, la Sala tendrá en cuenta lo normado para la materia en el Acuerdo No. 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así, en atención a lo señalado en los artículos 3, 4 y 6 del referido Acuerdo se condenará al pago de Agencias en Derecho al valor que resulte de aplicar el UNO POR CIENTO (1%) del valor de las pretensiones de la demanda.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama el día veintitrés (23) de mayo de dos mil catorce (2014), que accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Condenar en costas a la parte apelante en esta instancia, liquídense por secretaría. Se fija como agencias en derecho en segunda instancia en favor de la parte demandante el equivalente al uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS M/cte ($ 556.000,oo).

TERCERO.- En firme esta providencia, por Secretaria comuníquese a las partes en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA.

CUARTO.- Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al despacho de origen y de ello déjese registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Sigio XXI".

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en la Sala de Decisión No. 1 según consta en acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso
LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 172 de hoy 30 SEP 2016
EL SECRETARIO