

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JURISDICCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020).

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

**MAGISTRADO PONENTE:
FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el veintinueve (29) de marzo de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SENTIDO DE LA DECISIÓN

La Sala revocará la sentencia de primera instancia y accederá a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, mediante apoderado judicial, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio bajo las siguientes pretensiones:

"PRIMERA. Que se declare la Nulidad resolución 14902 de 4/04/2013 del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, mediante la cual se abrió investigación contra NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, en su calidad de Directora de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá, colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró los hechos y actuaciones constitutivas de las infracciones del artículo 4.16 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SEGUNDA. Que se declare la Nulidad resolución 25036 de 21/04/2014 del Superintendente de Industria y Comercio Ad hoc, mediante la cual se declaró que NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, entre otros, colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron y/o toleraron el diseño e implementación de un esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá que desconoce

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, incurriendo en la responsabilidad prevista en el artículo 4.16 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Y en consecuencia, le impuso una sanción pecuniaria por valor de CIENTO SESENTA MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$160.160.000), equivalente a doscientos sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (260 SMMLV).

TERCERA. Que se declare la Nulidad resolución 53788 de 03/09/2014 del Superintendente de Industria y Comercio Ad hoc, mediante la cual se modificó el Artículo 2 de la Resolución 25036 de 21/04/2014, declarando que, entre otros, colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron y/o toleraron el diseño e implementación de un esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá que desconoce lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y en el régimen colombiano de protección de la competencia, incurriendo en la responsabilidad prevista en el artículo 4.15 del Decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Y en consecuencia, le impuso una sanción pecuniaria por valor de CIENTO SESENTA MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$160.160.000), equivalente a doscientos sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (260 SMMLV), al configurarse la responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

CUARTA. Que a título de restablecimiento se ordene el cese del cobro de la multa por valor de CIENTO SESENTA MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$160.160.000), equivalente a doscientos sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (260 SMMLV) contra NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ.

1.1. HECHOS

Los hechos fundamento de las anteriores pretensiones son los siguientes:

1º. Mediante Resolución No. 14902 de 4 de abril de 2013, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación y formuló pliego de cargos, con el fin de determinar si la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E. S. P., y Aguas de Bogotá S. A., E. S. P., actuaron en contraposición a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 155 de 1959, y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

2º. Sostuvo que en esa misma actuación se abrió investigación y se formuló pliego de cargos contra Nelly Mogollón Montañez y otros, por la presunta configuración de la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 40 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

PROCESO No.:	1100133410052015-00113-01
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO:	SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

3°. Manifestó que una vez iniciada la investigación, formulado el pliego de cargos, rendidas las explicaciones por parte de los investigados, cerrado el debate probatorio y celebrada la audiencia de conciliación de que trata el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, el Superintendente de Industria y Comercio, mediante comunicación No. 1-2013-028508 de 12 de diciembre de 2013, se declaró impedido para conocer y decidir todos los asuntos que debía atender en ejercicio de sus funciones en relación con la investigación en comento; impedimento que fue aceptado mediante Resolución No. 6083 de 27 de diciembre de 2013, expedida por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, lo que dio lugar a que mediante Decreto No. 056 de 16 de enero de 2014, se designara como Superintendente Ad Hoc al Dr. Luis Guillermo Vélez Cabrera, para conocer y decidir cualquier asunto relacionado con la investigación No. 12-165930.

4°. Señaló que una vez culminó la etapa probatoria y realizada la audiencia de descargos de que trata el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia, presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio Ad hoc, el informe de investigación en el que recomendó sancionar a la UAESP, a la EAAB y Aguas Bogotá, porque consideró que sus conductas violaron el artículo 10 de la Ley 155 de 1959 y, a las personas naturales investigadas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 40 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, y por último, que con base en lo anterior, se profirió la Resolución No. 25036 de 21 de abril de 2014, e impuso las correspondientes sanciones pecuniarias a los investigados por infringir la Ley 155 de 1959 y el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

5°. Aseguró que se dispuso la adecuación del esquema de recolección de basuras vigente en la ciudad de Bogotá a la fecha de expedición de la Resolución 25306 de 2014, a lo dispuesto en la ley 142 de 1994, otorgando un plazo de 6 meses para que entrara en operación un régimen de libre competencia pura y simple o un régimen de competencia con áreas de servicio exclusivo, según determinara el Distrito Capital, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política y el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, con participación de la población recicladora en los términos establecidos en la sentencia T- 724 de 2003, Auto 268 de 2010, Auto 183 de 2011 y Auto 275 de 2011.

PROCESO No.:	1100133410052015-00113-01
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO:	SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

6°. Dijo que se dispuso que las investigadas se abstuvieran de realizar- a partir de la ejecutoria de la citada Resolución-, cualquier conducta encaminada a bloquear o limitar la entrada o permanencia de competidores en el mercado de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá y en la Ley 142 de 1994, y en particular, restringir la posibilidad de realizar convenios de facturación conjunta entre la EAAB, la UAESP y AGUAS DE BOGOTÁ.

7°. Indicó que contra la Resolución sancionatoria se interpuso recurso de reposición, solicitando su revocatoria total o en subsidio su modificación, por lo que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la Resolución No. 53788 de 3 de septiembre de 2014, modificó el artículo 20 de la Resolución No. 25036 de O 2014, en lo relacionado con la reducción en el monto de dos de las sanciones impuestas.

1.2. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante considera que con la actuación de la demandada se violaron las siguientes disposiciones normativas:

Constitucionales:

- Artículo 13,29, 34, 365, 366, 367,369 y 370 de la Constitución Política

Legales y Reglamentarias:

- artículos 32, 79 y 186 de la Ley 142 de 1994
- artículo 40 y 260 de la Ley 1340 de 2009
- artículos 30 y 110 de la Ley 1437 de 2011 y
- artículo 10 de la Ley 155 de 1959.

Desarrolló el concepto de violación de la siguiente manera:

1.2.1. Primer Cargo: falta de competencia

PROCESO No.:	1100133410052015-00113-01
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO:	SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Adujo el apoderado de NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ que la competencia para conocer del proceso es de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no de la SIC.

1.2.2. Segundo Cargo: Infracción de las normas en que debieron fundarse.

Manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio al expedir los actos cuestionados no tomo en consideración que las disposiciones anteriormente citadas no eran aplicables al caso en concreto, pues contienen normas generales en materia de competencia, cuando para el caso en concreto existan unas disposiciones de naturaleza particular contenidas en los artículos 385 a 370 de la Constitución Política y en la doctrina constitucional citada en la sentencia C-389 de 2002.

Así mismo discutió el principio de tipicidad de la ley al considerar que la conducta no le era reprochable a las personas naturales. Indicó que no tuvo participación en los hechos y se sustentó en el principio de legalidad de las disposiciones locales que sirvieron de fundamento a las decisiones. Así mismo indicó que le había vulnerado el debido proceso por haberse tramitado el proceso por un funcionario que no era imparcial, y señaló que no incurrió en ninguna de las conductas que le fueron impuestas en su contra.

1.2.3. Tercer Cargo: Falsa motivación.

Reclama que no tuvo participación en los hechos, señalando que a la fecha en que tomó posesión del empleo, como fue el 6 de diciembre del 2012, las decisiones ya habían sido adoptadas, sin que ella hubiese participado en su producción.

Reclamó además que la sanción no corresponde la dosificación señalada por la ley.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia de Industria y Comercio en su escrito de contestación a la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda:

PROCESO No.:	1100133410052015-00113-01
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO:	SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

1.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida veintinueve (29) de marzo de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá, denegó a las pretensiones de la demanda (fls. 122 a 130 del expediente), con fundamento en los razonamientos que pueden resumirse así:

El *a quo* señaló que la el organismo que ejerce inspección, control y vigilancia sobre el derecho a la libre competencia económica, es la SIC, tal como fue reconocido por la Corte Constitucional en Sentencia C-172-2014 declarando no probado el primero cargo.

En cuanto a la infracción de las normas superiores, encontró el *a quo* que el cargo no prospera por cuanto (1) la autoridad demandada aplicó en debida formas la normas que regulan la materia; (2) no se violó el principio de imparcialidad en tanto se probó que el expediente estuvo suspendido desde la manifestación del impedimento hasta su decisión; y, (3) en relación con la dosificación de la sanción, encontró el *a quo* que la misma resulta razonada, razón por la cual negó el cargo.

Al resolver el cargo relacionado como la falsa motivación fundado en el hecho de que el artículo 1º de la ley 155 de 1992 y 97.10 del Decreto 2153 de 1992, solo se aplica a personas jurídica, el *a quo* luego de valorar el contenido del artículo 26 de la ley 1340 del 2009, encuentra probado que la demandada podía ser sancionada como persona natural, pues la protección a la libre competencia económica no se reserva solo a las personas jurídicas, y en el caso sometido a examen se probó la existencia de prácticas de restricción a la libre competencia económica en la que fue participante la empresa para la cual prestaba sus servicios la sancionada, solo que ella, contribuyó a que el hecho se produzca. Luego de la presentación juiciosa de la forma como se determina la responsabilidad de la demandante, concluye que el cargo no prospera.

2. SEGUNDA INSTANCIA

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante, dentro del término oportuno interpuso y sustentó el recurso de apelación en contra de la sentencia en mención.

2.1. LA IMPUGNACIÓN

La parte demandante fundamentó su inconformidad con la sentencia del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante escrito de 22 de abril de 2018 (fls. 786 a 790 del expediente), así:

En la sustentación del recurso de apelación, el apoderado de la parte actora reclama que (1) los actos administrativos demandados son violatorios de la Constitución (art. 13, 29, 34, 365, 366, 367 y 369); (2) que las reglas previstas en el Decreto 564 del 2012 adoptaron un modelo transitorio para la prestación del servicio de aseo en la capital para dar cumplimiento a la sentencia T-724-03 y Auto 275-11; (3) que el modelo de aseo conllevaba el cumplimiento del artículo 40 de la ley 142 de 1994 esto es, a través de concesión.

A continuación, solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la acción incoada por su prohijada.

2.2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de 23 de julio de 2019 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte actora.¹

Con auto de 3 de septiembre de 2019 se declaró innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado por el término común de diez (10) días a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.²

2.3. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

¹ Folio 7 cuaderno de segunda instancia

² Folio 10 cuaderno de segunda instancia

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

2.3.1. De la Superintendencia de industria y Comercio

Guardó silencio

2.3.2. De NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ

Guardó silencio

2.3.3. Del Ministerio Público

Guardó silencio

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1. COMPETENCIA

Al tenor del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011³, es el Tribunal el competente para resolver el recurso de alzada propuesto.

Sin embargo, se recuerda que el trámite del recurso de apelación limita el pronunciamiento de la segunda instancia exclusivamente a lo que es materia de impugnación, tal como lo dispone el artículo 328 del Código General del Proceso⁴, por remisión del artículo 306 de

³ **Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.** Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

⁴ **Artículo 328. Competencia del superior.**

El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

la Ley 1437 de 2011⁵ Es así como las razones aducidas por el recurrente en la sustentación de la apelación delimitan la competencia funcional del juez de segunda instancia.

Se advierte desde ya que el cargo formulado en el recurso de apelación, consistente en la revisión de los actos demandados, por ser contrarios al artículo 40 de la ley 142 de 1994 esto es, a través de concesión, no formó parte de la demanda, razón por la cual no es del caso pronunciarse sobre su contenido y alcance, en consideración a que el presente medio de control forma parte del sistema de justicia rogada, lo cual impone que el cargo debió ser formulado en demanda, esto es, invocar la norma jurídica y el concepto de la violación, lo cual no sucedió para la norma mencionada.

3.2. EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Si se encuentra ajustada a derecho la resolución 25036 de 21/04/2014 del Superintendente de Industria y Comercio Ad hoc, modificada por la resolución 53788 de 03/09/2014 del Superintendente de Industria y Comercio Ad hoc, mediante la cual se impuso sanción pecuniaria a la demandante, adoptadas en proceso administrativo sancionatorio?

3.3. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

No. Porque la demandante en segunda instancia ha desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, que fueron proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de órbita de su competencia, con observancia del debido proceso, pero desconociendo la responsabilidad subjetiva de la demandante, lo que conllevará a revocar la sentencia de primera instancia y a acceder a las pretensiones de la demanda.

⁵ **Artículo 306. Aspectos no regulados.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
 ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
 ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

3.4 **LOS HECHOS PROBADOS EN EL PROCESO:**

En el caso en estudio se tiene que la Superintendencia de Industria y Comercio formuló pliego de cargos a la señora NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ mediante Resolución 14902 de 4 de abril de 2013 (acto de trámite no sujeto a control judicial) en la cual, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación y formuló pliego de cargos, con el fin de determinar si la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E. S. P., y Aguas de Bogotá S. A., E. S. P., actuaron en contraposición a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 155 de 1959, y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

El hecho investigado consistió en determinar la existencia de prácticas restrictivas a la libre competencia económica, imputables a las empresas y empleados de las empresas, de las que forma parte la demandante, quien finalmente fue sancionada por parte de la SIC.

Para resolver la cuestión en comento se hace necesario precisar la forma como se presta el servicio de aseo en el Distrito Capital.

PRESTADOR DEL SERVICIO DE ASEO UAESP Como es de público conocimiento el Distrito capital, a través de la UAESP, es la entidad encargada de garantizar el servicio público de Aseo en la ciudad, el que en la actualidad se encuentra concesionado a cuatro (4) operadores (Oficio 10 de febrero del 2010 – De Alcaldía a EAAB Acuerdo No. 257 de 2006, artículo 116 y ss. tienen la obligación de prestar el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., en sus componentes domiciliarios de recolección y transporte, así como el barrido y limpieza de vías y áreas.			
OPERADORES DEL SERVICIO DE ASEO			
Aseo Capital S.A ESP)	Limpieza Metropolitana de Aseo S.A ESP - LIME	Ciudad Limpia S.A ESP	Aseo Técnico de la Sabana S.A ESP - ATESA

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Las prácticas restrictivas a la libre competencia que dieron lugar a la apertura de la investigación obedecieron a la restricción realizada por parte de la EAAB para suscribir los convenios de facturación con los operadores.

No obstante lo anterior, no puede desconocer la Sala que la sanción que por el mismo acto administrativo se impuso al Alcalde Distrital Gustavo Petro, fue puesta en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, autoridad que la dejó sin efectos.

**INFORME No. 130/17
CASO 13.044
INFORME DE FONDO
GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
COLOMBIA**

(...)

23.La expedición del Decreto 564 de diciembre de 2012⁵⁵.

El 10 de diciembre de 2012 el Alcalde Mayor de Bogotá emitió el Decreto 564, el cual delineaba el régimen de prestación de servicio público de aseo en la ciudad.⁵⁶

En lo pertinente, dicho Decreto establecía lo siguiente:

Artículo 6. Cumplimiento de la facultad de supervisión, coordinación y control del servicio de aseo. De conformidad con el artículo 116 del Acuerdo Distrital 257 del 30 de noviembre de 2006, para que una persona de naturaleza pública o privada pueda prestar en la ciudad de Bogotá Distrito Capital el servicio público de aseo, deberá acreditar ante la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP los requisitos exigidos en la ley y suscribir con dicha Unidad, o con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P-EAAB un contrato en el cual se especifique el alcance de sus obligaciones y, particularmente, la forma cómo se cumplirán las actividades de supervisión, coordinación y control del servicio a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP.

Artículo 9. Acceso al Relleno Sanitario. El acceso y disposición de residuos en el Relleno Sanitario Doña Juana, propiedad del Distrito Capital, queda condicionado a la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final, con el operador contratado para el efecto, previa autorización de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP, en los términos previstos en el Decreto Nacional 838 de 2005¹¹.

4.La expedición del Decreto 570 de diciembre de 2012⁵⁷.

El 14 de diciembre de 2012 la Alcaldía de Bogotá declaró el estado de prevención o alerta amarilla por el plazo de 4 meses en todo el Distrito Capital, tomando en cuenta, entre otros factores, los siguientes: 1) la UAESP identificó al 30 de noviembre de 2012 636 puntos críticos en la ciudad, es

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

decir espacios públicos, afectados por la presencia transitoria o permanente de residuos sólidos que pueden generar efectos al medio ambiente; 2) el 12 de diciembre de 2012 “en algunas zonas del Distrito Capital, se presentaron retardos en la recolección de los residuos sólidos por parte de algunos operadores del servicio de aseo contratados por la UAESP”, y 3) ante el evento de que en la adecuación del nuevo esquema se presenten posibles situaciones de riesgo”.⁵⁸.

Asimismo, y en virtud de lo anterior, el Decreto expedido por el Alcalde, autorizó “el uso de vehículos automotores tipo volquetas, con el fin de garantizar la continuidad de la prestación del servicio público de aseo y como medida de precaución para minimizar eventuales impactos ambientales y sanitarios”¹².

(...)

1. La crisis en Bogotá⁵⁹.

Según informaron las partes y consta en información de público conocimiento, el 18, 19 y 20 de diciembre de 2012 se generó una crisis en Bogotá por la falta de recolección de basura, en el tránsito entre el esquema público y privado. De acuerdo a lo indicado por la parte peticionaria, la crisis se generó por que los antiguos operadores del servicio de aseo se negaron a regresar los vehículos compactadores y otros equipos técnicos que debían devolver conforme a los términos de sus contratos¹³. Por su parte, el Estado indicó que la crisis fue producto del actuar de la presunta víctima.

11Decreto 564 de 10 de diciembre de 2012 emitido por el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Capital

12 Decreto 570 de 14 de diciembre de 2012 emitido por el Alcalde Mayor de Bogotá

(...)

III. DETERMINACIONES DE HECHO

G. Sobre la multa de la Superintendencia de Industria y Comercio¹¹⁵

En 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una multa al señor Petro Urrego por un monto de \$ 410.256.000.00 pesos así como multas a otras personas individuales, y a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá (EAB), Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos(UAESP) y Aguas de Bogotá, por “prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia en el mercado de prestación del servicio de aseo en Bogotá”⁷⁵.

(...)

VI.RECOMENDACIONES ¹⁴⁹.

Con fundamento en las anteriores conclusiones,

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
RECOMIENDA AL ESTADO COLOMBIANO,

1. Dejar sin efecto los actos administrativos sancionatorios que impusieron sanciones de inhabilitación al señor Gustavo Francisco Petro Urrego, de

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

forma tal que pueda ejercer libremente sus derechos políticos, incluyendo su derecho al sufragio pasivo.

2. Reparar integralmente las violaciones de derechos declaradas en el presente informe incluyendo el aspecto material e inmaterial.

Corresponde entonces a la Sala determinar si los actos administrativos demandados se han expedido en contra del ordenamiento jurídico superior en que debían fundarse y para ello, la Sala se pronuncia en relación con el recurso de apelación.

3.5 CASO CONCRETO:

1º. De la facultad sancionatoria de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Reclama la demandante que el acto administrativo impuesto en su contra es contrario a las siguientes disposiciones constitucionales: arts. 365, 366, 367 y 369 y 186 de la ley 1340 de 2009, en tanto no derogó las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2153 de 1992, por medio del cual le asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras funciones, la de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de derechos del consumidor y le atribuyó la competencia para proferir sanciones por violación a este régimen.

Al respecto, la citada norma deponía lo siguiente:

"Artículo 2. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

4. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor a que se refiere este decreto y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes;

5. Imponer, previas explicaciones, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes por violación de las normas sobre protección al consumidor, así como por la inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia

(...)"

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Con el extracto legal citado, es claro, que desde el año 1992 se estableció un régimen de infracciones a los derechos de los consumidores y se determinó cuál era la entidad competente para imponer las sanciones correspondientes, cuando quiera que resultare probada la comisión de alguna de estas infracciones, previo agotamiento del procedimiento aplicable.

A su vez, la Ley 1340 de 2009 por cual se adoptan reglas de protección de la competencia, reconoce a la SIC como la autoridad de competencia Colombia, tal como se reconoce en el artículo 6º

ARTÍCULO 6o. AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las 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.

PARÁGRAFO. Para el cumplimiento de este objetivo las entidades gubernamentales encargadas de la regulación y del control y vigilancia sobre todos los sectores y actividades económicas prestarán el apoyo técnico que les sea requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

La circunstancia de convertirla en única autoridad en materia de protección del derecho a la libre competencia, hace que la misma desplace a cualquier otra autoridad, como lo pretende el demandante.

En relación con las sanciones, la norma clasificó los tipos de sanción que la Superintendencia de Industria y Comercio podía imponer a las empresas que no cumplieran con lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009. Las sanciones se establecieron de la siguiente manera:

TITULO V.

REGIMEN SANCIONATORIO.

ARTÍCULO 25. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS JURÍDICAS. El numeral 15 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones 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, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
2. La dimensión del mercado afectado.
3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.
4. El grado de participación del implicado.
5. La conducta procesal de los investigados.
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.
7. El Patrimonio del infractor.

PARÁGRAFO. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.

ARTÍCULO 26. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES. El numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

“Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada.

PARÁGRAFO. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella.

ARTÍCULO 27. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.

Las normas mencionadas, lejos de desconocer el régimen de servicios públicos, lo que hacen es ponerse a su servicio, para que, en los casos que los hechos afecten a este importante sector económico, sea la SIC la autoridad con competencia para

PROCESO No.:	1100133410052015-00113-01
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO:	SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

conocer de los procesos administrativos sancionatorios, como aconteció en el presente caso.

2º. Adecuación típica de la conducta y debido proceso

En nuestro caso encontramos que no existen elementos de prueba que indiquen el desconocimiento de los artículos 13 y 29, pues tal como se afirmó en primera instancia, no solo no hay prueba de desconocimiento del derecho a la igualdad, sino que además, en tanto que el artículo 29 garantiza el debido proceso, es lo cierto que la imparcialidad en la decisión adoptada, no se ha visto alterada.

No obstante lo anterior, se hace imperioso determinar que no es verdad que la protección del derecho a la libre competencia económica solo comprometa a los actores del mercado, por lo tanto son ellos los únicos responsables de las sanciones, sin que sea posible aplicarlas a las personas naturales.

El derecho a la libre competencia ha sido valorado por ésta Corporación en no pocas oportunidades determinando cuales son las prácticas restrictivas a la libre competencia económica, a saber: (1) la conformación de carteles; (2) los acuerdos de precios en el mercado; (3) la producción a precios predatorios, con el propósito de sacar a los agentes del mercado; (4) la publicidad engañosa; (5) el acaparamiento; (6) la adopción de prácticas anticompetitivas; (7) la conformación de monopolios, entre otras.

En nuestro caso, se puso en conocimiento de la autoridad que la EAAB adoptó prácticas empresariales prohibidas que impidieron a los operadores del servicio de aseo, ejercer su actividad. Los hechos fueron: (1) modificar el esquema de basuras para permitir que solo una empresa asuma la prestación del mismo; (2) generación de un actividad monopolística en la prestación del servicio de aseo; (3) la exigencia de la celebración de un contrato con el operador para que pueda acceder al relleno sanitario; y (4) abstenerse de suscribir convenios de facturación conjunta. Ninguno de los hechos ha sido objeto de discusión en el presente asunto, y por ello, no es necesario detenerse en su existencia.

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

La demandante, quien fue la Directora de la UAESP para la época de los hechos diciembre del 2012, reclama la nulidad de la sanción, al considerar que la misma no puede ser impuesta a personas naturales, desconociendo con ello el principio de tipicidad de la conducta sancionatoria.

Basta entonces, con confirmar que la sanción impuesta en su contra obedece a la aplicación de la regla contenida en el artículo 26 de la ley 1341 de 2009 dirigida igualmente a los particulares.

Como el cargo no se ha desvirtuado, será del caso mantener la presunción de legalidad del acto administrativo demandado. Tampoco prospera el argumento según el cual las reglas previstas en el Decreto 564 del 2012 estableció un modelo transitorio para la prestación del servicio de aseo en la capital para dar cumplimiento a la sentencia T-724-03 y Auto 275-11. Sobre el punto es importante anotar que las decisiones en las que participó la demandante, provenían de una política pública. A los operadores del servicio de aseo vinculados con la UAESP se les exigió un contrato para prestar el servicio y un contrato para acceder al relleno sanitario y se les negó la facturación que a esa fecha cumplía la EAAB.

Estos hechos fueron calificados como prácticas restrictivas a la libre competencia económica, no desvirtuados por la parte demandante.

6. La responsabilidad individual de la demandante

Sobre la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, la Corte en Sentencia C-699-15 señala:

El objeto del derecho administrativo sancionatorio es la prevención de las conductas que ponen en riesgo o lesionan bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, a través de procedimientos que deben garantizar el debido proceso. En reiteradas ocasiones[103] la Corte se ha pronunciado en el sentido de que la determinación de la responsabilidad administrativa, requiere que la infracción se haya realizado con dolo, o con culpa, como elemento que debe concurrir para la imposición de la sanción. En efecto, en la Sentencia C-597 de 1996, esta Corporación precisó que en materia sancionatoria administrativa está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa:

“La Corte coincide con el actor en que en Colombia, conforme al principio de dignidad humana y de culpabilidad acogidos por la Carta

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

(CP arts. 1º y 29), está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora.”

La culpabilidad constituye un elemento subjetivo esencial sobre el cual se edifica la responsabilidad administrativa. En este orden también se sitúa la Sentencia C-089 de 2011, por la cual se juzgó la constitucionalidad del Artículo 18 de la Ley 1383 de 2010, que establece la solidaridad entre el infractor de la norma de tránsito, el propietario del vehículo y la empresa afiliadora. En dicha oportunidad la Corte se refirió a las exigencias que deben concurrir para la imposición de sanciones, a saber:

“La Corte ha señalado que la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva, se ajusta a la Constitución, si y solo si, la sanción administrativa cumple con las siguientes exigencias: (i) que se trate de un tipo de sanción que no afecte de manera específica el ejercicio de derechos fundamentales, ni afecten de manera directa o indirecta a terceros; (ii) que la sanción tenga un carácter meramente monetario; y (iii) que se trate de sanciones de menor entidad.”
(Subrayas fuera del texto)

De esta manera, al tenor de lo dispuesto en los Artículos 29 y 150 Superiores, así como la jurisprudencia consolidada de esta Corporación, el primer contenido normativo es compatible con la Constitución, en tanto se limita a establecer los sujetos responsables de la sanción. Sin embargo, el establecimiento de la solidaridad entre tales sujetos, excede los cánones del debido proceso, ya que no consulta uno de los elementos esenciales en la determinación de la responsabilidad (el dolo y la culpa grave, son elementos sine qua non en la imputación de responsabilidad administrativa en esta materia).

El cumplimiento de un deber legal no puede ser calificado como falta disciplinaria, pues rompe con el principio de presunción de legalidad de legalidad de los actos administrativos generales.

Es claro entonces que la configuración de tipo por el cual fue sancionada la demandante, desconoce la icónica, sustancial e importante Sentencia C-037-00 que se ocupó de la pesunción de legalidad de los actos administrativos, reservando su inaplicación al juez administrativo, siempre que su juez natural no hubiese proferido decisión de fondo.

7. La excepción de ilegalidad dentro del marco de la Constitución.

19. Con todo, el orden jerárquico que emana de la Constitución, a pesar de no impedir la penetración de los principios constitucionales en todas las dimensiones del quehacer judicial, da soporte a la existencia de la excepción de ilegalidad y a que su consagración por el legislador resulte acorde con la Carta.

Sin embargo, su aplicación o invocación no pueden ser generales, ni la obligatoriedad de los actos administrativos normativos ha sido dejada por el constituyente al libre examen de las autoridades y los particulares. Tal facultad de inaplicar actos administrativos contrarios a las normas

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa. A esta conclusión se llega a partir de las siguientes consideraciones:

20. En principio, podría pensarse que ante la ausencia de una norma constitucional expresa que autorice a toda persona el no cumplir actos administrativos contrarios al ordenamiento superior, cabría una interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución, según la cual así como cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente. En efecto, la analogía entre los fenómenos de la inconstitucionalidad y la ilegalidad de las normas parece ser manifiesta, pues en uno y otro caso se trata del desconocimiento de normas de mayor rango jerárquico. Así, siendo análogas ambas situaciones cabría la aplicación del artículo 4° superior, para deducir que en todo caso de incompatibilidad entre una norma superior y otra inferior deberán prevalecer las disposiciones de mayor jerarquía.

Sin embargo, la Corte descarta esta posible interpretación analógica del artículo 4° de la Constitución Política, por las siguientes razones:

21. En primer lugar, porque tratándose de una excepción al principio de aplicabilidad y obligatoriedad de normas jurídicas, la misma debe ser de interpretación restringida. En efecto, la aplicación analógica debe desecharse cuando la disposición que se pretende extender contiene una excepción a la norma general, pues en este caso es la norma general y no la excepción lo que debe ser aplicado. En el caso presente, la norma general –de rango constitucional- es el principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, el cual es consubstancial a la noción misma de Estado de Derecho, pues justamente lo que distingue las normas jurídicas de los demás sistemas normativos, es esta característica de ser de imperativa observación por parte de sus destinatarios. A esta realidad se refirió la Corte cuando afirmó:

“El principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución. En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva.”[11]

Siendo entonces que todo el soporte de la eficacia del ordenamiento jurídico radica en el principio de obligatoriedad del mismo, los casos excepcionales en los cuales los particulares o las autoridades pueden inaplicar las normas o las disposiciones de las autoridades, no pueden ser deducidos analógicamente. Si bien frente a la supremacía de la Constitución ella misma incluye cláusulas abiertas como las contenidas en los artículos 4° y 91 superiores, que indican que en todo caso de incompatibilidad entre su texto y las normas inferiores debe dársele aplicación preferente a aquel, esta misma posibilidad de inaplicación directa y extrajudicial no está contemplada para el caso de desconocimiento, no ya de la Constitución, sino de cualesquiera otras normas de la jerarquía normativa. En cambio, diversos textos superiores si refrendan el principio de obligatoriedad de las normas y de las disposiciones proferidas por las autoridades competentes, como lo son, por ejemplo, el artículo 95 que enumera entre los deberes de los las personas residentes en Colombia el acatar la Constitución y las leyes y el

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

respetar a las autoridades legítimamente constituidas, lo cual evidentemente, incluye el acatamiento a sus disposiciones.

22. En segundo lugar, la extensión analógica del principio de inaplicación de las normas manifiestamente contrarias a la Constitución para referirlo a todo tipo de disposiciones contrarias a otras jerárquicamente superiores, no consulta realmente la razón de ser de la aplicación analógica de las normas. En efecto, dicha manera de llenar los vacíos legales se fundamenta en el aforismo jurídico según el cual ubi éadem ratio, ibi éadem juris dispositio. En lo que concierne a la inaplicación de las normas por causa de su inconstitucionalidad manifiesta, permitida a cualquier autoridad, las razones que llevaron al constituyente a consagrarla tienen que ver con la garantía de la supremacía del orden superior, razones que no están siempre presentes en los casos de simple disconformidad entre una norma inferior y otra superior.

23. La Corte encuentra que es de rango constitucional la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa. Los artículos 236 a 238 atribuyen, en efecto, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función, la cual debe ejercerse en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 237, refiriéndose al Consejo de Estado afirma que a esa Corporación corresponde “Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”. De igual manera, el artículo 236, respecto de cada una de las salas y secciones que lo integran, indica que la ley señalará las funciones que les corresponden. Y finalmente el artículo 238, deja también en manos del legislador el señalamiento de los motivos y los requisitos por los cuales la jurisdicción contencioso administrativa puede suspender provisionalmente “los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

De todo lo anterior concluye la Corte que no hay en la Constitución un texto expreso que se refiera al ejercicio de la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad de que los particulares o la autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos, sino que la Carta puso en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los mismos, ilegalidad que debe ser decretada en los términos que indica el legislador. Así las cosas el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, debe ser interpretado de conformidad con las consideraciones precedentes, pues entenderlo en el sentido de conferir una facultad abierta para que autoridades y particulares se sustraigan al principio de obligatoriedad del ordenamiento jurídico, desconoce la Constitución.

24. Finalmente, motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de posibilidad concedida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse a la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aun al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común. En cambio, dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.

De todo lo anterior, se concluye que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub exámine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

Al respecto, destaca la Corte que cuando, con posterioridad a expedición del Código Contencioso Administrativo, el h. Consejo de Estado ha invocado el artículo 12 de la ley 153 de 1887, lo ha hecho dentro del trámite de un proceso judicial, para efectos de inaplicar un acto administrativo en razón de su ilegalidad. Así, la postura jurisprudencial de esa Corporación que aboga por la vigencia de la norma mencionada, la ha aplicado dentro de este contexto procesal judicial, y no con el alcance de cláusula general de inaplicabilidad de los actos administrativos por cualquier autoridad que los estime ilegales.

(...)

Tercero: Salvo las expresiones anteriores, declarar **exequible** el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, bajo el entendido de no **vincula al juez** cuando falla de conformidad con los principios superiores que emanan de la Constitución y que no puede desconocer la doctrina constitucional integradora, en los términos de esta Sentencia.

De manera que las autoridades, en ejercicio de la función administrativa, están sometidas a la regla de presunción de legalidad de los actos administrativos, sin ningún tipo de excusa.

La demandante Nelly Mogollón Montañez ocupó su empleo desde el 6 de diciembre del 2012 hasta el 21 de octubre del 2013, desempeñándose como Directora de la UAESP, entidad calificada por el Acuerdo 257 de 2006 como una Unidad Administrativa Especial del sector descentralizado con personería jurídica.

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

A la sancionada se le han imputado las conductas descritas en el artículo 26 de la ley 1341 del 2009, esto es colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959.

Es importante anotar que los actos jurídicos que generan la adopción del nuevo modelo de recolección de basuras fue del siguiente tenor:

El Decreto 564 de 2012 fue expedido el 10 de diciembre del 2012

DECRETO 564 DE 2012

(Diciembre 10)

Por medio del cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia [T-724](#) de 2003 y en los Autos números [268](#) de 2010, [275](#) de 2011 y [084](#) de 2012

Tal como se puede observar, la demandada era Directora de la UAESP a la fecha de expedición del Decreto 564 del 2012, de manera que no es cierto el argumento según el cual nada tuvo que ver en su producción, en tanto que la decisión afectaba directamente a la empresa que dirigía. Sin embargo, es claro que la actora no podía oponerse a la ejecución de un acto administrativo que se presume legal, como es el Decreto 564 del 2012 , el cual se encuentra controvertido judicialmente.

Revisado el sistema judicial Siglo XXI de la rama judicial, se encuentra que el recurso de apelación por importancia jurídica, fue asumido por la Sala Plena del Consejo de Estado, Magistrado Ponente HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Radicación: 110013334003201200131-01 (Acumulado 110013334004201300054-00). Demandantes: Orlando Parada Díaz y Francisco Javier Pérez Rodríguez. Demandado: Distrito Capital de Bogotá – Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Medio de control de nulidad, cuyo recurso de apelación no se ha decidido. En cuanto a la ejecución del decreto mencionado, es lo cierto que a los operadores del servicio de aseo se les exigió un contrato para operar y un contrato para ingresar al relleno sanitario. Dicho contrato devino de la exigencia del Decreto 564 del 2012. Igual sucedió con la facturación, en cuyo caso la EAAB dispuso que el convenio de facturación igualmente estaría supeditado a las nuevas reglas previstas en el Decreto 564 del 2012.

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Nótese que si bien, los hechos se preparan antes del ingreso de la demandante a la Dirección de la UAESP, se ejecutan en mandato, sin embargo, la ejecución de un acto administrativo de obligatorio cumplimiento no se puede acompasar al verbo “tolerar” por el cual fue sancionada la demandante, en tanto que como autoridad administrativa que és, se encontraba en la obligación de cumplirlo, amparada en la presunción de legalidad, frente a la cual, tampoco podía aplicar excepción de ilegalidad reservada solo a los funcionarios judiciales.

Por lo tanto, si bien es cierto los hechos no han sido desvirtuados, es lo cierto que la autoridad estaba obligada a cumplir una disposición normativa y el ejercicio de un deber legal, no puede ser acompasado al verbo rector de tolerar una práctica anticompetitiva.

Por esa razón, se procederá a revocar la sentencia apelada y en su lugar se dispondrá a restablecer el derecho de la demandante.

4º. El restablecimiento del derecho

La Sala accederá a la pretensión número 4º que dice:

CUARTA. Que a título de restablecimiento se ordene el cese del cobro de la multa por valor de CIENTO SESENTA MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$160.160.000), equivalente a doscientos sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (260 SMMLV) contra NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ.

3.6. COSTAS PROCESALES

En virtud de lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 365⁶ del Código General del Proceso se impondrá condena en costas a la parte vencida en el proceso, en las

⁶ **Artículo 365. Condena en costas.**

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. 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. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

dos instancias, las cuales deberán liquidarse por el *a quo* en los términos del artículo 366⁷ *ibídem*.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia de primera instancia de veintinueve (29) de marzo de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Quinto

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

⁷ Artículo 366. Liquidación.

Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.

2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.

PROCESO No.: 1100133410052015-00113-01
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

Administrativo del Circuito de Bogotá, por las razones aducidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLÁRASE la nulidad parcial de la Resolución No. 25036 de 21/04/2014 emanada del Superintendente de Industria y Comercio Ad hoc, mediante la sancionó a NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, a pagar una multa de CIENTO SESENTA MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$160.160.000), equivalente a doscientos sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (260 SMMLV).

TERCERO.- A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SE DISPONE: ORDÉNASE la terminación del proceso de cobro de la sanción impuesta, que se hubiese adelantado con ocasión de los actos administrativos anulados en contra de la señora: NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ

CUARTO.- CONDÉNASE en costas a la parte vencida en esta instancia.

QUINTO.- Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta No.


FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado


CLAUDIA ELÍZABETH LOZZI MORENO
Magistrada


LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado